

Droit international privé et immatériel

*Rapporteur général: Professeur Tristan Azzi,
Université Paris-Descartes*

I. – Objets immatériels : les biens incorporels en droit international privé

1. Quelles sont, dans votre système juridique, les sources des règles de droit international privé applicables en matière de propriété intellectuelle (conventions internationales, règlements et directives européennes, lois nationales, jurisprudence, etc.) ?

Le Luxembourg ne s'est pas doté d'un code de droit international privé. Les règles applicables en la matière résultent essentiellement des conventions internationales et règlements communautaires. Le droit commun luxembourgeois est principalement jurisprudentiel¹, avec la particularité qu'il n'y a que très peu de jurisprudence. On peut toutefois partir de l'idée qu'en droit international privé le droit luxembourgeois restera fidèle au modèle de la jurisprudence française.

Pour ce qui est du droit des marques, dessins et modèles, nous précisons qu'il n'existe pas de marques purement luxembourgeoises. Celles-ci sont notamment déposées et protégées en application des règles Benelux et communautaires.

Nous signalons en premier lieu les règlements communautaires de portée générale pris en matière de droit international privé :

- le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale (ci-après : le Règlement 44/2001).

Outre les chefs de compétence de droit commun, nous rappelons l'article 16 qui, en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, accorde une compétence exclusive aux juridictions de l'État sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale.

- le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I (ci-après : le Règlement 593/2008, dit Rome I),
- le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit Rome II (ci-après : le Règlement 864/2007, dit Rome II),

¹ Nous signalons les articles 14 et 15 du Code civil, instaurant un privilège de juridiction au profit des luxembourgeois, privilège qui a naturellement perdu de portée en application des règlements communautaires

Nous signalons plus particulièrement les articles 6 (concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence) et 8 (atteinte aux droits de propriété intellectuelle) de ce règlement.

Dans la suite de l'énoncé des textes communautaires, nous relevons également :

- la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques,
- le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire (ci-après : le Règlement 207/2009 sur la marque communautaire),

Les « tribunaux des marques communautaires » désignés en application de l'article 95 du règlement sont les tribunaux d'arrondissement de Luxembourg et de Diekirch². L'appel est naturellement porté devant la Cour d'appel de Luxembourg³.

Nous soulignons le titre X du règlement relatif à la compétence et à la procédure concernant les actions en justice relatives aux marques communautaires qui contient tant des règles sur les conflits de juridictions que sur la détermination de la loi applicable.

- la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles,
- le règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires,

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est compétent avec juridiction sur l'ensemble du territoire national pour statuer en première instance sur les recours introduits sur base du règlement (CE) No 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires⁴.

Pour ce qui est de la compétence internationale des juridictions luxembourgeoises, ainsi que de la loi applicable, il y a lieu de se référer au Titre IX « compétence et procédure pour les actions en justice relatives aux dessins et modèles communautaires » du règlement.

Le Luxembourg faisant partie du Benelux⁵, nous renvoyons vers la Convention Benelux du 25 février 2005 en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles)⁶ qui édicte des règles sur la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises.

L'article 4.6. point 1 de cette convention prévoit que la compétence territoriale pour statuer sur les actions ayant leur base dans la ladite convention se détermine, sauf attribution contractuelle

² Loi du 18 avril 2001 portant désignation des tribunaux des marques communautaires – prise en application des articles 92 et ss. du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire

³ Etant précisé que le Luxembourg ne compte qu'une seule Cour d'appel

⁴ Article 31 de la Loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires

⁵ Union économique entre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, décidée en 1944

⁶ Ratifiée au Luxembourg par une loi du 16 mai 2006 portant approbation de la Convention Benelux du 25 février 2005 en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles)

expresse de compétence judiciaire territoriale, en matière de marques ou de dessins ou modèles, par le domicile du défendeur ou par le lieu où l'obligation litigieuse est née, a été ou doit être exécutée. Le lieu du dépôt ou de l'enregistrement d'une marque ou d'un dessin ou modèle ne pouvant, en aucun cas, servir à lui seul de base pour déterminer la compétence.

Le point 2 du texte prévoit un chef de compétence subsidiaire si les critères énoncés au point 1 sont insuffisants pour déterminer la compétence territoriale. Le demandeur peut alors porter la cause devant le tribunal de son domicile ou de sa résidence, ou, s'il n'a pas de domicile ou de résidence sur le territoire Benelux, devant le tribunal de son choix, soit à Bruxelles, soit à La Haye, soit à Luxembourg.

Afin d'éviter un éclatement de procédure dans différents Etats membres, il est précisé que « *le tribunal devant lequel la demande principale est pendante, connaît des demandes en garantie, des demandes en intervention et des demandes incidentes, ainsi que des demandes reconventionnelles, à moins qu'il ne soit incompétent en raison de la matière* » (point 4).

Bien que la problématique soit plutôt secondaire en raison de la taille géographique réduite du Luxembourg, nous signalons encore que la Convention Benelux prévoit une compétence exclusive pour les tribunaux de Luxembourg Ville, respectivement pour la Cour d'appel pour certains litiges⁷.

2. Existe-t-il dans votre système juridique des règles se rapportant directement ou indirectement à la condition des étrangers en matière de protection des droits de propriété intellectuelle (principe du traitement national, principe de réciprocité ou autre) ?

En matière de droits d'auteur, le principe posé par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 est celui du traitement national : les étrangers bénéficient des mêmes droits que les nationaux. Les auteurs se voient garantis la protection minimale instaurée par la Convention de Berne mais bénéficient, dans les pays respectifs, des règles nationales éventuellement plus favorables⁸. Ainsi, l'étendue de la protection et les moyens de recours se règlent exclusivement selon la législation du pays où la protection est réclamée⁹.

La loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données généralise cette règle (ci-après : La Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur), en retenant que « *les étrangers jouissent au Grand-Duché des droits garantis par la présente loi* ». A l'exception des œuvres originaires de l'Union Européenne ou de l'OMC, la durée de la protection reste toutefois plafonnée par la durée maximale accordée par le pays d'origine de l'œuvre.

Pour ce qui est du droit de suite, l'article 71bis de la loi maintient le principe de la réciprocité à l'égard des auteurs ressortissants de pays non membres de l'Union européenne et leurs ayants droit. Conformément à la directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, cette condition a été abolie pour les ressortissants de pays membres de l'Union européenne.

Le principe du traitement national est également posé par l'article 2 de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, qui prévoit que « *les ressortissants de*

⁷ Voir notamment les articles 2.28, 2.42, 2.43, 3.23 de la Convention (essentiellement pour les demandes en nullité formulées par le Ministère public)

⁸ J-L. PUTZ, Le droit d'auteur, éd. Promoculture Larcier 2013, p. 70, n° 118 et ss.

⁹ *ibid.* avec la jurisprudence citée

chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux (...) » (point 1).

L'article 27 du Règlement 6/2002 assimile pareillement les dessins ou modèles communautaires à des dessins ou modèles nationaux.

Nous signalons encore l'article 11 du Code civil, qui – d'une façon générale – dispose que l'étranger jouira dans le Luxembourg des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Luxembourgeois par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra¹⁰.

3. Quelles sont, selon les règles de compétence internationale applicables dans votre pays, les juridictions compétentes pour connaître d'une action en contrefaçon ?

La législation luxembourgeoise permet d'engager une action en contrefaçon tant devant les juridictions civiles (a) que pénales (b).

a. Sur le plan civil, il y a lieu de s'intéresser aux principales actions, qui sont l'action en cessation, l'action en saisie-description de biens contrefaits, l'action en référé, ainsi que l'action au fond. Nous tenons à préciser qu'il est de jurisprudence constante que les tribunaux d'arrondissement de Luxembourg et de Diekirch sont exclusivement compétents pour connaître de ces demandes en première instance¹¹.

i. L'article 81 de la Loi du 18 avril 2001 prévoit une action en cessation contre toute atteinte aux droits d'auteur à la requête de « tout intéressé ». Le législateur a pu définir cette action comme une « *action rapide au fond, introduite et jugée comme en référé, qui permet de demander la cessation de toute violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Le tribunal civil demeure compétent pour prononcer l'indemnisation du ou des titulaires de droits dont les droits ont été violés* »¹².

Il est important de noter que cette action est une action au fond, mais dans laquelle le tribunal statue « *comme en matière de référé* »¹³.

Le juge peut ordonner la cessation de l'acte litigieux, le cas échéant sous peine d'astreinte. La loi prévoit également qu'il peut ordonner la publication et l'affichage de tout ou partie du jugement¹⁴ aux frais de la partie qui succombe.

Nous n'avons pas pu trouver de décision, ayant statué sur des actes litigieux commis à l'étranger. La loi qualifiant expressément l'action en cessation d'action au fond, une telle procédure ne nous semble *a priori* pas exclue¹⁵. L'impératif de célérité se trouverait toutefois compromis par une telle

¹⁰ voir à ce sujet : P. KINSCH et M. ELVINGER, La discrimination, journées franco-belges, dans Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, éd. Société de législation comparée, 2004, p. 383 ; L'étranger, journées luxembourgeoises, dans Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, éd. L.G.D.J., 2000

¹¹ voir J-L. PUTZ, Le droit d'auteur, éd. Promoculture Larcier 2013, p. 278 et ss.

¹² doc. parl. n° 4431, Exposé des motifs, « Renforcement des sanctions de la contrefaçon »

¹³ CA 25 avril 2012, n° 38033 du rôle

¹⁴ pour la qualification de jugement, voir TA Lux. 12 janvier 2009, n° 3/2009

¹⁵ Dans cette hypothèse, il y aurait lieu de se référer aux règles de conflit de juridictions en matière délictuelle.

démarche en raison de la nécessité de faire exécuter le jugement obtenu en vue de le faire exécuter à l'étranger.

L'action en cessation a pu être appliquée en matière de diffusion de contenus attentatoires aux droits d'auteur à partir de serveurs localisés au Luxembourg¹⁶. Plutôt que de diriger leur demande contre l'éditeur du contenu litigieux, les ayants droit ont choisi d'agir contre l'hébergeur du contenu¹⁷. Il est intéressant de noter que dans l'affaire d'espèce, la demande avait été présentée par une association de protection des droits d'auteur de droit belge.

Les atteintes aux droits d'auteur s'étant développées sur internet, nous allons revenir plus en détail sur cette problématique au point 8 ci-dessous.

ii. La loi du 22 mai 2009 portant transposition de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et portant désignation des tribunaux des dessins ou modèles communautaires (ci-après : la Loi du 22 mai 2009) définit une procédure de saisie-description applicable à tous les titulaires de brevets d'invention, certificats complémentaires de protection, topographies de produits semi-conducteurs, droits d'obtentions végétales, dessins et modèles, marques, indications géographiques, appellations d'origine ou droit d'auteur et droits voisins.

Cette action en saisie-description a une finalité probatoire : il s'agit d'obtenir la preuve de l'existence d'une contrefaçon. L'objectif de la procédure est de recueillir dans un premier temps les preuves et de bloquer le cas échéant les biens contrefaits, pour préparer un procès au fond. La saisie-description précède dès lors souvent, mais pas nécessairement, une procédure en contrefaçon au fond¹⁸.

L'article 30 de la Loi du 22 mai 2009 admet que la saisie-description puisse être ordonnée sur requête du titulaire du droit sans que le défendeur soit entendu au préalable, lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au titulaire du droit.

L'action en saisie-description se conçoit comme une action purement nationale, où les mesures ordonnées en justice sont exécutées sur le territoire national du tribunal saisi.

iii. La Loi du 22 mai 2009 dispose également que les titulaires de droits (tels que repris ci-dessus) peuvent saisir le président du tribunal d'arrondissement afin d'obtenir une ordonnance de référé à l'encontre du prétendu contrefacteur ou à l'encontre d'un intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle (article 27). Nous renvoyons à nos développements exposés au point 8 ci-dessous pour ce qui est de la compétence des juridictions de référé.

iv. En ce qui concerne l'action au fond, nous renvoyons aux dispositions du Règlement 44/2001, d'après lesquelles la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises se détermine soit en fonction du domicile du défendeur (article 2), soit suivant les règles de compétence en matière délictuelle ou quasi-délictuelle prévues par l'article 5, point 3.

¹⁶ TA Lux. 11 mai 2011, n° 49/2011

¹⁷ Nous allons revenir sur cette problématique sous le point 8 de nos développements

¹⁸ J-L. PUTZ, Le droit d'auteur, éd. Promoculture Larcier 2013, p. 287, n° 685

b. Sur le plan pénal, la mise en œuvre de l'infraction de contrefaçon, prévue par les articles 82¹⁹ de la Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur (contrefaçon en matière de droits d'auteur) et 191²⁰ du Code pénal (contrefaçon de marques) obéit aux règles de compétence ordinaires prévues par le Code d'instruction criminelle luxembourgeois. La règle fondamentale est dès lors que la compétence des autorités répressives luxembourgeoises se limite aux infractions commises sur son territoire.

Nous tenons à relever que l'article 7-2 du Code d'instruction criminelle répute avoir été « *commise sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg* ». Pour donner compétence aux juridictions luxembourgeoises, la jurisprudence retient qu'il suffit que « *soit l'action, soit le résultat ait été réalisé sur le territoire luxembourgeois* »²¹. Généralement, la compétence territoriale est donnée à partir du moment où la victime a subi un dommage au Luxembourg²².

4. Quels sont, selon les règles de compétence internationale applicables dans votre pays, les tribunaux compétents pour connaître du contentieux des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle (cessions et licences) ?

La Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur prévoit le principe de la liberté contractuelle en ce qui concerne la cession des droits. Les droits patrimoniaux sont ainsi librement cessibles. Il en va de même pour les droits moraux, à l'exception du droit pour l'auteur de revendiquer la paternité de son œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de celle-ci ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation (article 2).

La législation luxembourgeoise ne soumet pas la compétence internationale pour connaître du contentieux des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle à des règles spécifiques. La compétence se détermine suivant la nature contractuelle ou délictuelle du litige, d'après les règles fixées au Règlement 44/2001, respectivement par le droit commun luxembourgeois²³.

¹⁹ Qui vise notamment toute atteinte méchante ou frauduleuse portée aux droits de l'auteur, des titulaires de droits voisins et des producteurs de bases de données.

²⁰ Qui réprime le fait d'apposer ou de faire apposer par addition, retranchement ou par une altération quelconque, sur des objets fabriqués, le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur ou la raison commerciale d'une fabrique autre que celle de la fabrication, ainsi que le fait de sciemment exposer en vente, importer ou mettre en circulation des objets marqués de noms supposés ou altérés.

²¹ TA Lux. 29 mars 2012, n° 1446/2012, confirmé sur ce point par CA 11 juillet 2012, n° 377/12 X

²² Nous n'avons pas pu trouver de jurisprudence ayant fait application de ce texte en matière d'infraction de contrefaçon.

²³ L'article 28 du Nouveau Code de Procédure Civile attribue en premier lieu compétence au tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur. Un chef de compétence supplémentaire est donné en matière contractuelle par le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée (article 28) et en matière délictuelle ou quasi-délictuelle par le lieu où le fait dommageable s'est produit (article 42). Nous renvoyons également au privilège de juridiction prévu par les articles 14 et 15 du Code civil.

5. Quelle est la loi applicable, selon les règles de conflit de lois de votre système juridique, aux différents droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur, droits voisins du droit d'auteur, brevets, marques, dessins et modèles, etc.) ? La loi applicable à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle est-elle différente de la loi applicable à son exercice ? Quelle est la loi applicable à la détermination du titulaire initial du droit ? Quelle influence exerce le principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle sur la règle de conflit de lois ?

D'après la jurisprudence que nous avons pu analyser, la question de la loi applicable aux droits d'auteur, droits voisins du droit d'auteur, brevets, marques, dessins et modèles, ne semble pas avoir donné lieu à des décisions de principe.

Nous nous limitons à signaler l'article 5.2. de la Convention de Berne, suivant lequel « *l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée* ».

Le principe est donc le renvoi à la loi du pays de protection.

Pour ce qui est de la loi applicable aux marques, nous réitérons notre observation, suivant laquelle il n'existe pas de marques luxembourgeoises. Les marques communautaires et Benelux sont régies respectivement par le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire et par la loi du 16 mai 2006 portant approbation de la Convention Benelux du 25 février 2005 en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles).

6. Quelle est la teneur de la règle de conflit de lois applicable aux contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle (cessions et licences) ? Quel est le domaine de la loi désignée ? Comment celle-ci s'articule-t-elle avec la loi régissant le droit objet du contrat ?

D'après nos recherches, cette question ne semble pas avoir posé de problème en jurisprudence luxembourgeoise. Nous estimons qu'il y a lieu de se référer au Règlement 593/2008, dit Rome I pour ce qui est de cette question.

7. Quelles sont, dans votre pays, les règles de droit international privé applicables aux autres biens incorporels (créances et titres négociables, fonds de commerce, etc.) ?

Le droit luxembourgeois ne contient pas de règles spécifiques en la matière. Pour ce qui est des cessions de créances, nous signalons l'article 14 du Règlement 593/2008, dit Rome I, qui pose comme principe que « *les relations entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé se rapportant à une créance détenue envers un tiers («le débiteur») sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, s'applique au contrat qui les lie* » (point 1). Ce sera donc, en général, à défaut de choix de la loi, la loi de la résidence habituelle du cédant, qui fournit la prestation caractéristique, qui s'appliquera²⁴.

La règle reprise au point 1 ne s'applique toutefois qu'aux relations entre cédant et cessionnaire. Pour ce qui est du débiteur cédé, le point 2 précise que « *la loi qui régit la créance faisant l'objet de la*

²⁴ Voir notamment sur la question : J-Cl. WIWINIUS, Le droit international privé au Grand-duché de Luxembourg, éd. Bauler, 3^{ème} éd. 2011, p. 192, n° 855 et ss.

cession ou de la subrogation détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire ou subrogé et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur ». Le règlement rattache ces effets à la loi qui régit la créance qui fait l'objet de la cession ou de la subrogation²⁵. La question de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance ou subrogation (question volontairement laissée hors champ d'application du règlement) donne lieu au Luxembourg aux mêmes hésitations qu'en France.

En droit international privé luxembourgeois, la loi régissant la société réagira également la création des titres qu'elle émet et, du moins s'il s'agit de titres nominatifs, les droits dont ils peuvent être grevés et les conditions dans lesquelles leur transfert est opposable à la société²⁶.

La cession de fonds de commerce obéit aux règles de droit commun. La Cour de Justice des Communautés Européennes a d'ailleurs précisé, que les règles de compétence exclusives prévues en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles (article 22 du Règlement 44/2001) ne s'appliquaient pas aux litiges dont l'objet principal est l'exploitation d'un fonds de commerce²⁷.

II. – Communications immatérielles : internet et le droit international privé

8. Quels sont, selon les règles de compétence internationale applicables dans votre pays, les tribunaux compétents pour connaître des principaux délits susceptibles de survenir en ligne (atteinte à un droit de propriété intellectuelle, violation d'un droit de la personnalité, concurrence déloyale)? Les mêmes règles de compétence sont-elles applicables à tous ces « cyberdélits »? Les règles de compétence varient-elles, au contraire, selon la nature du délit? Le tribunal du lieu où s'est produit le fait générateur du délit est-il compétent? Comment est défini ce fait générateur? Quel accueil est réservé, dans votre système juridique, à la méthode dite de la « focalisation » ou du « ciblage »? Quel accueil est réservé au critère de compétence fondé sur la simple « accessibilité » du site internet diffusant le contenu litigieux? Le tribunal du lieu où se situe le centre des intérêts de la victime est-il compétent dans certains cas? D'autres critères de compétence ont-ils été consacrés?

Internet est un médium global qui permet de diffuser des contenus partout au monde. Pour ce qui est du stockage de contenus en ligne, on recourt d'ailleurs fréquemment à la notion de « nuage » (angl. « cloud ») pour mettre l'accent sur le caractère omniprésent, mais en même temps difficilement saisissable du contenu en ligne. Tout en étant partout, personne ne sait véritablement où se trouvent des données informatiques.

A côté de la difficulté de localiser physiquement des données, se trouve celle d'en identifier l'auteur. Dans ce contexte, nous relevons une spécificité des contenus publiés en ligne qui est celle de la différenciation entre hébergeur et éditeur. La victime de « cyberdélits » peut porter son action (notamment) contre ces deux intervenants (A).

Elle a également le choix entre différentes procédures, qui obéissent à des règles de compétence internationale différentes (B).

²⁵ *ibid.* avec les nombreuses jurisprudences citées

²⁶ *ibid.* p. 196, n° 876 et ss.

²⁷ CJCE 14 décembre 1977, n° 73/77

A. Le choix de l'adversaire

En règle générale, l'éditeur d'un contenu ne dispose pas de l'infrastructure technique pour mettre celui-ci en ligne. La publication se fait par l'intermédiaire d'un hébergeur.

Pour mettre fin au trouble causé par des contenus illicites, la victime a le choix entre assigner l'éditeur lui-même (b), ou se diriger contre l'hébergeur²⁸. Nous allons revenir sur la qualification de cet intermédiaire de l'internet, afin d'apprécier l'opportunité d'une telle démarche (a).

L'actualité nous impose de signaler deux arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui ont analysé la portée que pouvait avoir une action contre d'autres intermédiaires de l'internet, à savoir contre un exploitant d'un moteur de recherche et un fournisseur d'accès à internet :

- par un arrêt du 13 mai 2014²⁹, la CJUE a retenu que l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite.
- par un arrêt du 24 mars 2014³⁰, les Juges européens ont retenu qu'un fournisseur d'accès à internet pouvait se voir ordonner de bloquer à ses clients l'accès à un site web qui porte atteinte au droit d'auteur, à condition que cette injonction respecte un juste équilibre entre les droits fondamentaux concernés.

La portée de ces décisions reste encore incertaine. Pour ce qui est de la deuxième décision, le blocage effectué par le fournisseur d'accès à Internet concernera évidemment uniquement ses clients. Les effets de la décision seront donc essentiellement nationaux. Nous supposons encore que les exploitants de moteurs de recherche cantonneront les effets d'une décision de justice de suppression de résultats aux pays visés par celle-ci.

a. L'action contre l'hébergeur

L'article 62 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique³¹ définit l'hébergeur comme « *le prestataire qui fournit un service de la société de l'information consistant dans le stockage des informations fournies par un destinataire du service* ». La loi instaure un régime de limitation de responsabilité de l'hébergeur à condition que :

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance que l'activité ou l'information est illicite et, en ce qui concerne une action en dommages et intérêts, qu'il n'ait pas connaissance de

²⁸ Idéalement, elle peut évidemment assigner les deux, qui ne se trouvent toutefois que rarement sur le même territoire, ce qui rend cette entreprise d'autant plus difficile.

²⁹ CJUE 13 mai 2014, Google c/ AEPD et González, n° C-131/12

³⁰ CJUE 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, n° C314/12

³¹ Transposant sur ce point la directive 1999/93 du 13 décembre 1999 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers.

- faits ou de circonstances selon lesquels le caractère illicite de l'activité ou de l'information est apparent; ou
- b) le prestataire, dès le moment où il en a une telle connaissance, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Pour que la limitation de responsabilité prévue par l'article 62 joue, il faut que l'hébergeur, dès qu'il a connaissance d'une information illicite sur son serveur, agisse promptement pour retirer ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible.

Nous précisons qu'au regard des limitations de responsabilité³² dont bénéficient les hébergeurs, une importante jurisprudence s'est développée autour de ce statut³³. On peut désormais retenir que l'hébergeur désigne tout prestataire qui ne publie pas de contenu sous son contrôle, mais qui met uniquement son infrastructure technique (au sens large, alors que celle-ci comprend même toute une structure de réseau social³⁴) à la disposition de tiers.

L'identité de l'hébergeur peut être apparente (p.ex. le prestataire de réseau social), ou nécessiter une recherche auprès des registres internet (les services « whois »³⁵).

Une action menée contre l'hébergeur revient à couper le contenu illicite du réseau, autrement dit de le rendre inaccessible. A supposer que le contenu se retrouve auprès d'un seul hébergeur, le trouble causé prend fin.

Nous n'avons pas pu trouver de décision ayant abordé un problème de droit international privé en relation avec une action contre un hébergeur. Cette situation s'explique par le fait que les victimes portent leur action devant le tribunal du pays de résidence ou d'établissement de l'hébergeur. En cas de refus de s'exécuter, elles peuvent directement faire exécuter la décision intervenue³⁶, sans devoir passer par une procédure d'exequatur.

b. L'action contre l'éditeur

L'inconvénient d'une action contre l'hébergeur est que le véritable éditeur du contenu n'est pas inquiété. Il échappe non seulement à toute responsabilité, mais peut également remettre le contenu litigieux en ligne auprès d'un autre hébergeur.

L'action contre l'éditeur revient partant à rechercher la responsabilité de l'auteur proprement dit du cyberdélit.

³² Tant civile que pénale, voir à ce sujet : doc. parl. n° 4641-1, avis du Conseil d'Etat, page 32

³³ Voir notamment : CJUE, arrêts du 23 mars 2010, Google France et Google, n° C-236/08 à C-238/08 ; CJUE 12 juillet 2011, L'Oréal c/ Ebay, n° C-324/09; CJUE 16 février 2012, SABAM c/ Netlog, n° C-360/10

³⁴ CJUE 16 février 2012, SABAM c/ Netlog, n° C-360/10

³⁵ Whois (contraction de l'anglais who is?, signifiant « qui est ? ») est un service de recherche fourni par les registres Internet, (...) permettant d'obtenir des informations sur une adresse IP ou un nom de domaine ; Wikipedia, v° whois

³⁶ Les ordonnances de référé étant notamment exécutoires par provision en application de l'article 938, alinéa 3 du Nouveau Code de Procédure Civile

B. Les actions à envisager

En fonction des finalités poursuivies – faire cesser le plus rapidement possible le trouble causé ou rechercher la responsabilité de son auteur – la victime de « cyberdélits » dispose de plusieurs actions judiciaires qui obéissent à des règles de compétence différentes.

a. L'action en référé

Les actions en référé sont prévues par le titre XV du Nouveau Code de Procédure Civile. Nous nous référons plus particulièrement aux articles 932 (référé urgence) et 933 (prévention d'un dommage imminent ou cessation d'un trouble manifestement illicite) de ce code dans la suite de nos développements. Un point fondamental du référé est l'exécution provisoire des ordonnances rendues (article 938, alinéa 3).

Conformément à l'article 31 du Règlement 44/2001, « *les règles ordinaires de compétence sont écartées lorsqu'il s'agit de prendre des mesures urgentes ou purement conservatoires sur des biens ou à l'égard de personnes se trouvant sur le territoire du juge saisi* »³⁷.

Les sites internet étant hébergés sur des serveurs, la compétence du juge des référés luxembourgeois est donnée chaque fois que cette infrastructure informatique est localisée dans son pays. Tel est notamment le cas pour des hébergeurs domiciliés au Luxembourg (en pratique, le siège social de l'hébergeur est déterminant).

En matière de contenus illicites diffusés par Internet, nous estimons qu'une action en référé dirigée contre l'éditeur du site se conçoit essentiellement dans le pays de résidence de celui-ci. Dans cette hypothèse, aucun problème de droit international privé ne se pose.

Les décisions de référé que nous avons pu consulter ont ordonné la suppression ou le blocage³⁸ des contenus litigieux sans autres distinctions. Autrement dit, ces décisions produisent leurs effets dans tous les pays du monde. Les contenus ne sont plus accessibles, quel que soit le pays à partir duquel cet accès a lieu. Nous signalons toutefois qu'il serait théoriquement possible de limiter les effets d'une mesure judiciaire à quelques pays seulement, en bloquant uniquement les adresses IP de ces pays. De telles mesures peuvent toutefois être (facilement) détournées.

b. L'action en cessation

Pour ce qui est de l'action en cessation contre des atteintes aux droits d'auteur, nous renvoyons à nos développements exposés au point 3 ci-dessous.

La législation luxembourgeoise prévoit également une telle action en matière de concurrence déloyale (articles L. 320-1 et ss. du Code de la consommation)³⁹. Cette action peut être intentée à la requête de toute personne devant la Chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, selon la procédure applicable devant le tribunal des référés.

³⁷ Voir notamment : J-Cl. WIWINIUS, Le droit international privé au Grand-duché de Luxembourg, éd. Bauler, 3^{ème} éd. 2011, p. 236, n° 1095

³⁸ Nous préférons la notion de blocage, alors que la suppression définitive de contenus s'oppose – à notre avis – au caractère « provisoire » des décisions de référé.

³⁹ Voir notamment : M. PIERRAT, La concurrence déloyale, Pas. 33, p. 41 à 62

La jurisprudence retient que l'action en cessation prévue par le Code de la consommation⁴⁰ repose sur la théorie de la responsabilité civile. Elle en conclut « *qu'en vertu de l'article 5. 3) du Règlement CE no 44/2001 c'est au lieu où l'acte critiqué a été commis qu'est née l'obligation de cesser cet acte et c'est devant le juge de ce lieu que l'action en cessation peut être poursuivie* »⁴¹. Les tribunaux luxembourgeois ont notamment conclu à leur compétence territoriale en constatant que le prétendu comportement déloyal était susceptible d'enlever de la clientèle au demandeur domicilié au Luxembourg⁴².

Le juge luxembourgeois peut toutefois seulement ordonner l'interdiction d'un acte de concurrence déloyale qui est ou risque d'être posé sur le territoire luxembourgeois, ce qui fait que sa décision reste sans incidence sur les faits délictueux se déroulant à l'étranger⁴³.

A ce sujet, nous réitérons notre observation faite au point a) ci-dessus, suivant laquelle une mesure de blocage de contenus sur un serveur localisé au Luxembourg produira, en principe, ses effets dans tous les pays du monde.

c. L'action au fond

En analysant la jurisprudence rendue en matière de « cyberdélits » commis sur internet, nous devons constater que très peu d'affaires ont abouti à une action au fond⁴⁴. Le but recherché par les demandeurs étant généralement la cessation rapide de l'atteinte à leurs droits, les actions en référé et en cessation reprises ci-dessus sont en effet mieux adaptées au monde numérique.

Pour ce qui est d'une action menée contre l'hébergeur, nous rappelons que l'article 62 de la Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique exige que l'hébergeur ait connaissance que l'activité ou l'information stockée sur son infrastructure est illicite. L'illicéité doit être apparente, de sorte que l'action en référé – présentant de plus l'avantage de la célérité – est l'action à préconiser contre l'hébergeur. Nous n'avons dès lors pas pu trouver d'affaire au fond impliquant un hébergeur.

En se référant au Règlement 44/2001, la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises se détermine soit en fonction du domicile du défendeur (article 2), soit suivant les règles de compétence en matière délictuelle ou quasi-délictuelle prévues par l'article 5, point 3.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne sur base de ce dernier texte dépasse certainement le cadre du présent rapport. Nous nous limitons dès lors à signaler quelques décisions récentes qui en ont précisé la portée.

Une première est en relation avec la difficulté de connaître et partant de localiser l'éditeur de contenus. Dans un arrêt du 15 mars 2012, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé que l'article 5, point 3, est susceptible de s'appliquer à une action en responsabilité du fait de la gestion d'un site internet à l'encontre d'un défendeur qui est probablement citoyen de l'Union, mais qui se trouve en un lieu inconnu, si la juridiction saisie ne dispose pas d'indices probants lui permettant de conclure que ledit défendeur est effectivement domicilié en dehors du territoire de l'Union

⁴⁰ Ayant repris la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 1997/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 1984/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

⁴¹ CA 6 février 2002, Pas. 32, p. 206

⁴² TA Lux. 25 septembre 2007, n° 1071/07

⁴³ CA 6 février 2002, Pas. 32, p. 206

⁴⁴ Au regard de nos recherches dans les bases de jurisprudence, la voie pénale semble être préconisée en la matière.

européenne⁴⁵. Il faut toutefois préciser qu'en droit luxembourgeois cette solution n'a qu'une portée limitée, alors qu'un jugement rendu en l'absence du défendeur – non touché en personne – peut uniquement aboutir à un jugement par défaut.

En matière d'atteintes au droit de la personnalité, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne peut désormais se résumer comme suit :

- les juridictions de l'Etat membre de résidence de l'éditeur des contenus sont compétentes pour connaître de l'intégralité du dommage subi par le demandeur,
- les juridictions de l'Etat membre de résidence de la victime sont compétentes pour connaître
 - de l'intégralité de ce dommage, si la victime a établi le centre de ses principaux intérêts dans ce pays⁴⁶,
 - du dommage subi dans ce pays, si la victime n'y a pas son centre des intérêts principaux⁴⁷.

En matière d'atteintes aux droits patrimoniaux d'un auteur, la Cour de Justice a retenu la compétence des juridictions d'un Etat membre pour connaître d'une action en responsabilité introduite par l'auteur d'une œuvre à l'encontre d'une société établie dans un autre Etat membre et ayant, dans celui-ci, reproduit ladite œuvre sur un support matériel qui est ensuite vendu par des sociétés établies dans un troisième Etat membre, par l'intermédiaire d'un site Internet accessible également dans le ressort de la juridiction saisie. Elle a toutefois limité la compétence de ces juridictions au seul dommage causé sur le territoire de l'Etat membre dont elle relève⁴⁸.

Nous rappelons que le droit commun luxembourgeois est très proche du Règlement 44/2001. Ainsi, l'article 28 du Nouveau Code de Procédure Civile attribue en premier lieu compétence au tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur. En matière délictuelle ou quasi-délictuelle un chef de compétence supplémentaire est pareillement donné par le lieu où le fait dommageable s'est produit (article 42).

9. Quels sont, selon les règles de compétence internationale applicables dans votre pays, les tribunaux compétents pour connaître du contentieux des contrats du commerce électronique ? Les contrats de consommation en ligne obéissent-ils au même régime que les autres contrats ou sont-ils, au contraire, soumis à des règles de compétence spécifiques ? Une clause attributive de juridiction peut-elle être conclue par voie électronique ?

En votant la Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique, le législateur a entendu assimiler les actes signés électroniquement à ceux revêtus d'une signature manuscrite. Une clause attributive de juridiction peut dès lors être conclue par voie électronique.

⁴⁵ CJUE 15 mars 2012, n° C-292/10

⁴⁶ CJUE 25 octobre 2011, eDate Advertising et Martinez, n° C-509/09 et C-161/10

⁴⁷ Application du principe dégagé dans ses arrêts Mines de Potasse d'Alsace (CJCE 30 nov. 1976, n° 21/76) et Fiona Shevill (CJCE 7 mars 1995, n° C-68/93)

⁴⁸ CJUE 3 octobre 2013, n° C-170/12

Pour ce qui est de la compétence territoriale des juridictions, la signature manuscrite ou électronique d'un acte est dès lors indifférente. Les règles de droit commun s'appliquent, dont notamment l'article 5, point 1 du Règlement 44/2001.

Concernant des contrats de consommation en ligne, les articles 15 à 17 du Règlement 44/2001 prévoient des chefs de compétence spécifiques. Une lecture combinée des articles 15, 1, c) et 16, point 1 donne notamment compétence aux tribunaux de l'État sur le territoire duquel est domicilié le consommateur, lorsque *« le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités »*.

Dans son arrêt Alpenhof du 7 décembre 2010, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé cette disposition en retenant qu' *« il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux.*

Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices.

En revanche, la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est établi »⁴⁹.

Par cet arrêt, la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est dès lors prononcée contre une compétence basée sur la simple accessibilité du site internet dans le pays du consommateur. La compétence est uniquement donnée lorsqu'il existe un faisceau d'indices faisant admettre que le professionnel voulait entrer en relation d'affaires avec des consommateurs domiciliés sur le territoire d'un Etat membre déterminé.

La Cour de Justice de l'Union Européenne a encore précisé que l'application de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du Règlement 44/2001 n'exigeait ni que le contrat entre le consommateur et le professionnel ait été conclu à distance⁵⁰, ni qu'il n'existe un lien de causalité entre le moyen employé pour diriger l'activité commerciale ou professionnelle vers l'État membre du domicile du

⁴⁹ CJUE 7 décembre 2010, n° C-85/08 et C-144/09

⁵⁰ CJUE 6 septembre 2012, n° C-190/11

consommateur, à savoir un site internet, et la conclusion du contrat avec ce consommateur⁵¹. Elle précise toutefois que l'existence d'un tel lien de causalité constitue un indice de rattachement du contrat à une telle activité⁵².

Nous nous limitons à citer la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, alors que la seule jurisprudence luxembourgeoise que nous avons pu trouver sur la question⁵³ a fait une application textuelle des critères retenus par les Juges européens.

Pour ce qui est des clauses attributives de juridiction, la portée de celles-ci se trouve encadrée par l'article 17 du Règlement 44/2001.

10. Quelle est la loi applicable aux principaux « cyberdélits » (atteinte à un droit de propriété intellectuelle, violation d'un droit de la personnalité, concurrence déloyale) ? Quel accueil est réservé, dans votre système juridique, à la méthode dite de la « focalisation » ou du « ciblage » s'agissant de la détermination de la loi applicable ? Quel accueil est réservé au critère de rattachement fondé sur la simple « accessibilité » du site ? D'autres critères de rattachement ont-ils été consacrés ?

Les contenus publiés sur internet sont, en principe, disponibles dans tous les pays du monde. En fonction du pays dans lequel le contenu est chargé, sa légalité peut toutefois diverger. A titre d'exemple, on peut citer des propos diffamatoires prohibés au Luxembourg, mais qui sont couverts par la liberté d'expression aux Etats Unis. Ou à l'inverse, des publicités représentant des femmes en maillot de bain peuvent paraître parfaitement anodines dans notre pays, mais choquer les mœurs dans certains pays arabes notamment.

La question de la loi applicable à un litige peut dès lors avoir une influence déterminante sur son issue.

A. Action en référé et cessation

Le référé en droit luxembourgeois se caractérise notamment par les notions d'urgence (article 932 du Nouveau Code de Procédure Civile), de dommage imminent et de trouble manifestement illicite (article 933 du même Code).

Même si, théoriquement, le recours à la loi étrangère normalement compétente est possible, il est admis que, chaque fois qu'il s'agit de prendre des mesures provisoires pour la conservation de droits, c'est, au regard de l'urgence avec laquelle le juge doit statuer en matière de référés, la loi du juge qui s'applique, ceci afin d'éviter une discussion au fond sur la loi applicable et les incertitudes de sa détermination, notamment à ce stade de la procédure. Il s'agit là d'une jurisprudence constante des juges des référés luxembourgeois. Il n'en reste pas moins, d'après la jurisprudence, que les motifs justifiant cette solution en délimitant aussi son champ d'application, en ce sens que c'est la loi étrangère normalement compétente qu'il y a lieu d'appliquer, dès lors que sa détermination et celle de son contenu ne donnent pas lieu à difficultés⁵⁴.

⁵¹ CJUE 17 octobre 2013, n° C-218/12

⁵² *ibid.*

⁵³ Pour une application générale de ce texte : CA 27 novembre 2013, n° 36672

⁵⁴ J.-Cl. WIWINIUS, Le droit international privé au Grand-duché de Luxembourg, éd. Bauler, 3^{ème} éd. 2011, p. 59, n° 183

Nous n'avons pas pu trouver de jurisprudence ayant expressément statué sur la loi applicable à une action en cessation. Au regard de l'urgence avec laquelle ces affaires sont traitées, nous pensons que la même solution qu'en matière de référé pourrait être appliquée.

B. Action au fond

En matière délictuelle, le Règlement 864/2007, dit Rome II constitue désormais le droit commun en droit luxembourgeois (articles 1 à 3 du règlement).

D'une façon générale, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent (article 4, 1 du règlement).

Nous signalons également les règles de compétence spécifiques pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle (article 8) et les actes de concurrence déloyale ou restreignant la libre concurrence (article 6) prévues par le règlement.

D'après nos recherches, ces textes n'ont pas donné lieu à des applications particulières au Luxembourg.

11. Quelles sont les règles de conflit de lois applicables aux contrats du commerce électronique (loi applicable au fond et à la forme des contrats) ? Les contrats de consommation en ligne obéissent-ils au même régime que les autres contrats ou sont-ils, au contraire, soumis à des règles particulières ?

En matière contractuelle, la loi applicable est déterminée par le Règlement 593/2008, dit Rome I qui détermine la loi applicable au fond et à la forme des contrats. Dans la mesure où ce règlement n'a pas fait l'objet d'applications particulières au Luxembourg, nous nous limitons à mentionner celui-ci.

Pour ce qui est des contrats de consommation, nous renvoyons aux dispositions de l'article 6 du Règlement 593/2008, dit Rome I. De nouveau, il faut préciser que le texte en question n'a pas donné lieu à des applications spécifiques au Luxembourg⁵⁵.

L'article 6, point 2 de ce règlement encadre la liberté de choix de la loi applicable à un contrat conclu entre professionnel et consommateur. Ainsi, ce choix ne saurait avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix.

Un consommateur résidant au Luxembourg pourra donc prétendre au moins à la protection que lui assurent les articles L. 211-2 et suivants du Code de la consommation, relatifs aux clauses abusives, ces règles étant applicables malgré toutes stipulations contraires du contrat. Sur ces points, la loi étrangère désignée ne pourrait avoir vocation à s'appliquer que dans la mesure où elle assure une protection plus poussée⁵⁶.

⁵⁵ pour ce qui est de la notion de « diriger son activité vers le pays du consommateur », nous nous permettons de renvoyer à nos développements exposés sous 9 ci-dessus

⁵⁶ voir sur ce point J.-Cl. WIWINIUS, Le droit international privé au Grand-duché de Luxembourg, éd. Bauler, 3^{ème} éd. 2011, p. 169, n° 747 et ss.

Les contrats conclus avec un consommateur par voie électronique ne sont pas soumis à d'autres règles particulières.

12. Quel rôle est attribué, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, à la loi du pays d'origine du diffuseur du contenu ? La règle de conflit désigne-t-elle directement cette loi ? Celle-ci peut-elle intervenir d'une autre manière (clause « Marché intérieur » ou, en matière délictuelle, désignation en tant que loi du fait générateur du délit, ou autre) ?

L'article 3 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après : la Directive 2000/31/CE) retient que « *chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné* ».

La Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique a repris ce principe en retenant que « *la loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils présentent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat* » (article 2, point 4).

Par « *prestataires de services de la société de l'information* », il y a lieu d'entendre « *toute personne physique ou morale qui fournit un tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* » (article 1 – définitions), notion qui englobe donc également les services d'information en ligne.

La doctrine luxembourgeoise que nous avons pu consulter⁵⁷ considère que la clause du marché intérieur ne constitue pas une règle de conflit de lois. Cette clause consacrerait uniquement le principe du « contrôle du pays d'origine » et non pas celui de l'application de la « loi du pays d'origine ». L'auteur retient qu'il « *s'agit simplement d'une obligation de surveillance, de contrôle et de soumission à l'ordre juridique de l'État d'établissement, sans toutefois que le contrat liant un prestataire de services de la société de l'information au destinataire d'un tel service soit obligatoirement régi par la loi de ce pays* »⁵⁸. Le seul impact de cette disposition sur les règles de droit international privé est « *qu'elle impose au juge du for de s'abstenir de toute restriction à la libre prestation de service issue de la désignation d'une disposition de droit matériel par le biais d'une règle de conflit de lois* »⁵⁹.

D'après nos recherches, la clause de marché intérieur ou l'article 2 de la Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique n'ont pas encore donné lieu à des applications en jurisprudence luxembourgeoise. Conformément à nos développements exposés au point 10 ci-dessus, il faut en effet constater que l'application des règles classiques de conflit de lois aboutit souvent à l'application de la loi du pays d'origine du prestataire de services en ligne⁶⁰.

⁵⁷ Pour une analyse détaillée de la portée de cet article, voir A. PRUM, Le commerce électronique en droit luxembourgeois, Larcier 2005, p. 62 et ss.

⁵⁸ A. PRUM, Le commerce électronique en droit luxembourgeois, Larcier 2005, p. 65, n° 41

⁵⁹ Ibid, p. 67, n° 45

⁶⁰ A. PRUM, Le commerce électronique en droit luxembourgeois, Larcier 2005, p. 64, n° 38