

La mondialisation

Journées allemandes

Tome LXVI / 2016

Travaux de l'Association
Henri Capitant



bruylant

LB2V

MONDIALISATION ET INTERNET AU LUXEMBOURG

Jean-Louis SCHILTZ*

*Professeur invité à l'Université de Luxembourg
Avocat à la Cour*

Maximilien SPIELMANN**

*Avocat
Maître de conférences à l'Université de Luxembourg*

MONDIALISATION, INTERNET ET LES DROITS DES INDIVIDUS

A. LA PROTECTION DES DONNÉES SUR INTERNET

1. La matière de la protection des données est d'inspiration européenne au Luxembourg et – sauf exceptions – le principe qui prévaut en matière de transposition de directives est celui de la transposition la plus fidèle possible de la directive selon le précepte « toute la directive, mais rien que la directive ».

I. – LES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL : DÉFINITION ET NOTION

2. Le législateur luxembourgeois n'a pas fait montre d'œuvre créatrice pour ce qui est de la notion de « donnée à caractère personnel », mais il s'est borné

* Était ministre de 2004 à 2009, notamment en charge des médias et des communications.

** A travaillé au Service des médias et des communications du Ministère d'État en 2015 et jusqu'au début 2016.

à transposer quasi littéralement l'article 2, point (a) de la Directive 95/46/CE¹ (ci-après « Directive ») dans le droit national².

3. Parmi les spécificités du droit luxembourgeois en la matière, on peut relever que la loi du 2 août 2002 définissait initialement la personne concernée comme devant aussi englober les personnes morales. Cette spécificité a été abandonnée en 2007³.

4. Le législateur luxembourgeois a également décidé de prévoir, contrairement à la Directive, des dispositions spécifiques s'appliquant en cas de décès de la personne concernée en conférant aux ayants droit un droit d'accès aux données à caractère personnel de la personne décédée⁴.

II. – DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LES DONNÉES ?

5. Le droit luxembourgeois ne pose pas de façon générale la question en termes de « propriété sur les données », mais raisonne quasi-exclusivement en termes de protection ou pas des données : quelles sont les données qui méritent protection et à quelles conditions ?

6. La propriété étant sur base de l'article 544 du Code civil, le droit de jouir et de disposer de la chose ainsi que celui d'en faire un usage conforme à la loi⁵, le « candidat » – propriétaire naturel pour les données personnelles est la personne concernée elle-même : tout un chacun est/serait propriétaire de ses propres données, sauf à en céder carrément la propriété, les données n'étant pas des choses hors commerce. En dehors du cas de la vente des données – qui pose d'autres questions⁶ – c'est l'individu lui-même qui devrait en droit être propriétaire de ses propres données. Il n'a à coup sûr pas cédé l'*abusus* (le droit de disposer) et le droit d'usage (d'utilisation ?) qu'il a éventuellement transféré (cédé ?) est en toute hypothèse un droit d'usage limité qui n'est pas comparable à l'usage qu'un propriétaire peut faire d'un bien, l'usage que ce dernier peut faire du bien dont il est propriétaire étant seulement limité par la notion d'« usage prohibé par la loi et par les règlements » de l'article 544 du Code civil. Si l'on veut poser la question en termes de « droit de propriété », il nous semble en définitive qu'actuellement la qualification juridique la plus appropriée – dans le chef du responsable du traitement – soit celle d'un droit d'usage, prédéterminé et à des fins bien définies sur base du consentement ou d'un fondement prévu par la loi⁷.

¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données OJ L. 281, 23 nov. 1995, p. 31-50.

² Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, art. 2(e).

³ *Ibid.*, art. 2(m).

⁴ *Ibid.*, art. 28.

⁵ Code civil, art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ou qu'on ne cause un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage rompant l'équilibre entre des droits équivalents ».

⁶ Si je « vends » certaines de ces données (nom, prénom, adresse par exemple) dans un contexte précis, comment par exemple faire en sorte que j'en garde la propriété par ailleurs ? Autre exemple : Les données peuvent-elles devenir une *res communis* ?

⁷ Cette lecture est confirmée par le fait que la personne concernée dispose d'un droit d'accès et d'un droit d'effacement.

7. En droit pénal, lorsque l'on est en présence d'un vol de données, la question se pose clairement en termes de propriété sur les données⁸.

8. Le Luxembourg participe par ailleurs activement au débat académique international sur la question de la propriété des données qui aux États-Unis est mené en termes de contrôle de l'individu sur ses propres données et de « self-sovereignty » tant sur celles-ci que sur sa propre identité digitale⁹.

9. Le nouveau projet de Constitution actuellement en discussion au Parlement aborde aussi la question de la protection des données sous l'angle du principe de l'autodétermination informationnelle. Cette notion pose, à notre sens, plus de questions qu'elle ne permet de trouver de réponses. Le principe n'est pas incontesté – loin s'en faut. Gaspard Koenig, philosophe libéral français, critique la notion d'autodétermination informationnelle comme « reposant sur une conception classique du droit de propriété » en rajoutant que « si les données forment un réseau, elles doivent être considérées comme bien commun en indivision »¹⁰. Le Conseil d'État français, quant à lui, propose « d'écarter l'introduction d'une logique patrimoniale »¹¹. Devant le foisonnement des idées et des concepts, il devrait être permis de penser qu'il y a lieu de faire preuve de prudence avant d'ancrer un principe remontant à l'origine aux années 1970¹² dans un texte qui comme une Constitution d'un pays est appelé à durer.

III. – ACCORD POUR TRAITER LES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ?

10. Poser la question de savoir s'il faut toujours un accord de la personne concernée pour traiter des données personnelles revient à poser la question de savoir si le consentement constitue la seule base de légitimation d'un traitement des données. La réponse à cette question est assurément négative. En effet, si le consentement est bien l'une des bases de légitimation d'un traitement des données, elle n'est pas la seule¹³.

11. Laissant de côté pour les besoins de la présente étude la question de la « qualité de données »¹⁴, l'on se bornera à mentionner les cas dans lesquels un traitement de données est légitime au regard de l'article 5 de la loi¹⁵ à savoir :

« (a) s'il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis, ou

⁸ Voir à ce sujet : point 41.

⁹ Voir à ce sujet : The Windhover Principles for Digital Identity, Trust and Data, 21 Bitcoin and digital currencies endorse new digital framework for digital identity, trust and open data, ID3, 20 oct. 2014 dont un des auteurs est co-signataire.

¹⁰ Gaspard KOENIG, « Au voleur (de données) ! », Les Échos, 11 févr. 2015.

¹¹ Étude annuelle 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux », p. 28 du dossier de presse.

¹² Ce principe étant par la suite expressément posé par la Cour constitutionnelle allemande en 1983 (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83 u. a. – Volkszählung –, BVerfGE 65, 1).

¹³ Voir dans ce sens : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, OJ C 326, 26 oct. 2012, p. 391-407, art. 8.

¹⁴ Loi modifiée du 2 août 2002 *op. cit.*, art. 4 ; Directive 95/46/CE *op. cit.*, art. 6.

¹⁵ Le législateur luxembourgeois a retenu le même texte que la Directive, mais a – sans explication quelconque – inversé l'ordre des bases de légitimation. Cette modification n'a jusqu'à présent aucun impact en pratique.

- (b) s'il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, ou
- (c) s'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci, ou
- (d) s'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée [...] ou
- (e) s'il est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée, ou
- (f) si la personne concernée a donné son consentement. »

12. Pour ce qui est du consentement, si la Directive dispose qu'il doit être « indubitable », la loi luxembourgeoise n'a pas inscrit ce terme dans son article 5. Le législateur en 2002 a retenu les exigences de « volonté expresse » et « non équivoque ». Dans un souci de cohérence, cette approche ultra-protectrice a cependant été abandonnée en 2007, l'exigence du consentement « exprès » ayant été maintenue pour les seuls traitements de données sensibles¹⁶.

IV. – DONNÉES SENSIBLES

13. Sur base de la Directive, le traitement des données sensibles est soumis à un régime dérogatoire. La notion de données dites sensibles a été transposée telle quelle en droit luxembourgeois¹⁷, sauf que le législateur a rajouté à la liste les données génétiques.

14. La loi luxembourgeoise prévoit une interdiction de principe pour tout traitement de telles données, sauf exceptions également prévues par la loi¹⁸.

15. La loi prévoit encore des règles spécifiques pour le traitement de données génétiques¹⁹.

¹⁶ Loi modifiée du 2 août 2002 *op. cit.*, art. 6(2(a)).

¹⁷ *Ibid.*, art. 6(1).

¹⁸ Cette interdiction ne s'applique pas si (a) la personne concernée a donné son consentement « exprès » à un tel traitement, sauf indisponibilité du corps humain et sauf le cas interdit par la loi, ou lorsque ; (b) le traitement est nécessaire aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail dans la mesure où il est autorisé par la loi, ou lorsque ; (c) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement, ou lorsque ; (d) le traitement est mis en œuvre, avec le consentement de la personne concernée par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, dans le cadre de leurs activités légitimes, à condition que le traitement se rapporte aux données nécessaires des seuls membres de cet organisme ou aux personnes entretenant avec lui des contacts réguliers liés à sa finalité et que les données ne soient pas communiquées à des tiers sans le consentement des personnes concernées, ou lorsque ; (e) le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée, ou lorsque ; (f) le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice, ou lorsque ; (g) le traitement s'avère nécessaire pour un motif d'intérêt public notamment à des fins historiques, statistiques ou scientifiques sans préjudice de l'application de l'article 7, ou lorsque ; (h) le traitement est mis en œuvre par voie de règlement grand-ducal, ou lorsque ; (i) le traitement est mis en œuvre dans le cadre d'un traitement de données judiciaires.

¹⁹ Loi modifiée du 2 août 2002 *op. cit.*, art. 6(3).

V. – LE « DROIT À L'OUBLI »

16. À la suite de l'arrêt *Google Spain* c'est surtout le « droit à l'oubli » qui a suscité une grande attention dans le public. Il n'y a pas de spécificités de droit luxembourgeois à relever ici.

VI. – TRANSFERT DE DONNÉES HORS UE – UN RISQUE POUR LA PROTECTION ?

17. Le débat sur le transfert des données hors UE est aujourd'hui dominé par le tremblement de terre déclenché par l'arrêt *Schrems*. Nous n'allons pas entrer dans ce débat ici.

Au regard de la Directive et de la loi modifiée du 2 août 2002, le transfert de données hors UE est possible et licite dans trois cas :

- d'abord, lorsque le pays de destination offre un niveau de protection adéquat (1) ;
- ensuite, lorsque des garanties appropriées sont fournies par le responsable de traitement (2) ;
- enfin, s'il y a consentement ou autre dérogation prévue par la loi (3).

18. Quant au point (3), les cas prévus par la loi – en dehors du consentement – sont aux termes de l'article 19²⁰ les suivants :

- *le transfert soit nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée et le responsable du traitement sont parties ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de la personne concernée, ou*
- *le transfert soit nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat conclu ou à conclure, dans l'intérêt de la personne concernée, entre le responsable du traitement et un tiers, ou*
- *le transfert soit nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice, ou*
- *le transfert soit nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée, ou*
- *le transfert intervienne depuis un registre public.*

VII. – UNE AUTORITÉ INDÉPENDANTE

19. L'autorité de contrôle au Luxembourg est la CNPD. Elle a été créée par la loi du 2 août 2002 et a pour mission de contrôler et de vérifier si les données soumises à un traitement sont traitées en conformité avec les dispositions de la loi²¹.

²⁰ Cette disposition s'inspire de l'article 26 de la Directive 95/46/CE *op. cit.*

²¹ Loi modifiée du 2 août 2002 *op. cit.*, art. 32(1). Les seuls traitements exclus du domaine de compétence de la CNPD sont les traitements d'ordre général nécessaires à la prévention, à la recherche et à la constatation des infractions pénales qui sont réservés à la police et la douane ainsi que les traitements relatifs à la sûreté de l'État, à la défense et à la sécurité publique, et dans des domaines du droit pénal effectués en vertu de conventions internationales, d'accords intergouvernementaux ou dans le cadre de la coopération avec l'Interpol (art. 17(1)).

20. La loi ne confère pas seulement la personnalité juridique à la CNPD, mais elle dispose expressément que celle-ci « exerce en toute indépendance les missions dont elle est investie »²². L'indépendance de la CNPD au niveau de l'exercice de ses missions et dans le choix des moyens qu'elle met en œuvre est – conformément au concept européen d'autorité indépendante – totale. L'indépendance au niveau financier et d'un point de vue du « pouvoir de nomination » est par contre relative. Si la CNPD est ainsi en principe autonome d'un point de vue financier, il reste que pour son budget elle est dépendante du Gouvernement²³. Quant à la procédure de nomination de la direction, la loi prévoit que les membres sont nommés par le Gouvernement²⁴. Tout ceci n'a rien d'anormal au regard du droit européen.

21. La CNPD dispose des pouvoirs classiques de sanction d'une autorité de régulation indépendante²⁵.

VIII. CLOUD²⁶

22. Dans le cadre de la protection des données, des technologies relativement nouvelles comme le *cloud computing* sont en principe appréhendées de la même manière que des technologies plus traditionnelles, comme par exemple les technologies sur serveurs. Il s'agit-là de l'application du principe de la neutralité technologique ; principe important du droit luxembourgeois des nouvelles technologies.

23. Le législateur luxembourgeois a cependant innové en modifiant en 2013 l'article 567 du Code de commerce, spécifiquement dans une optique *cloud*²⁷. Le nouveau texte constitue une avancée majeure et il renforce très substantiellement la sécurité juridique dans le *cloud*. Il procède à ce titre de la sécurité des données et donc de la protection au sens large de celles-ci.

IX. BIG DATA

24. En droit, le « big data » n'est pas traité différemment du « data » qui n'est pas « big ».

25. Dans la pratique, ce sont les règles qui ont trait au traitement ultérieur des données qui devraient principalement avoir vocation à s'appliquer au « big data ».

²² *Ibid.*, art. 34(1).

²³ *Ibid.*, art. 37.

²⁴ *Ibid.*, art. 34(2). « Les membres sont nommés pour un terme de six ans, renouvelable une fois ».

²⁵ *Ibid.*, art. 33.

²⁶ Cette partie de la présente étude est reprise pour l'essentiel d'un article publié par un des auteurs au Journal des Tribunaux en 2012 : JL Schiltz, « Faut-il se méfier du cloud ? », J.T.L., n° 24, 5 déc. 2012, p. 153-158.

²⁷ La disposition en question se lit comme suit : « Les biens meubles incorporels non fongibles en possession du failli ou détenus par lui peuvent être revendiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu'ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure, les frais afférents étant à charge du revendiquant ».

B. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE SUR INTERNET

26. Le législateur luxembourgeois a fait le choix de ne pas prévoir de règles spécifiques destinées à s'appliquer à la liberté d'expression dans le contexte d'internet. Au contraire, la législation et les règles sur la liberté d'expression ordinaires s'appliquent *a priori* aussi bien dans un contexte traditionnel que dans le monde en ligne. Il en va de même pour l'essentiel des règles du droit pénal notamment celles gouvernant l'injure, la calomnie et la diffamation.

I. – LES ATTEINTES À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR INTERNET SANCTIONNÉES PAR LES JURIDICTIONS LUXEMBOURGEOISES

27. Pour les atteintes à la liberté d'expression sur internet, c'est le droit commun relatif à liberté d'expression qui trouve application.

28. Les juridictions luxembourgeoises ont, à notre connaissance, eu à connaître ces dernières années de deux cas de violations – l'un réel, l'autre allégué pour l'heure – de la liberté d'expression qui méritent d'être relevés :

- le premier cas de violation – allégué pour l'heure – concerne un journaliste qui s'était vu refuser par le Parquet la communication des feuilles d'audiences des juridictions pénales et la participation à des points de presse. La Cour administrative a retenu que la décision afférente du Procureur général d'État ne remet à prime abord aucunement en cause le principe de la publicité des audiences garanti par article 88 de la Constitution luxembourgeoise. Elle rappelle en outre que les pratiques de la communication des feuilles d'audience et les points de presse consistent exclusivement une « facilitation d'accès à certaines informations qui subsistent par ailleurs et qui peuvent parfaitement être obtenues d'une manière parallèle ». Compte tenu des nombreuses transgressions du journaliste en cause la Cour retient que la décision a poursuivi le but légitime de réduire au futur le nombre de violations du principe de présomption d'innocence. Étant donné que certaines des transgressions contestées ont directement remonté à la fourniture de feuilles d'audience et que l'accès aux audiences restait intouché, la Cour administrative est venue à la conclusion que l'article 10 de la CEDH n'a pas été violé au motif que la décision du Procureur général d'État était nécessaire et adéquate au regard de l'objectif poursuivi²⁸. Le dossier n'a pas donné lieu à une décision quant au fond à Strasbourg²⁹ ;
- la deuxième affaire concerne un arrêt de la Cour de Strasbourg ayant condamné le Luxembourg pour violation des articles 8 et 10 de la CEDH³⁰. En l'espèce, le journal *Contacto* avait publié un article relatif à la

²⁸ Cour administrative, n° 31154C du rôle, 25 avr. 2013.

²⁹ La Cour a procédé à la radiation de l'affaire (Cour EDH, affaire Jean Léon Nicolas c. Luxembourg et Boulevardpresse Sàrl c. Luxembourg, Requêtes n°s 66992/13 et 66995/13 (décision), 18 mai 2017).

³⁰ Cour EDH, affaire Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxembourg, Requête n° 26419/10, 18 avr. 2013.

problématique de familles s'étant vu retirer la garde de leurs enfants. Le juge d'instruction avait ordonné une perquisition et saisie au siège de l'éditeur aux fins de rechercher et de saisir de façon générique tous documents et objets en relation avec les infractions reprochées. La Cour a considéré que la perquisition ordonnée selon des termes aussi larges constitue une atteinte disproportionnée aux articles 8 et 10 de la CEDH.

À noter que dans les deux cas il s'agissait de publications qui auraient été faites tant sur support papier que sur internet.

II. – LES ABUS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SANCTIONNÉS PAR LES JURIDICTIONS LUXEMBOURGEOISES

29. C'est un euphémisme de dire que la liberté d'expression est une liberté fondamentale. Elle comprend le droit de recevoir et de rechercher des informations, de décider de les communiquer au public dans la forme et suivant les modalités librement choisies, ainsi que de les communiquer et de les critiquer³¹.

Nonobstant ce caractère large, la liberté d'expression ne peut néanmoins faire fi d'autres droits fondamentaux et c'est à cet égard que se pose la question de la balance entre différents droits fondamentaux. Le législateur luxembourgeois a dans ce contexte mis en place différents éléments de protection dont certains découlent de la réglementation spécifique relative aux médias (1), alors que d'autres dispositions relèvent du droit commun, celui distinguant, d'une part entre calomnie et diffamation (2), et injure d'autre part (3).

30. À noter que l'ensemble de ces dispositions s'applique tant en ligne qu'hors ligne.

1. LA LOI DU 8 JUIN 2004 SUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LES MÉDIAS

31. La loi dispose que « chacun a droit au **respect de sa vie privée** », de sorte que la communication au public d'une publication contenant une information relative à la vie privée d'un individu ne peut s'effectuer que dans des conditions strictes, à savoir seulement lorsque la publication³² :

- est faite avec l'accord de la personne visée ou est directement liée à la vie publique de celle-ci ;
- est faite à la demande des autorités judiciaires pour les besoins ou dans le cadre d'une enquête ou instruction judiciaire ;
- survient à l'occasion d'une communication au public en direct (dans ce contexte, le texte exige cependant non seulement « que toutes les diligences aient été faites et toutes les précautions prises afin d'éviter une atteinte à la vie privée », mais également qu'une identification de l'identité de l'auteur de l'information accompagne la publication en question) ; ou
- constitue une citation d'un tiers (cette citation devant être fidèle, la loi exigeant encore qu'une triple condition soit remplie, à savoir que la citation

³¹ Loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, art. 1^{er}.

³² *Ibid.*, art. 15.

soit clairement identifiée comme telle ; que l'indication de l'identité de l'auteur des propos cités accompagne l'information communiquée, et que la communication au public soit justifiée par l'existence d'un intérêt prépondérant du public à connaître les propos cités).

32. La loi prévoit en outre des dispositions spécifiques destinées à protéger l'honneur et la réputation de chaque individu³³.

33. Des dispositions spécifiques sont également consacrées au respect de la présomption d'innocence³⁴ et à la protection des mineurs³⁵.

34. Au vu du fait que le législateur luxembourgeois n'a pas – contrairement au législateur français³⁶ – fait le choix de prévoir un droit de réponse spécifique pour ces communications au public en ligne se pose évidemment la question de la portée de ce droit.

Dans le cadre d'un litige récent, un particulier entendait exercer son droit de réponse au regard d'une publication sur le site internet d'*RTL*, alors même que ladite publication ne le citait pas nommément, mais se limitait à faire référence aux révélations diffusées par un site internet d'une société tierce, la référence étant accompagnée d'un lien actif ; le site de ladite société tierce ne désignait pas davantage de manière nominative le particulier, mais contenait un lien actif à un rapport publié sur un troisième site et dans lequel le particulier en question était nommément cité. La Cour d'appel³⁷ – sans même examiner la question de savoir si la publication en ligne d'*RTL* comprenait virtuellement la publication de la société tierce ainsi que le rapport litigieux – se réfère aux travaux parlementaires et rappelle que la périodicité est de l'essence même du droit de réponse. La Cour retient qu'est périodique ce qui se produit à des époques déterminées, à des intervalles réguliers, tel un quotidien ou un hebdomadaire ou encore une publication mensuelle ou bimensuelle pour conclure enfin que le droit de réponse n'a pas vocation à s'appliquer aux publications sur internet. La Cour précise encore à ce sujet que le droit de réponse en ligne est inefficace parce que les lecteurs d'une information sur un site internet ne consulteront pas à nouveau ce même site dans un laps de temps déterminé pour connaître l'éventuelle suite de cette information.

L'arrêt de la Cour n'est, selon nous, pas à l'abri de critiques. La justification mise en avant par la Cour selon laquelle « les lecteurs d'une information sur un site internet ne consulteront pas à nouveau ce même site dans un laps de temps déterminé » nous semble méconnaître une certaine réalité qui est celle des visites répétées sur le même site, la périodicité se situant du côté de la consultation. L'analyse de la Cour méconnaît en outre le principe de la neutralité technologique.

L'affaire est pendante à Strasbourg³⁸.

³³ *Ibid.*, art. 16(1).

³⁴ *Ibid.*, art. 12 et 13.

³⁵ *Ibid.*, art. 18 et 19.

³⁶ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6.

³⁷ CSJ, n° 40919 du rôle, 26 mars 2014.

³⁸ Requête n° 63296/14 Tania Smaniotto c/. Luxembourg.

2. LA CALOMNIE ET LA DIFFAMATION

35. Une des conditions *sine qua non* de la calomnie et de la diffamation – qui sont gouvernées par les articles 443 et suivants du Code pénal – est que le fait visé doit faire l'objet d'une imputation publique. Depuis une réforme intervenue en 2004, cette condition se trouve également remplie lorsqu'il s'agit d'écrits d'images ou d'emblèmes distribués ou communiqués au public par quelque moyen que ce soit ou encore d'écrits, d'images ou d'emblèmes adressés ou communiqués par quelque moyen que ce soit à plusieurs personnes³⁹.

C'est dans ce cadre que la Cour d'appel a récemment dû trancher un cas ayant trait à une communication sur le réseau social *Facebook*. Les juges d'appel ont dans cette affaire adopté une approche nuancée et ont analysé de façon plus détaillée les configurations de publication offertes par *Facebook*⁴⁰. À cet égard la Cour d'appel rappelle que :

« FACEBOOK est un service de réseau social en ligne sur Internet qui permet à toute personne disposant d'une adresse email, de se constituer un compte, de créer son profil et d'y publier des informations, dont elle peut contrôler la visibilité par les autres personnes, possédant ou non un compte. Le mur sur FACEBOOK est l'endroit qui recense toutes les publications, que ce soit des textes, des photos, des vidéos ou des messages personnels. Ces éléments publiés sur le mur sont alors visibles par les personnes du choix de l'utilisateur selon un paramétrage choisi⁴¹. [...] Si l'on effectue une publication sur le mur d'un autre utilisateur, c'est cette personne qui contrôle la diffusion de la publication.

Même si le mur sur FACEBOOK, par un paramétrage spécifique, ou d'autres zones sur FACEBOOK, telle p.ex. la messagerie électronique, peuvent constituer des sphères privées, cela n'exclut pas que la circonstance de l'alinéa 6 de l'article 444 du code pénal puisse être donnée, lorsque des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés sont, par la voie du réseautage FACEBOOK, distribués ou communiqués à plusieurs personnes. »⁴².

Sur cette base les juges d'appel ont retenu que la condition de publicité était remplie en ce que la personne citée, « en mettant ses messages-commentaires sur le mur [d'autrui,] avait conscience qu'elle s'exposait à ce que son message soit lu par les amis [du tiers], amis qu'elle n'a pas choisis, ou que même tout

³⁹ Code pénal, art. 444.

⁴⁰ Pour une analyse détaillée nous renvoyons à : M. BRAUN, « Précisions sur les injures proférées sur les réseaux sociaux », Droit.lu – le Portail du droit luxembourgeois, 12 janv. 2013. La décision afférente concernait l'infraction d'injure. Or, étant donné que la calomnie et la diffamation exigent – à l'instar de l'infraction d'injure – une imputation publique, les raisonnements s'appliquent *mutatis mutandis*.

⁴¹ Dans ce contexte, la Cour d'appel donne la précision que « l'utilisateur peut sélectionner l'audience de son mur et choisir les personnes avec lesquelles les publications sur le mur peuvent être partagées sur quatre niveaux, en l'occurrence le niveau « public », le niveau « amis », le niveau « moi uniquement » ou le niveau « personnaliser » comprenant des groupes spécifiques, des clients, des listes d'amis que l'utilisateur a choisi d'inclure ou d'exclure ».

⁴² CSJ corr, n° 24/13 du rôle, V, 8 janv. 2013. Décision citée par M. BRAUN, « Précisions sur les injures proférées sur les réseaux sociaux », *op. cit.*

autre individu puisse accéder à ces commentaires » sans faisant nécessairement partie d'une communauté d'intérêts⁴³.

3. L'INJURE

36. L'injure – définie en doctrine comme « toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme aucune imputation d'un fait précis »⁴⁴ – est prévue à l'article 448 du Code pénal. Cette disposition est applicable aux propos transmis par la voie d'internet⁴⁵.

III. – LES MOYENS PERMETTANT DE FAIRE CESSER LES ATTEINTES

1. LES MOYENS PRÉVUS PAR LA LOI DU 8 JUIN 2004 SUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LES MÉDIAS

37. La loi prévoit que le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, au besoin sous astreinte aux fins de faire cesser l'atteinte en question⁴⁶. Le référé-cessation, spécifique à la liberté d'expression dans les médias, est un moyen *a priori* efficace. Il permet de mettre un terme à des abus constatés sans grand formalisme et délais de procédure, les décisions étant exécutoires par provision.

38. La procédure en matière de droit de réponse⁴⁷ – en ce que ce droit permet de mettre en œuvre des remèdes qui vont au-delà de la simple cessation – mérite aussi d'être mentionnée dans le cadre du présent rapport. Cette procédure devrait être *a priori* dans bien des cas encore plus efficace que celle en cessation des abus dont question ci-dessus.

2. LE RECOURS DE DROIT COMMUN

39. Celui qui entend faire cesser une atteinte à la liberté d'expression peut aussi songer à saisir le juge des référés sur base du référé – voie de fait ordinaire prévu à l'article 933 du Nouveau Code de Procédure Civile. La loi sur la liberté d'expression dans les médias n'exclut pas le recours aux voies de recours dites ordinaires et – si les conditions en sont remplies – une action en référé-voie de fait est parfaitement concevable.

⁴³ CSJ corr, n° 24/13 du rôle, *op. cit.* Dans ce même ordre d'idées a également été considérée comme remplissant la condition de publicité, la publication sur *Facebook* de commentaires sur son propre mur qui était au moment des faits accessible au « nombre non négligeable de 628 personnes » (TA, n° 312/2012 du rôle, 29 mars 2012. Décision citée par M. BRAUN, « Précisions sur les injures proférées sur les réseaux sociaux », *op. cit.*).

⁴⁴ Marchal et Jaspard, « Droit criminel », éd. 1965, t. I, n° 1289.

⁴⁵ Voir notamment CSJ corr, n° 24/13 du rôle, *op. cit.* ; TA, n° 312/2012 du rôle, *op. cit.*

⁴⁶ Loi modifiée du 8 juin 2004 *op. cit.*, art. 12, 14 & 16.

⁴⁷ *Ibid.*, art. 37 s.

C. AUTRES DROITS

I. – LA PROTECTION À LA VIE PRIVÉE

1. LOI DU 11 AOÛT 1982 CONCERNANT LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

40. La loi du 11 août 1982 prévoit de manière générique que « chacun a droit au respect de sa vie privée », de sorte à interdire – sauf consentement de personne concernée – toute écoute de paroles prononcées en privée, toute observation d'une personne dans un lieu public et toute ouverture d'un message transmis à autrui sous pli fermé⁴⁸.

2. LE VOL D'INFORMATIONS ÉLECTRONIQUES PUNI EN DROIT LUXEMBOURGEOIS

41. En application de l'article 461 du Code pénal la jurisprudence a longtemps considéré que la possibilité de soustraction exclut du domaine du vol les biens incorporels, tels que les données électroniques⁴⁹ au motif que la « chose » doit s'entendre comme bien corporel⁵⁰. La Cour de cassation a cependant opéré un revirement remarquable en 2014 en posant le principe que désormais « les données électroniques enregistrées sur le serveur de la banque et qui sont juridiquement sa propriété exclusive constituent des biens incorporels qui peuvent faire l'objet d'une appréhension par voie de téléchargement »⁵¹.

Cet arrêt, certes à saluer en termes de droit pénal, reste sujette à critiques d'un point de vue de protection des données car il retient de manière indifférenciée que les données électroniques enregistrées sur le serveur de la banque sont juridiquement sa propriété exclusive⁵².

3. LES INFRACTIONS EN MATIÈRE INFORMATIQUE PRÉVUES PAR LE CODE PÉNAL

42. Le législateur luxembourgeois déjà en 1993 a – dans un objectif de combattre la fraude informatique et les faits répréhensibles réalisés moyennant

⁴⁸ Loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée, art. 1^{er} et 2.

⁴⁹ CSJ corr., 154/04 V, 11 mai 2004.

⁵⁰ CSJ corr., 57/08 V, 29 janv. 2009.

⁵¹ CSJ cass., n° 17/2014, 3 avr. 2014. Dans cette affaire, un employé d'une banque avait pris la décision de copier et de télécharger des données en possession de la banque afin de pouvoir prouver en cas de litige de travail la prise de risques inappropriés par celle-ci. Le législateur en 2014 a ajouté à la définition du vol (art. 461 du Code pénal) la soustraction frauduleuse d'une clef électronique appartenant à autrui (loi du 18 juill. 2014 portant notamment approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité ouverte à la signature à Budapest le 23 nov. 2001).

⁵² Alors qu'il est certes vrai que la banque a, d'un point de vue de la protection des données, un droit « au secret des affaires et à la propriété intellectuelle, notamment au droit d'auteur protégeant le logiciel » ou des informations ajoutées par elle dans le cadre du traitement des données (Voir dans ce sens notamment, Directive 95/46/CE *op. cit.*, considérant 41), il n'en reste toutefois pas moins que la banque n'est pas *a priori* le propriétaire des données de la personne concernée.

l'utilisation de l'informatique⁵³ – décidé d'ajouter les articles 509-1 et suivants au Code pénal⁵⁴. Ces dispositions incriminent notamment :

- l'accès ou le maintien frauduleux dans un système de traitement ou de transmission automatisé de données (art. 509-1, alinéa 1^{er}) ;
- l'entrave du fonctionnement d'un tel système (art. 509-2) ; et
- l'introduction (telles que des données relatives à l'horaire mobile des salariés)⁵⁵, la modification, ou la suppression de données (telles que des courriers électroniques⁵⁶ ou des documents *Excel*⁵⁷) (art. 509-3).

II. – LES MOYENS À DISPOSITION POUR FAIRE CESSER LES ATTEINTES

43. Sans préjudice des actions ordinaires mises à sa disposition notamment par le Code d'Instruction Criminelle, la personne visée par l'atteinte pourra – si les conditions en sont remplies – recourir au référé-voie de fait⁵⁸.

III. – LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE FRAGILISÉS PAR L'INTERNET

44. La loi modifiée du 18 avril 2001 prévoit l'incrimination du délit de la contrefaçon en tant que toute mise à disposition volontaire au public de tout support, programmes ou bases de données réalisés sans l'autorisation du titulaire de droit⁵⁹. La jurisprudence retient que l'intention frauduleuse ne requiert aucunement que le contrefacteur ait agi dans un esprit de lucre, la seule condition étant le fait d'exploiter sciemment l'œuvre d'un tiers⁶⁰ telle que la mise en ligne notamment de photos⁶¹.

IV. – LA RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS ET DES PLATEFORMES

45. La loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique prévoit dans son article 62 l'exonération de responsabilité de l'hébergeur fournissant un service de la société de l'information consistant dans le stockage des informations fournies par un destinataire du service à condition qu'il n'a pas effectivement connaissance du caractère illicite de l'activité ou de l'information et n'est en

⁵³ Projet de loi tendant à renforcer la lutte contre la criminalité économique et la fraude informatique, n° 3493, Avis du Conseil d'État, 16 oct. 1990.

⁵⁴ Ces dispositions ont partiellement été modifiées par la suite (loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique ; Loi du 18 juill. 2014, *op. cit.*).

⁵⁵ TA, n° 115/2009 du rôle, 15 janv. 2009 ; TA, n° 3198/2009 du rôle, 10 nov. 2009.

⁵⁶ CSJ, n° 261/10 du rôle, 14 juin 2010.

⁵⁷ TA, n° 994/2007 du rôle, 21 mars 2007.

⁵⁸ La loi du 11 août 1982 *op. cit.* (art. 1^{er}) : Le juge peut, le cas échéant par ordonnance de référé, « prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ».

⁵⁹ Loi modifiée du 18 avr. 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, art. 82.

⁶⁰ CSJ, 4 juin 1973. (Arrêt cité par la M. BRAUN, « La ratification de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité par le Luxembourg », J.T.L., n° 35, 5 oct. 2014, p. 125).

⁶¹ TA, n° 542/2010 du rôle, 10 févr. 2010.

possession d'aucune information rendant apparent ledit caractère illicite, ou qu'il ait dès la prise de connaissance du caractère illicite agit promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible⁶².

46. La loi prévoit en outre des possibilités d'exonération de responsabilité pour les prestataires intermédiaires transmettent un service de la société de l'information sur un réseau de communication ou fournissant un accès à ce dernier⁶³. La possibilité de s'exonérer existe également pour les activités de stockage automatique, intermédiaire et temporaire⁶⁴.

LES GÉANTS DE L'INTERNET

I. – GRATUITÉ OU FAUSSE GRATUITE

47. Les auteurs n'ont pas connaissance de textes, recommandations ou décisions concernant la « fausse gratuité » d'internet.

II. – LES GÉANTS DE L'INTERNET ET L'OPTIMISATION DE LEUR SITUATION

48. Qu'il soit dès l'ingrès permis de ne pas être entièrement d'accord avec l'affirmation selon laquelle les grands acteurs de l'internet « jouent » avec les systèmes juridiques et fiscaux. Ce qu'ils font, c'est appliquer les règles d'un système juridique international, lequel – faut-il le rappeler – a été mis en place par les acteurs étatiques, et ce tant au niveau de l'Union européenne que de l'OCDE, pour ne citer que ces deux exemples-là. Que ce système juridique international soit équitable ou non, qu'il soit acceptable en 2016 d'un point de vue éthique ou non est un autre débat. Ce débat n'est cependant pas un débat juridique, mais un débat politique.

1. ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ⁶⁵

49. **La pratique.** – On aurait *a priori* pu penser que les grands acteurs de l'internet privilégient le droit et la juridiction du siège de leur établissement. Or, une étude (certes non représentative) réalisée par des étudiants en droit de l'Université de Luxembourg en 2013 a montré que l'approche des grands acteurs de l'internet établis à Luxembourg est très disparate à cet égard.

Alors que beaucoup de conditions générales contiennent des clauses attributives de juridiction en faveur des Cours et tribunaux luxembourgeois, l'on trouve néanmoins aussi des clauses attribuant compétence à d'autres tribunaux européens, américains ou encore des clauses arbitrales. L'on trouve enfin des

⁶² Il convient de noter que l'hébergeur, ainsi que les prestataires intermédiaires n'ont pas l'obligation de vérifier le caractère licite du contenu, telle obligation étant guère conciliable avec les exigences de la protection des données.

⁶³ Loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, art. 60.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 61.

⁶⁵ Nous nous bornons à examiner le cas d'un acteur actif sur le marché européen, car c'est de très loin le cas le plus fréquent.

clauses de juridiction non exclusives et également des dispositions spécifiques en cas de litiges avec un consommateur.

Quant au droit applicable, la situation est à peu près comparable.

50. Le droit. – Les clauses attributives de juridiction sont en principe valables en droit luxembourgeois⁶⁶. Par rapport au consommateur, les clauses en question ne sont licites que si elles sont en faveur du consommateur lui permettant à son gré de saisir un certain nombre d'autres tribunaux que ceux prévus par la clause attributive⁶⁷.

Pour ce qui est des clauses de droit applicable, le règlement Rome I pose le principe de l'autonomie de la volonté des parties⁶⁸, mais aux termes de son article 6 ce choix ne doit pas avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui reconnaissent les dispositions impératives de la loi de sa résidence.

2. ASPECTS DE DROIT FISCAL

51. Depuis la crise économique et financière, le regard que les États et les citoyens portent sur les mécanismes internationaux a changé. Cela est particulièrement vrai en matière de fiscalité et la légitimité de certains mécanismes, conformes aux règles applicables, est depuis un certain temps remise en question⁶⁹.

Cette analyse est partagée au Luxembourg, et ce en premier lieu par le Gouvernement⁷⁰ qui estime qu'il n'est pas acceptable qu'une entreprise donnée puisse se prévaloir des règles internationales de manière à échapper à toute imposition ou réduire excessivement sa charge de l'impôt.

L'interaction entre les règles et les pratiques des différents États, combinée aux règles internationales applicables en la matière, ainsi que l'application des conventions de non double imposition, a pu permettre d'arriver au résultat d'une imposition très légère, voire nulle. Pour le Gouvernement luxembourgeois, ceci n'est pas acceptable d'un point de vue éthique, mais l'analyse ne saurait être limitée au rôle qu'un seul pays donné est susceptible de jouer dans ce contexte⁷¹.

La communauté internationale dans son ensemble est mise devant ses responsabilités, pour adapter les règles internationales aux réalités actuelles. Si l'Union européenne peut jouer en la matière un rôle pionnier, il est souhaitable que l'initiative soit internationale, de manière à éviter des distorsions de la

⁶⁶ J.C. WIWINIUS, « Le droit international privé au Grand-duché de Luxembourg », Paul BAULER (éd), 3^e éd., n° 1425.

⁶⁷ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), OJ L. 177, 4.7.2008, p. 6-16, art. 3. Pour les détails, voir J.C. WIWINIUS *op. cit.*, n° 1370.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 661.

⁶⁹ Prise de position du gouvernement luxembourgeois au sujet de la pratique des décisions anticipées en matière fiscale (11 nov. 2014).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

concurrence au niveau mondial. L'OCDE et le Forum mondial constituent des enceintes idéales pour aborder cette problématique complexe⁷².

52. Un point fondamental sinon le point fondamental pour le nouveau cadre réglementaire fiscal international est celui du « *level playing field* », c'est-à-dire que les règles doivent être les mêmes pour tous et partout⁷³.

III. – ABUS DE POSITION DOMINANTE

53. En droit national, il n'y a pas à ce jour eu de dossier dans lequel un abus de position dominante aurait été reproché à un géant de l'internet. Au niveau européen, la situation est évidemment toute autre.

IV. – EXCLUSIVITÉS ET ÉCOSYSTÈMES FERMÉS

54. Les auteurs n'ont pas connaissance de textes, recommandations ou décisions dédiés spécifiquement à cette thématique.

V. – CONTRATS D'ADHÉSION

55. Le droit luxembourgeois dispose d'un arsenal complet de mesures destinées à protéger la partie économiquement la plus faible dans le cadre des contacts d'adhésion telles que :

- L'article 1135-1 du Code civil disposant que les conditions générales d'un contrat préétablies⁷⁴ par l'une des parties ne s'imposent que si l'autre partie

⁷² *Ibid.* Pour ne citer que quelques initiatives récentes en la matière :

- au niveau européen, le Luxembourg a soutenu en juill. 2014 l'introduction dans la directive « mère-filiale » des dispositions visant à prévenir la double non-imposition des groupes de sociétés découlant des prêts hybrides. Le Luxembourg appuie également la proposition d'introduire dans la directive « mère-filiale » une clause générale anti-bus. Le Gouvernement a annoncé que le Luxembourg sera parmi les premiers pays à transposer la directive ainsi modifiée en droit national ;
- au niveau international, le Luxembourg participe activement aux discussions « BEPS » (« *base erosion and profit shifting* ») de l'OCDE, visant à mettre en place une plus grande équité fiscale au niveau mondial. Le Luxembourg s'est engagé à appliquer pleinement les nouvelles règles qui résulteront de ces discussions ;
- le Luxembourg en signant l'accord multilatéral de Berlin du 29 oct. 2014, s'est engagé aux cotés d'environ quatre-vingt autres États, à mettre en œuvre la norme commune de déclaration ou encore dite la norme mondiale en matière d'échange automatique d'informations sur les comptes financiers, telle qu'élaborée sous l'égide de l'OCDE ;
- le 27 janv. 2016, le Luxembourg a signé l'Accord multilatéral entre autorités compétentes relatif à l'échange automatique des déclarations pays par pays, le Luxembourg comptant parmi les « *early adopters* » de l'Accord Multilatéral, tout comme c'était déjà le cas pour l'accord de Berlin précité ;
- au niveau de l'Union européenne, un accord politique a été conclu en date du 8 mars 2016 par les États membres visant l'échange automatique d'informations pays par pays entre les administrations fiscales nationales. Les nouvelles règles s'appliqueront aux entreprises multinationales qui exercent des activités dans plusieurs pays de l'Union. Selon ce même communiqué, ces nouvelles règles constituent une partie essentielle du paquet de mesures contre l'évasion fiscale adopté par la Commission européenne le 28 janv. 2016. La liste reprise ci-dessus est bien entendu non-exhaustive, mais elle illustre bien – selon les auteurs – les enjeux internationaux en la matière tout en mettant l'accent sur la démarche luxembourgeoise.

⁷³ Déclarations du ministre des finances du Luxembourg en ce sens à d'itératives reprises, notamment : Interview, le Temps, 16 mars 2016 ; Site Europa Forum, Conseil Ecofin du 8 mars 2016, le ministre rajoutant qu'« on doit regarder ce que font les autres pays. Si l'Europe est le seul endroit dans le monde où les entreprises doivent rendre publiques des informations, et que ce n'est pas le cas ailleurs, on se tire une balle dans le pied ».

⁷⁴ Elles se caractérisent par l'imposition de conditions non susceptibles de discussions ou de modifications (Voir notamment CSJ, n° 21/656 et 21/860 du rôle, 10 mai 2000).

a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et que si elle puisse être considérée comme les ayant acceptées⁷⁵.

- Les articles 211-1 et suivants du Code de la consommation disposant que « toute clause ou toute combinaison de clauses qui entraîne dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur est abusive et, comme telle, réputée nulle et non écrite »⁷⁶ (disposant que l'interprétation la plus favorable pour le consommateur prévaut en cas de doute, le législateur a également pris soin de préciser une liste de clauses étant d'office à considérer comme abusives⁷⁷).
- La loi modifiée du 30 juillet 2002 interdit toute publicité trompeuse (de nature à induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse et qui est susceptible d'affecter leur comportement ou risque de porter préjudice à un concurrent) ; elle prévoit des conditions précises s'appliquant à la publicité comparative⁷⁸.
- La loi prévoit en outre des obligations incombant aux prestataires d'un service de la société de l'information lors de la passation d'une commande par un consommateur ayant recours à des moyens technologiques⁷⁹.

56. Le fait qu'un service ou une prestation soit gratuite ou présentée comme tel ne permettra pas à notre sens au prestataire d'échapper aux dispositions de la loi. En tout cas n'y a-t-il pas de jurisprudence en ce sens.

MONDIALISATION ET DIFFICULTÉS DE LA RÉPRESSION

I. – UNITÉ CONTRE LA PÉDOPORNOGRAPHIE SUR INTERNET

57. En matière de pédopornographie, le législateur a dans un but de protéger les mineurs incriminé le fait de « fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte⁸⁰ à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message », à condition qu'il soit perçu par un

⁷⁵ L'article 1135-1 du Code civil précise que le caractère préétabli existe d'office dès que la clause a été rédigée préalablement par l'une des parties (contrat d'adhésion).

⁷⁶ Code de la consommation, art. 211-2.

⁷⁷ *Ibid.*, art. 211-3.

⁷⁸ Loi modifiée du 30 juill. 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, art. 15 s.

⁷⁹ Loi modifiée du 14 août 2000 *op. cit.*, art. 52.

⁸⁰ Le législateur a par cette formulation cherché à assurer que « ne seront incriminés [...] que les messages particulièrement violents ou indignes pour heurter la sensibilité du public ». (Projet de loi, n° 6046, 25 mai 2009, Commentaire des articles, p. 9.)

mineur⁸¹. Il incombe dès lors à l'auteur du message de prendre des mesures concrètes afin que le message ne soit pas accédé par un mineur⁸².

58. La production et la transmission d'une image ou d'une représentation d'un mineur est interdite lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique⁸³. La tentative ainsi que l'import ou l'export du matériel sont punis comme l'infraction elle-même.

59. Aux termes de l'article 384 du Code pénal commet une infraction « quiconque aura sciemment acquis, détenu ou consulté des écrits, imprimés, images, photographies, films ou autres objets à caractère pornographique⁸⁴ impliquant ou présentant des mineurs ». La loi n'exige plus depuis 2011 qu'il y ait détention matérielle. L'auteur doit avoir agi avec l'intention « de produire le résultat, ou avec la conscience de causer un préjudice »⁸⁵. Ce dol spécial est également déterminant pour ce qui est de la fixation de la peine⁸⁶.

60. Est de même puni pénalement « le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de moins de seize ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique »⁸⁷.

II. – LUTTE CONTRE LES PROPOS RACISTES OU HAINEUX SUR INTERNET

61. Le Code pénal sanctionne le fait d'inciter publiquement, notamment par la mise en circulation de propos, à la haine ou des violences à l'égard d'une personne, physique ou morale, d'un groupe ou d'une communauté, en se fondant sur un élément de discrimination telle que la couleur de peau, le sexe ou l'orientation sexuelle⁸⁸. Ceci dit, l'infraction requiert un dol spécial, à savoir un motif discriminatoire, sans qu'il ne soit toutefois nécessaire que les messages contiennent une exhortation à la haine ou à des violences. Il suffit que les propos soient de nature à susciter ses sentiments⁸⁹.

⁸¹ Code pénal, art. 383. Le fait d'impliquer ou présenter des mineurs ou une personne particulièrement vulnérable (grossesse, déficience physique ou morale) constitue une circonstance aggravante (art. 383 *bis*).

⁸² Projet de loi, n° 6046, *op. cit.*, Commentaire des articles, p. 9.

⁸³ Code pénal, art. 383 *ter*. Il est à noter que l'article 385 *bis* incrimine la vente ou la distribution à des enfants de moins de seize ans des écrits, images, figures ou objets indécentes de nature à troubler leur imagination ainsi que l'exposition publique auprès « d'un établissement d'instruction ou d'éducation fréquenté par des enfants de moins de seize ans des écrits, images, figures ou objets indécentes de nature à troubler leur imagination ».

⁸⁴ La jurisprudence luxembourgeoise définit la pornographie d'enfants comme « toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'abonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuelles d'un enfant, à des fins principalement sexuelles. (TA, n° 465/2010 du rôle, 8 févr. 2011).

⁸⁵ TA, n° 2611/2011, 14 juill. 2011 ; M. BRAUN, « Les infractions en matière de cybercriminalité », J.T.L., n° 18, 5 déc. 2011, p. 154. L'auteur mentionne que ce dol spécial se déduit en pratique notamment de la quantité du matériel retrouvé, des fantasmes exprimés par l'auteur et des mots clés introduit dans le moteur de recherche.

⁸⁶ CSJ, n° 531/09 du rôle, V, 1^{er} déc. 2009.

⁸⁷ Code pénal, art. 385-2. Le fait que les propositions aient été suivies d'une rencontre constitue une circonstance aggravante.

⁸⁸ *Ibid.*, art. 457-1.

⁸⁹ Voir notamment, TA, n° 2827/2014 du rôle, 30 oct. 2014.

III. – DROIT PÉNAL ET LA LUTTE EFFICACE CONTRE CES INFRACTIONS

62. Pour ce qui est de la lutte contre la pédopornographie, le Code pénal ne prévoit pas seulement les peines s'appliquant aux délinquants, mais impose aussi au juge de prononcer, en cas de condamnation, la confiscation des objets litigieux. À noter que les auteurs de ces infractions seront, indépendamment de leur nationalité, poursuivis au Luxembourg. Il importe par ailleurs peu que l'infraction ait été commise à l'étranger et le fait reste punissable même s'il n'est pas puni par la législation du pays en question⁹⁰. Il s'agit ici d'un des rares cas d'extranéité du droit pénal luxembourgeois.

63. En ce qui concerne l'incitation à la haine, l'article 457-1 du Code pénal prévoit – au delà des sanctions pénales qui s'appliquent – la confiscation d'office des objets litigieux.

IV. – ASPECTS D'AUTORÉGULATION

64. Au Luxembourg, le domaine de prédilection pour l'autorégulation est celui des services de médias audiovisuels, soit les services linéaires (du type télévision classique) et les services non linéaires (du type « *video on demand* »)⁹¹. Pour le surplus, il n'existe – à la connaissance des auteurs – guère d'initiatives d'autorégulation dignes de ce nom qui seraient spécifiquement axées vers le marché ou les acteurs luxembourgeois de l'internet⁹².

V. – LOIS D'EXCEPTION

65. Le Luxembourg ne connaît pas de lois d'exception permettant de requérir le transfert de données par les acteurs d'internet aux autorités. Ce sont les dispositions de droit commun qui s'appliquent (Code d'instruction criminelle, régime de commissions rogatoires, etc.).

66. Il y a lieu d'ajouter qu'à la suite des attentats de Paris, le Gouvernement a annoncé une série de nouvelles mesures dont l'objectif est de lutter plus efficacement contre le terrorisme, mais il ne s'agit pas davantage là de lois d'exception.

⁹⁰ Code d'Instruction Criminelle, art. 5-1. Cette disposition ne vise cependant pas l'infraction prévue à l'article 385-2 du Code pénal.

⁹¹ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), OJ L. 95, 15.4.2010, p. 1-24, transposée en droit luxembourgeois par la loi modifiée du 27 juill. 1991 sur les médias électroniques.

⁹² Sous réserve bien entendu d'initiatives d'entreprises individuelles, lesquelles sont à qualifier d'initiatives d'autolimitation sinon d'autorégulation (si tant est que l'on considère que le terme d'autorégulation puisse s'appliquer au niveau de l'entreprise individuelle, ce que pensent les auteurs).

MONDIALISATION INTERNET ET NOUVELLES OPPORTUNITÉS

I. – LES JEUX EN LIGNE

67. Le Luxembourg ne connaît pas de législation spéciale qui soit applicable aux jeux en ligne. C'est partant le droit commun des jeux de hasard qui a vocation à s'appliquer. Celui-ci interdit de façon générale les jeux de hasard⁹³. Sont exceptées de cette interdiction les loteries à finalité publicitaire sans obligation d'achat et la *Loterie Nationale*⁹⁴. La loi a aussi mis en place un régime restrictif pour les casinos en ce qu'elle soumet leurs activités à la double condition que l'établissement soit installé dans l'intérêt du tourisme et bénéficie d'une autorisation⁹⁵. La loi ne mentionne pas les casinos en ligne.

II. – LA RÉGLEMENTATION DU CROWDFUNDING

68. Il n'y a pas de réglementation spécifique applicable au *crowdfunding* au Luxembourg⁹⁶. C'est le droit commun du secteur financier qui trouve à s'appliquer, étant entendu qu'aucune activité du secteur financier ne peut être exercée sans agrément au Luxembourg⁹⁷.

III. – LA RÉGLEMENTATION DE L'ÉCONOMIE DE PARTAGE

69. Le droit luxembourgeois ne connaît pas de réglementation générale qui soit applicable à l'économie de partage, tout au plus que les efforts du gouvernement semblent actuellement se concentrer sur la promotion de l'économie circulaire⁹⁸.

IV. – LE DROIT LUXEMBOURGEOIS FACE AUX PHÉNOMÈNES DE L'UBERISATION ET DE BOOKING.COM

70. Le droit luxembourgeois n'appréhende pas de manière coordonnée ou générale le phénomène connu sous le terme d'*uberisation*.

Tout au plus y a-t-il des initiatives qui sont en train de voir le jour dans des secteurs spécifiques de l'économie. C'est ainsi que dans le domaine des taxis, le Gouvernement se propose de durcir la législation de manière à mettre *de facto*

⁹³ Loi modifiée du 20 avr. 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives, art. 1^{er}.

⁹⁴ *Ibid.* La loi prévoit en outre que des « loteries et tombolas destinées entièrement ou partiellement à un but d'intérêt général à caractère philanthropique, religieux, scientifique, artistique, pédagogique, social, sportif ou touristique » dont la valeur ne dépasse pas la somme de 12.500 € peuvent être autorisées par le collège des bourgmestre et échevins d'une commune ou par le ministre ayant les jeux de hasard dans ses attributions.

⁹⁵ *Ibid.*, art. 5 s.

⁹⁶ Voir dans ce sens : Réponse ministérielle n° 243 du 28 mai 2014.

⁹⁷ Loi modifiée du 5 avr. 1993 sur le secteur financier, art. 14. Ceci dit, quelques plateformes ont, semble-t-il, eu recours à un financement (non réglementé) par voie de dons (Réponse ministérielle n° 243, *op. cit.*).

⁹⁸ Ministère de l'Économie, « Présentation d'une étude sur le potentiel de développement de l'économie circulaire au Luxembourg (9 févr. 2015) », 22 janv. 2015 ; X. BETTEL, Conférence « Financer l'économie circulaire », Luxembourg, 10 déc. 2015.

Uber hors la loi⁹⁹. Pour ce qui est de l'hôtellerie – et même s'il ne s'agit pas d'*uberisation stricto sensu* – c'est le secteur lui-même qui revendique la mise en place de règles anti-abus visant des sites comme *booking.com*¹⁰⁰. Le Gouvernement vient enfin d'annoncer qu'il entend à moyen ou long terme adapter le droit d'établissement pour tenir compte de nouveaux *business models* qui apparaissent avec des phénomènes comme *AirBnB* ou *Uber*¹⁰¹.

⁹⁹ Projet de loi portant a) organisation du secteur des services de taxis et b) modification du Code de la consommation, n° 6588. Déjà sous l'empire de la législation actuelle et notamment du Règlement grand-ducal du 25 juill. 2015, *Uber* ne pourra guère se déployer au Luxembourg. Le nouveau texte n'interdit pas *Uber per se*, mais pose néanmoins des conditions pour la mise en service et l'exploitation de taxis qui ne se concilient pas avec le modèle d'*Uber*. C'est pour cette raison que les auteurs se permettent d'écrire ci-dessus que la nouvelle loi met *de facto Uber* hors la loi.

¹⁰⁰ Voir notamment, Luxemburger Wort, « Horesca Generalversammlung Kampf dem Kneipens-terben », 21 mars 2016.

¹⁰¹ Luxemburger WORT, « Plan d'action pour simplifier la vie des PME », 24 mars 2016 (article sur le 4^e plan d'action en faveur des PME).