

N° 4641⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

PROJET DE LOI

relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(7.7.2000)

Par sa lettre du 24 février 2000, Monsieur le Ministre de l'Economie a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis du projet de loi sous rubrique.

*

1. REMARQUES PRELIMINAIRES

Le projet de loi sous analyse remplace le projet de loi initial sur le commerce électronique (doc. parl. No 4554) retiré par décision du Conseil de Gouvernement en date du 8 décembre 1999. Le présent projet de loi a été adopté par le Conseil de Gouvernement le 18 février 2000, transmis à la Chambre de Commerce par lettre du 24 février 2000 et reçu à la Chambre de Commerce en date du 7 mars 2000. Le projet de loi initial avait fait l'objet d'un avis de la Chambre de Commerce du 10 février 2000 et qui, au regard du fait que le premier projet de loi allait être retiré, s'était concentré sur les aspects généraux touchant au commerce électronique et au cadre juridique nécessaire pour son développement au Luxembourg. Aussi la Chambre de Commerce peut-elle renvoyer à ses remarques faites dans son avis du 10 février 2000 en ce qui concerne la problématique en général du commerce électronique, lesquelles restent entièrement valables pour le projet de loi sous avis.

L'objet du présent projet de loi est d'instituer au Grand-Duché de Luxembourg un cadre légal évolutif et libéral pour le commerce électronique. Il transpose certaines dispositions de la directive 97/7 /CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (autres que financiers), de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et de la directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Le projet de loi vise également à anticiper la transposition de certaines directives communautaires futures, actuellement encore en discussion, comme par exemple la proposition modifiée de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et tient d'ores et déjà compte d'un certain nombre de mesures qui sont prévues par la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après „Directive sur le commerce électronique“).

A cet égard, la Chambre de Commerce voudrait faire remarquer qu'il y a lieu de modifier la référence de la directive 97/7/CEE en 97/7/CE.

D'emblée il y a lieu de faire une remarque d'ordre formel: il faut procéder à une relecture soignée et un réagencement des articles du texte proposé. Cet exercice s'impose du fait que le texte du projet, tel que proposé, présente un certain nombre de fautes d'orthographe et que la rédaction du commentaire des articles, telle que proposée, est à certains endroits très peu orthodoxe par rapport au vocabulaire législatif usuellement appliqué. En effet, il ne peut pas être question dans un texte officiel d'employer un style de rédaction faisant emploi de la première personne au pluriel, mais il y a lieu, au contraire, d'adopter une terminologie plus neutre et impersonnelle. Ainsi, certains des commentaires semblent avoir pour objectif de justifier la démarche adoptée par les auteurs du projet ou le libellé choisi. En outre, les commentaires se réfèrent à certains endroits à une étude (celle élaborée par le Laboratoire de droit économique du CRP-Gabriel Lippmann sur initiative de l'ABBL), alors que ces renvois n'ont pas lieu d'être dans un commentaire d'un projet de loi définitif. Par ailleurs, le commentaire des articles se fait usuellement de façon séparée du corps même du texte législatif.

Parmi les aspects positifs du texte sous avis, il y a lieu de relever avant tout l'approche globale qui a été adoptée pour conférer un caractère général au projet de loi, afin de positionner le Luxembourg comme centre d'excellence en matière de commerce électronique dans un environnement par définition international.

Le présent avis de la Chambre de Commerce ne se limitera pas uniquement à un commentaire des articles, mais se veut plus large et plus général. Il essaye d'appréhender la problématique relative au commerce électronique en mettant l'accent également sur d'autres domaines, dans lesquels il y a le cas échéant lieu d'entamer des réflexions. Une telle approche se justifie du simple fait que ces domaines ont soit une influence indéniable sur le commerce électronique en particulier et la société de l'information ou société cognitive en général, soit y sont connexes ou intimement liés. Par ailleurs, le présent avis tient compte des observations du Conseil d'Etat exprimées dans son avis du 2 mai 2000.

En ce qui concerne les projets de règlements grand-ducaux annexés au projet de loi sous analyse, la Chambre de Commerce propose de les unifier dans un seul texte afin d'éviter des difficultés de renvois. Une telle opération s'impose dans la conception que la Chambre de Commerce va proposer ci-après. Si les propositions faites ci-après devaient être prises en compte, l'article 2 du projet de règlement grand-ducal relatif aux exigences concernant les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés et les prestataires accrédités, ainsi que le projet de règlement grand-ducal relatif à la procédure, la suspension et le retrait de l'accréditation n'auront plus de raison d'être. Plus particulièrement, et à toutes fins utiles, la Chambre de Commerce voudrait faire remarquer que la dernière phrase de l'article 1er du règlement grand-ducal relatif à la procédure, la suspension et le retrait de l'accréditation prévoit que *„la décision peut être déferée, dans un délai d'(un) mois sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge de fond"*. La Chambre de Commerce soulève que les recours en réformation prévus par cet article doivent être prévus par la loi elle-même et non par un règlement grand-ducal. En effet, aux termes de l'article 3 (1) de la loi du 7 novembre 1996, *„le tribunal administratif connaît en outre comme juge du fond des recours en réformation dont les lois spéciales attribuent connaissance au tribunal administratif"*.

Finalement, la Chambre de Commerce se permet d'insister sur le caractère urgent de l'adoption du texte sous avis.

*

2. CONSIDERATIONS GENERALES

Défis juridiques

La société de l'information en général et le commerce électronique en particulier lancent un défi aux juristes: le dynamisme propre aux nouvelles techniques de l'information et de la communication (NTIC) et la rapidité avec laquelle ces technologies évoluent appellent des solutions aussi innovantes et rapides sur les plans régulateur et législatif. Une compréhension minimale du fonctionnement de ces technologies et des relations contractuelles qui se sont formées entre les différents acteurs de ce secteur est indispensable pour une analyse convenable des problèmes juridiques qui pourront se poser le cas échéant.

Un certain nombre de règles et de concepts sont à revoir, sinon à adapter telles que par exemple certaines règles du droit international privé. Des phénomènes tels que la collision entre les mondes des

techniques informatiques, des télécommunications et de l'audiovisuel, résumée communément par le terme de convergence doivent être pris en compte. On voit ainsi apparaître non seulement des synergies qui se réalisent sur le plan économique entre des fournisseurs de contenu et des fournisseurs d'accès (AOL/Time Warner), ou des opérateurs de télécommunication et de réseaux câblés, mais également sur le plan technique avec l'application des techniques informatiques aux télécommunications et à l'audiovisuel et la genèse de nouveaux standards (tels que WAP-Wireless Application Protocol) et le développement de nouveaux dispositifs permettant à la fois la réception et l'émission de messages audiovisuels ou de télécommunication (télévision digitale, télévision et ordinateur personnel regroupés en une unité, ...). Sur le plan législatif, cette évolution ne semble pas encore avoir été prise en compte pour le moment, les domaines de l'audiovisuel et des télécommunications étant marqués au départ par l'intervention de l'Etat et n'ayant été que récemment ouverts à la libéralisation et à la concurrence.

D'autres défis auxquels se voient opposés nos systèmes juridiques sont évidemment celui de la perte de l'efficacité des règles juridiques due aux difficultés de poursuite d'auteurs d'infractions et la quasi-impossibilité de pouvoir leur infliger des sanctions d'une part, et celui d'une perception et d'une conception différente du temps et de l'espace d'autre part. La prolifération ou l'échange d'informations peut désormais se faire en une fraction infime du temps qui était requis autrefois. Par ailleurs, des notions telles que les marques ou les brevets, qui jusqu'à présent étaient essentiellement appréhendées d'un point de vue géographique et se concevaient principalement sous un aspect territorial voient leur importance et leur utilité se relativiser par l'émergence de l'espace virtuel et de la société de l'information. Alors qu'auparavant deux sociétés pouvaient en principe coexister sous une même dénomination sans aucune difficulté majeure, dès lors que leurs rayons d'activité ne se recoupaient pas ou qu'elles n'étaient pas concurrentes, il n'en est plus ainsi avec leur entrée et leur présence dans le monde virtuel. Deux sociétés portant la même dénomination ne pourront évidemment pas se voir attribuer le même nom de domaine.

De là à en conclure que le monde aurait besoin d'un nouveau droit ou d'un droit spécifique à Internet serait faux. En effet, Internet n'est qu'un nouveau medium; certes un medium aux capacités et possibilités exponentielles des media traditionnels, mais on retrouve les mêmes problèmes juridiques que dans le monde traditionnel. Il y a surtout lieu d'adapter les solutions et règles existant à ce nouveau moyen. Comparé à un medium classique tel que la presse écrite par exemple, les difficultés et problèmes liés à Internet proviennent essentiellement du fait que son contenu est plus profond – entendu par là qu'il est possible de trouver davantage d'informations sur un sujet donné –, plus dynamique, facilement accessible, pratiquement illimité et disponible à n'importe quel moment, en n'importe quel lieu et pour n'importe quelle durée.

Education et emploi

La Chambre de Commerce se réfère à cet égard à son avis précité du 10 février 2000 et plus particulièrement à ses remarques en ce qui concerne l'accroissement de la demande de main-d'oeuvre hautement spécialisée dans le domaine des NTIC. Des besoins urgents se feront ressentir dans les années à venir dans ces domaines et ceci d'autant plus que le Luxembourg ne dispose pas des „incubateurs“ appropriés d'une telle main-d'oeuvre comme des universités ou des laboratoires de recherche hautement spécialisés. Afin d'y remédier, une double action politique s'impose:

- sur le plan de l'éducation et de la formation continue, c'est-à-dire par une valorisation interne de la main-d'oeuvre et
- sur le plan du recrutement externe de main-d'oeuvre.

Comme bien d'autres domaines encore, la politique de l'éducation, de la formation et la politique de l'emploi auront à faire face aux défis de la société de l'information et d'une économie basée sur l'information et les connaissances et marquée de plus en plus par la globalisation.

Il sera essentiel de développer davantage le sens du „life long learning“ pour assurer l'„employabilité“ des personnes, le constant développement de leurs capacités et compétences. Cette approche demande à l'individu une constante remise en cause de soi-même et une responsabilisation et un développement de sa culture de l'entreprise. L'„employabilité“ fait l'objet d'une responsabilité partagée entre le salarié, l'employeur et l'Etat. La politique de l'éducation est appelée à développer auprès des élèves de la génération actuelle et des générations futures une culture d'adaptation et de disponibilité à une formation et une mise à niveau constante des connaissances. Au sein des entreprises, la capacité de traiter et de faire circuler l'information au sens général revêtira à l'avenir de plus en plus d'importance.

Ainsi, il n'importe pas de mettre l'accent sur l'apprentissage des nouvelles technologies mais plutôt de promouvoir un enseignement de l'utilisation des NTIC, favorisant la familiarisation des élèves, des étudiants et des personnes en activité professionnelle avec l'emploi des NTIC et formant les individus à utiliser l'information et à (la) communiquer. Si par le passé la maîtrise de la lecture et de l'écriture était le facteur clé d'un épanouissement et du succès personnel, le fait de maîtriser et de savoir utiliser les NTIC sera à l'avenir un outil incontournable. L'éducation est en train de passer de l'apprentissage de contenus à l'apprentissage d'attitudes (problèmes économiques No 2667, p. 1).

En ce qui concerne le deuxième aspect, la question qui se pose est celle de savoir comment on peut attirer une main-d'oeuvre étrangère hautement qualifiée dans le domaine des NTIC dans la mesure où il est acquis que dans l'immédiat notre système éducatif n'est pas en mesure de répondre aux besoins actuels.

A cet égard, la Chambre de Commerce recommande de repenser la législation relative à l'accueil de main-d'oeuvre étrangère (permis de travail etc.), c'est-à-dire provenant d'Etats non membres de l'Union Européenne, alors que la pénurie de spécialistes des NTIC existe également dans la plupart des autres Etats membres de l'Union Européenne.

Au-delà la Chambre de Commerce recommande une réflexion sur le statut des „expatriates“, notamment sur un plan fiscal. En effet, comme la Chambre de Commerce l'a déjà soulevé à plusieurs reprises, le Luxembourg manque d'un régime adapté à ce type de main-d'oeuvre étrangère hautement qualifiée et elle rappelle sa proposition d'accorder à ces personnes un abattement forfaitaire compensatoire limité dans le temps afin d'augmenter la compétitivité du Luxembourg, eu égard au fait que de tels régimes favorables existent dans bon nombre d'autres pays de l'Union Européenne (Royaume-Uni, Irlande, Pays-Bas, France, Belgique).

Par ailleurs, la Chambre de Commerce propose d'engager des réflexions sur des régimes d'intéressement financier du personnel à l'entreprise comme la participation aux bénéfices de l'entreprise ou les „stock-options“. Une telle réflexion se justifie déjà du seul fait que le savoir devient de plus en plus important au sein des entreprises et que ces dernières seront davantage amenées à s'associer leurs salariés „savants“ afin de pouvoir rester compétitives et ne pas perdre de terrain par rapport à leurs concurrents. L'idée d'une amplification de l'efficacité des collaborateurs au sein d'une entreprise par une responsabilisation accrue de ces derniers n'est pas une idée nouvelle, mais elle gagne autant en pertinence que les entreprises seront amenées à s'engager dans une économie basée sur le savoir et l'information. Des changements de circonstances et de situation en temps réel nécessiteront une collaboration et une concertation au sein de l'entreprise en temps réel; les structures classiques de prise de décision par voie hiérarchique devront être remplacées par de nouvelles structures de prise de décision, se passant d'une hiérarchisation figée mais basées sur une responsabilisation renforcée des différents protagonistes concernés.

La Chambre de Commerce renvoie encore au rapport de la Commission Européenne au Conseil Européen et intitulé „Les perspectives d'emploi dans la société de l'information: exploiter le potentiel de la révolution de l'information“ (COM (1998) 590 final). Ce rapport, commandité par le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg sur l'emploi en novembre 1997 corrobore les réflexions faites ci-avant.

Ce rapport fait en outre état des impacts que les NTIC auront sur l'organisation et le fonctionnement interne des entreprises, ainsi que sur leurs relations avec les clients et les fournisseurs. Les NTIC impliqueront une nouvelle organisation du travail du fait qu'elles font disparaître les écueils liés aux distances et au temps. Elles poseront de nouvelles exigences aux entreprises en termes de modes de travail nouveaux, de modèles de travail plus souples et flexibles. Une simplification des processus de prise de décision par réduction de voies hiérarchiques et une promotion du travail en équipe, ainsi qu'une plus grande autonomie individuelle des travailleurs seront des requis absolus afin que les entreprises puissent profiter pleinement des opportunités offertes par les NTIC.

Une de ces nouvelles formes d'organisation du travail sera évidemment le fameux télétravail. Alors qu'auparavant c'étaient les employés qui devaient se déplacer, les NTIC permettent un déplacement du travail. Il est évident que le télétravail pose encore des problèmes juridiques liés au statut du télétravailleur, à sa protection, à sa surveillance, à sa rémunération etc. sur lesquels il y a lieu d'engager des réflexions. En revanche, le télétravail affiche également des aspects positifs comme par exemple une exposition réduite aux accidents, une qualité de vie accrue, des économies de dépenses, la conciliation

de la vie familiale et professionnelle etc. La Chambre de Commerce incite à réfléchir quant à l'opportunité d'une réglementation adaptée au télétravail.

Aspects particuliers

Le projet de loi remanié ne contient pas de disposition explicite conférant le droit à l'anonymat tel que revendiqué par le secteur financier et prévu à l'article 8.3 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. La Chambre de Commerce accueillerait une disposition générale prévoyant le droit à l'anonymat dans le cadre des transactions par le réseau, tout comme ce droit existe dans le cadre des relations de type traditionnel.

La Chambre de Commerce se félicite de voir repris dans le nouveau projet son idée déjà exprimée dans son avis du 10 février 2000 visant à instaurer un comité de suivi et qui devrait rassembler les experts des différents domaines pour constituer un organe de suivi efficace.

Finalement, la Chambre de Commerce a pris note de l'intention du Gouvernement de traiter dans une loi particulière de la protection des données personnelles.

Autorégulation

La Chambre de Commerce suggère de prévoir des dispositions prévoyant la reconnaissance de „labels“ de qualité, de codes professionnels de bonne conduite et de modes de règlements extrajudiciaires des différends pouvant se présenter entre les différents acteurs, soit entre entreprises, soit entre professionnels et consommateurs.

*

3. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Dans cette partie la Chambre de Commerce fera l'analyse détaillée des dispositions du projet de loi. Elle sera amenée à proposer un nombre important de modifications et d'ajouts afin d'améliorer le texte proposé. Pour faciliter la lecture et la compréhension de ces propositions, la Chambre de Commerce a annexé au présent avis un texte alternatif reprenant l'ensemble des dispositions du projet de loi avec un commentaire des articles intégré. Ce texte est largement basé sur les propositions faites par l'ABBL dans son avis sur le présent projet de loi.

TITRE I

Dispositions générales

En ce qui concerne les **Dispositions générales (Titre I)**, deux articles originellement prévus dans l'avant-projet de loi restent parfaitement utiles conformément à la démarche décrite dans les considérations générales ci-avant.

Il s'agit d'abord de décrire l'objet du projet, à savoir la promotion du commerce électronique par un article qui pourrait être libellé comme suit:

„La présente loi tend à promouvoir le commerce électronique dans un cadre sûr, respectueux tant de la vie privée des utilisateurs de techniques de communication à distance que des intérêts des consommateurs et des entreprises.“

Une telle disposition aurait l'avantage d'identifier une volonté politique claire des auteurs du texte autour du thème du commerce électronique. Loin de se contenter d'adapter des règles de droit existantes sur un certain nombre de points de détail, la loi poursuit un objectif plus ambitieux par cet article dont la nature plus descriptive aidera à l'interprétation du texte final.

L'autre disposition plus politique que contenait l'avant-projet de loi se lisait comme suit:

„L'utilisateur de techniques de communication à distance a droit à l'anonymat.“

Les auteurs avaient placé cette phrase dans le contexte de la protection de la vie privée qui est une idée maîtresse du projet. L'idée de cet article exprime un principe général qui se trouvait, dans l'avant-projet, traduit par plusieurs règles spécifiques comme la validité d'une signature sous pseudo-

nyme, la libre utilisation des techniques de cryptographie ou le droit à faire certains paiements de façon anonyme. Certaines de ces règles ne se retrouvent plus dans le projet de loi. Le présent avis y reviendra aux endroits appropriés.

Enfin, une disposition placée en position liminaire du projet No 4554 avait pour objectif de définir la notion même de „commerce électronique“, d'en tracer les contours et ainsi de déterminer le champ d'application du texte. Cette disposition, fondamentale pour comprendre l'objet de la loi, se lisait comme suit:

„Commerce électronique: toute utilisation d'une technique de communication électronique, pour le commerce de produits et de services, à l'exclusion des contrats conclus par le biais d'une communication téléphonique orale ou d'une télécopie.“

L'objet d'une telle disposition permettait en outre de circonscrire la portée du texte et d'exclure ainsi les contrats conclus par fax ou par téléphone. Aucune exclusion similaire n'est prévue dans le projet de loi sous avis.

Il est enfin à préciser que, alors que l'énoncé lui-même du texte sous avis se lit „projet de loi relatif au commerce électronique“, aucune définition n'est donnée de ce que l'on entend par „commerce électronique“, alors que les auteurs se sont attachés à préciser, dans leurs moindres détails, certaines notions telles que celle de „services de la société de l'information“ pourtant plus large que celle de „commerce électronique“.

Concernant l'article 1er

Les définitions qui figurent dans cet article 1er sont directement reprises de la directive sur le commerce électronique. Le contenu de ces définitions ne semble pas toujours approprié et suscite plusieurs remarques:

1°) L'introduction en début de loi d'une liste de définitions est une méthode d'inspiration anglo-saxonne rarement employée en tant que telle dans les textes de loi luxembourgeois. Si cette méthode se justifie toutefois afin de faciliter la lecture du corps du texte, surtout dans un domaine aussi technique, elle ne doit pas pour autant verser dans l'excès en définissant le moindre terme qui se comprend aisément sans avoir besoin d'être défini. Dans ce cas, les définitions risquent au contraire de générer des problèmes d'interprétation. Il en est ainsi du terme „à distance“, défini comme étant „un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes“. Or, l'absence de simultanéité ne sera pas toujours exacte en pratique, puisque les techniques de communication électronique peuvent permettre à deux personnes de communiquer de manière simultanée. L'idée est plus certainement celle de l'absence physique. Il serait dès lors plus exact de parler d'un „service fourni sans que les parties soient en présence physique simultanée“. Mais encore, une telle définition risquerait d'être rapidement dépassée par les avancées technologiques. Ainsi, une conférence par Internet utilisant des moyens vidéo ne permet-elle pas à plusieurs personnes de communiquer simultanément en pouvant se voir? En conséquence, le seul critère restant exact en matière de communication par voie électronique est celui de la distance, ce qui renvoie en définitive au terme à définir. Il convient dès lors de s'interroger quant à l'opportunité réelle d'une définition du terme „à distance“.

La même remarque vaut pour les termes „par voie électronique“ définis dans cet article 1er. La liste des moyens électroniques établie dans cette définition procède de la même méthode qui vise à tout définir dans les moindres détails. Au contraire, l'absence de définition des termes „par voie électronique“ permettrait précisément d'englober sous ce terme tout moyen futur de transmission de données, même non imaginable à présent, sans qu'il soit besoin de préciser ce que l'on entend par là. La technique législative usuelle au Luxembourg tend en effet à adopter des règles dont la généralité des termes est gage de souplesse et par conséquent de longévité. Un juste équilibre est donc à rechercher entre précision et généralité des termes employés, surtout dans un domaine aussi technique et dans lequel l'idée principale doit rester la neutralité technologique.

Il en est enfin de même pour ce qui est de l'expression „à la demande individuelle d'un destinataire de service“ qui est ici définie de manière identique aux termes à définir: „un service fourni par transmission de données sur demande individuelle.“ Il est ici difficile de percevoir ce qu'apporte une telle définition.

En définitive, la première partie de la définition se suffit à elle-même. Il convient de noter à ce propos que les directives communautaires fixent aux Etats membres un résultat à atteindre dans un délai donné, tout en les laissant libres du choix des mesures à adopter. Le texte communautaire doit avant tout être

considéré comme une ligne directrice. La latitude accordée aux Etats membres en matière de transposition de directives leur permet de s'écarter des termes du texte communautaire lorsque ceux-ci semblent incorrects ou inappropriés. Un recopiage fidèle du dispositif dans son intégralité n'est pas la façon de procéder adaptée. Cette précision mériterait d'être rappelée à d'innombrables endroits du projet de loi, mais il n'y sera renvoyé que dans les cas les plus flagrants.

2°) Il serait plus simple et plus compréhensible de parler de „services électroniques“ plutôt que de „services de la société de l'information“. Ceci aurait pour conséquence de pouvoir utiliser le terme de „prestataires de services électroniques“ au lieu et place de „prestataires de services de la société de l'information“, qui est un barbarisme repris de la directive sur le commerce électronique, et ne signifie rien en droit luxembourgeois tout en restant incompréhensible pour le lecteur non averti.

3°) Les définitions énoncées à l'article 1er reprennent mot pour mot l'article 2 de la directive sur le commerce électronique. Si la notion de „services électroniques“ reste utile à la compréhension du texte, il n'en est pas ainsi de la définition de „prestataire établi“ qui n'est nécessaire que dans le contexte d'une règle communautaire en vue de préciser les obligations que les Etats membres doivent imposer aux prestataires établis sur leur territoire. De plus, la notion d'établissement étant un concept bien défini au niveau communautaire, il n'y a guère d'intérêt à en donner une définition dans le contexte de ce projet de loi.

Il s'y ajoute que le but d'une liste de définitions en début de loi est de préciser certaines notions qui sont utilisées dans le corps du texte, ce qui n'est pas le cas pour le terme visé.

4°) A la place du terme „destinataire d'un service“, il serait sans doute préférable d'adopter le terme plus simple d'„utilisateur“ puisqu'il s'agit, comme le précise la définition, de celui qui „utilise un service“ électronique. Le terme „destinataire d'un service“ porte en effet parfois à confusion lorsque le projet de loi utilise cette notion pour désigner la personne qui adresse une information à un prestataire, celui-ci en étant alors le destinataire (articles 63, 71, 72 et 73). Lorsque, dans le projet de loi, les termes „destinataire d'un service“ et „destinataire“ d'un message ou d'une information se juxtaposent, la compréhension du texte, déjà très technique, est rendue quelque peu difficile.

Il conviendrait par ailleurs d'introduire dans cette liste la définition du „support durable“, notion révisée au Titre V (article 60), alors que ce terme est utilisé dès l'article 22 du projet de loi. Quant à la définition donnée dans le projet de loi, il y a lieu de se reporter aux commentaires relatifs à l'article 60. (*Voir l'article 1er du texte annexé*)

En ce qui concerne la définition des „services de la société de l'information“ donnée à l'article 1er du projet de loi sous analyse, elle a été reprise de la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, modifiant la directive 98/34/CE. Il y a lieu de remarquer que l'article 1er, point 2, deuxième alinéa de cette directive mentionne une liste indicative de services qui ne sont pas visés par cette définition et qui sont énumérés dans l'annexe V à cette directive d'une part et prévoit que la directive 98/48/CE n'est pas applicable à certains autres services tels que les services de radiodiffusion sonore ou les services de radiodiffusion télévisuelle, d'autre part.

Il est vrai que la directive 98/48/CE complétant la directive 98/34/CE, a trait à l'institution d'une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et que les exceptions au champ d'application de cette directive ne concernent pas les dispositions du présent projet. Toujours est-il que des exceptions à une définition générale telle que celle des „services de la société de l'information“ sont à prendre en considération dans le cadre du présent projet de loi, alors que la directive sur le commerce électronique fait elle-même référence à la directive 98/34/CE modifiée par la directive 98/48/CE afin de définir lesdits services de la société de l'information. En conséquence, la Chambre de Commerce recommande vivement d'exclure pareillement les services énumérés à l'annexe V à la directive 98/48/CE dans le projet de loi sous analyse si les définitions telles que figurant actuellement dans le projet devaient être maintenues.

Concernant l'article 2

La lecture de cet article suscite maintes interrogations. Quant à la forme, il est inhabituel d'utiliser le signe § dans un texte de loi, la désignation des paragraphes se faisant plutôt par la simple indication des numéros. Le paragraphe 1 précise le champ d'application de la loi qui „ne s'applique pas à la fiscalité“. La Chambre de Commerce éprouve des difficultés à saisir le sens de cette phrase. Ces difficultés

proviennent du fait que cette phrase a été recopiée de l'article 1 paragraphe 5 de la directive sur le commerce électronique. L'objectif d'une telle disposition dans un contexte communautaire consiste pour la Communauté à se réserver la possibilité d'introduire des règles dans le domaine fiscal en rapport avec le commerce électronique. L'exposé des motifs de la directive précise que le texte communautaire n'a pas pour but d'établir des règles en matière d'obligations fiscales ni ne préjuge de l'élaboration d'instruments communautaires relatifs aux aspects fiscaux du commerce électronique. La même disposition, dans notre droit ne revêt plus le même sens et tend même à exclure l'application des règles fiscales aux prestataires de services électroniques. Ce n'est évidemment pas là le but poursuivi.

D'autres exclusions du champ d'application de la loi sont également reprises de la directive communautaire, qui les justifie du fait que la libre prestation de services de certaines activités ne peut être, à ce stade, garantie au regard du traité ou du droit communautaire dérivé existant¹. Il s'agit en particulier des activités relevant de la compétence des notaires et avocats. C'est la raison pour laquelle l'article 1er de la directive précise qu'elle n'est pas applicable aux activités relevant de ces professions. L'introduction de la même disposition dans un contexte strictement national ne revêt pas le même sens. D'ailleurs, la directive, dans son article 9, n'empêche pas les Etats membres de prévoir la possibilité de conclure des contrats par voie électronique „pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique“. Il n'y a en réalité pas lieu d'exclure ces professions du champ d'application de la loi.

En ce qui concerne les „professions équivalentes“ à celle de notaire, il y a lieu de remarquer que de telles professions n'existent pas au Luxembourg. La terminologie employée dans les directives communautaires a pour objectif d'englober les concepts de quinze ordres juridiques différents. C'est pourquoi la directive sur le commerce électronique vise certaines activités sans les nommer expressément afin de tenir compte des particularités terminologiques de chaque Etat membre. C'est aussi la raison pour laquelle les termes „la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux“ sont utilisés pour désigner la profession d'avocat. La Chambre de Commerce est d'avis qu'il faut choisir ici le vocabulaire adéquat, afin de prendre en compte les concepts juridiques propres au droit luxembourgeois.

Concernant le paragraphe 4 de cet article et qui énonce que „les prestataires de services de la société de l'information établis au Luxembourg et les services qu'ils prestent ne sont tenus que par la présente loi“, la Chambre de Commerce ne voit pas dans quelle mesure des obligations pourraient être imposées à des „services prestés“. Par ailleurs, cette disposition soustrait encore les prestataires de services à toutes les autres lois, telle par exemple la loi fiscale, comme le texte l'affirme d'ailleurs à un autre endroit: „La présente loi ne s'applique pas ... à la fiscalité.“ *Tel ne peut évidemment pas être l'objectif poursuivi par les auteurs du projet.*

Ce paragraphe 4 rend de même le texte du projet de loi incohérent, puisqu'il est fait par ailleurs référence à d'autres lois, notamment celles relatives à la protection des données personnelles (paragraphe 3 du même article), et à la protection du consommateur (article 5 paragraphe 2).

Par ailleurs, le paragraphe 5 dispose que la loi du lieu d'établissement du prestataire n'est pas applicable aux obligations contractuelles de contrats conclus avec des consommateurs. Cette disposition n'est pas conforme aux règles de droit international privé, en particulier à celles découlant de la Convention de Rome de 1980. Le commentaire de cet article 2 paragraphe 5 fait certes remarquer que la loi du prestataire de service n'est pas toujours celle qui sera applicable à un contrat donné, mais il est par contre incorrect de considérer qu'elle doit être systématiquement écartée comme semble l'indiquer le projet de loi. En effet, la Convention de Rome ne rend applicable la loi du domicile du consommateur que dans certaines hypothèses déterminées. Dans les autres cas, la loi du domicile du professionnel pourra être applicable. La variété des situations envisageables ne permet pas de résoudre la question de la loi applicable de la manière telle que prévue dans le projet de loi. La directive communautaire précise seulement qu'elle ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. Ceci signifie seulement que le consommateur ne saurait être privé de la protection que lui procurent les règles impératives prévues par le droit de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle.

Toute tentative de solution de la question de la loi applicable doit prendre en compte les discussions qui ont actuellement lieu dans le cadre de la future réforme de la Convention de Rome de 1980. Il n'est

¹ Voir le considérant No 12 de l'exposé des motifs de la directive.

pas réaliste de vouloir anticiper les évolutions du droit international privé à cet égard, ni de stipuler purement et simplement que la loi luxembourgeoise peut s'appliquer à tous les contrats conclus par des professionnels luxembourgeois. (*Voir l'article 63 paragraphe 3 et paragraphe 4 du texte annexé*)

Concernant l'article 4

Bien que l'objet du projet de loi implique logiquement que les „prestataires“ visés dans cet article sont bien les prestataires de services électroniques, cela pourrait être précisé dans le dispositif.

Cette disposition ne porte préjudice en rien à l'application de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, telle que modifiée. Ce principe de non-autorisation préalable est également prévu par l'article 4 de la position commune arrêtée en vue de l'adoption de la directive sur le commerce électronique.

La Chambre de Commerce voudrait remarquer que cette disposition ne porte pas non plus préjudice à d'autres lois réglementant l'accès à certaines professions, telles que notamment la loi du 6 juin 1990 relative aux activités privées de gardiennage et de surveillance. En effet, certaines des activités tombant dans le champ d'application de cette loi comme par exemple la surveillance de biens mobiliers et immobiliers ou encore l'installation et la gestion de centres d'alarmes privés seront parfaitement imaginables sur Internet dans les années à venir, sinon aujourd'hui.

Concernant l'article 5

En ce qui concerne le premier paragraphe de cet article, la Chambre de Commerce voudrait faire remarquer que la liste proposée des informations à fournir aux destinataires n'est pas complète comparée à la liste de l'article 5.1. de la position commune arrêtée en vue de l'adoption de la directive sur le commerce électronique. Ainsi, les indications relatives aux professions réglementées (point f) de l'article 5.1.) font défaut. L'article 5.1. de cette position commune prévoit que les Etats membres doivent veiller à ce que les prestataires rendent l'accès possible **au moins** aux informations énumérées à l'article 5.1.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce voudrait attirer l'attention sur le fait que les articles 76 et 187 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée, trouvent à s'appliquer et qui disposent que „*tous les actes, factures, annonces, publications, lettres, notes de commande et autres documents émanés des (...) doivent contenir (1) la dénomination sociale; (2) la mention (société anonyme/société à responsabilité (...)); (3) l'indication précise du siège social; (4) les mots Registre du Commerce (...) accompagnés de l'indication du siège du tribunal d'arrondissement dans le ressort territorial duquel la société a son siège social et suivis du numéro d'immatriculation; (5) le montant du capital social (le cas échéant)*“.

Afin de rester cohérent avec les articles en question et à des fins de clarification, la Chambre de Commerce suggère de reprendre l'intégralité des mentions requises par les articles 76 et 187 à l'article 5, premier paragraphe du projet de loi, alors que certaines y font défaut.

En ce qui concerne le deuxième paragraphe, la Chambre de Commerce voudrait faire les remarques suivantes.

Le projet de loi sous analyse est applicable à la fois aux relations de commerce électronique entre professionnels d'une part et entre professionnels et consommateurs d'autre part. Quant aux relations entre professionnels, le deuxième paragraphe ne pose pas de problèmes majeurs; les prestataires de services de la société de l'information pourront valablement se limiter à n'indiquer que les prix hors taxes et livraison. Il en est autrement des relations envers les consommateurs. En effet, ces prix sont toujours des prix service et toutes taxes compris (article 6 du règlement grand-ducal relatif à l'indication des prix des produits et services offerts au consommateur final du 8 avril 1986). Il y a lieu de remarquer à cet égard qu'en général, les frais de transport sont difficiles à établir, dépendant du volume, des distances et des délais de livraison.

TITRE II

De la preuve et de la signature électronique

En ce qui concerne les dispositions relatives à la **preuve et la signature** (*Titre II – Chapitre I*), l'un des principaux apports du projet de loi réside dans la reconnaissance de la signature électronique. Le texte introduit dans le Code civil une définition de la signature, celle-ci pouvant être manuscrite ou électronique. Dans ce dernier cas, elle est considérée comme équivalente à la signature manuscrite si un certain nombre de conditions sont respectées. La nouvelle législation permettra désormais de conclure des actes sous seing privé sous forme électronique auxquels il est reconnu la même valeur juridique qu'un acte conclu de manière traditionnelle, dès lors qu'est garantie l'absence de modification du document. Une nouvelle conception de l'originalité est ainsi introduite, l'original n'étant plus lié à la nature du support, mais à l'intégrité de l'information qui doit être maintenue dans le temps.

Les modifications du Code civil présentées dans le projet de loi, bouleversant quelque peu les textes originels du Code Napoléonien, sont pourtant encore assez timides par rapport à la réforme qui vient d'être adoptée par le Parlement français. La loi du 13 mars 2000¹ prévoit en effet la possibilité de conclure des actes authentiques par voie électronique. Les modifications en ce sens du Code civil ont été motivées par le fait que, même si les actes authentiques électroniques ne sont pas immédiatement mis en oeuvre, il importe de les rendre possible, pour éviter que le législateur ait à modifier à nouveau le Code civil d'ici quelques années pour admettre l'acte authentique sur support électronique. La mise en oeuvre des dispositions législatives supposera toutefois l'adoption de décrets d'application déterminant les modalités selon lesquelles les actes authentiques seront valablement établis par voie électronique. Au vu de l'expérience future en France à cet égard il conviendra de s'interroger sur l'opportunité d'en suivre l'exemple. Pour l'instant, le projet luxembourgeois se cantonne à l'acte sous seing privé ce qui lui épargne l'introduction d'un paragraphe particulier relatif aux „Dispositions générales“. Par ailleurs, même si l'agencement du texte français n'est pas sans susciter quelques interrogations, les choix majeurs du législateur français sont les mêmes que ceux des auteurs du projet luxembourgeois, à savoir l'introduction de la conception purement fonctionnelle de la signature, la reconnaissance *ad probationem* des actes signés électroniquement, assimilation de la force probante entre l'écrit papier et l'écrit électronique et donc absence de hiérarchie entre actes sur papier et actes électroniques, exigence d'un procédé fiable de création de la signature électronique et présomption de fiabilité dans certaines conditions.

La Chambre de Commerce approuve expressément le choix des auteurs du projet de rechercher toute l'assimilation possible entre l'écrit classique et l'écrit électronique. C'est cette idée de base qui justifie l'introduction de la conception fonctionnelle de la signature, ainsi que de la conception nouvelle de l'originalité.

Dans son avis du 2 mai 2000 relatif au projet de loi, le Conseil d'Etat propose un nouvel article 1322-2 dont l'objet serait de faire clairement ressortir que les nouvelles dispositions du Code civil „*n'ont pas vocation à s'appliquer de manière autonome, mais seulement en combinaison*“ avec d'autres dispositions traitant spécifiquement de l'équivalence de la preuve entre les écrits traditionnels et les écrits électroniques. Mais en fait, les articles 1322-1 et 1322-2 proposés ont parfaitement vocation à s'appliquer de manière autonome. La disposition particulière de l'article 18 paragraphe 1 du projet ne fait qu'établir les conditions de sécurité dont la reconnaissance sera donnée d'office. Celui qui ne peut se prévaloir d'une signature créée dans les conditions du paragraphe 1, tombe sous le paragraphe 2 de l'article 18: il devra alors établir que la signature dont l'acte est revêtu répond aux conditions légales des articles 1322 et suivants.

Le Conseil d'Etat s'interroge aussi sur l'agencement des articles 1322-1 et 1322-2 tels que proposés en critiquant l'idée selon laquelle un acte sous seing privé pourrait perdre sa qualité d'original. Ce n'était pas là la question dont les auteurs ont voulu traiter. Il s'agit en réalité de traiter dans deux articles différents deux problèmes liés mais distincts: celui de la sécurité originelle de l'acte (1322-1) et celui de la préservation ultérieure de cette qualité (1322-2). Le second problème est abordé par le biais d'une nouvelle conception de l'original. Sans l'article 1322-2 tel que proposé, étant donnée la disparition du support, toute nouvelle production de l'acte risquerait d'être considérée comme une copie. L'idée même

¹ Loi No 2000-230 du 13 mars 2000 portant approbation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO No 62 du 14 mars 2000.

de l'original disparaîtrait avec celle de support. Pour cette raison, la qualité d'original n'est plus liée à un support, mais au maintien dans le temps de l'intégrité de l'acte.

En conséquence de ce qui précède, il sera proposé de maintenir l'agencement général du projet de loi en ce qui concerne les problèmes liés à la signature.

Les modifications du Code civil qu'entraîne la reconnaissance de l'écrit électronique, doivent également conduire à modifier d'autres articles des codes civil et de procédure civile. Le texte proposé doit à ce titre veiller à ce que certaines dispositions des codes ne viennent pas contredire les nouvelles possibilités offertes en matière d'écrit électronique. Les articles 10 à 13 du projet de loi méritent à ce titre d'être revus.

Enfin, la Chambre de Commerce n'a pas de commentaires particuliers par rapport à l'observation du Conseil d'Etat relative à une éventuelle modification de l'article 11 du Code de commerce, sauf que l'amélioration qu'il suggère ne pose pas de problème. Dans le texte proposé en annexe du présent avis, aucune modification de l'article 11 n'est reprise.

Chapitre 1 – De la preuve littérale

Concernant l'article 6

Il ya lieu d'enlever le mot „signature“ à la première ligne.

Concernant l'article 10

Afin de permettre qu'un engagement unilatéral puisse être pris tant sous forme papier que sous forme électronique, il convient de supprimer l'exigence de la formalité de la mention manuscrite requise par le Code civil. Le projet de loi prévoit à cet égard que la mention de la somme devra „être écrite de sa main ou revêtue spécifiquement d'une signature électronique“. Il convient à ce propos de préciser que la loi française entend elle aussi apporter une modification à l'article 1326 du Code civil, en substituant aux mots „de sa main“ les mots „par lui-même“ (Loi du 13 mars 2000 précitée). Une modification dans les mêmes termes du Code civil luxembourgeois présenterait l'avantage d'avoir par la suite une interprétation identique dans les deux pays. *(Voir l'article 10 du texte annexé)*

Concernant les articles 11 à 13

Ces dispositions ont pour objet de réorganiser les dispositions du Code civil relatives aux copies lorsque l'original n'existe plus. Un nouveau paragraphe III au Chapitre VI du Titre III du Livre III est créé et traite des copies des actes sous seing privé (articles 1333 et 1334 qui reprennent les termes des actuels articles 1334 et 1348 al. 2). A l'article 11, la Chambre de Commerce suggère d'insérer après „... Chapitre VI“ la précision „du Titre III du Livre III“. De manière parallèle, l'actuel paragraphe IV traite des „copies des titres“. En raison de la présence du nouveau paragraphe III, il conviendrait de renommer le paragraphe IV de la manière suivante: „Des copies des actes authentiques“, ceci afin de rendre compte de la portée de l'article 1335, limitée aux seuls actes authentiques. Il convient en plus de modifier le terme d'„original“ lorsque celui-ci est employé seul, afin d'éviter que l'article 1335 du Code civil ne soit vidé de son sens du fait qu'une signification fonctionnelle est donnée à la notion d'original. Les termes „original“ et „titre original“ au sens de l'article 1335 du Code civil se réfèrent à l'acte authentique d'origine, c'est-à-dire à la fixation sur un premier support. Toute reproduction ultérieure sur un autre support de cet acte authentique est considérée comme une copie. C'est pourquoi il conviendrait d'insérer dans le projet de loi des dispositions modifiant le Code civil en ce sens. *(Voir les articles 14 et 15 du texte annexé)*

Concernant l'article 16

L'article 16 prévoit une obligation de délivrer ou de communiquer des informations sur requête des administrations fiscales. La Chambre de Commerce est d'avis qu'il faut situer cette disposition dans le contexte global dans lequel il faut voir le projet de loi. Afin de maintenir une approche cohérente en matière de secret bancaire dans la législation fiscale, la Chambre de Commerce suggère d'intégrer l'article 16 comme article 175bis dans la „Abgabenordnung“. Un tel agencement est essentiel pour les personnes liées par le secret bancaire. Maintenir l'article 16 dans le projet de loi sous analyse créerait une incohérence avec des risques de confusion non désirés.

Chapitre II – De la signature électronique et des prestataires de service de certification

En ce qui concerne les *Services de certification (Titre II – Chapitre II)*, l'ensemble du chapitre qui y est relatif s'inspire de la directive communautaire sur un cadre commun pour les signatures électroniques. Toutefois, la façon dont ce texte a été transposé appelle un certain nombre de remarques. En particulier, certains aspects de la directive ont été omis, ce qui a pour conséquence de rendre le projet de loi non conforme au texte communautaire et expose le Luxembourg au risque d'encourir des sanctions pour manquement aux obligations découlant de la directive 1999/93/CE.

Concernant l'article 17

La Chambre de Commerce voudrait faire quelques observations en ce qui concerne les définitions qui figurent à l'article 17.

Tout d'abord, la Chambre de Commerce suggère d'insérer en début de cet article le bout de phrase „Au fin de la présente loi, on entend par“.

Ensuite, la définition du „*signataire*“ telle que rédigée dans le projet de loi, et contrairement à l'idée exprimée dans le commentaire de cette disposition, refuse de reconnaître à une personne morale la possibilité de signer de manière électronique. Selon la rédaction de cet article, le „*signataire*“ ne serait que la personne physique qui détient le dispositif de création de signature et les données afférentes à la création de signature. Il conviendrait pourtant ici de distinguer le signataire, qui peut être tant une personne physique que morale d'une part, du détenteur des données afférentes à la création de signature, notion plus matérielle d'autre part. Le signataire peut être – mais ne sera pas toujours – détenteur de ces données. Lorsque le signataire est une personne morale, elle ne sera pas détentrice des données car n'existant pas matériellement, elle n'est pas capable de les détenir. Une personne physique (habilitée à représenter la société) sera donc nécessairement détentrice des données afférentes à la création de signature. La définition retenue dans cet article 17, bien que reprise de la directive communautaire sur les signatures électroniques, doit donc être adaptée afin de prendre en considération la possibilité pour une personne morale de signer de manière électronique.

Par ailleurs, alors que la directive sur les signatures électroniques a introduit les notions de „*données afférentes à la création de signature*“ et de „*données afférentes à la vérification de signature*“, le projet de loi ne les a pas reprises à cet article. Derrière ces termes, il faut comprendre les clés privées et publiques qui servent respectivement à signer et à vérifier la signature. La terminologie utilisée vise à rester neutre technologiquement. Bien qu'à l'heure actuelle seule la technologie de la cryptographie asymétrique paraît satisfaire aux conditions posées par le texte, le recours aux concepts susvisés permettra, le cas échéant, l'emploi d'autres technologies ne reposant pas nécessairement sur l'utilisation de clés, mais répondant aux conditions de la définition.

Une certaine confusion semble régner dans le projet de loi entre les notions de clés et de dispositif de création de ces clés. Il s'ensuit que, lorsque le projet parle de „*dispositif de création de signature*“, il s'agit tantôt du logiciel permettant de créer une clé, tantôt de la clé elle-même. Il en est ainsi notamment à l'article 21, selon lequel le titulaire doit préserver la confidentialité „*du dispositif de création de signature qu'il utilise*“. En réalité c'est la clé elle-même, c'est-à-dire, selon la terminologie de la directive, les données afférentes à la création de signature qu'il importe de conserver de manière confidentielle. Il conviendrait de ce fait de reprendre les définitions de „*données afférentes à la création de signature*“ et de „*données afférentes à la vérification de signature*“ de la directive sur les signatures électroniques, notions qui apparaissent d'ailleurs dans le texte à l'article 21, sans avoir préalablement fait l'objet d'une définition.

Les définitions données dans le projet de loi des notions de „*dispositif de création de signature*“ et de „*dispositif de vérification de signature*“ ne permettent pas de comprendre ce que le texte vise ou entend par ces termes. Ces notions ne sont en réalité aucunement définies, le projet de loi se contentant de disposer qu'un règlement grand-ducal viendra fixer les conditions auxquelles devront satisfaire les concepts en question. La Chambre de Commerce est opposée à ce que des définitions de termes nécessaires à l'interprétation de la loi soient données dans un règlement grand-ducal et qu'on soit obligé de se référer à un autre texte pour la compréhension de la loi. Dans un domaine aussi technique, il est certes utile de renvoyer à des règlements grand-ducaux, mais il est aussi nécessaire de préciser dans le texte de loi certains termes qui se conçoivent difficilement sans définition. L'argument de la neutralité technologique n'est pas pertinent en l'espèce alors que la définition telle qu'avancée par la directive est assez

large et générale pour couvrir les différentes technologies possibles. Il en est de même de la notion de „certificat“, absente de cet article, alors que la notion de „certificat qualifié“ est définie comme „un certificat qui satisfait aux exigences de l'article 25 de la présente loi“. La Chambre de Commerce est d'avis qu'il est impératif de reprendre dans cet article l'ensemble des définitions telles qu'elles figurent dans la directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. (*Voir l'article 17 du texte annexé*)

Les définitions des termes „accréditation“ et „système d'accréditation“ telles qu'elles sont données dans le projet de loi sont trop générales et, qui plus est, déconnectées du contexte dans lequel elles doivent se situer, à savoir le commerce électronique et plus précisément l'accréditation des prestataires de services de certification. A moins de connaître le texte de la directive, il est impossible au lecteur non averti de savoir quelle est la fonction remplie par cette accréditation. Par ailleurs, il importe de se demander, à la lecture de la version définitive de la directive, si le maintien d'une procédure d'accréditation reste vraiment nécessaire. Le présent avis y reviendra ci-après.

Concernant l'article 18

En ce qui concerne la signature électronique, la voie choisie par le projet est celle qui a été adoptée entre-temps par le projet de loi français en la matière, de même que par des textes internationaux, comme la directive sur la signature électronique et le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques élaboré au sein de la CNUDCI. Le texte présente sur ce point la qualité de rester neutre d'un point de vue technologique afin de ne pas avoir à évoluer au rythme de la technologie informatique. La Chambre de Commerce constate avec satisfaction que le concept de signature électronique avancée, introduit dans la version définitive de la directive sur la signature électronique n'a pas été repris dans le projet sous avis. Ce concept n'a heureusement pas été repris, car il laisserait en effet sous-entendre qu'il existerait deux catégories de signatures: les signatures avancées et les signatures ordinaires. L'idée aurait été difficilement transposable dans notre système probatoire dans lequel toute signature, quelle qu'elle soit, doit satisfaire aux deux exigences fondamentales – identifier le signataire et indiquer son consentement – que la directive se garde de reprendre pour les signatures ordinaires. Les règles relatives à la signature telles qu'elles figurent dans les articles 6 et 18 du projet de loi évitent cette difficulté. Ces deux dispositions permettent une très large reconnaissance des signatures électroniques tout en précisant les conditions essentielles de sécurité auxquelles elles doivent répondre. La Chambre de Commerce est satisfaite de trouver une telle disposition fondamentale dans le projet de loi.

Toutefois, la Chambre de Commerce est d'avis que le texte convient d'être corrigé sur un point. Les termes „qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de certification“ du paragraphe 2 de cet article, qui proviennent de la directive sur les signatures électroniques, peuvent être supprimés. En effet, le fait pour une signature électronique de reposer sur un certificat qualifié qui a été délivré par un prestataire de service de certification accrédité ne lui confère pas plus de valeur juridique qu'au certificat qualifié qui a été délivré par un prestataire de service de certification non accrédité. Dès lors, l'intérêt du maintien d'un système d'accréditation devient plus qu'incertain. Quelques précisions méritent d'être apportées à ce propos.

Dans sa première version, la proposition de directive communautaire „sur un cadre commun pour les signatures électroniques“ reconnaissait à une signature électronique une valeur juridique équivalente à une signature manuscrite, à condition notamment qu'elle repose sur un certificat qualifié qui soit délivré par un prestataire de service de certification lequel satisfait à un certain nombre d'exigences de fiabilité et de sécurité techniques. Dans un tel cadre, l'octroi d'une accréditation suivant les exigences définies par la directive pouvait permettre à un certificat agréé délivré par un prestataire accrédité de bénéficier du meilleur niveau de sécurité et donc à la signature électronique, qui se base sur ce certificat, de se voir reconnaître automatiquement une valeur équivalente à une signature manuscrite. L'accréditation offrait une garantie quant au respect des exigences requises. Dans un tel système, les différents niveaux de certificats étaient les suivants, en allant du niveau de sécurité le plus faible au plus élevé:

- 1°) certificat simple (le plus simple étant celui qui ne comporte que le nom de son titulaire et la clé publique de celui-ci);
- 2°) certificat agréé (c'est-à-dire comportant les informations imposées par la loi), délivré par un prestataire qui ne satisfait pas aux exigences de fiabilité et de sécurité;
- 3°) certificat agréé, délivré par un prestataire qui satisfait aux exigences de fiabilité et de sécurité;
- 4°) certificat agréé, délivré par un prestataire accrédité.

Les 3ème et 4ème types de certificat avaient un niveau de sécurité identique et conféraient à la signature électronique une valeur juridique équivalente à la signature manuscrite. La différence résidait uniquement dans le fait que l'accréditation faisait bénéficier la signature qui se basait sur le certificat agréé d'une présomption d'équivalence, du fait du contrôle préalable des prestataires lors de l'octroi de l'accréditation, alors que, pour le certificat agréé qui n'était pas délivré par un prestataire accrédité, il était nécessaire de prouver que les exigences de fiabilité et de sécurité avaient été respectées. C'est en ce sens que la proposition de directive offrait la possibilité aux Etats d'instaurer un régime volontaire d'accréditation „*visant à élever le niveau du service de certification fourni*“. L'accréditation était alors considérée comme un service public offert aux prestataires désireux de fournir des services de haut niveau et permettant aux certificats qu'ils délivrent de bénéficier d'une reconnaissance automatique sur l'ensemble du territoire communautaire.

Les modifications subies par le texte communautaire en cours d'élaboration ont eu pour effet de modifier cet équilibre entre les différents niveaux de certificats. Dans le texte adopté le 13 décembre 1999, une signature électronique est reconnue comme équivalente à une signature manuscrite, si, d'une part, elle répond aux conditions d'authentification et d'intégrité précisées dans la définition de la signature électronique et, d'autre part, si elle est basée sur un certificat dit „qualifié“ et a été créée par un dispositif sécurisé de création de signature. La directive détermine par ailleurs les conditions selon lesquelles un certificat est considéré comme „qualifié“, en imposant un contenu minimum à ce type de certificat d'une part et, en requérant des prestataires qui souhaitent émettre des certificats qualifiés qu'ils remplissent un certain nombre de conditions et se soumettent à un contrôle, tel que prévu par l'article 3 paragraphe 3 de la directive, d'autre part.

En définitive, le système a été simplifié par rapport à la proposition de directive, puisqu'il n'y a plus que deux sortes de certificats, des certificats simples et des certificats qualifiés. Quant aux prestataires, soit ils satisfont aux exigences requises et se soumettent au contrôle prévu, auquel cas ils peuvent émettre des certificats qualifiés, soit ils ne satisfont pas à ces exigences, auquel cas ils ne délivrent que des certificats simples. La directive adoptée a toutefois maintenu la possibilité pour les Etats d'instaurer des régimes d'accréditation. Toutefois, suivant le nouveau texte, le plus haut niveau de sécurité est celui qui est assuré par les certificats qualifiés, qu'ils soient ou non délivrés par des prestataires accrédités. Le seul fait pour un prestataire d'être habilité à émettre des certificats qualifiés permet de présumer que les exigences de sécurité requises ont été respectées en raison du contrôle exercé sur ces prestataires. Il n'est donc plus nécessaire de s'adresser à un prestataire accrédité pour bénéficier de l'équivalence automatique d'une signature électronique avec une signature manuscrite.

L'intérêt d'un régime d'accréditation ne réside donc plus désormais dans la plus grande valeur juridique qu'aurait un certificat agréé délivré par un prestataire accrédité. Certes, l'accréditation ayant pour objectif d'améliorer le niveau du service de certification fourni, les prestataires accrédités devraient au moins être aptes à délivrer des certificats qualifiés. Mais là ne peut pas être l'objectif final de l'accréditation, car seul le fait de se soumettre au contrôle prévu suffit à cet effet, sans avoir besoin pour un prestataire de requérir en outre une accréditation. Pour qu'un prestataire délivrant des certificats qualifiés ait encore un intérêt à demander à être accrédité, il faudrait que l'accréditation ait une utilité fondamentale. La directive ne dit rien à ce sujet. Le projet de loi qui prévoit la création d'un tel régime d'accréditation n'explique pas davantage quelle pourrait être l'utilité de ce régime. Dans ces conditions, on ne voit pas à quoi peut bien servir cette accréditation. Le commentaire du projet de loi précise sous l'article 22 que l'accréditation sera en quelque sorte un label de qualité, en dépit de l'absence d'effet juridique. On ne voit toutefois pas très bien ce que cela peut apporter puisque le niveau de qualité requis par le projet de loi pour les prestataires accrédités est identique à celui requis des prestataires délivrant des certificats qualifiés, pour lesquels le seul fait d'annoncer qu'ils sont habilités à délivrer des certificats qualifiés est déjà en soi un label de qualité.

Tout au plus peut-on supposer que l'accréditation puisse permettre la spécialisation des prestataires pour la délivrance de certificats à certains secteurs d'activité particuliers, ou à une profession déterminée. Telle est l'idée exprimée à l'article 31 du projet de loi. Dans ces circonstances est-il bien besoin de recourir au système d'accréditation? Il est bien probable qu'en dehors de tout système d'accréditation, les membres d'une profession organisent un système de certification propre à leur secteur d'activité. Dans ces conditions, le risque est bien réel que le système d'accréditation prévu par le projet de loi reste lettre morte.

En conséquence, la Chambre de Commerce demande la suppression du système d'accréditation tel qu'il est présenté dans le projet de loi. Il conviendra en conséquence de supprimer les références à toute accréditation ainsi qu'aux prestataires accrédités aux différents articles du projet de loi.

En ce qui concerne l'Autorité de Surveillance, la Chambre de Commerce rappelle ses remarques formulées dans son avis relatif au projet de loi No 4554. Elle est d'avis qu'une telle autorité devrait revêtir la forme d'une autorité indépendante telle que l'Institut Luxembourgeois des Télécommunications.

En ce qui concerne les dispositions relatives aux **prestataires de service de certification**, il convient de noter de manière préliminaire que les intitulés de la section 2 et de sa sous-section 1 sont identiques, ce qui ne permet pas de distinguer leur objet respectif. La sous-section 1 vise à régir les activités (missions et obligations) de l'ensemble des prestataires de service de certification, alors que la sous-section 2 vise les seuls prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés. La Chambre de Commerce est d'avis que cette idée devrait ressortir dans les énoncés des différentes sous-sections.

Par rapport au projet de loi No 4554, l'ensemble du dispositif relatif aux prestataires de service de certification se trouve bouleversé dans sa présentation, ce qui a pour effet de modifier la frontière entre les règles applicables aux prestataires délivrant des certificats qualifiés d'une part, et celles applicables aux prestataires qui ne délivrent pas de certificats qualifiés, d'autre part. Ces derniers ne sont désormais soumis qu'à très peu d'obligations. La sous-section 1 se trouve de ce fait vidée en grande partie de sa substance. Seules s'imposent à ces prestataires les règles relatives au secret professionnel (article 19) et à la protection des données à caractère personnel (article 20).

Afin d'accroître la sécurité des utilisateurs, de susciter la confiance des opérateurs, de faire du Luxembourg une place renommée pour la qualité de ses services techniques, la Chambre de Commerce suggère vivement de prévoir, à charge de tous les prestataires de service de certification, un ensemble d'obligations visant à élever le niveau des prestations offertes. C'est pourquoi la sous-section 1 du chapitre II devrait aussi comporter des dispositions relatives à l'obligation d'information, aux conditions d'acceptation des certificats et à la tenue d'un registre des certificats, aux conditions de suspension et de révocation des certificats ainsi qu'à la responsabilité des prestataires de service de certification. Ainsi les articles 22, 23, 26 et 28 devraient-ils être introduits dans la sous-section 1, sans omettre d'y apporter les amendements rendus nécessaires par l'extension du champ d'application de ces dispositions à tous les prestataires de service de certification. *(Voir les articles 19, 20, 21, 24 et 25 du texte annexé)*

Concernant l'article 19

Cet article étend l'observation du secret professionnel tel que sanctionné par l'article 458 du Code pénal aux prestataires de service de certification. Suite aux considérations évoquées ci-dessus, l'article 19 devrait être amendé en modifiant la référence à l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, par une référence à l'„Autorité nationale de surveillance“. *(Voir l'article 26 du texte annexé)*

Concernant l'article 20

Le paragraphe 3 de cet article précise les cas dans lesquels l'identité réelle d'un titulaire de certificat qui a utilisé un pseudonyme peut être révélée. Toutefois, cette disposition, telle qu'elle est rédigée, ne peut être maintenue en l'état car elle est contraire à notre ordre juridique. En effet, cet article dispose: „Lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification qu'avec le consentement du titulaire, et dans les cas prévus à l'article 19 paragraphe 2.“

Le commentaire de cet article précise en outre: „La véritable identité du titulaire ne pourra être révélée par le prestataire de service de certification que si le titulaire a marqué son consentement et que cette révélation est autorisée ou imposée en vertu des dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.“

L'emploi de la conjonction „et“ n'est pas approprié dans ce contexte, car il en résulte que deux conditions cumulatives sont exigées pour la révélation de l'identité de la personne qui utilise un pseudonyme. Non seulement il serait interdit à toute personne de relever le prestataire de son obligation de secret professionnel en dehors de toute obligation légale, mais encore, lorsque la révélation de l'identité de

cette personne est légalement exigée, le prestataire ne pourrait le faire qu'avec le consentement du titulaire.

Par ailleurs, le fait d'exiger du prestataire qu'il requiert le consentement du titulaire pour lever le secret sur son identité, même lorsque cela est exigé dans un cas prévu par la loi, conduirait à entraver la justice et à ôter toute efficacité à la procédure judiciaire.

Il conviendrait en conséquence de remplacer la conjonction „et“ par la conjonction „ou“ au sein de l'article 20 et de son commentaire.

Par ailleurs, le fait de préciser au commentaire de cette disposition que la révélation n'est autorisée qu'en vertu des dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle n'est pas correct. Il serait plus correct de dire, de manière plus générale, que le secret est levé lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative. Une telle disposition serait toutefois redondante avec l'article précédent qui concerne précisément le secret professionnel et vise les cas dans lesquels le secret doit être levé. Dans ces conditions, l'article 20 §3 devrait se lire comme suit: „Lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification que dans les cas prévus à l'article 22.“ (Voir l'article 23 §2)

Concernant l'article 21

La Chambre de Commerce est d'avis qu'une disposition relative aux obligations des titulaires de certificat n'a pas vraiment sa place dans la sous-section traitant des obligations des prestataires de service de certification. Cette disposition aurait dû faire l'objet d'une sous-section spécifique.

Sur le fond, cet article comporte une erreur dans la mesure où ce qui doit être conservé de manière confidentielle, ce sont plus spécifiquement les données afférentes à la création de signature, et non le dispositif de création de signature. (Voir l'article 43 du texte annexé)

Concernant l'article 22

Comme il a été exposé ci-dessus, le champ d'application de cette disposition devrait être étendu à tous les prestataires de service de certification. C'est d'ailleurs ce que précise le commentaire de cette disposition, alors que le fait de l'avoir introduite dans la sous-section 2 relative aux seuls prestataires émettant des certificats qualifiés implique le contraire. Cette incohérence de forme tient au fait que le commentaire annexé à cet article est celui du projet de loi No 4554 et n'a pas été adapté en fonction des changements opérés dans le corps du texte du projet sous avis.

Il en est de même des précisions contenues dans le commentaire et qui concernent la „durée de vie“ limitée d'une paire de clés alors que toute référence à cet aspect particulier de la signature électronique a été supprimée du texte. Techniquement, on considère que les paires de clés, après une certaine période, n'ont plus un niveau de sécurité suffisant car le risque de découvrir la clé privée à partir de la clé publique augmente. L'utilisateur devra donc se doter d'une nouvelle paire de clés et se voir attribuer un nouveau certificat pour signer les messages antérieurs et les nouveaux messages. Il est important que les utilisateurs soient conscients de ces limites techniques et qu'ils soient donc informés, au titre des conditions d'utilisation des signatures et des certificats, qu'il leur sera nécessaire de signer à nouveau les messages de données signés électroniquement avant que la durée du certificat ne soit écoulée. Une telle précision devrait être réintroduite au point b) de l'article 22 paragraphe 1.

Ce point b) contient par ailleurs une disposition quelque peu surprenante: les prestataires doivent informer les personnes demandant un certificat des limites à l'utilisation des certificats „à condition que ces limites soient discernables par des tiers“. Ceci signifie que si elles ne sont pas discernables, le prestataire n'a pas d'obligation d'information. La Chambre de Commerce présume que les auteurs du projet de loi ont voulu traduire l'idée présente dans la directive sur les signatures électroniques, selon laquelle les prestataires de service de certification ne peuvent introduire de limites à l'utilisation des certificats qui ne seraient pas discernables par des tiers. Cette exigence devrait donc figurer non dans une disposition relative à l'obligation d'information mais au titre des dispositions relatives au contenu des certificats qualifiés, c'est-à-dire, en l'occurrence, dans le règlement grand-ducal qui y est relatif.

Le point d) devrait être biffé dès lors que l'on considère qu'un régime volontaire d'accréditation n'a plus lieu d'être.

Enfin, dans la mesure où l'obligation d'information doit s'imposer à tous les prestataires, qu'ils émettent ou non des certificats qualifiés, une disposition devrait être introduite dans la liste des informations à communiquer à la personne qui demande un certificat, à savoir la capacité ou non du prestataire à

émettre des certificats qualifiés, ainsi que les conséquences juridiques liées à l'utilisation d'un certificat qualifié. Il est en effet essentiel pour tout utilisateur de savoir quelle valeur aura le certificat qui lui est délivré, de sorte à lui permettre de choisir le type de certificat adapté à ses besoins.

Le contenu du paragraphe 2 de cet article 22 ne se rapporte pas à l'obligation d'information des personnes qui demandent un certificat, mais à l'inscription des certificats dans un registre, et ne trouve donc pas sa place dans cet article. D'ailleurs, cette disposition fait double emploi avec l'article 23 paragraphe 2, où figure, dans les mêmes termes, la même phrase. Il ne peut s'agir que d'une erreur de forme.

Le commentaire qui figure dans le projet de loi sous le paragraphe 2 de l'article 22 ne rend compte que de manière partielle des moyens mis à la disposition des tiers pour leur information. L'obligation d'information des tiers prévue par la directive est certes assurée par l'existence d'un registre électronique public (article 23), mais pas uniquement. En effet, lorsqu'une personne ne souhaite pas voir son certificat publié, le registre ne peut assurer cette fonction. Les tiers peuvent alors s'adresser directement au prestataire qui a émis le certificat, afin de vérifier par exemple que celui-ci est toujours valable. C'est pourquoi, il est prévu au paragraphe 1 de ce même article que le prestataire fournit également les informations nécessaires à l'utilisation de ses services au „tiers qui se prévaut d'un tel certificat“.

Concernant l'article 23

L'article 23 a pour objet les modalités d'acceptation et de publication des certificats. A cette fin, chaque prestataire de service de certification tient un registre des certificats. Cette obligation doit s'imposer à tous les prestataires et non pas uniquement aux seuls prestataires qui émettent des certificats qualifiés comme l'indique le projet de loi. Certes, la directive n'exige la tenue d'un registre que pour les prestataires qui émettent des certificats qualifiés. Cette exigence constitue un minimum exigible à l'égard des différents Etats membres de la Communauté, mais n'empêche pas ceux-ci de prévoir des règles plus strictes, dès lors que les mesures prévues permettent d'accroître la sécurité des utilisateurs. La tenue d'un registre par chaque prestataire constitue à cet égard une obligation minimale. Par conséquent, la Chambre de Commerce accueillerait une disposition prévoyant une obligation de tenue de registre de certificats pour l'ensemble des prestataires de service de certification pour les raisons énoncées ci-dessus et tenant à la renommée de la place de Luxembourg.

L'article 23 paragraphe 2 fait ici apparaître la notion de „candidat titulaire“, alors que le terme de „titulaire“ est employé au paragraphe 1 de ce même article. Par souci d'uniformisation de la terminologie employée, il convient de retenir le terme de „titulaire“ pour désigner la personne qui détient un certificat. Dès lors qu'elle a accepté ce certificat, elle en est en effet titulaire. Il n'y a donc plus lieu de l'appeler „candidat titulaire“, alors que cette notion n'a même pas été utilisée dans le cadre de l'obligation d'information du prestataire de service de certification à l'égard d'une personne demandant un certificat (article 22 paragraphe 1).

Quant au contenu du registre, il importe que les personnes qui s'y connectent puissent avoir, par ce biais, le maximum d'informations relatives aux certificats. Le registre doit donc contenir les certificats avec l'ensemble des mentions certifiées par le prestataire de service de certification, y compris, le cas échéant, le moment de leur suspension ou de leur révocation. Par souci de fiabilité, le registre doit être constamment tenu à jour et être protégé contre toute modification non autorisée. Pour le surplus, les modalités de fonctionnement du registre devront être définies par un règlement grand-ducal. (**Voir l'article 21 du texte annexé**)

Concernant l'article 24

Par rapport au projet de loi No 4554, le texte présenté omet un certain nombre d'éléments, ce qui a pour effet d'alléger considérablement les obligations mises à la charge des prestataires. Il y a lieu de rappeler que cette disposition s'adresse aux prestataires qui délivrent des certificats qualifiés. Il importe en conséquence de soumettre ceux-ci à des obligations très strictes, en particulier en ce qui concerne les informations qu'elles certifient dans un certificat. C'est pourquoi le projet de loi No 4554 avait prévu de les soumettre à une obligation de vérification qui s'étend non seulement à la complémentarité de la clé privée (données afférentes à la création de signature) et de la clé publique (données afférentes à la vérification de signature), mais aussi:

- aux informations certifiées contenues dans le certificat,
- à la présence dans celui-ci de toutes les informations légalement requises pour un certificat qualifié,

- au fait que le titulaire détenait au moment de la délivrance du certificat les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature lesquelles sont identifiées dans le certificat,
- et surtout au lien entre le titulaire du certificat et les données afférentes à la vérification de signature qui lui sont propres. Le commentaire de l'article 24 précise d'ailleurs que „c'est l'existence et la véracité de ce lien qui constituent l'essence du certificat“ sans pour autant reprendre cette idée fondamentale dans le corps du projet de loi. *(Voir l'article 38 du texte annexé)*

Il est à noter que le prestataire engage sa responsabilité sur les informations qu'il est censé avoir vérifiées et qui s'avèreraient erronées (voir ci-après sous l'article 28).

Concernant l'article 25

Conformément à la directive sur les signatures électroniques, le projet de loi prévoit que seuls les prestataires qui satisfont à des exigences strictes de sécurité et de fiabilité, déterminées par règlement grand-ducal, peuvent émettre des certificats qualifiés. La directive sur les signatures électroniques dresse une liste d'exigences requises à cet effet. Comme l'exprime le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, il importe toutefois que la loi fixe, dans les grandes lignes, les conditions essentielles auxquelles devront satisfaire ces prestataires, à charge pour un règlement grand-ducal d'en préciser les modalités techniques plus précises. *(Voir l'article 36 du texte annexé)*

En ce qui concerne le paragraphe 2, le projet prévoit que „tout certificat qualifié doit contenir les informations telles qu'arrêtées par règlement grand-ducal“. Le projet de loi No 4554 précisait également que „le certificat qualifié est sécurisé par la signature électronique du prestataire de service de certification“ (article 30 paragraphe 4). Cette disposition a été supprimée dans le projet de loi sous avis. En ce qui concerne cet aspect, le projet de loi renvoie au règlement grand-ducal relatif au certificat qualifié, qui requiert du certificat qu'il „contienne“ la signature électronique du prestataire qui l'a délivré. Cette signature est présentée comme l'une des informations obligatoires du certificat. Or, la signature électronique du prestataire n'est pas une „information“ en tant que telle. L'exigence fondamentale requise en ce qui concerne un certificat, surtout lorsqu'il est présenté comme qualifié, c'est qu'il soit signé électroniquement par le prestataire qui le délivre. Cette signature est la garantie de son intégrité. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce met l'accent sur le fait qu'il importe de maintenir dans le texte de la loi l'exigence selon laquelle „le certificat qualifié est sécurisé par la signature électronique du prestataire de service de certification“. *(Voir l'article 41 du texte annexé)*

Le paragraphe 4 de cet article pose quelques problèmes d'interprétation et de compatibilité avec la directive sur les signatures électroniques. Cette dernière prévoit la possibilité pour les Etats d'instaurer un système d'accréditation qui doit être volontaire et ne doit pas imposer aux prestataires de service de certification d'être accrédité pour émettre des certificats. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 4 de l'article 25 du projet de loi précise: „Un certificat qualifié peut être délivré tant par un prestataire de service de certification (d'ailleurs, le mot „accrédité“ manque ici) que par un prestataire de service de certification non accrédité.“

La directive de son côté prévoit que les Etats doivent instaurer un contrôle des prestataires émettant des certificats qualifiés (article 3 paragraphe 3 de la directive). Or, le projet de loi présenté ne contient aucune procédure de surveillance en dehors du système d'accréditation. Dès lors, comment le contrôle des prestataires qui délivrent des certificats qualifiés sera-t-il exercé?

La rédaction du projet de loi conduit à émettre deux hypothèses: soit aucun contrôle des prestataires non accrédités n'est prévu et, dans cette hypothèse, le fait de pouvoir émettre des certificats qualifiés sans avoir fait l'objet d'un quelconque contrôle est contraire aux termes de la directive; soit la surveillance est effectuée dans le cadre des systèmes d'accréditation, et dans cette hypothèse le projet de loi est pareillement contraire à la directive. En effet, il est bien précisé dans l'exposé des motifs que „la présente directive n'oblige pas les prestataires de service de certification à demander à être contrôlés dans le cadre de tout régime d'accréditation applicable“ et que les Etats membres „n'interdisent pas aux prestataires de service de certification d'opérer en dehors des régimes d'accréditation volontaires“. Il conviendra en conséquence de prévoir expressément que les certificats qualifiés ne pourront être émis que par des prestataires ayant fait l'objet d'un contrôle préalable. *(Voir l'article 35 du texte annexé)*

Concernant les articles 26 et 27

La confiance du public dans le commerce par voie électronique se basera sur l'existence du certificat qui fait le lien entre le monde réel et le monde virtuel. L'importance accordée au certificat suppose que l'on puisse se fier à celui-ci. C'est pourquoi il importe que le certificat puisse être révoqué dès que les informations qu'il contient s'avèrent inexactes. Une telle procédure de révocation est d'ailleurs exigée par la directive sur les signatures électroniques. Il n'en est pas de même de la procédure de suspension prévue par l'article 26 du projet de loi. Jusqu'à présent, aucun Etat membre n'a introduit dans sa législation de disposition relative à une procédure de suspension des certificats s'ajoutant à la révocation. Bien que l'avant-projet de loi belge ait à l'origine envisagé une telle hypothèse, le projet de loi déposé a finalement renoncé à l'introduction d'une possibilité pour les prestataires de suspendre les certificats de manière provisoire avant leur révocation définitive. Le maintien d'une telle procédure de suspension risque de conduire le Luxembourg dans une position isolée et difficile à justifier aux opérateurs étrangers. C'est pourquoi la Chambre de Commerce prône le seul maintien d'une procédure de révocation des certificats.

Par ailleurs, la révocation étant le corollaire de la confiance que les tiers peuvent accorder à un certificat, il est fondamental que l'obligation de révoquer un certificat qui contient des informations qui ne sont plus en adéquation avec la réalité s'impose à tous les prestataires de service de certification, et non pas seulement à ceux qui émettent des certificats qualifiés, comme l'implique le projet de loi. L'article 27 devraient par conséquent se retrouver dans la sous-section 1 consacrée aux dispositions communes à tous les prestataires de service de certification, et devraient concerner tous les certificats et non pas seulement les certificats qualifiés.

Par ailleurs, afin d'en informer les tiers, il convient de préciser dans l'article 26 que la suspension du certificat est inscrite dans le registre électronique, comme il en est dans l'hypothèse de la révocation. L'enregistrement de la suspension est d'ailleurs évoqué à l'article 28, le prestataire engageant sa responsabilité pour avoir omis de faire enregistrer la suspension d'un certificat. Par souci de cohérence entre ces deux articles, la Chambre de Commerce souhaiterait que l'obligation d'inscription de la suspension d'un certificat dans le registre électronique soit inscrite de façon explicite à l'article 26. (*Voir l'article 24 du texte annexé*)

Concernant l'article 28

En ce qui concerne la forme, la Chambre de Commerce suggère de revoir la rédaction même de cet article dans la mesure où, d'un point de vue grammatical, les portions de phrase des 2ème et 3ème tirets ne font pas la suite de la phrase liminaire. En outre, il y a lieu de reformuler l'intitulé de l'article, dans sa teneur actuelle, en „De la responsabilité des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés“. Au cas où il devait être tenu compte des remarques formulées ci-dessous, l'intitulé de l'article deviendrait „De la responsabilité des prestataires de service de certification“.

Quant au fond, le projet de loi ne précise que les conditions de la mise en oeuvre de la responsabilité des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés. Le projet reste muet en ce qui concerne la responsabilité des prestataires de service de certification n'émettant pas de certificats qualifiés. Il en résulte que la responsabilité de ceux-ci sera mise en oeuvre suivant les règles du droit commun. Il aurait été plus cohérent de prévoir un régime de responsabilité uniforme pour tous les prestataires de service de certification, basé sur une présomption de responsabilité simple. Un tel régime uniforme aurait pour effet de faciliter la charge de la preuve pour les tiers qui se prévalent d'un certificat, alors que ceux-ci ne disposeront bien souvent pas des moyens techniques leur permettant d'apporter la preuve de ce qu'ils invoquent. De plus, l'extension du champ d'application de cette disposition à tous les prestataires permettrait également à ceux qui ne délivrent pas de certificats qualifiés de bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue au paragraphe 3 de cet article.

Il y a lieu de préciser toutefois que l'application uniforme du régime de responsabilité à tous les prestataires de service de certification n'impliquera pas que l'étendue de la responsabilité des prestataires qui émettent des certificats qualifiés et de ceux qui ne délivrent que des certificats simples sera identique. En effet, les obligations des premiers étant plus larges que celles des seconds, leur responsabilité respective variera en conséquence. Il importe à cet effet de préciser au paragraphe 1 de cet article que les prestataires sont, le cas échéant, responsables du préjudice subi par toute personne qui se fie au certificat pour ce qui est de la présence dans le certificat de toutes les données prescrites pour l'émission d'un certificat qualifié, d'une part, et des informations que le prestataire qui délivre des certificats qualifiés est tenu de vérifier, d'autre part (voir ci-dessus les remarques concernant l'article 24).

Enfin, le paragraphe 2 comporte une erreur dans la mesure où, en pratique, le prestataire qui ne fait que garantir un certificat ne peut pas être responsable d'avoir omis de faire enregistrer la suspension ou la révocation de ce certificat. La directive sur les signatures électroniques précise qu'un prestataire de service de certification établi dans la Communauté peut garantir les certificats délivrés par des prestataires établis dans des pays tiers afin que ces certificats soient reconnus comme équivalents aux certificats communautaires (article 7 paragraphe 1b). Il s'agit ici de ce que l'on appelle déjà communément la „*cross certification*“. Le prestataire qui garantit ces certificats engage sa responsabilité quant au contenu du certificat qu'il garantit. Par contre, il n'a aucun contrôle quant à la suspension ou la révocation du certificat qui relève de la seule compétence du prestataire qui a délivré le certificat. Le champ d'application du paragraphe 2 de cet article 28 doit donc se limiter aux seuls prestataires qui délivrent des certificats. Enfin, par rapport au projet No 4554, le présent projet n'a pas repris la possibilité de prévoir des clauses limitatives, tout en précisant un plafond minimum en dessous duquel les prestataires ne peuvent limiter cette responsabilité. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 mai 2000, n'est pas en accord avec la prohibition pure et simple de toute clause limitative de responsabilité, qui risque de placer le Luxembourg dans une position isolée par rapport à nos partenaires étrangers. Il y aurait lieu en conséquence de réintroduire la disposition qui figurait à l'article 25 du projet No 4554. (*Voir article 25 du texte annexé*)

Concernant l'article 29

L'article 29, qui vise à transposer l'article 7 de la directive sur les signatures électroniques, a pour finalité de permettre la reconnaissance au Luxembourg des certificats qualifiés délivrés par des prestataires établis dans des pays tiers à l'Union européenne, sous réserve que certaines conditions soient remplies.

S'agissant des certificats émis par des prestataires établis dans la Communauté, ils doivent d'office être considérés comme équivalents. C'est ce qui résulte de l'article 4 de la directive. Or aucune disposition en ce sens ne figure dans le projet de loi sous avis. Ceci a pour conséquence, en ce qui concerne la première condition énoncée au point a), qu'il importe de ne pas limiter l'exigence de conformité à la seule loi luxembourgeoise, mais à l'une quelconque des législations des Etats de l'Union européenne. Le point a) est en ce sens contraire à la directive. Ceci est d'autant plus important à préciser que le projet de loi a écarté la disposition prévue dans le projet No 4554 selon laquelle „*Les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne, ont la même valeur au Luxembourg que les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg*“. (*Voir l'article 44 du texte annexé*)

Par ailleurs, une certaine incohérence apparaît dans la directive en ce qui concerne les mécanismes de reconnaissance de certificats émis par des prestataires établis dans des pays tiers. La directive prévoit dans son article 7 paragraphe 1 a) que sont reconnus comme équivalents aux certificats communautaires les certificats des pays tiers, à condition que le prestataire qui les a délivrés remplisse les conditions posées par la directive et ait été accrédité dans le cadre d'un régime d'accréditation établi dans un Etat membre. Un tel système était tout à fait logique dans le cadre de la proposition de directive, puisque le certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité bénéficiait du statut le plus favorable. Cela n'est plus le cas dans la version du texte adopté, dans laquelle ce qui est l'élément essentiel pour la reconnaissance de cette valeur juridique, c'est l'existence d'un contrôle des prestataires émettant des certificats qualifiés. C'est donc le fait de se soumettre à ce contrôle qui devrait être un critère déterminant pour la reconnaissance des certificats des pays tiers. De plus, le fait pour la directive d'avoir maintenu le critère de l'accréditation dans cet article 7 paragraphe 1a) conduit les prestataires des pays tiers à se soumettre à la procédure d'accréditation, alors précisément que la directive a toujours insisté sur le fait que l'accréditation doit rester volontaire.

En définitive, si un prestataire souhaite offrir ses services dans la Communauté, il semblerait qu'il doive être accrédité, ce qui conduit les Etats à prévoir un tel système d'accréditation, contrairement à ce que la directive est censée avoir voulu. A défaut d'interprétation de ce texte par la Cour de justice, il semble préférable de préciser dans notre loi que la reconnaissance des certificats qualifiés des pays tiers doit être subordonnée au contrôle instauré par les Etats membres sur les certificats qualifiés. Ceci semble être la voie la plus sûre, car le certificat qualifié délivré par un prestataire contrôlé constitue désormais le niveau le plus élevé. (*Voir article 45 du texte annexé*)

Plus politiquement, il y a lieu de mettre en garde contre tout raisonnement protectionniste en la matière. L'utilisation transfrontalière des certificats est la condition absolue de l'éclosion du commerce

électronique: Les acteurs économiques veulent pouvoir se fier aux certificats issus d'autres pays tout comme ils ont besoin de la reconnaissance internationale des certificats émis au Luxembourg.

Concernant les articles 30 à 34

L'article 30 dispose que „l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance veille au respect par les prestataires de service de certification de la présente loi et des règlements qui s'imposent à eux“. Cette formulation large aurait pu faire penser que la surveillance des prestataires non accrédités mais qui délivrent des certificats qualifiés était assurée par cette instance. Il n'en est rien cependant car les articles 30 à 34 du projet de loi ne concernent que les prestataires demandant une accréditation et aucun dispositif n'est expressément prévu en ce qui concerne la surveillance qui doit être instaurée en vertu de l'article 3 paragraphe 3 de la directive sur les prestataires qui délivrent des certificats qualifiés, en particulier en vue de veiller au respect par ceux-ci des exigences requises en matière de sécurité et de fiabilité technique (voir ci-dessus les commentaires sous l'article 18). Cette lacune rend le projet de loi non conforme à la directive. La surveillance telle qu'elle est prévue dans le projet de loi, qui ne vise que les prestataires accrédités, est largement insuffisante par rapport à ce que requiert la directive. Le Conseil d'Etat a noté également, dans son avis du 2 mai 2000, que le projet de loi ne donne aucune solution quant aux voies et moyens dont dispose l'autorité nationale pour assurer le respect par les prestataires non accrédités des dispositions légales et réglementaires.

Il paraît de ce fait absolument indispensable d'intégrer des dispositions relatives à la surveillance des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés. Ceci suppose la création d'une Autorité nationale de surveillance sous l'autorité du Ministre de l'Economie dont le rôle serait de superviser le contrôle qui serait effectué par l'intermédiaire de réviseurs d'entreprise spécialement agréés à cet effet. Un tel système de surveillance devrait s'inspirer des mécanismes de contrôle des comptes déjà effectués par les réviseurs d'entreprise. L'organisation, les compétences et l'expérience acquises par cette profession en matière de contrôle, ainsi que les garanties d'indépendance qu'elle offre justifient largement un tel mécanisme. Enfin, l'efficacité du système prévu est assurée par un pouvoir d'injonction et de sanction qui est conféré à l'Autorité nationale de surveillance. *(Voir les articles 26 à 35 du texte annexé)*

Concernant l'article 35

Comme cela avait été envisagé dans le projet de loi No 4554, l'article 35 reprend l'idée de créer la notion de recommandé électronique. Toutefois, la Chambre de Commerce ne voit pas en quoi un règlement grand-ducal serait nécessaire pour réglementer cette matière. Un certain nombre de conditions peuvent être prévues dans la loi de façon à garantir la sécurité de l'envoi: 1°) le message doit être signé au moyen d'une signature électronique. Celle-ci permet de garantir l'intégrité des messages envoyés. 2°) La sécurité de cette signature doit être assurée au moyen d'un certificat qualifié. Ceci implique que seuls des prestataires habilités à délivrer des certificats qualifiés puissent certifier un envoi recommandé. 3°) Ce prestataire certifie l'heure, la date, l'envoi et éventuellement la réception du message. Dans ces conditions de sécurité, le recommandé électronique peut servir de preuve à l'expéditeur. Il est à noter que cette disposition a vocation à s'appliquer de manière générale, de sorte que tout envoi recommandé puisse indifféremment prendre la forme traditionnelle ou électronique. *(Voir l'article 47 du texte annexé)*

De manière plus générale, des dispositions relatives aux garanties de fiabilité technique et de sécurité devraient être introduites dans la sous-section 1 afin d'assurer la cohérence du dispositif. De telles exigences figurent actuellement uniquement dans le projet de règlement grand-ducal relatif aux prestataires de services de certification délivrant des certificats qualifiés et aux prestataires accrédités. Une règle générale quant à l'obligation de sécurité devrait figurer dans la loi, laissant au règlement grand-ducal le soin de préciser le contenu des exigences de sécurité. Ces exigences doivent d'ailleurs être plus strictes pour les prestataires délivrant des certificats qualifiés que pour les autres prestataires. Cependant, il est inacceptable qu'aucune exigence de sécurité ne soit légalement imposée à ces derniers dans un domaine où seul un minimum de sécurité technique permettra d'assurer la confiance des utilisateurs et des opérateurs dans l'utilisation de ces nouvelles technologies. *(Voir l'article 20 du texte annexé)*

Dans le même ordre d'idées, le règlement grand-ducal impose aux seuls prestataires accrédités, ainsi qu'à ceux délivrant des certificats qualifiés, de garantir la stricte confidentialité des données afférentes à la création et à la vérification de signature lorsque ceux-ci procèdent eux-mêmes à leur génération.

Cette obligation, de même que l'interdiction d'enregistrer, de conserver et de reconstituer ces données, devrait être imposée à tous les prestataires et figurer dans la loi. *(Voir l'article 39 du texte annexé)*

Il manque au projet de loi un article relatif à l'obligation de délivrance. Corollaire de l'obligation de vérification et de la capacité des prestataires à délivrer des certificats qualifiés, l'obligation de délivrance impose aux prestataires auxquels il est demandé un certificat de le délivrer. Il n'existe qu'une seule limite à cette obligation. Il s'agit de l'hypothèse exceptionnelle dans laquelle le prestataire n'est pas en mesure de procéder aux vérifications qui lui sont imposées. *(Voir l'article 37 du texte annexé)*

L'article 33 relatif à l'arrêt des activités tel que prévu dans le cadre du système d'accréditation dans le projet de loi mériterait d'être conservé mais devrait concerner les prestataires qui délivrent des certificats qualifiés. *(Voir l'article 40 du texte annexé)*

Il conviendrait par ailleurs d'ajouter un article consacré aux dispositifs sécurisés de création de signature. Le renvoi à un règlement grand-ducal est certes nécessaire afin de permettre de manière aisée l'éventuelle révision du niveau de sécurité requis. Il importerait néanmoins de prévoir dans le texte de loi que ces dispositifs fussent être contrôlés afin de vérifier leur conformité aux exigences établies par voie de règlement grand-ducal. Par ailleurs, conformément à la directive, il conviendrait de prévoir les conditions de la reconnaissance des dispositifs de création de signature dans la Communauté. *(Voir l'article 42 du texte annexé)*

Enfin, il serait nécessaire pour cette loi fort complexe et renfermant un certain nombre de textes portant autant d'interdits, de prévoir des dispositions pénales concernant spécifiquement ce chapitre. Ainsi, à l'instar de ce qui est prévu pour l'exercice illégal d'une profession notamment celle de banquier ou de professionnel du secteur financier, il convient d'imposer des sanctions pénales conséquentes à l'encontre des prestataires qui émettent des certificats qualifiés sans avoir fait l'objet d'un contrôle. Il en est de même des personnes qui procèdent au contrôle des prestataires sans avoir préalablement obtenu d'agrément à cet effet. *(Voir l'article 46 du texte annexé)*

TITRE III

Dispositions pénales

Il y a lieu de subdiviser le titre en chapitres et non en sections afin de rester cohérent avec les autres titres.

L'article 36 du projet de loi se prête à certaines réflexions de fond au sujet du faux et de *l'usage de faux*.

Le texte français relatif à l'infraction de faux, tel qu'il se trouve actuellement dans le Nouveau Code Pénal (NCP), entré en vigueur au 1er mars 1994, a modifié la définition du faux, sous certains aspects et notamment en ce qui concerne la nature du support du document pouvant donner lieu à l'établissement d'un faux. Il est assurément utile de citer le texte en question:

Article 441-1 (Nouveau Code pénal français): „Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 300.000.- francs d'amende."

A part la généralisation de la définition du support sur laquelle l'expression de la pensée peut être retenue et à part les autres éléments constitutifs sur lesquels il conviendra de revenir, il est utile de noter que les peines qu'il est prévu d'infliger au faussaire et à celui qui fait usage d'un faux ont été conséquemment abaissées.

Contrairement à l'idée du législateur luxembourgeois, qui estime que la peine doit être sévère afin de bien montrer le sérieux avec lequel il entend faire poursuivre l'infraction et plus particulièrement le faux, le législateur français a suivi une voie diamétralement opposée en tenant bien compte de l'évolution des mœurs et de l'économie et en adaptant la législation aux données actuelles du monde moderne. En effet si les rédacteurs du Code Napoléonien de 1810 et du Code Pénal Luxembourgeois, datant de 1879 et inspiré du Code Pénal Belge de 1867, sont assurément dans le vrai en considérant la

confection d'un écrit, même sous seing privé, comme étant une démarche sacramentelle et peu fréquente, la plus grande partie de la population n'ayant pas un usage habituel de l'écrit, il est évident que depuis lors et surtout depuis quarante ans, il y a eu une prolifération de l'usage de l'écrit par l'ensemble de la population, de sorte que l'écrit a été banalisé. Laisser le faux intellectuel, la simulation, même un document non signé telle une facture à même niveau de sanction qu'un crime de sang ne correspond plus aux données actuelles du monde moderne.

Aussi est-il intéressant de se référer à l'évolution en France au sujet du faux et de citer Wilfried JEANDIDIER¹:

„Les faux sont des infractions relativement fréquentes et l'augmentation sensible des condamnations a été en grande partie déterminée par l'abaissement de la répression depuis 1958. Il y a eu par exemple près de 3500 condamnations pour faux et usage de faux en écritures privées en 1990 alors qu'il y en avait eu près de 1500 en 1984.

L'adoucissement de la répression est notable, du moins au niveau de l'emprisonnement puisque l'ancien article 150 du Code Pénal prévoyait un maximum de cinq ans, l'amende étant quant à elle plafonnée à 120.000.- francs. Avant 1958 le faux en écriture privée, de commerce ou de banque était un crime.“

L'auteur met en avant la constatation reconnue depuis fort longtemps en criminologie que la sévérité de la répression n'est pas l'élément déterminant pour retenir les auteurs potentiels, mais que c'est bel et bien l'efficacité et la fréquence de la répression qui est l'élément déterminant.

De plus, garder le faux au niveau des crimes de sang tout en le décriminalisant dans toutes les affaires, aucune exception n'étant connue, n'est assurément pas la démarche la plus efficace et génère des lourdeurs de procédure purement bureaucratiques.

Par contre une approche française consistant à abaisser la sanction et à simplifier la poursuite sera certainement l'approche la plus efficace dans la lutte contre le délit de faux.

Le texte actuel du Code Pénal Luxembourgeois est par ailleurs assez peu opérant alors qu'il s'appuie toujours sur la distinction traditionnelle entre le faux matériel et le faux intellectuel. Venant du fond des âges, le poids a été mis plutôt sur le faux matériel, mais le faux commis dans le contenu même du texte devant faire foi n'a pas été vraiment envisagé au départ. Une reformulation, tenant compte de l'évolution de la jurisprudence, à l'instar de la démarche française paraît donc absolument indiquée.

Depuis l'introduction du Nouveau Code Pénal en France, l'écrit n'est plus le support exclusif de l'incrimination de faux, toutes les autres expressions sont visées, à supposer qu'elles aient une valeur probatoire. Ainsi bandes magnétiques, films, disquettes d'ordinateurs sont désormais concernés de même que la transmission via Internet.

Dans l'ensemble de ce contexte, il est essentiel de se référer également à la Section VI, introduite au Chapitre II du Titre IX du Code Pénal Luxembourgeois par la loi du 15 juillet 1993, traitant de certaines infractions en matière informatique et intitulé: *„De certaines infractions en matière informatique.“*

Ces nouveaux textes formant l'article 509-1 à 509-7 incriminent notamment:

- le maintien frauduleux dans tout système de traitement automatisé de données ainsi que la suppression ou la modification de données contenues dans un tel système respectivement une altération du fonctionnement de ce système (509-1);
- l'entrave ou le fait de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données (509-2);
- l'introduction, la modification ou la suppression, intentionnelles et au mépris des droits d'autrui, de données dans un système de traitement automatisé (509-3);
- la falsification de documents informatisés, de nature à causer un préjudice à autrui (509-4);
- l'usage de ces mêmes documents falsifiés (509-5);
- la tentative de l'ensemble des délits (509-6);
- et l'association formée en vue de perpétrer les infractions visées aux articles 509-1 à 509-5 (509-7).

Il est tout d'abord intéressant de noter que, pour la falsification de documents informatisés, le législateur impose une peine d'emprisonnement et érige l'infraction en simple délit. Cette démarche n'est

¹ Droit Pénal des Affaires par Wilfried JEANDIDIER, Dalloz 1996 No 24.

guère étonnante alors que l'infraction en question a été directement inspirée, suite aux remarques du Conseil d'Etat, de la législation française en la matière, à savoir les articles 462-2 à 462-9 du Code Pénal français, y introduits par la loi No 88-19 du 5 janvier 1988. Le législateur français, en érigeant en délit le faux informatique, est ainsi resté logique avec lui-même en ce que le crime de faux avait été décriminalisé pour être qualifié de délit dès 1958. Par contre, le législateur luxembourgeois, en recopiant mot à mot le texte de loi français de 1988, n'est pas resté logique avec lui-même en ce que la sanction n'a pas été abaissée pour ce qui est de l'article 196 du Code Pénal de 1879, lequel érige le faux en crime.

Dans la mesure où le législateur luxembourgeois devait se décider à prendre inspiration dans le texte du Nouveau Code Pénal français qui est un texte ouvert vers l'avenir et vers les technologies nouvelles, le nouveau texte proposé fera double emploi avec les articles 509-4 et 509-5 du Code Pénal actuel qui pourront être supprimés. Le législateur français a en tout état de cause procédé à une telle refonte lors de la mise en place du Nouveau Code Pénal (NCP entré en vigueur le 1er mars 1994). Ainsi le texte correspondant à nos articles 509-4 et 509-5, à savoir les articles 462-5 et 462-6 du CP français ne se retrouvent plus dans les articles 323-1 à 323-3 du NCP et c'est bien en connaissance de cause que ce texte a été omis comme étant englobé dans les dispositions de l'article 441-1 NCP.

En définitive, le faux informatique tomberait dans la mesure où serait reprise la définition du faux telle qu'elle est renfermée dans le texte de loi français.

Les articles 509-4 et 509-5 étant à abroger, les articles 509-6 et 509-7 deviennent les articles 509-4 et 509-5.

Les textes relatifs au vol, l'abus de confiance, à l'escroquerie et à la tromperie et au recel n'inspirent pas de commentaires au-delà de ce qui a été exprimé ci-dessus.

Quant aux règles de procédure pénale, la section 2 du projet de loi, intitulée „De l'instruction“ et formée par les articles 54 et 55 visant à modifier certaines dispositions du Code d'Instruction Criminelle, mérite un commentaire.

Au regard de la spécificité de la matière, il y a lieu de distinguer entre les données stockées et les données en mouvement.

Les données stockées peuvent être assimilées à des informations disponibles en un endroit précis, en dehors de toute transmission, tandis que les données en mouvement peuvent être assimilées à une transmission d'informations via téléphone, télégraphe, télex, fax ou courrier envoyé par la poste et bien entendu via Internet.

En ce qui concerne les données stockées, il convient d'abord de revenir sur la levée du secret professionnel, qui s'opère de deux manières qu'il convient de bien distinguer.

- Dans la mesure où les données relatives aux affaires sont normalement stockées sur un support généralement quelconque, la levée se fait de manière absolument contraignante moyennant perquisition et saisie. La perquisition est en effet subie par celui qui en est l'objet respectivement par celui qui est détenteur des objets recherchés. Il n'a aucune possibilité d'appréciation au regard de la démarche des autorités d'enquête.
- Il est toujours possible par ailleurs de citer le détenteur d'informations lié à un secret professionnel comme témoin. Dans cette approche, il devra nécessairement et obligatoirement avoir la possibilité d'apprécier en son âme et conscience s'il dépose ou s'il entend invoquer son secret. Ce choix doit revenir au seul détenteur du secret professionnel et lui seul doit pouvoir apprécier. Il convient de garder à l'esprit que cette obligation au secret ne s'applique pas uniquement en matière financière, mais à bien d'autres professions. Même s'il est difficile de concevoir qu'un médecin consulte via Internet, les avocats, réviseurs, experts-comptables envoient des documents couverts par le secret par Internet. Des dossiers médicaux cheminent à n'en pas douter également par ce canal.

Il est donc crucial d'être très clair sur ce point en ce que la personne qui peut être astreinte à assister la justice, sans possibilité d'invoquer son secret, ne saurait être que la personne en charge des aspects techniques du cryptage ou de la transmission et ne saurait d'aucune manière être un témoin par rapport au contenu des informations transmises ou stockées. La législation actuelle en cette matière continuera à s'appliquer pleinement sous les garanties actuellement en place. Aussi et afin d'éviter tout risque d'équivoque est-il suggéré de ne pas procéder par renvoi à l'article 77 (2) du Code d'instruction criminelle pour définir la peine, mais d'énoncer l'amende in fine de l'article 66-1 du même code.

Le rôle dévolu à cette personne, pouvant être contrainte par le juge à agir dans le contexte du nouvel article 66-1, doit être également précisé pour d'autres motifs de cohérence. S'il est certes justifié que le

juge puisse ordonner à une personne de procéder au décryptage des données ainsi qu'à des mesures utiles pour obtenir l'accès aux données en question, il n'en reste pas moins que cette personne ne devra pas assumer le rôle d'expert.

Dans la mesure où la police judiciaire dispose de personnes qualifiées, cette opération en tant que telle rentre dans les attributions de cet organe, qui procédera par délégation.

Dans la mesure où la personne qui assume la gestion des documents possède les capacités techniques et est suffisamment fiable pour rentrer dans le système et pour permettre ainsi l'accès du juge aux données, la démarche proposée à l'article 66-1 dernier alinéa ne prête pas flanc à critique.

Dans l'hypothèse cependant où les travaux demandés par le juge vont bien au-delà de cette démarche purement technique, la mission confiée peut remplir les caractéristiques d'une expertise, il est assurément utile de renvoyer aux textes réglementant cette matière afin de fournir à l'inculpé toute garantie en la matière. Même si la ligne de partage peut paraître peu précise, il n'en reste pas moins que les textes légaux en la matière, ensemble avec la jurisprudence ont dégagé les critères permettant de définir cette ligne de partage. En toute hypothèse il ne paraît pas opportun d'introduire une nouvelle distinction pour cette matière.

Au regard des commentaires ci-dessus, les articles 54 et 55 du projet de loi (articles 33-1 et 66-1 du Code d'instruction criminelle) seront reformulés ci-après.

La question des données en mouvement est analysée à la lumière des articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle qui traitent des écoutes téléphoniques.

Le législateur, au début des années 80¹, après bien des avatars judiciaires et policiers, et recours devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme, a finalement décidé d'introduire deux bases légales d'interception des communications téléphoniques et postales² généralement quelconques. Ce n'est que par ordonnance spécialement motivée du juge d'instruction, dans des affaires d'une gravité particulière, qu'une écoute téléphonique ou mesure assimilée, telle que l'interception du courrier ou d'un fax, peuvent être ordonnées. Cette loi a donné lieu à une élaboration particulièrement soignée, dénotant la sensibilité sociale et politique toute particulière du problème posé³. La Chambre des députés avait même – fait rarissime – institué une commission spéciale devant veiller à l'élaboration du texte en question. Ainsi, l'interception des transmissions postales généralement quelconques est bien plus restrictivement réglementée que la perquisition. Par ailleurs, se trouvent réglementées dans ce texte les écoutes et interceptions de correspondances par les instances politiques.

Il n'y a assurément aucune raison de déroger à ces protections particulières et de loger à un niveau de protection moins favorable les transmissions électroniques que les transmissions postales connues en 1982. Ainsi la pratique judiciaire a-t-elle assimilé le fax, inconnu en 1982, au secret des lettres. Assurément le projet de loi en discussion n'est pas le projet qui peut être utilement mis en avant pour réréglementer la matière en question, mais il conviendra de modifier le texte proposé pour le mettre à niveau avec les textes existant actuellement.

Il convient de noter au passage que la formulation de l'article 88-1 alinéa 4 du Code d'instruction criminelle n'interdit pas l'interception des communications bancaires, même si le banquier est lié par un secret professionnel.

Il est donc proposé de reformuler les articles 33-1 et 66-1 du Code d'instruction criminelle (articles 54 et 55 du projet de loi) en omettant la référence aux données transmises, matière qui continuera à être régie par les articles 88-1 à 88-4:

Article 33-1: „L'officier de police judiciaire peut, dans les conditions prévues aux articles 31 et 33, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

A cet effet, il peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.“

Article 66-1: „Le juge d'instruction peut dans les conditions prévues à l'article 66, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

1 Loi du 26 novembre 1982 introduisant les articles 88-1 à 88-4 au CICr.

2 Il est intéressant de noter que la législation ne tient pas compte de la libéralisation des services offerts en son temps exclusivement par la Poste.

3. Cf. travaux parlementaires 2516 à 2516⁴.

A cet effet, le juge d'instruction peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.

Le juge d'instruction peut par ordonnance motivée, enjoindre à une personne, hormis l'inculpé, dont il considère qu'elle a une connaissance particulière du système informatique ou du mécanisme de protection ou de cryptage, qu'elle lui donne accès au système saisi ou aux données saisies contenues dans ce système ainsi qu'à la compréhension de données saisies protégées ou cryptées. Dans la mesure où la mission confiée est susceptible de constituer une mission d'expert les dispositions des articles 87 et 88 relatives à l'expertise s'appliquent. Sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessous et des cas où la personne est obligée de garder secret les renseignements lui confiés dans le cadre de son activité professionnelle, la personne désignée est tenue de prêter son concours. En cas de refus, le juge d'instruction peut la condamner à une amende de 10.001 à 100.000 francs.

Même si la démarche peut paraître superfétatoire, alors que les articles 88-1 à 88-4 parlent de: „... toutes formes de communication ...“, il semble néanmoins utile, afin d'éviter toute équivoque, surtout au regard du projet actuellement sous discussion d'adjoindre les termes: „ ... toutes formes de communication, même électroniques ... “

L'article 77 n'étant modifié que pour ce qui est du taux de l'amende, il a semblé opportun de profiter de l'occasion pour reformuler le renvoi en matière de secret professionnel contenu au premier alinéa, alors que l'article 77-1 ne tient pas compte des secrets professionnels autonomes institués par plusieurs lois spéciales.

Article 77: „1) Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer, sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessus et des dispositions relatives au secret professionnel.“

Concernant l'article 48

Il ya lieu d'insérer le mot „de“ après „persuader“.

Concernant l'article 56

Il y a lieu de remplacer le terme de „procureur d'Etat“ par „procureur de l'Etat“ au point (2) de l'article 77 du code d'instruction criminelle, modifié par l'article 56 du projet de loi.

TITRE IV

Des communications commerciales

Le projet de loi introduit un titre spécifique aux **communications commerciales**, qui ne semble toutefois pas se justifier. Il aurait été plus logique d'insérer ces dispositions dans le titre V dont l'objet vise l'ensemble des relations commerciales effectuées par voie électronique. Les communications commerciales, bien qu'elles soient indépendantes de l'existence d'une relation contractuelle, sont un instrument de promotion des ventes et sont de ce fait souvent à la base d'un contrat. De plus, sur un plan international, les communications commerciales ne sont pas exemptes d'effets juridiques. En particulier, le fait pour un contrat d'avoir été conclu à la suite d'une publicité peut avoir des conséquences sur le droit applicable.

Les articles 58 et 59 sont quelque peu redondants. L'article 58 impose une obligation de transparence à charge des personnes qui envoient des communications commerciales. Quant à l'article 59, il traite plus particulièrement des communications commerciales non sollicitées en réitérant, au paragraphe 1, la même obligation de transparence. Dans la mesure où les communications commerciales ne sont habituellement pas sollicitées, les dispositions des articles 58 et 59 devraient être fusionnées. (*Voir l'article 60 paragraphe 1 du texte annexé*)

Quant au paragraphe 3 de l'article 59, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il y a lieu d'en revoir la rédaction et de l'adapter en remplaçant l'anglicisme que l'article contient („optout“). Il ya également lieu de préciser les modalités de création et de fonctionnement du registre dont il est fait mention. Conformément au souhait du Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, il convient de prévoir que l'Autorité nationale de surveillance soit chargée de la mise en place et de la gestion du registre électro-

nique d'opposition, de sorte que la gratuité du service soit assurée. (*Voir les articles 26 et 60 paragraphe 2 du texte annexé*)

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a exprimé son opposition formelle au fait que le projet de loi entend confier au pouvoir exécutif le soin de déterminer les autorités compétentes pour contrôler le respect par les professionnels des obligations résultant de l'article 59 et de déterminer les sanctions pouvant leur être appliquées. A cet égard, le projet de loi doit, dans son dispositif, prévoir les sanctions qui seront applicables en cas de non-respect de ces obligations. La Chambre de Commerce propose à cet effet qu'il soit offert au consommateur la possibilité d'exercer un certain nombre de recours à l'encontre du professionnel. (*Voir l'article 66 du texte annexé*)

TITRE V

Des contrats conclus par voie électronique

Le titre V concernant les contrats conclus par voie électronique comporte deux chapitres: le premier intitulé „*Dispositions communes*“ et le second „*Des contrats conclus avec les consommateurs*“. Le terme de „*Dispositions communes*“ ne convient pas. Un chapitre ayant pour objet les relations entre professionnels et entre professionnels et consommateurs aurait dû être intitulé „*Dispositions générales*“.

Toutefois, on aurait pu se dispenser d'un tel chapitre contenant des dispositions applicables aussi bien aux relations entre professionnels qu'aux relations entre professionnels et consommateurs. En effet, les règles des articles 62 et 63 peuvent être écartées par les professionnels, puisqu'elles ne s'imposent que „*si les professionnels n'en ont pas convenu autrement*“. Il aurait en définitive été plus simple de prévoir que ces règles ne s'imposent qu'aux relations entre professionnels et consommateurs, plutôt que d'obliger les professionnels à y déroger de manière expresse dans leurs relations contractuelles s'ils ne souhaitent pas y être assujettis. Il importe que les relations entre professionnels restent régies par le principe de liberté contractuelle. Les dispositions de ce titre doivent donc avoir pour seul objectif de régir les relations entre professionnels et consommateurs dans un but de protection de ces derniers, puisque l'objet des dispositions du titre V est précisément celui-là. (*Voir l'article 59 du texte annexé*)

Il est à noter que, sur le plan sémantique, il aurait été plus clair d'uniformiser l'emploi des termes „*professionnel*“ et „*consommateur*“ dans l'ensemble du titre V. Parfois, le projet de loi utilise, au lieu de ces derniers, les termes „*prestataire*“ et „*destinataire du service*“. Les notions de „*destinataire de service*“ et de „*consommateur*“ se recoupent pour ce qui est des relations commerciales. La notion de consommateur recouvre toute personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Il peut s'agir tout aussi bien de rechercher, acquérir ou utiliser des produits ou des services pour un usage personnel. En outre, les définitions du consommateur et du professionnel sont interdépendantes, celui qui n'est pas consommateur étant professionnel et inversement. Par ailleurs, l'utilisation du terme „*prestataire*“ renvoie à la prestation de service ce qui semble exclure la fourniture de biens qui doit pourtant bien être incluse dans le champ d'application du projet de loi. A l'inverse, la notion de professionnel inclut celle de prestataire. C'est donc bien de „*professionnel*“ qu'il convient de parler dans le projet de loi.

En ce qui concerne le champ d'application du projet de loi, il résulte des articles 60 et 61 que les **services financiers** sont inclus. La Chambre de Commerce se félicite de l'extension du champ d'application de ce texte par rapport à l'ancien projet No 4554. Toutefois, la façon dont les dispositions relatives aux services financiers ont été intégrées au chapitre concernant les contrats conclus par voie électronique n'est pas satisfaisante. En effet, ces dispositions ont été mêlées aux dispositions de portée générale, ce qui ne permet pas de prendre en compte la spécificité des services financiers.

Il aurait été plus correct de prévoir, à l'intérieur du titre V, trois chapitres: le premier, „*Dispositions communes*“, concernant les dispositions applicables à la commercialisation de tout bien ou service par voie électronique; le second contenant des dispositions relatives aux contrats autres que portant sur des services financiers; le troisième relatif à la conclusion de contrats portant sur des services financiers.

Une telle présentation se justifierait principalement pour deux raisons:

- En premier lieu, des règles particulières doivent être prévues du fait notamment que le prix du service proposé peut fluctuer, ou que certaines informations relatives au service proposé ne sont pas toujours

connues au moment de la conclusion du contrat et/ou peuvent varier dans le temps. Il s'ensuit en particulier que l'exercice du droit de rétractation doit obéir à des règles spécifiques.

- En second lieu, dans le cadre des services financiers à distance, la Commission européenne adopte jusqu'à présent une approche d'harmonisation maximale qui a pour conséquence que les Etats ne pourront pas adopter de règles plus strictes que ce qui sera prévu dans le texte communautaire pour les domaines harmonisés par celui-ci. Le texte aura pour objectif d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs dans l'ensemble des Etats membres et de favoriser la libre circulation des services financiers, ce qui justifie le fait de ne laisser aux Etats qu'une marge de manoeuvre relativement réduite.

En mêlant les dispositions relatives aux services financiers aux dispositions de portée plus générale, le projet de loi ne se conforme pas à cette optique communautaire.

Certes, l'application de certaines règles aux services financiers ne pose pas de problème en raison de la permanence de celles-ci, quelque soit le bien ou le service proposé par voie électronique. Il en est ainsi en particulier des dispositions relatives aux communications commerciales, à la fourniture de services non demandée, à la récapitulation de la transaction, au moment de la conclusion du contrat et à la charge de la preuve. L'ensemble de ces dispositions pourrait alors être intégré dans un chapitre intitulé „Dispositions communes“. (Voir les articles 58 à 66 du texte annexé)

Il n'en est pas de même de certaines dispositions spécifiques aux services financiers. Le fait de les intégrer dans des dispositions de portée générale emporte deux conséquences rendant le projet de loi incohérent.

- D'une part, l'extension des règles spécifiques aux services financiers à la commercialisation de tout type de bien ou de service tend, dans certaines hypothèses, à annihiler tout effet au droit de rétractation (voir ci-dessous, les remarques relatives à l'article 66).
- D'autre part, le projet de loi n'opère qu'une transposition partielle et entend se référer à une autre loi en ce qui concerne le problème particulier de l'information du consommateur dans le cadre de contrats portant sur des services financiers. Le contenu de l'obligation d'information prévu par la proposition de directive n'a en effet pas été intégré à l'article 64. Le projet de loi envisage uniquement les informations à fournir par le professionnel au consommateur pour ce qui est des biens et services en général. Ainsi, alors que l'objet d'une loi-cadre relative au commerce électronique est précisément de permettre aux professionnels de trouver dans un seul texte toutes les règles relatives à cette forme particulière de commerce, il n'en est pas ainsi des informations qu'il doit transmettre au consommateur. La justification d'une telle méthode est difficile à percevoir, d'autant plus que tous les autres aspects de la proposition de directive sur les services financiers ont été intégrés au projet de loi.

La Chambre de Commerce présume que le fait que le texte communautaire soit encore en état de préparation, a été à l'origine de la démarche adoptée. Afin de parer à cette éventualité, il aurait sans doute été plus simple, plutôt que de contraindre le législateur à adopter une nouvelle loi, de prévoir qu'un règlement grand-ducal pourrait, le cas échéant, venir compléter le contenu de l'obligation d'information à charge des professionnels. (Voir l'article 72 paragraphe 2 du texte annexé)

Concernant l'article 60

Comme précisé ci-dessus, la Chambre de Commerce est d'avis que la définition du „support durable“ doit être insérée à l'article 1er, du fait qu'il est fait référence à cette notion dès l'article 22. Elle pense par ailleurs qu'il y a lieu de revoir la définition donnée. Bien qu'inspirée de la proposition de la directive relative aux services financiers à distance, elle mériterait d'être simplifiée, mais également reformulée. La définition qui figure dans le projet de loi dispose qu'on entend par „support durable“, „tout instrument qui permet au consommateur de stocker des informations (...)“. La portée de cette notion a été ainsi volontairement limitée au consommateur. Ceci ne semble toutefois pas correct. En effet, le concept d'informations transmises et stockées sur support durable s'applique indifféremment au consommateur et au professionnel. Il en est notamment ainsi lorsque le projet de loi requiert du consommateur qu'il „exerce son droit de rétractation sur tout support durable“ (article 66), ce qui implique ici que c'est le professionnel qui devra être capable de conserver et reproduire l'information concernée. Il convient en conséquence de remplacer les mots „au consommateur“ par „à une personne“.

Par ailleurs, le support durable est sans doute principalement conçu pour permettre aux informations d'être conservées, mais il permet en premier lieu aux informations d'être portées à la connaissance d'une personne. Cela n'apparaît pas dans la présente définition.

Le mot „*personnellement*“ est superfétatoire. Cette exigence résulte logiquement des mots „*qui lui sont adressés*“, ainsi que de l'obligation d'information du consommateur qui sous-entend que le consommateur ait personnellement accès aux informations visées.

Enfin, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il y a lieu de reformuler le texte proposé et suggère une nouvelle définition. (*Voir l'article 1er du texte annexé*)

Il conviendrait par ailleurs d'ajouter à cette liste de définitions celles de „*consommateur*“ et de „*professionnel*“, absentes du projet de loi. (*Voir l'article 58 du texte annexé*)

Concernant l'article 61

Alors que la directive sur le commerce électronique laisse aux Etats le libre choix de l'étendue du champ d'application de leur loi sur le commerce électronique, le texte proposé reprend toutes les exceptions possibles – et facultatives – présentées par le texte communautaire dans son article 9. Cette approche semble trop restrictive, alors que l'objectif de la loi sera de favoriser le développement du commerce électronique et de faire du Luxembourg une place à vocation internationale en la matière, ce qui doit impliquer pour le législateur une approche la plus libérale possible. En pratique, il n'est certes pas possible à l'heure actuelle de conclure par voie électronique certains des contrats visés dans cet article. Cette limite provient notamment de la difficulté matérielle de conclure des actes authentiques par cette voie. Une telle difficulté ne doit pas obliger le législateur à interdire formellement dans un texte de loi la conclusion de tels contrats. La rapidité des évolutions technologiques permettra sans doute un jour, dans un avenir peut-être plus proche qu'on ne le pense, la conclusion de tels actes de manière tout aussi sûre qu'il en est de manière traditionnelle. Eu égard à ces constatations, la Chambre de Commerce pense qu'il est inopportun, sinon contraire à l'objectif affiché de la loi d'exclure d'ores et déjà ces éventualités du champ d'application de la loi. Ainsi, la Chambre de Commerce attire notamment l'attention sur le fait que la loi française, adoptée le 13 mars 2000, tient compte de ces éventualités. Il conviendrait donc de supprimer les 1er, 2ème et 4ème tirets, qui sont d'ailleurs redondants entre eux.

Quant au 3ème tiret du paragraphe 1, il exclut du champ d'application de la loi les actes de cautionnement. La Chambre de Commerce rend attentif au fait que cette disposition rend le projet de loi incohérent puisque l'article 10 du projet de loi modifie certains termes de l'article 1326 du Code civil précisément pour permettre la formation d'actes de cautionnement par voie électronique. Le 3ème tiret est donc également à supprimer selon l'avis de la Chambre de Commerce.

Il y a lieu de noter enfin que chaque exclusion du champ d'application de la loi sera à justifier auprès de la Commission européenne en vertu de l'article 9 paragraphe 3 de la directive sur le commerce électronique. Les raisons motivant ces exclusions, présentées dans le commentaire de l'article 61, paraissent à cet égard insuffisamment convaincantes aux yeux de la Chambre de Commerce. En plus, l'article 9 paragraphe 3 exige un rapport justificatif des Etats membres tous les 5 ans sur les raisons expliquant le maintien de l'exception.

En définitive, la Chambre de Commerce suggère vivement de revoir le champ d'application du titre V en tenant compte des commentaires faits ci-dessus. (*Voir l'article 59 du texte annexé*)

Concernant l'article 62

L'article 62 énonce une série d'obligations à charge des professionnels en matière d'informations à transmettre à la personne avec laquelle il contracte. Or, l'article 64 énonce également d'autres obligations en matière d'information. Il conviendrait, par souci de cohérence, de fusionner ces deux articles. Comme il a été dit ci-avant, le seul intérêt de la distinction entre les articles 62 et 64 réside dans le fait que les dispositions de l'article 62 s'imposent aux professionnels, sauf s'ils en ont convenu autrement, alors que l'article 64 ne s'impose que dans les relations entre professionnels et consommateurs.

Sur le plan terminologique, le paragraphe 1 utilise à la fois les termes „*professionnel*“ et „*prestataire*“. Comme il a été dit ci-avant, le vocabulaire mériterait d'être uniformisé.

Quant au contenu de l'obligation d'information, la Chambre de Commerce constate une fois de plus que la directive sur le commerce électronique a purement et simplement été copiée sans avoir été adaptée. Ainsi, le point b) semble suggérer que le contrat pourrait ne pas avoir été archivé par le professionnel. En réalité, compte tenu des obligations légales en ce domaine, il devrait plutôt être fait réf-

rence ici aux modalités d'accès par le consommateur au contrat archivé par le professionnel. (*Voir l'article 67 du texte annexé*)

Quant au point c), le projet de loi No 4554 comportait, en son article 62, une disposition plus explicite et plus sûre pour le consommateur. En effet, si le consentement du consommateur doit être libre et éclairé, il convient d'assurer l'application pratique de ce principe général dans les transactions commerciales conclues par voie électronique en donnant au consommateur la possibilité de vérifier ses choix avant la conclusion du contrat. L'article 62 du projet No 4554 visait à faire échec aux engagements intempestifs en imposant une récapitulation des transactions avant que le consommateur ne donne son consentement définitif. Ainsi, le professionnel devait mettre en place une procédure qui, dans un premier temps, présenterait les choix du consommateur (biens ou services sélectionnés, quantité, prix, caractéristiques, mode de paiement, etc.), et, dans un second temps, offrirait au consommateur la possibilité de vérifier ses choix et éventuellement de les corriger, voire de renoncer à la commande. La Chambre de Commerce ne voit pas pour quelles raisons cette disposition a été changée, d'autant plus qu'une telle procédure permettrait de se conformer aux exigences découlant de la directive sur le commerce électronique (article 10 paragraphe 1c). (*Voir l'article 62 du texte annexé*)

En ce qui concerne le paragraphe 2, les modalités selon lesquelles les conditions contractuelles doivent être communiquées font en réalité référence au support durable. Cette notion étant préalablement définie, il serait plus cohérent de préciser que l'ensemble des informations communiquées au consommateur, y compris les conditions contractuelles, doivent être communiquées sur support durable. (*Voir l'article 67 paragraphe 1 du texte annexé*)

L'exclusion précisée au paragraphe 3 et concernant les contrats conclus par échange de courrier électronique est issue de la directive sur le commerce électronique adoptée le 4 mai 2000, mais aurait pu être rédigée de manière identique dans les articles 62 et 63, alors que la différence de terminologie employée risque de créer des incertitudes quant aux champs d'application respectifs des articles 62 paragraphe 3 et 63 paragraphe 2. Ce risque serait évité en regroupant ces deux dispositions en une seule. (*Voir l'article 65 du texte annexé*)

Concernant l'article 63

L'application de cette disposition aux professionnels dans leurs relations avec d'autres professionnels suscite les mêmes remarques telles que formulées ci-dessus.

Le texte de l'article 63 paragraphe 1 est repris d'une des versions de travail de la proposition de directive sur le commerce électronique. Il était alors prévu que la formation du contrat résultait d'un certain nombre d'échanges entre le professionnel et le consommateur. C'est de cette version intermédiaire que s'inspire le projet de loi, alors que la version définitive a changé sur ce point. Ainsi, selon le projet de loi, la formation du contrat suppose que:

1. le professionnel adresse une offre au consommateur,
2. le consommateur accepte cette offre,
3. le professionnel, qui reçoit cette offre, envoie un accusé de réception au consommateur,
4. enfin, le contrat est conclu lorsque le consommateur a reçu cet accusé de réception.

Par ailleurs, en ce qui concerne la formulation grammaticale de cet article, il n'y a pas de lien entre la phrase du paragraphe 1 et les points a) et b).

La conclusion du contrat est ici soumise à l'envoi et à la réception d'un accusé de réception. Cette solution présente deux inconvénients majeurs.

D'une part, elle n'est pas conforme à la dernière version de la directive sur le commerce électronique qui, certes requiert du professionnel qu'il envoie un accusé de réception, mais ne donne aucun effet juridique à cet envoi, les Etats membres étant seulement tenus à veiller que le prestataire accuse réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique (article 11.1).

D'autre part, une telle solution, outre sa grande complexité, semble remettre en cause la théorie de la réception traditionnellement admise par la jurisprudence des tribunaux luxembourgeois.

Le fait d'exiger des échanges d'accusés de réception entre le professionnel et le consommateur tend à considérer que le courrier électronique serait moins sûr que le courrier postal. Or, à la différence du courrier postal où les délais d'acheminement peuvent parfois varier d'un à quelques jours et où aucun problème juridique n'a été soulevé à cet égard, il semblerait, selon le projet de loi, que le commerce électronique doive être plus sécurisé que le commerce par correspondance ordinaire, alors même que,

dans cette dernière hypothèse, le consommateur n'a qu'une connaissance approximative du moment de conclusion du contrat. Au contraire, dans le cadre du commerce électronique, le consommateur peut, avec un degré de certitude très élevé, considérer que son message a été reçu du professionnel le jour même où il l'a envoyé. Cela est d'autant plus vrai que le professionnel est considéré comme ayant reçu le message lorsqu'il peut y avoir accès, et non au moment où il lit effectivement le message. Dans de telles conditions, il n'y a aucun intérêt à déroger en ce qui concerne le commerce électronique, à la théorie de la réception en matière de formation des contrats.

Par contre, pour se conformer à la directive sur le commerce électronique et afin de permettre au consommateur d'être informé, il est souhaitable de prévoir que le professionnel lui enverra un accusé de réception dans les meilleurs délais, lui confirmant que le contrat est bien conclu et l'informant du moment précis de la conclusion de ce contrat (date et heure), sans toutefois que cet accusé de réception ait un quelconque effet juridique. *(Voir l'article 63 paragraphes 1 et 2 du texte annexé)*

En ce qui concerne le deuxième paragraphe, le terme de „*communications commerciales équivalentes*“ employé est incorrect. Le terme correct serait „*communications individuelles équivalentes*“.

Concernant l'article 64

Cet article ne vise que les informations à caractère général et omet les informations spécifiques aux services financiers, comme il en a été fait état ci-avant. Ainsi, plutôt que de reporter ces dispositions à une future loi, il conviendrait, dans un chapitre spécifique d'établir une liste particulière, et exhaustive, d'informations à transmettre au consommateur, ce qui aurait pour intérêt de permettre au professionnel d'éviter de devoir se référer à plusieurs textes pour connaître les obligations qui lui sont applicables. *(Voir l'article 72 du texte annexé)*

La remise en cause du système d'accréditation conduit à modifier le 1er point de la liste en requérant, le cas échéant, les coordonnées du prestataire de service de certification auprès duquel le professionnel a obtenu un certificat qualifié.

Enfin, la liste omet de préciser que le prix du produit ou du service doit être communiqué, cette information étant pourtant fondamentale.

En ce qui concerne la deuxième phrase du deuxième paragraphe, le bout de phrase „*Lorsqu'il est en mesure de le faire ...*“ donne lieu à interprétation. Par ailleurs, la Chambre de Commerce est d'avis que l'emploi du terme de „*service de la société de l'information*“, déjà critiqué auparavant, rend la lecture du texte particulièrement indigeste dans le cadre de cet article.

Concernant l'article 65

Deux conditions supplémentaires relatives à la notion de support durable sont ici ajoutées, à savoir 1°) être à la disposition du consommateur, et 2°) que le consommateur puisse y avoir accès. Il est difficile de percevoir pourquoi ces deux conditions sont imposées spécifiquement dans le cadre de la confirmation des informations. La notion de support durable devrait être identique dans l'ensemble du projet de loi. S'il y a lieu, cette précision pourrait être apportée dans la définition même figurant dans les dispositions liminaires du projet de loi. Toutefois, ces deux conditions résultent logiquement de la définition donnée de ce terme à l'article 60, car si le consommateur n'a pas accès à ce support durable ou s'il n'est pas à sa disposition, il ne lui sera pas possible, par ce moyen, de prendre connaissance d'informations qui lui sont adressées, de les conserver et, le cas échéant, de les reproduire. La Chambre de Commerce en conclut qu'elles sont en fait superflues.

En outre, le projet de loi No 4554 contenait quelques dispositions concernant spécifiquement la fourniture de services ou de produits numérisés. Ce type de produits ou services est bien celui qui est le plus approprié à être commercialisé par Internet étant donné que la particularité de ces produits ou services est qu'ils peuvent être vendus sans distribution „physique“. Ce type nouveau de commercialisation suppose quelques règles particulières. A titre d'exemple, dans le cas d'un produit à télécharger, il est important pour le consommateur de pouvoir au préalable s'assurer de la compatibilité du produit ou service avec son système d'exploitation. Des échantillons devraient être préalablement fournis à cet effet. *(Voir l'article 67 paragraphe 3 du texte annexé)*

Il en est de même de la confirmation des informations qui, en cas de fourniture de ce type de biens ou de services, doit pouvoir être adressée pendant l'exécution du contrat si celle-ci a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin de la période de rétractation. *(Voir l'article 68 paragraphe 1 du texte annexé)*

Le paragraphe 3 de l'article 65 est inutile en l'état, dans la mesure où les articles 64 et 65 paragraphe 1 permettent déjà au consommateur d'obtenir les informations relatives à la transaction, soit avant la conclusion du contrat (article 64), soit lors de la livraison du produit ou de l'exécution de la prestation de service (article 65 paragraphe 1). Par ailleurs, la confirmation de la date et de l'heure de la conclusion du contrat pourra être obtenue en vertu de l'article 63 du texte proposé.

Enfin, il convient de remarquer que l'exigence d'une confirmation des informations, imposée par la directive 97/7/CE, n'existe pas dans la proposition de directive sur les services financiers. Il conviendra donc de traiter les services financiers de manière séparée. En effet, l'inclusion des services financiers dans le champ d'application de cet article 65 rendra le projet de loi vraisemblablement non conforme au texte communautaire à venir, puisque les Etats ne pourront, dans ce domaine, imposer plus d'exigences aux professionnels que ce qui sera contenu dans le texte communautaire, étant donné que la Commission européenne poursuit dans ce domaine une politique d'harmonisation maximale.

Concernant l'article 66

La Chambre de Commerce approuve le fait que les auteurs du projet aient choisi de prévoir un délai de rétractation de 7 jours pour les contrats à distance autres que ceux portant sur des services financiers.

Toutefois, en ce qui concerne le délai de rétractation, le projet de loi suscite quelques interrogations. En premier lieu, le paragraphe 1 mentionne un délai de sept jours alors que toutes les autres dispositions du projet de loi se réfèrent à un délai de quatorze jours. Cette erreur de forme rend le texte incohérent.

Le fait d'imposer un délai de rétractation de sept jours pour les contrats financiers à distance, alors que la proposition de directive relative aux services financiers à distance prévoit un délai d'au moins quatorze jours, risque de rendre le projet de loi non conforme au texte communautaire à venir. Par ailleurs, le délai de trois mois mentionné dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 66 est transposé de la directive 97/7/CE relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (non financiers), mais n'est nullement prévu dans le cadre de la proposition de directive sur les services financiers. Il en résulte que le projet de loi risque, à ce titre également, d'être non conforme au texte communautaire.

En ce qui concerne les contrats portant sur des services financiers à distance, parmi lesquels figurent les contrats d'assurance et de pension, la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers impose aux Etats membres d'instaurer un délai de rétractation de 14 à 30 jours. La Chambre de Commerce est opposée à prévoir un délai de 30 jours pour ce type de contrats et suggère de limiter ce délai à 14 jours pour l'ensemble des contrats portant sur des services financiers à distance. Il ne lui semble en effet pas utile d'allonger le délai de quatorze jours, qui est déjà suffisamment long pour protéger les intérêts du consommateur.

En guise de conclusion, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il ya lieu de prévoir un délai de rétractation de 7 jours pour les contrats autres que ceux portant sur des services financiers et de prévoir un délai de rétractation de 14 jours pour les contrats portant sur des services financiers.

La liste établie au paragraphe 4 détermine les cas dans lesquels le consommateur ne dispose pas d'un droit de rétractation. Le point h) précise l'hypothèse dans laquelle l'exécution du contrat a été entièrement achevée avant que le consommateur n'exerce son droit de rétractation. Il importe à cet égard de spécifier que le consommateur doit avoir expressément donné son accord à cette exécution, sous peine de vider de son contenu le droit de rétractation. Il y a lieu à cet égard de préciser que le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 mai 2000, s'est formellement opposé à cette disposition. Non seulement elle rend illusoire le droit de rétractation, mais en outre elle est en contradiction avec le point a) du paragraphe 4 de l'article 66. C'est pourquoi, outre le fait de préciser que le consommateur doit avoir donné son accord à l'exécution, cette disposition doit figurer dans un article consacré aux services financiers. En effet, cette disposition vise à anticiper la transposition d'une disposition de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers. Cependant, la rédaction de cette disposition tend à faire croire qu'elle s'applique à la fourniture de biens aussi bien que de services. Or, l'application de cette disposition à la fourniture de produits conduit à refuser au consommateur tout droit de rétractation, puisque le contrat est entièrement exécuté dès la livraison du bien. Le délai de rétractation qui, selon l'article 66 paragraphe 1, court à partir de la réception du produit, commence et s'achève au même instant, ce qui dénie au consommateur tout droit de rétractation. Cette erreur est due au fait que les services financiers ont été inclus dans le chapitre relatif aux contrats conclus par voie électronique.

Pour toutes les raisons spécifiées ci-dessus et pour remédier aux nombreuses erreurs, la Chambre de Commerce recommande vivement de créer un chapitre spécifique aux contrats portant sur des services financiers, et d'y prévoir une disposition particulière au droit de rétractation. (*Voir l'article 73 du texte annexé*)

La Chambre de Commerce voudrait encore faire remarquer que l'exception au droit de rétractation prévue au point a) du quatrième paragraphe est prévue par la directive No 97/7/CE pour les contrats autres que ceux portant sur des services financiers. Une disposition pareille n'est pas prévue par la proposition de directive relative aux contrats portant sur des services financiers. Néanmoins, ce point intéresse au plus haut degré le secteur des assurances et la Chambre de Commerce se demande s'il n'y a pas lieu d'inclure une disposition dans le présent projet de loi. Une telle démarche se justifierait en effet au regard des points suivants:

- le risque supporté par l'assureur est maximal dès l'entrée en vigueur du contrat et la contrepartie de l'assuré doit représenter l'étendue totale de la couverture, quelle que soit la durée de la garantie; un prorata de prime en fonction de la durée de fait, au bon vouloir de l'assuré, et non de la durée convenue, détruit l'équilibre du contrat;
- outre ses conséquences sur le montant des primes, cette mesure se traduirait dans la pratique par des effets négatifs pour les preneurs d'assurance, les assureurs pouvant être amenés à refuser des garanties immédiates;
- les risques de litiges entre assurés et assureurs seraient multipliés, de même que les tentations de fraude à l'assurance, objet d'une préoccupation croissante des assureurs.

La Chambre de Commerce voudrait encore exprimer son souhait de voir ajouter les produits d'assurance-vie liés à des fonds d'investissement ainsi que les produits d'assurance à taux majoré à la liste des contrats de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier et qui sont exceptés du droit de rétractation, étant donné que ces produits dépendent des dites fluctuations du marché. Elle est consciente du fait que ces produits ne figurent pas parmi ceux mentionnés par la proposition de directive relative aux contrats portant sur des services financiers.

En tout état de cause, la Chambre de Commerce demande au gouvernement d'intervenir en ce sens dans les discussions communautaires afin d'inclure des dispositions reprenant ses deux soucis également dans la proposition de directive.

Il y a encore lieu d'attirer l'attention sur le fait que l'article 100 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoit un délai de renonciation de 30 jours pour les preneurs d'un contrat d'assurance-vie individuelle d'une durée supérieure à six mois et un délai de renonciation de 15 jours pour les preneurs d'un contrat d'assurance sur la vie ayant pour objet de garantir le remboursement d'un prêt consenti par un établissement de crédit en cas de décès de l'emprunteur.

Enfin, le paragraphe 5 entend régler le sort d'un crédit affecté à une opération particulière lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation et renonce ainsi à l'opération ayant motivé la demande de crédit. Toutefois, en matière de services financiers, d'autres contrats peuvent avoir été conclus par le professionnel lui-même avec des tiers. Il est de ce fait important de préciser d'une manière plus générale que, lorsque le contrat principal est assorti d'un contrat accessoire, l'exercice du droit de rétractation par le consommateur en ce qui concerne le contrat principal doit porter des effets similaires à l'égard du contrat accessoire. Le texte serait de cette manière conforme à la dernière version de la proposition de directive communautaire sur la commercialisation à distance de services financiers. (*Voir l'article 73 paragraphe 5 du texte annexé*)

Concernant l'article 67

Conformément à l'avis du Conseil d'Etat du 2 mai 2000, le paragraphe 1 de l'article 67 devrait être rédigé dans les termes de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers. De même, la dernière phrase du paragraphe 1 est superflue.

Les articles 66 paragraphe 3 et 67 paragraphe 3 sont redondants. L'article 66 paragraphe 3 se suffit à lui-même, sans qu'il soit nécessaire de le répéter dans l'article suivant.

Il y a par ailleurs lieu d'insérer le mot „prévu“ à la première phrase du paragraphe 3 après „à payer“.

Le paragraphe 4 de cet article dispose que le consommateur doit retourner au professionnel „toute somme ou propriété“. Il semble ici plus correct de parler de „toute somme et/ou avoirs“ que le profes-

sionnel lui aura remis. Il convient en outre de préciser que le délai qui est visé en l'occurrence court à compter de la notification de la rétractation. *(Voir l'article 73 paragraphes 3 et 4 du texte annexé)*

Concernant l'article 68

Le fait de préciser, dans le paragraphe 2, que l'absence de réponse ne vaut pas consentement est inutile aux yeux de la Chambre de Commerce pour deux raisons. D'une part, la règle selon laquelle le silence ne vaut pas consentement est un principe de droit commun qu'il n'est dès lors pas utile de rappeler spécifiquement. D'autre part, le fait de préciser que le consommateur doit avoir expressément demandé le service ou le bien en question est en soi une traduction de ce principe. *(Voir l'article 61 du texte annexé)*

Concernant l'article 69

Le projet de loi No 4554 complétait cette disposition par un paragraphe 2 qui prévoyait que la charge de la preuve à établir par le professionnel pouvait être apportée par un mécanisme de certification de qualité. Ce mécanisme attesterait que les obligations dont le professionnel est redevable ont bien été respectées. Les modalités d'un tel système seraient à déterminer par voie de règlement grand-ducal. Alors que la charge de la preuve pourrait être équitablement répartie entre le professionnel et le consommateur, le fait de la faire reposer uniquement sur le professionnel peut s'avérer lourde. Le mécanisme prévu aurait pour avantage d'alléger cette charge et, par voie de conséquence, de rendre plus acceptable le fait que la preuve incombe exclusivement au professionnel. De plus, un tel système offre une sécurité accrue pour le consommateur, dans la mesure où le certificat n'est délivré qu'aux professionnels dont le sérieux a été dûment constaté. *(Voir l'article 64 du texte annexé)*

Par ailleurs, le projet de loi aurait pu prévoir de responsabiliser le professionnel en cas de non-conformité de ses pratiques commerciales avec les dispositions de la loi. *(Voir l'article 70 du texte annexé)*

Enfin, le projet de loi omet de prévoir des sanctions en cas de non-respect par le professionnel des dispositions légales. A cet égard, la directive 97/7/CE et la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers requièrent des Etats membres qu'ils „veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour faire respecter les dispositions (de la directive) dans l'intérêt des consommateurs“. Afin de se conformer au texte communautaire et d'assurer l'application effective des dispositions de la loi, et conformément à ce que requiert le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, il importe de prévoir que le consommateur pourra, dans un certain nombre d'hypothèses, demander la réparation du dommage qu'il aurait subi, réclamer le remboursement des sommes versées, ou encore demander la résolution du contrat. Il pourra en être ainsi en particulier si le professionnel a manqué à ses obligations en matière d'information et/ou de loyauté des relations commerciales. *(Voir l'article 66 du texte annexé)*

TITRE VI

De la responsabilité des prestataires intermédiaires

En ce qui concerne le régime de la **responsabilité des intermédiaires (Titre VI)**, le projet de loi reste perfectible. Le régime de responsabilité prévu par le projet de loi permet certes une exonération de la responsabilité de ces prestataires, qui est en tant que telle souhaitable, mais l'affirmation pure et simple d'une irresponsabilité tous azimuts ne respecte pas l'ordre juridique luxembourgeois dans lequel ces dispositions doivent s'insérer. Ainsi ne semble-t-il pas possible de faire l'amalgame des responsabilités pénale, contractuelle et délictuelle.

Les dispositions du projet de loi (articles 71 à 74), visant à transposer les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique, ont été copiés en l'état sans rechercher si d'autres lois en vigueur sont susceptibles de s'appliquer à ces prestataires. La recherche mérite pourtant d'être faite pour de tels prestataires dont le rôle est principalement de distribuer des informations. La question doit se poser en premier lieu pour ce qui est de la législation sur la presse qui fait supporter la responsabilité „éditoriale“ pour les délits de presse aux auteurs, coauteurs et complices. L'auteur d'une infraction de presse n'est pas automatiquement l'auteur de l'oeuvre au sens de la législation protégeant les droits d'auteurs. Peuvent être auteurs d'un délit de presse, tous ceux qui y ont contribué. L'imprimeur, l'éditeur et le distributeur ne sont mis hors cause que si le véritable auteur a été identifié. Il en découle que, sur un

réseau de communication électronique, l'hébergeur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme coauteur ou complice puisqu'ils ont contribué à rendre possible le délit. Le Conseil d'Etat français, dans son rapport „*Internet et les réseaux numériques*“ a de même considéré qu'il serait inadéquat de transposer au monde de l'Internet le régime de la responsabilité éditoriale.

En second lieu, la rédaction des dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires doit prendre en compte la législation protégeant les droits d'auteurs. Celle-ci donne à l'auteur d'une oeuvre – en ce compris des programmes informatiques – un droit de propriété incorporelle qui est protégé contre toute atteinte par la sanction frappant le délit de contrefaçon. Dans le contexte des communications par voie électronique, le serveur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme les contrefacteurs d'une oeuvre qu'ils ont aidé à reproduire et à diffuser. Ils encourent un risque civil pour la réparation du dommage causé, un risque pénal et même la confiscation de leur matériel.

Enfin, personne n'échappe aux articles 1382 et suivants du Code civil qui obligent à réparer les dommages dont on doit répondre. Là encore l'hébergeur et le fournisseur d'accès sont susceptibles d'être considérés comme ayant contribué à causer un dommage.

Ainsi, dans les situations dans lesquelles les prestataires ne sont que des intermédiaires techniques, il convient de limiter leur responsabilité de sorte à éviter qu'à défaut de pouvoir localiser ou appréhender l'auteur d'un dommage, les intermédiaires chargés de la transmission sur ou de l'accès à un réseau de communication du type Internet ne soient systématiquement pris à partie. (*Voir l'article 77 du texte annexé*) Ils ne deviennent pas totalement irresponsables pour autant. Le cadre de l'exonération de responsabilité doit être étroitement défini. (*Voir l'article 78 du texte annexé*) Même dans ce cadre, ils restent soumis aux obligations qu'ils ont conventionnellement accepté de prendre. Ainsi la responsabilité contractuelle de quelqu'un qui s'est engagé à fournir certaines informations peut-elle rester entière.

Parallèlement, il convient de réfléchir à l'application à ces prestataires des règles relatives au secret des communications, plus couramment connues en droit luxembourgeois sous la terminologie utilisée par l'article 28 de la Constitution qui traite de l'inviolabilité du secret des lettres. La terminologie restrictive des textes d'origine luxembourgeoise fait craindre que le principe pourrait être limité au courrier postal. Il paraît utile de clairement appliquer le principe du secret des communications aux services de communication à travers un réseau tel qu'Internet. Interdire de façon non équivoque aux prestataires de services intermédiaires de violer le secret des communications revient aussi à les dégager de toute obligation de surveillance systématique des messages par voie électronique ce qui les dégage dès lors de toute responsabilité quant au contenu. (*Voir l'article 76 du texte annexé*)

Cette solution est d'ailleurs conforme à la directive communautaire relative aux aspects juridiques du commerce électronique qui prescrit qu'aucune obligation générale de surveillance ne doit être exigée des prestataires intermédiaires. Dès lors que le principe d'une absence d'obligation générale de surveillance est admis, les Etats membres ne peuvent imposer aux prestataires quelque obligation que ce soit en terme de recherche active d'activités illicites qui s'imposerait à tous les prestataires vis-à-vis de l'ensemble des informations qui ne font que „transiter“ par eux. Néanmoins, les autorités judiciaires, dans le cadre de leur mission légale, peuvent toujours demander aux prestataires intermédiaires de procéder à une surveillance spécifique et de les informer. C'est ce que requiert la directive, qui précise dans son exposé des motifs que l'interdiction d'imposer une obligation de surveillance ne concerne pas les obligations applicables à un cas spécifique.

Par contre, une obligation de détecter des contenus illégaux ne saurait être imposée de manière générale sur tous les sites Web, même si cette obligation était limitée à certains types d'activités illicites, sous peine de voir notre législation déclarée non conforme au droit communautaire. Il est d'ailleurs impossible en pratique d'imposer aux fournisseurs d'hébergement une obligation de détecter certains contenus illégaux dans tous les sites, dans la mesure où le contenu de ceux-ci peut à tout moment être modifié, non seulement par la personne qui est à l'origine de l'information, mais également par toute personne en particulier dans le cadre des forums de discussion. Une telle obligation reviendrait à imposer une obligation de surveillance permanente de la totalité des informations qui transitent par le prestataire.

A l'instar de ce que le Conseil d'Etat français a exposé dans son rapport „*Internet et les réseaux numériques*“, il conviendrait d'exclure la responsabilité des contenus que les prestataires n'ont pas conçus et qu'ils se limitent à héberger. Le Conseil d'Etat français précise toutefois qu'il doit peser sur le fournisseur d'accès un devoir de vigilance sur les contenus qu'il lui est proposé de mettre en ligne, ce que la plupart des professionnels ne contestent pas.

L'absence d'obligation de surveillance ne dispense alors pas les prestataires d'agir avec diligence dès lors qu'ils ont connaissance d'une activité illicite. Ainsi que le préconise le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, le prestataire qui a connaissance d'une activité illicite mais n'a pas agi pour retirer les informations concernées ou pour rendre l'accès à celles-ci impossible, encourt en tout état de cause une responsabilité pénale. (*Voir l'article 78 paragraphe 3*)

En pratique donc, un intermédiaire ne pourra pas impunément héberger un site dont l'objet et le contenu sont manifestement racistes. Par contre, il n'a pas à rechercher sur l'ensemble des sites qu'il héberge des informations particulières dont il juge qu'elles contreviennent à la législation sur le racisme dans le but d'y exercer sa censure.

Finalement, la Chambre de Commerce propose d'employer des termes français au lieu des anglicismes „mere conduit“ et „caching“.

TITRE VII

Des paiements électroniques

Un dernier titre du projet de loi est consacré aux paiements électroniques. Dans le but de promouvoir le commerce électronique, il paraît certes opportun d'envisager des mesures tendant notamment à protéger les utilisateurs de moyens de paiements électroniques contre une utilisation frauduleuse de ceux-ci. A cet effet, la Commission a émis le 30 juillet 1997 une recommandation qui a servi de base aux dispositions qui figurent dans le projet de loi. Toutefois, le champ d'application du texte communautaire dépasse largement le cadre du commerce électronique dans la mesure où les règles proposées ont vocation à s'appliquer à tout type de transaction, dès lors que le mode de paiement utilisé fait appel à une technique électronique. Il est à remarquer que cette technique s'est généralisée pour les achats qui sont effectués sur le lieu même d'un commerce. Or ceci ressort du commerce traditionnel et non du commerce électronique. C'est la raison pour laquelle il est difficile de percevoir pourquoi des dispositions d'une portée aussi générale devraient être contenues dans une loi spéciale. Il en est ainsi des dispositions des articles 76, 77 et 78. Il conviendrait donc de traiter de ces questions dans un texte de portée plus générale que le projet de loi sous avis.

L'article 79, relatif aux risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique, pourrait néanmoins être maintenu dans le projet de loi afin de sécuriser les échanges, ainsi que de se conformer à la directive 97/7/CE qui requiert que les Etats adoptent des mesures en ce domaine. Il est toutefois à préciser que la référence à un „instrument rechargeable“ est superflue dans la mesure où cette notion est incluse dans celle d'„instrument de paiement électronique“. A cet égard, ce dernier terme est préféré à celui d'„instrument de transfert électronique de fonds“, le premier terme permettant d'évoquer la notion de „paiement“ et se conformant aux termes de la directive 97/7/CE. (*Voir l'article 74 du texte annexé*)

Par ailleurs, il conviendrait d'offrir la possibilité d'effectuer des paiements de manière anonyme. La présence d'une disposition en ce sens dans la loi tendrait à renforcer le droit à l'anonymat des consommateurs. Cette possibilité devrait être limitée à l'achat de biens ou de services d'un montant maximal afin d'éviter qu'une telle disposition ne puisse être détournée au profit d'opérations de blanchiment. La Chambre de Commerce est sensible aux efforts de lutte contre le blanchiment mais elle est toutefois d'avis que ne devrait pas être interdit en matière de commerce électronique ce qui est permis à tout un chacun dans le cadre de ses achats journaliers. (*Voir l'article 75 du texte annexé*)

TITRE VIII

Dispositions finales

En ce qui concerne les **Dispositions finales**, l'article 81 prévoit le recrutement de deux agents de l'Etat „pour les besoins de l'Autorité d'Accréditation et de Surveillance“. La Chambre de Commerce se permet de rendre attentif à ne pas sous-estimer les besoins en personnel extrêmement spécialisé que requerront les tâches d'un tel organe.

Il est par ailleurs à noter que la référence au budget pour l'exercice 1999 sera à modifier par une référence au budget de l'exercice 2000.

La Chambre de Commerce propose de remplacer le terme d'„utilisateurs“ dans l'article 82 par celui, plus approprié, de „représentants“.

En raison de l'ampleur des modifications suggérées, la Chambre de Commerce, comme elle l'a déjà annoncé, joint au présent avis une proposition de texte tenant compte de ses remarques. La Chambre de Commerce, après consultation de ses ressortissants, ne peut marquer son accord au projet de loi sous rubrique que dans la mesure où il sera tenu compte de ses propositions.

*

PROPOSITION ALTERNATIVE DE LOI DE LA CHAMBRE DE COMMERCE avec commentaire des articles intégré

Plan

TITRE I	Dispositions générales
Article 1	Définitions
Article 2	De l'usage de la cryptographie
Article 3	Du droit à l'anonymat
Article 4	De l'accès à la profession
Article 5	De l'obligation d'information des utilisateurs
TITRE II	De la preuve et de la signature électronique
Chapitre I.	<i>De la preuve littérale</i>
Chapitre II.	<i>Des services de certification</i>
<i>Section 1.</i>	<i>Définitions et principes généraux</i>
Article 17	Définitions
Article 18	Des effets juridiques de la signature électronique
<i>Section 2.</i>	<i>Des prestataires de service de certification</i>
<i>Sous-Section 1.</i>	<i>Des missions et obligations des prestataires de service de certification</i>
Article 19	De l'obligation d'information
Article 20	De la garantie de fiabilité technique et de sécurité
Article 21	De l'acceptation des certificats
Article 22	De l'obligation de secret professionnel
Article 23	De la protection des données à caractère personnel
<i>Sous-Section 2.</i>	<i>De la révocation des certificats</i>
Article 24	De la révocation des certificats
<i>Sous-Section 3.</i>	<i>De la responsabilité des prestataires de service de certification</i>
Article 25	De la responsabilité des prestataires de service de certification
<i>Section 3.</i>	<i>La surveillance</i>
Article 26	L'autorité compétente
Article 27	La finalité de la surveillance
Article 28	Les moyens de la surveillance
Article 29	Les tableaux officiels
Article 30	Des modalités du contrôle

<i>Section 4.</i>	<i>Les relations entre l'autorité nationale de surveillance et les réviseurs d'entreprises</i>
Article 31	De la nécessité d'un agrément
Article 32	De l'agrément
Article 33	Des conditions d'octroi de l'agrément
Article 34	Le devoir d'information des réviseurs d'entreprises
<i>Section 5.</i>	<i>Des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés</i>
<i>Sous-section 1.</i>	<i>Des obligations des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés</i>
Article 35	De l'obligation de se soumettre à un contrôle
Article 36	Des exigences requises pour l'émission d'un certificat qualifié
Article 37	De l'obligation de délivrance
Article 38	De l'obligation de vérification
Article 39	De la génération des données afférentes à la création et à la vérification de signature par le prestataire de service de certification
<i>Sous-Section 2.</i>	<i>De l'arrêt des activités</i>
Article 40	De l'arrêt des activités
<i>Section 6.</i>	<i>Des certificats qualifiés</i>
Article 41	Du contenu des certificats qualifiés
<i>Section 7.</i>	<i>Des dispositifs sécurisés de création de signature</i>
Article 42	Des dispositifs sécurisés de création de signature
<i>Section 8.</i>	<i>Des obligations des titulaires de certificat</i>
Article 43	Des obligations des titulaires de certificat
<i>Section 9.</i>	<i>Des certificats délivrés par un prestataire de service de certification étranger</i>
Article 44	De la reconnaissance des certificats communautaires
Article 45	De la reconnaissance des certificats de pays tiers
<i>Section 10.</i>	<i>Des sanctions pénales</i>
Article 46	Des sanctions pénales
<i>Section 11.</i>	<i>Du recommandé électronique</i>
Article 47	Du recommandé électronique
Chapitre III.	Dispositions pénales
<i>Section 1.</i>	<i>Des sanctions pénales</i>
<i>Section 2.</i>	<i>De l'instruction</i>
TITRE III	Des contrats conclus par voie électronique
Chapitre I.	Dispositions communes
Article 58	Définitions
Article 59	Champ d'application

Article 60	Des communications commerciales
Article 61	De la fourniture non demandée
Article 62	De la récapitulation de la transaction
Article 63	Du moment et du lieu de la conclusion du contrat
Article 64	De la charge de la preuve
Article 65	Des contrats conclus par simple courrier électronique
Article 66	Des sanctions
Chapitre II.	<i>Des contrats conclus par voie électronique autres que ceux portant sur des services financiers</i>
Article 67	Des informations préalables au consommateur
Article 68	De la confirmation des informations
Article 69	Du droit de rétractation
Article 70	Des pratiques non conformes
Chapitre III.	<i>Des contrats portant sur des services financiers conclus par voie électronique</i>
Article 71	Champ d'application
Article 72	Des informations préalables au consommateur
Article 73	Du droit de rétractation après la conclusion du contrat
TITRE IV	Des paiements électroniques
Article 74	Des risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique
Article 75	Des paiements anonymes
TITRE V	De la responsabilité des prestataires intermédiaires
Article 76	Du secret des communications et de l'absence d'obligation de surveillance
Article 77	De l'exonération de responsabilité
Article 78	Des services visés aux articles 76 et 77

*

TITRE I

DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1.– Définitions

1. Au sens de la présente loi, on entend par:

„*Commerce électronique*“, toute utilisation d'une technique de communication électronique, pour le commerce de produits et de services, à l'exclusion des contrats conclus par le biais d'une communication téléphonique orale ou d'une télécopie;

„*Technique de communication électronique*“, tout moyen électronique qui, sans présence physique simultanée des parties, peut être utilisé pour la conclusion du contrat;

„*Opérateur de technique de communication électronique*“, toute personne physique ou morale, publique ou privée, dont l'activité professionnelle consiste à mettre à la disposition des fournisseurs une ou plusieurs techniques de communication électronique;

„*Services électroniques*“, tout service à distance fourni par voie électronique à la demande individuelle d'un utilisateur.

Cette définition est reprise de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, qui elle-même reprend la définition des „services de la société de l'information“ de la directive 98/34/CE.

L'expression „services électroniques“ est employée à dessein plutôt que celle de service de commerce électronique, notion utilisée dans le chapitre protection des consommateurs et plus étroite. Sont visées ainsi également des services tels par exemple des services proposés par l'administration ou par des écoles.

Des définitions spécifiques sont proposées dans les titres consacrés à la signature électronique et aux contrats conclus par voie électronique.

„Utilisateur“, toute personne physique ou morale, publique ou privée ou groupement de fait utilisant des services électroniques;

„Support durable“ tout instrument permettant à une personne, professionnel ou consommateur, de prendre connaissance d'informations qui lui sont adressées, de les conserver de sorte à pouvoir s'y référer ultérieurement et de les reproduire sans qu'aucune modification ne soit possible.

L'apparition de la notion juridique de „support durable“ est étroitement liée à l'avènement des nouvelles techniques de communication et de la société de l'information. Nombreux sont les textes communautaires qui utilisent désormais ce concept en vue de reconnaître la validité de nouvelles formes de communication susceptibles de remplacer l'écrit traditionnel. Ces nouvelles formes de communication peuvent valablement se substituer à un écrit pourvu que l'instrument utilisé présente des garanties de fiabilité suffisantes, et que son destinataire puisse prendre connaissance sans difficulté des informations ainsi diffusées.

La directive 97/7 fait référence à la notion de support durable, mais n'en fournit aucune définition. A la lecture de ce texte, il apparaît cependant que le consommateur doit être en mesure non seulement d'accéder à des données fiables, mais aussi de les conserver sans que les informations délivrées puissent être altérées.

La proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers à distance auprès des consommateurs définit en revanche le support durable; sont notamment des supports durables les disquettes informatiques, les CD-ROM, ainsi que le disque dur de l'ordinateur du consommateur stockant des courriers électroniques (art. 2 f). Par ailleurs, la proposition de directive insiste sur le fait que les données stockées sur support durable doivent être accessibles, c'est-à-dire que leur destinataire doit être en mesure d'en prendre connaissance aisément et de les conserver.

2. Les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice d'autres lois relatives à la protection des données personnelles et à la protection des consommateurs.

Ce paragraphe 2 vise à préciser que cette loi est d'application horizontale. Il en résulte que la législation relative à la protection des données personnelles issue de la transposition des directives 95/46/CE et 97/66/CE s'appliquera au commerce électronique. Il est pris note que le Gouvernement entend traiter de la protection des données personnelles dans une loi particulière. C'est d'ailleurs ce que demande instamment le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000.

Il en est de même pour les dispositions protectrices du consommateur dans la législation relative aux ventes à distance qui transpose la directive 97/7/CE et la future directive ventes à distance de services financiers) et dans toute autre législation protectrice des consommateurs (législation à venir sur les prix).

Art. 2.– De l'usage de la cryptographie

L'usage des techniques de cryptographie est libre.

Pour promouvoir le commerce électronique, cet article souligne le principe de liberté quant à l'application de la cryptographie aux fins du commerce électronique, contrairement à d'autres pays où l'utilisation de la cryptographie est interdite ou restreinte.

Art. 3.– Du droit à l'anonymat

L'utilisateur de techniques de communication électronique a droit à l'anonymat.

Cet article se place dans le contexte de la protection de la vie privée qui est une idée maîtresse du projet. Son idée exprime un principe général qui se trouve traduit par plusieurs règles spécifiques comme la validité d'une signature sous pseudonyme, la libre utilisation des techniques de cryptographie ou le droit à faire certains paiements de façon anonyme. Il s'agit de contrecarrer l'identification tous azimuts des personnes et la traçabilité de tous les actes de l'individu, même les plus anodins. En fait ce principe est aujourd'hui un principe de droit commun, puisque les actes quotidiens et toutes les transactions en monnaie fiduciaire se font sans identification. L'utilisation des moyens électroniques ne doit pas sournoisement enlever à l'individu cette liberté simple, mais importante qui réduit fortement le risque pour les personnes de se voir dresser à leur insu un profil de consommation ou même un profil de leurs activités et de leurs intérêts.

Art. 4.– De l'accès à la profession

Sans préjudice des dispositions notamment de la loi d'établissement, l'accès à l'activité de prestataire de services électroniques ne fait, en tant que telle, pas l'objet d'une autorisation préalable.

L'objectif de cet article est de favoriser le développement des activités de prestation de services sur Internet. La disposition s'explique par la volonté du Luxembourg de ne pas ajouter aux dispositions déjà existantes pour certaines professions des contraintes réglementaires pour l'utilisation des nouvelles potentialités des autoroutes de l'information pour l'offre de services électroniques. En d'autres termes, conformément aux dispositions de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, il s'agit de poser le principe général suivant lequel la mise sur site d'activités commerciales ne fait l'objet d'autres réglementations que celles déjà existantes et non spécifiques à la société de l'information.

En outre, il va de soi que la disposition ne porte pas préjudice à l'application de la loi luxembourgeoise de 1988 sur l'accès à la profession et des régimes de notification ou de licence prises en application de la directive 97/13/CE du 15 décembre 1997. En d'autres termes, le commerçant qui souhaite offrir ses services via Internet devra satisfaire aux conditions éventuellement imposées sur base de la loi d'accès à la profession de 1988 mais ne pourra se voir imposer des obligations supplémentaires du fait de l'utilisation Internet pour l'exploitation de ses services.

Art. 5.– De l'obligation d'information des utilisateurs

Le prestataire de services électroniques permet aux utilisateurs et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes:

- a) son nom, son adresse et les coordonnées permettant de le contacter, y compris par voie électronique,
- b) le cas échéant, son titre professionnel, les références de l'ordre professionnel auquel il adhère, ainsi que des règles professionnelles qui lui sont applicables, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, son numéro d'identification à la TVA, l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité, l'activité couverte par cette autorisation ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation.

L'idée est reprise de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur. Elle ne fait pas double emploi avec les dispositions reprises dans le chapitre sur la conclusion des contrats à distance dans la mesure où elle vise tous les sites web même si l'installation de ces sites ne conduit pas à des propositions transactionnelles par voie électronique. Elle permet à l'internaute et à l'administration de connaître qui se cache derrière un site web.

*

TITRE II

DE LA PREUVE ET DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

Chapitre I. De la preuve littérale

Art. 6.– Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-1 ainsi rédigé:

„La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui auquel il est opposé et manifeste son adhésion au contenu de l'acte.

Elle peut être manuscrite ou électronique.

La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa premier du présent article.“

La doctrine française et belge, aussi bien que les études menées dans ces deux pays en vue de l'adaptation de leur législation aux besoins de la société de l'information sont unanimes à reconnaître que l'admission de nouvelles formes de signatures à côté de la signature manuscrite passe par une définition de la „signature“.

Le projet s'inspire directement de ces travaux afin que le régime probatoire luxembourgeois reste, sur cette question fondamentale, en concordance étroite avec celui en vigueur en France et en Belgique.

N'ayant fait l'objet que de retouches mineures depuis 1804, les dispositions consacrées par les codes civils luxembourgeois, français et belge à la preuve des actes juridiques (chapitre VI du titre III du Livre troisième du Code civil) demeurent aujourd'hui, pour l'essentiel, identiques. Le juriste luxembourgeois y

trouve l'immense avantage de pouvoir se référer non seulement à la jurisprudence abondante des tribunaux français et belges, mais aussi aux travaux et opinions de la doctrine universitaire de ces deux pays.

L'approche préconisée ici consiste dès lors à s'inspirer des solutions qui se dessinent actuellement sur ce point en France et en Belgique.

Outre le fait qu'il est prévu dans les deux pays d'introduire une définition de la signature sous l'article 1322 du Code civil, un consensus s'y est formé qu'il ne convient de lier cette définition ni au mode d'expression de la signature, ni à son support mais que celle-ci doit être caractérisée à travers ses deux fonctions essentielles: l'identification du signataire et son adhésion au contenu de l'acte. Mise en évidence depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence, la double fonction d'identification et de validation de l'acte apparaît, en effet, comme la qualité indispensable de toute signature.

L'absence de toute référence aux possibles formes que celle-ci peut revêtir permet d'ouvrir le concept au procédés d'authentification les plus divers offerts par les nouvelles technologies (signatures digitales, biométriques ...). Elle évite aussi l'imprécision et partant l'insécurité inhérentes à toute définition matérielle de la signature, telle qu'elle avait été envisagée lors de la réforme de 1986.

Le deuxième alinéa de l'article lève toute hésitation sur l'admissibilité de la signature électronique. En ce qui concerne cette dernière, le texte entend cependant répondre à un risque lié spécifiquement à sa dématérialisation, celui de voir l'acte auquel elle se rapporte modifié en dehors de tout consentement du signataire. Ainsi, la signature électronique n'est reconnue que si elle remplit la condition supplémentaire d'être liée de façon indissociable à l'acte et d'en garantir l'intégrité.

A travers ces précisions, l'article proposé répond aux exigences posées par la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. La directive prévoit, en effet, qu'une signature électronique dite avancée (art. 2-2), doit permettre d'identifier le signataire et être liée uniquement à un signataire – ce qui n'est, pour l'essentiel, qu'une condition impliquée par la précédente – qu'elle doit être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée – condition directement reprise dans la définition proposée – et, enfin, qu'elle soit créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif – condition dont il est rendu compte à propos des modalités de reconnaissance des signatures électroniques (Cf. infra article 18).

La directive comporte, par ailleurs, une définition moins contraignante de signature électronique ordinaire (art. 2-1) envisagée comme „une donnée sous forme numérique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification". Outre la référence à la sécurité du dispositif de création de la signature qui, pour la signature dite avancée doit demeurer sous le contrôle exclusif du signataire, les deux types de signatures se distinguent essentiellement par le fait que la signature ordinaire est conçue comme une méthode d'authentification sans devoir satisfaire, en tant que telle, à la fonction d'identification du signataire. La distinction paraît pour le moins subtile et difficilement compatible avec notre conception traditionnelle de la signature qui, en tout état de cause, suppose que celle-ci puisse identifier le signataire. Elle ne semble, par ailleurs, pas indispensable dans la mesure où la directive ne lui attache, en définitive, que des effets limités au niveau des modalités de reconnaissance des signatures électroniques (article 5 du projet). Aussi convient-il de ne pas l'intégrer telle quelle à ce stade mais de prévoir la différenciation nécessaire à propos des modes de reconnaissance (article 18 du projet). L'esprit autant que la lettre de la directive sont à cet égard parfaitement respectés.

Observons enfin que la définition retenue de la signature électronique ne paraît pas impliquer de modification des articles 1323 et 1324 du Code civil alors que certaines retouches aux articles 289 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile (anciens articles 193 et s.) semblent utiles.

Art. 7.– Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-2 ainsi rédigé:

„L'acte sous seing privé électronique vaut comme original lorsqu'il présente des garanties fiables quant au maintien de son intégrité à compter du moment où il a été créé pour la première fois sous sa forme définitive.“

-a) Nouvelle conception de l'originalité

L'article 1322-2 concerne la notion d'original. Celle-ci reçoit une description fonctionnelle. Classiquement, la distinction original-copie s'appuie sur une différenciation relative à la nature du support. A cette différenciation correspond un traitement juridique différent. L'information contenue sur le support original se voit reconnaître une force probante supérieure à celle apparaissant sur la copie.

L'avènement de l'informatique remet en question la notion même de support, du moins de support matériel. Il n'en reste pas moins que la notion d'originalité d'un document reste primordiale. Cette originalité ne se ramène pas, comme par le passé, à une absence de modification du support, mais cette originalité découle de ce que l'intégrité d'une information puisse être établie de son origine à nos jours.

L'article 8 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique préconise cette approche en disposant qu'il est satisfait à l'exigence de forme originale s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information, à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme

définitive en tant que message de données ou autre. De la sorte on adopte une vue élargie de l'originalité (par opposition à une vision qui ramenait la question de l'originalité à la nature du support). Cette approche permet de rendre compte de ce que la technique informatique autorise la reproduction d'un document tout en assurant l'originalité de l'information contenue. Tel est le cas par exemple pour la technique de signature digitale qui permet de figer le document et d'assurer ainsi son intégrité.

En dehors de l'hypothèse du maintien de l'originalité du document électronique par la maîtrise et la garantie de l'intégrité du document, on aurait uniquement à faire à des copies, reproductions auxquelles l'article 1334 actuel associe une moindre force probante. La copie rend compte d'un document original mais sans que l'intégrité de l'information originale puisse être contrôlée. Si toutefois ces copies ont été effectuées dans le respect des conditions fixées par le règlement grand-ducal de 1986, alors une force probante égale à celle de l'original peut leur être reconnue.

-b) Nouvelle problématique posée par l'archivage d'un document électronique signé numériquement

Un problème nouveau apparaît en ce qui concerne l'archivage d'un document électronique signé numériquement. En effet, la paire de clés utilisée pour signer un document par la technique du cryptage et le certificat émis par un prestataire de service de certification (Cf. infra chapitre II relatif aux services de certification) n'a qu'une „durée de vie“ limitée. Après une certaine période, on considère que cette paire de clés n'a plus un niveau de sécurité suffisant car le risque de découvrir la clé privée au départ de la clé publique augmente. L'utilisateur devra donc recréer une nouvelle paire de clés et un nouveau certificat pour signer les messages antérieurs et les nouveaux messages. Dès lors que l'on signe à nouveau un message antérieurement signé, il est indispensable que celui-ci garde la même valeur juridique que le message initialement signé. Cela ne semble pas poser de problème s'il s'agit des mêmes parties qui signent une nouvelle fois. Mais on peut également imaginer que les parties confient à un tiers de confiance (un prestataire de service de certification ou une autre entité) la tâche de signer lui-même le document tout en maintenant à celui-ci une valeur identique. C'est le problème de l'archivage électronique, qui dépasse certainement notre propos, mais mériterait qu'on s'y intéresse par la suite.

Art. 8.– L'article 292 du Nouveau Code de procédure civile est modifié comme suit:

A l'article 292 du N.C.P.C. les mots „signée et paraphée“ sont remplacés par „signée et, le cas échéant, paraphée“.

A l'article 294, le mot „paraphée“ est remplacé par le mot „signée“.

A l'article 308, le mot „paraphée“ est remplacé par le mot „signée“.

Modifications suggérées aux dispositions du N.C.P.C. relatives à la procédure de vérification des écritures:

A la lecture des articles 289 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile (anciens articles 193 et s. du Code de procédure civile), il semble que la procédure telle qu'elle est décrite peut s'appliquer, sans difficulté, à la signature électronique, sous réserve de quelques légères modifications.

A l'article 291, le terme „vérification“ peut rester. En effet, on peut vérifier tant une signature manuscrite qu'électronique, l'idée étant de vérifier si la signature émane ou pas de la personne qui la dénie. Sans doute, la vérification s'opérera de manière différente de celle utilisée pour la signature manuscrite. Le juge se référera non à un graphologue mais à un spécialiste en cryptographie ou à un audit de sécurité pour mesurer notamment la robustesse des clés ou détecter des manipulations informatiques.

A l'article 292, les mots „pièce à vérifier“ ne doivent pas être modifiés. La pièce peut viser à la fois un document papier signé de manière manuscrite et un document électronique signé électroniquement (un fichier qui peut être stocké sur une disquette par exemple).

En revanche, les mots „signée et paraphée“ posent problème. Le verbe „signer“ peut être interprété largement, surtout avec la nouvelle définition de la signature, et viser tant la signature manuscrite que la signature électronique. Par contre, le paraphe s'envisage plus dans l'environnement papier. Il a essentiellement pour vocation d'être apposé sur toutes les pages (papier) dans le but d'assurer l'intégrité du document sans contraindre le signataire à signer chacune de ces pages, la signature n'étant apposée que sur la dernière page. Dans l'environnement électronique, ce paraphe n'est pas nécessaire puisque la fonction d'intégrité est assurée par la signature électronique elle-même, qui porte par définition sur tout le document. Aussi est-il proposé d'ajouter les mots suivants en italique „signée et, le cas échéant, paraphée ...“.

Aux articles 296, 297 et 298, les mots „pièces de comparaison“ peuvent rester. La pièce de comparaison peut être un document signé de manière manuscrite mais aussi un document signé électroniquement.

A l'article 302, les mots „corps d'écritures“ peuvent s'interpréter largement. On peut défendre qu'il s'agit de tous les éléments jugés utiles par les experts pour effectuer leur travail de vérification, éléments qui peuvent varier suivant que l'on est dans l'environnement papier ou électronique.

Art. 9.– L'article 1325 du Code civil est complété par l'alinéa suivant:

„Le présent article ne s'applique pas aux actes sous seing privé revêtus d'une signature électronique.“

Par nature, les actes sous seing privé électronique peuvent être établis et conservés en plusieurs exemplaires originaux. Il a donc paru utile d'écarter à leur propos l'obligation de les dresser en un nombre d'exemplaires déterminé et surtout celle de devoir indiquer sur chacun d'eux le nombre exact d'originaux.

Art. 10.– L'article 1326 du Code civil est modifié comme suit:

„L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Cette mention doit être écrite par lui-même; si elle est indiquée également en chiffres, en cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.“

Afin de permettre qu'un engagement unilatéral puisse être pris tant sous forme papier que sous forme électronique, il convient de supprimer l'exigence de la formalité de la mention manuscrite. Il est ici proposé de substituer aux mots „de sa main“ les mots „par lui-même“. Cette modification se base sur le projet de loi français et présente de ce fait l'utilité d'une interprétation à l'identique dans les deux pays.

Par ailleurs, suivant une recommandation faite par la Cour Supérieure de Justice dans son avis du 5 juillet 1985, une légère correction est proposée dans la rédaction de l'article 1326 pour faire apparaître, sans ambiguïté, que la partie de phrase „en toutes lettres“ se rapporte non seulement à la quantité mais aussi à la somme.

Art. 11.– A la section première du Chapitre VI du Titre III du Livre III du Code civil, l'intitulé du Paragraphe III est remplacé par l'intitulé suivant: „Des copies des actes sous seing privé.“

Le paragraphe III, déjà abrogé depuis la loi du 22 décembre 1986, est destiné à contenir deux articles nouveaux. Le premier est relatif à la valeur des copies, lorsque le titre original subsiste (nouvel article 1333 reprenant le contenu de l'article 1334 actuel); le second a trait à la valeur des copies lorsque le titre original n'existe plus (nouvel article 1334 reprenant le contenu de l'article 1348, alinéa 2 actuel).

Le nouveau paragraphe ne contient aucune disposition novatrice, mais, de par son contenu, permet de traiter de la problématique des copies de façon plus systématique. En effet, l'article 1348, alinéa 2 traitant de la valeur des copies lorsque l'original n'existe plus, a davantage sa raison d'être sous la section 1 consacrée à la preuve littérale, et plus spécifiquement sous un paragraphe consacré aux copies, que sous la section 2 relative à la preuve testimoniale. Par ailleurs, mieux vaut traiter de la problématique des copies par le biais de principes généraux plutôt que par le biais d'exceptions (tel que c'est actuellement le cas pour l'article 1348, alinéa 2).

Art. 12.– L'Article 1333 du Code civil est réintroduit avec le libellé suivant: „Les copies, lorsque l'acte original ou un acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu à cet acte, dont la représentation peut toujours être exigée.“

Le nouvel article 1333 du Code civil reprend les termes de l'article 1334 actuel du Code civil. Celui-ci prévoit que „les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée“.

De par sa situation dans le Code civil (sous le paragraphe consacré aux copies d'actes sous seing privé), il ne peut être contesté que cette disposition concerne uniquement les actes sous seing privé.

Une modification, sous forme de rajout, a cependant été apportée à cette disposition, afin de l'étendre expressément aux actes faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2.

Art. 13.– L'article 1334 du Code civil est inséré au paragraphe III et est remplacé par la disposition suivante: „Lorsque l'acte original ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 n'existe plus, les copies effectuées à partir de celui-ci, sous la responsabilité de la personne qui en a la garde, ont la même valeur probante que les écrits sous seing privé dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal.“

Le contenu de l'article 1334 actuel est repris à l'article 1333. Il est remplacé par celui de l'article 1348, alinéa 2 actuel, relatif aux copies d'actes sous seing privé avec destruction de l'original.

Cette disposition doit en effet trouver sa place parmi celles consacrées aux copies plutôt que comme une exception au principe de l'article 1341 du Code civil.

Cette disposition complète la précédente. Elle est relative aux copies qui ont été réalisées selon les conditions fixées par règlement grand-ducal et dont l'original n'existe plus.

Le contenu de l'article 1348, alinéa 2 a été légèrement remanié. Il ne traite plus seulement des reproductions micrographiques et des enregistrements informatiques, mais bien des copies en général. Une telle modification est justifiée pour les raisons suivantes:

- il est préférable de ne pas faire état dans le Code civil de techniques spécifiques qui risquent de devenir rapidement obsolètes.*
- l'article 1334 deviendrait ainsi le pendant de l'article 1333: tous deux seraient relatifs aux copies, l'un avec destruction de l'original, l'autre avec conservation de l'original.*
- un tel amendement ne fait pas obstacle à l'application du règlement grand-ducal existant (s'il est préférable de ne pas parler de techniques particulières dans le Code civil, rien n'empêche d'en faire état dans un règlement).*
- enfin, il fait écho au fait que ce sont les copies qui doivent être réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie (et non les originaux qui doivent être détruits dans le cadre d'une telle méthode).*

Il conviendrait de modifier le règlement grand-ducal pris en application de l'article 1348, alinéa 2 actuel. L'article 1 devrait faire écho à la modification du Code civil.

** article 1, a) Les copies visées à l'article 1334 du Code civil ...*

** „... est réputée durable toute reproduction indélébile du document original et tout enregistrement qui entraîne une modification irréversible du support“ pour qu'ainsi cette phrase n'entre pas en contradiction avec l'approche fonctionnelle de la notion d'original (voir article 7 du présent projet de loi). En parlant de „document original“, c'est bien le premier support que l'on vise.*

Art. 14.– A la section première du Chapitre VI du Titre III du Livre III du Code civil, l'intitulé du Paragraphe IV est remplacé par l'intitulé suivant: „Des copies des actes authentiques“

L'intitulé du paragraphe IV de la section première du Chapitre VI du Code civil est modifié de façon à rendre compte du fait qu'il ne traite que des copies d'actes authentiques. L'objectif de cette modification est d'éviter que l'article 1335 du Code civil ne soit vidé de son sens du fait qu'une signification fonctionnelle est donnée à la notion d'original (voir article 7 du présent projet). Les termes „original“ et „titre original“ au sens de l'article 1335 du Code civil se réfèrent à l'acte authentique d'origine, c'est-à-dire à la fixation sur un premier support. Toute reproduction ultérieure sur un autre support de cet acte authentique est considérée comme une copie.

Art. 15.– A l'article 1335 du Code civil sont apportées les modifications suivantes:

- 1°) les mots „Lorsque le titre original n'existe plus“ sont remplacés par les mots „lorsque l'acte authentique d'origine n'existe plus“;
- 2°) dans le 1°, les mots „l'original“ sont remplacés par les mots „d'acte authentique d'origine“;
- 3°) dans le 2°, les mots „l'original“ sont remplacés par les mots „d'acte authentique d'origine“;
- 4°) l'alinéa suivant est inséré après l'alinéa premier: „Les copies, lorsque l'acte authentique d'origine subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu à l'acte authentique d'origine, dont la représentation peut toujours être exigée.“

Cet article fait écho aux soucis exprimés à l'article 14 du présent texte. Il s'agit surtout de limiter la portée de l'article 1335 aux seuls actes authentiques.

Art. 16.– L'Article 1348, alinéa 2 du Code civil est supprimé.

Puisque son contenu est repris par le présent projet de loi à l'article 1334 du Code civil, il convient de supprimer l'alinéa 2 de l'article 1348 du Code civil.

Chapitre II. Des services de certification

Section 1. Définitions et principes généraux

Art. 17.– Définitions

Aux fins de la présente loi on entend par:

„Signataire“, toute personne, physique ou morale, qui crée une signature électronique.

La notion de signataire a été définie dans le but de préciser qu'une signature peut émaner tant d'une personne physique que d'une personne morale, même si bien entendu dans le second cas, celle-ci agit nécessairement par l'intermédiaire d'une personne physique habilitée à l'engager. Dès lors, les conséquences juridiques attachées à la signature sont identiques, que la signature émane d'une personne physique ou morale.

„Données afférentes à la création de signature“, des données uniques, telles que des codes ou des clés cryptographiques privées ou toutes autres données utilisées par le signataire pour créer une signature électronique.

„Données afférentes à la vérification de signature“, des données telles que des codes ou des clés cryptographiques publiques ou toutes autres données utilisées pour vérifier la signature électronique.

„Dispositif de création de signature“, un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature.

„Dispositif sécurisé de création de signature“, un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences fixées par règlement grand-ducal.

„Dispositif de vérification de signature“, un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la vérification de signature.

Les concepts de „dispositif de création de signature“, de „dispositif sécurisé de création de signature“ de „dispositif de vérification de signature“, de „données afférentes à la création de signature“ et de „données afférentes à la vérification de signature“ sont directement empruntés à la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Bien qu'à l'heure actuelle seule la technologie de la cryptographie asymétrique paraît satisfaire aux conditions posées par le texte, le recours aux concepts susvisés permettra, le cas échéant, l'emploi d'autres technologies ne reposant pas nécessairement sur l'utilisation de clés, mais répondant aux conditions de la définition.

Les codes ou clés utilisés par le signataire sont nécessairement uniques, de même qu'est unique la signature manuscrite d'une personne. Il incombera donc au prestataire de service de certification (voir définition ci-dessous) de vérifier que telle clé ou tel code n'a pas déjà été attribué. Il est évident que la fiabilité et la sécurité de la signature électronique supposent qu'à telle clé privée ne corresponde qu'une seule clé publique. Toutefois cette dernière sera destinée à être rendue publique et utilisée par chaque destinataire de message signé électroniquement.

„Certificat“, une attestation électronique, sécurisée par la signature électronique d'un prestataire de service de certification, par laquelle celui-ci certifie une ou plusieurs informations constatées par lui, et notamment le lien entre des données afférentes à la vérification de signature et une personne déterminée ainsi que l'identité de cette dernière.

La notion de „certificat“ est fondamentale dans le contexte de la certification électronique puisque celui-ci établit le lien entre une personne (c'est-à-dire son identité) et les données afférentes à la vérification de signature qui lui sont propres. Par l'émission du certificat, le prestataire de service de certification „certifie“ c'est-à-dire affirme publiquement l'exactitude des informations qu'il contient. Les informations seront sécurisées par la signature électronique du prestataire de service de certification qui l'émet.

La condition selon laquelle le certificat doit être sécurisé par la signature électronique du prestataire de service de certification s'impose afin d'assurer la sécurité des transactions, bien que cette exigence ne soit imposée, dans la directive, qu'aux seuls certificats qualifiés.

„Certificat qualifié“, un certificat qui satisfait aux exigences déterminées par règlement grand-ducal.

Conformément à la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, un certificat n'est considéré comme qualifié qu'à la condition, d'une part, qu'il ait été émis dans des conditions sûres et, d'autre part, qu'il contienne un minimum d'informations.

„Prestataire de service de certification“, toute personne, physique ou morale, qui crée, délivre et gère des certificats ou fournit d'autres services liés à l'utilisation d'une signature électronique.

Ce terme est repris de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Le prestataire de service de certification, ayant pour mission la création, la délivrance et la gestion de certificats peut aussi bien être une personne physique que morale. Sur demande d'une personne physique ou morale, le prestataire de service de certification crée un certificat. Une fois ce certificat créé, il le délivre à la personne qui en a fait la demande et l'inscrit, après consentement du titulaire, dans le registre électronique créé à cet effet. En cas de nécessité, il procède à sa révocation. Le prestataire de service de certification n'est pas tenu d'assurer seul toutes les étapes du processus de certification. En effet, il peut se référer, pour la collecte des informations, aux renseignements détenus par les autorités d'enregistrement.

Toutefois, il répond à l'égard des utilisateurs des certificats, du dommage qui est la conséquence des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la présente loi.

La fonction de prestataire de service de certification n'est pas limitée à la délivrance et à la gestion des certificats; il couvre également d'autres services connexes à l'utilisation des signatures électroniques (horodatage, archivage, etc.).

„Titulaire de certificat“, toute personne, physique ou morale, à laquelle un prestataire de service de certification a délivré un certificat.

Le titulaire de certificat est la personne identifiée dans le certificat, ce qui n'implique nullement que le certificat doit reprendre l'identité véritable de son titulaire. Celui-ci peut en effet demander à apparaître sur le certificat sous un pseudonyme afin que soit garanti l'anonymat. Soulignons en outre que toute personne peut faire certifier plusieurs données afférentes à la vérification de signature et devenir ainsi titulaire de plusieurs certificats.

La notion de titulaire de certificat ne doit pas être confondue avec la notion de détenteur des données afférentes à la création de signature (qui n'apparaît pas dans la loi), qui est une notion plus matérielle. En effet les données afférentes à la création de signature seront souvent stockées sur un support matériel telle qu'une carte à puce. Or le titulaire du certificat peut être – mais ne sera pas toujours – détenteur de ces données. Par exemple une personne morale est titulaire de certificat mais ne sera pas détentrice des données car n'existant pas matériellement, elle n'est pas capable de les détenir. Une personne physique (habilitée à représenter la société) sera donc nécessairement détentrice des données afférentes à la création de signature.

Le concept se trouve défini, à côté de celui de „signataire“ dans la mesure où le titulaire assume en cette seule qualité certaines obligations.

Art. 18.– Des effets juridiques de la signature électronique

1. Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil.

2. Une signature électronique ne peut être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

3. Nul ne peut être contraint d'utiliser une signature électronique.

L'article 18 précise les effets juridiques des signatures électroniques en se référant à la nouvelle rédaction de l'article 1322-1 du Code civil. L'objectif de la disposition est d'établir un lien entre, d'une part, la réforme des règles du Code civil relatives à la preuve, et plus précisément l'introduction de la définition ouverte et fonctionnelle du concept de signature, et, d'autre part, les principes édictés au présent chapitre.

Deux hypothèses méritent d'être distinguées, conformément à l'article 5 de la directive:

- *Si la signature employée a été créée par un dispositif que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif – et constitue donc une signature avancée au sens du projet de directive – et qu'au surplus elle est combinée à un certificat qualifié et a été créée par un dispositif sécurisé, elle est assimilée d'office à une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil. Eu égard aux niveaux de sécurité et de fiabilité respectés dans cette hypothèse, une telle signature doit être considérée comme équivalente à une signature manuscrite sans qu'un juge puisse remettre en cause sa valeur probante intrinsèque; ce qui n'interdit bien entendu pas à celui auquel elle est opposée de la contester de la même manière qu'une signature manuscrite.*
- *Si, en revanche, la signature électronique ne satisfait pas à ces exigences parce qu'elle n'a pas été créée par un dispositif sécurisé que le signataire pouvait garder sous son contrôle exclusif – signature électronique ordinaire au sens du projet de directive ou parce qu'elle n'est pas assortie d'un certificat qualifié, elle ne bénéficie plus de cette équivalence automatique. Comme le précise toutefois le paragraphe 2, elle ne saurait être rejetée par le juge pour cette seule raison (cf. article 5 paragraphe 2 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques). Il appartiendra à la personne qui s'en prévaut d'apporter la preuve de la fiabilité de la technique utilisée afin d'établir que la signature répond aux critères posés par l'article 1322-1 du Code civil. A défaut, l'acte auquel elle est attachée pourrait toujours servir de commencement de preuve par écrit ou d'indice à l'appui d'une preuve par présomption.*

L'approche fonctionnelle de la signature préconisée à l'article 1322-1 du Code civil permet de la sorte une très large reconnaissance des signatures électroniques à la seule condition que celles-ci en pré-

sentent les caractères essentiels d'identification du signataire, de validation et d'intégrité de l'acte. Sans retenir expressément la distinction entre signature ordinaire et signature avancée suggérée par la directive mais difficilement conciliable avec la conception traditionnelle de la signature, la solution proposée rencontre parfaitement les effets attachés à cette distinction et en particulier la clause de non-discrimination visée à l'article 5 paragraphe 2 de la directive.

Le paragraphe 3 consacre le principe selon lequel toute personne doit garder le libre choix d'utiliser sa signature manuscrite ou sa signature électronique.

Pour être qualifié de „sécurisé“, un dispositif de création de signature doit avoir été reconnu conforme aux dispositions réglementaires relatives aux dispositifs sécurisés de création de signature (Voir article 3 paragraphe 4 de la directive, et article 42 du présent projet de loi).

Il est rappelé ici que les actes authentiques ne font évidemment pas partie des contrats pouvant être valablement conclus par voie électronique, la signature électronique n'ayant été rendue possible, par le projet de loi, que pour les actes sous seing privé.

Section 2. Des prestataires de service de certification

Sous-Section 1. Des missions et obligations des prestataires de service de certification

Art. 19.– De l'obligation d'information

Préalablement à toute relation contractuelle avec une personne lui demandant un certificat à l'appui de sa signature électronique, ou à la demande d'un tiers qui se prévaut d'un certificat, le prestataire de service de certification procure, sur un support durable, les informations nécessaires à l'utilisation correcte et sûre des services qu'il propose en la renseignant notamment sur:

- a) la procédure que la personne doit suivre pour créer et vérifier une signature électronique;
- b) les modalités et conditions précises d'utilisation des signatures et des certificats, y compris les limites imposées à leur utilisation, ainsi que la nécessité de signer à nouveau les messages de données signés électroniquement avant que la durée du certificat ne soit écoulée;
- c) sa capacité ou non à émettre des certificats qualifiés, ainsi que les conséquences juridiques liées à l'utilisation d'un certificat qualifié;
- d) les obligations qui pèsent, en vertu de la présente loi, sur le titulaire du certificat et le prestataire de service de certification;
- e) les conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification;
- f) les procédures de réclamation et de règlement extrajudiciaire des litiges.

Dans la perspective de promouvoir la confiance nécessaire à l'utilisation des signatures électroniques il est prévu de mettre à la charge de tous les prestataires de service de certification une obligation d'information portant sur:

- *la procédure à suivre pour produire et vérifier une signature électronique.*
- *la nécessité de signer à nouveau les messages de données signés électroniquement avant que la durée du certificat ne soit écoulée. Dans le cadre de la cryptographie asymétrique, la paire de clés et le certificat n'ont qu'une „durée de vie“ limitée. Après une certaine période, on considère que cette paire de clés n'a plus un niveau de sécurité suffisant car le risque de découvrir la clé privée à partir de la clé publique augmente. L'utilisateur devra donc recréer une nouvelle paire de clés, sur la base d'un nouveau certificat, pour signer les messages antérieurs et les nouveaux messages.*
- *les obligations qui pèsent sur le prestataire de service de certification (obligation de vérification des informations avant d'émettre un certificat, obligation de délivrer un certificat avec un contenu minimum, obligation de tenir un registre électronique, obligation de protéger la confidentialité et d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs lorsqu'elle génère des données afférentes à la création et à la vérification de signature, règles relatives à la révocation des certificats, dispositions relatives à la vie privée, régime de responsabilité, ...).*
- *les obligations qui pèsent sur le titulaire de certificat (obligation de garder secrètes les données afférentes à la création de signature, pleine responsabilité de l'utilisation de celui-ci, obligation de demander la révocation en cas de perte de la confidentialité ou perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, ...) et sur le destinataire du message signé électroniquement (obligation de vérifier la signature électronique, de consulter le registre électronique de certificats).*

- les conséquences juridiques qui sont attachées à l'usage d'une signature électronique réalisée sur la base d'un certificat qualifié. Est principalement visée ici l'équivalence établie par l'article 18 entre la signature électronique réalisée sur base d'un certificat qualifié et l'article 1322-1 du Code civil (à condition également, bien sûr, que la signature soit créée par un dispositif sécurisé de signature).
- les conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification.
- les procédures de réclamation et de règlement des litiges.

Art. 20.– De la garantie de fiabilité technique et de sécurité

1. Le prestataire de service de certification est tenu d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs pour l'émission, la délivrance et la conservation des certificats. Il prend les mesures nécessaires contre la contrefaçon des certificats.

2. Un règlement grand-ducal détermine les conditions de fiabilité et de sécurité des moyens techniques.

Afin d'instaurer un climat de confiance, il est prévu d'obliger tous les prestataires de service de justifier de la fiabilité et de la sécurité des moyens techniques utilisés pour la certification des signatures. Cette obligation prend en considération les exigences issues de l'annexe 11 (points f et l) de la directive sur les signatures électroniques.

Art. 21.– De l'acceptation des certificats

1. Le contenu et la publication d'un certificat sont soumis au consentement de son titulaire.

2. Le prestataire de service de certification tient un registre des certificats dont les titulaires ont autorisé la publication. Ce registre est accessible en permanence par voie électronique et constamment tenu à jour. Il contient les certificats avec l'ensemble des mentions certifiées et indique, le cas échéant, le moment de leur révocation. Il doit être protégé contre toute modification non autorisée.

3. Les modalités de fonctionnement de ce registre sont définies par règlement grand-ducal.

Le prestataire de service de certification fournit un exemplaire du certificat au demandeur pour qu'il en vérifie le contenu et l'accepte. Une fois le certificat accepté le demandeur devient titulaire de certificat.

Le titulaire est invité par ailleurs à accepter la publication du certificat. Dans le souci du respect de l'anonymat, il peut s'opposer à cette publication. A défaut, le prestataire de service de certification inscrit et publie le certificat dans un registre accessible à tous les utilisateurs. Sont inscrits mais non publiés les certificats dont le titulaire s'oppose à la publication.

En toute hypothèse, le prestataire de service de certification a l'obligation de tenir un registre électronique qui énumère au moins:

- les certificats délivrés;
- le moment de leur expiration ;
- le cas échéant, le moment de leur révocation.

Le registre électronique doit impérativement:

- être tenu à jour;
- être accessible en permanence à toute personne, et ce par voie électronique;
- être protégé contre toute altération ou modification non autorisée.

Un règlement grand-ducal déterminera les modalités de fonctionnement du registre.

Art. 22.– De l'obligation de secret professionnel

1. Les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service d'un prestataire de service de certification, ainsi que tous ceux qui exercent eux-mêmes les fonctions de prestataire de service de certification, sont obligés de garder strictement secrets tous les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle, à l'exception de ceux dont le titulaire de certificat a accepté la publication ou la communication. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal.

2. L'obligation de secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi.

3. L'obligation de secret n'existe pas à l'égard de l'Autorité nationale de surveillance agissant dans le cadre de ses compétences légales.

4. Toute personne exerçant ou ayant exercé une activité pour l'Autorité nationale de surveillance, ainsi que les réviseurs et experts mandatés par l'Autorité nationale de surveillance, sont tenus au secret professionnel et passibles des peines prévues à l'article 458 du Code pénal en cas de violation de ce secret.

5. Sous réserve des règles applicables en matière pénale, les renseignements visés au paragraphe 1, une fois révélés, ne peuvent être utilisés qu'à des fins pour lesquelles la loi a permis leur révélation.

6. Quiconque est tenu à l'obligation de secret visée au paragraphe 1 et a légalement révélé un renseignement couvert par cette obligation, ne peut encourir de ce seul fait une responsabilité pénale ou civile.

La rédaction de cette disposition est directement inspirée de l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Le paragraphe 1 impose aux prestataires de service de certification une obligation de secret concernant les informations qui leur sont transmises dans le cadre de l'exercice de leurs activités. Cette obligation vise essentiellement le respect de l'anonymat lorsque le titulaire d'un certificat utilise un pseudonyme ou lorsqu'il n'a pas accepté la publication de son certificat. Ce secret professionnel est d'ordre public.

Le paragraphe 2 pose comme limite à l'obligation de secret les révélations autorisées ou imposées par ou en vertu d'une loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure au présent texte. Toute violation est sanctionnée par l'article 458 du Code pénal.

Le paragraphe 3 énonce le principe selon lequel il n'existe pas d'obligation de secret à l'égard de l'Autorité nationale de surveillance, laquelle doit être en mesure d'assurer la surveillance des prestataires de service de certification placés sous son contrôle.

Le paragraphe 4 impose la même obligation de secret professionnel à l'Autorité nationale de surveillance ainsi qu'aux personnes liées à elle et qui pourraient être amenées à connaître des informations confidentielles dans le cadre de leurs activités. Par personnes liées sont visées prioritairement, mais pas exclusivement, les réviseurs qui exercent le contrôle sur base de l'agrément qu'ils ont obtenu par l'Autorité nationale de certification en vertu de la section 4 de ce chapitre.

Le paragraphe 5 pose une limite générale à toute utilisation non autorisée de renseignements confidentiels qui ont pu être révélés.

Le paragraphe 6 protège celui qui aura révélé de bonne foi et en vertu d'une disposition légale un renseignement confidentiel contre d'éventuelles actions en responsabilité civile.

Pour le surplus, l'interprétation de la disposition pourra se référer utilement à celle de l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Art. 23.– De la protection des données à caractère personnel

1. Le prestataire de service de certification ne collecte des données à caractère personnel que directement auprès de la personne qui demande un certificat, ou, moyennant le consentement exprès de cette dernière, auprès de tiers. Il ne collecte les données que dans la seule mesure où ces dernières sont nécessaires à la délivrance et à la conservation d'un certificat. Les données ne peuvent être utilisées que dans le cadre des activités de certification, sauf consentement exprès de la personne qui en fait l'objet.

2. Lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification que dans les cas prévus à l'article 22 paragraphe 2.

Cette disposition est directement inspirée de l'article 8 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. La collecte d'informations nécessaire à la constitution du certificat ne peut se faire que directement auprès de la personne qui a introduit une demande de certificat et uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la délivrance et à la conservation du certificat. Moyennant le consentement exprès de l'intéressé, la collecte d'informations peut en outre avoir lieu auprès de tiers et notamment d'une autorité d'enregistrement, telle que l'ordre des avocats, des médecins, etc. Enfin, les données à caractère personnel ne peuvent, sauf consentement exprès du titulaire, être utilisées par les prestataires de service de certification que dans le cadre de leurs activités de certification.

Le titulaire ne désirant pas que son nom apparaisse sur le certificat peut choisir un pseudonyme. Cette disposition s'inspire également directement de la directive. Il convient toutefois de souligner que, bien que l'anonymat soit garanti, le signataire est identifié auprès du prestataire de service de certification. La véritable identité du titulaire ne pourra être révélée par le prestataire de service de certification que dans les cas prévus à l'article 22.

Sous-Section 2. De la révocation des certificats

Art. 24.– De la révocation des certificats

1. A la demande de son titulaire préalablement identifié, le prestataire de service de certification révoque immédiatement le certificat.

2. Le prestataire de service de certification révoque également un certificat immédiatement lorsque:

- a) il est démontré que le certificat a été délivré sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité, que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée, ou que le certificat a fait l'objet d'une utilisation frauduleuse;
- b) elle est informée du décès de la personne physique ou de la dissolution de la personne morale qui en est le titulaire.

3. Le prestataire de service de certification informe le titulaire de la révocation du certificat dans les meilleurs délais et motive sa décision.

Il prévient le titulaire de l'échéance du certificat au moins un mois à l'avance.

4. La révocation d'un certificat est définitive.

5. Immédiatement après la décision de révocation, le prestataire de service de certification inscrit la mention de la révocation du certificat dans le registre électronique visé à l'article 21. La révocation devient opposable aux tiers dès son inscription au registre.

Conformément à ce que requiert le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, les dispositions relatives à la révocation des certificats sont placées dans la section 2 relative à tous les prestataires de service de certification, afin d'assurer la cohérence des dispositions du présent projet de loi.

La révocation vise à mettre fin au certificat avant son terme. Elle est assurée par le prestataire de service de certification qui a délivré le certificat, soit à la demande de son titulaire, soit d'office.

Lorsqu'elle a lieu à la demande du titulaire, que cette demande soit ou non motivée, le prestataire de service de certification a l'obligation de procéder immédiatement à l'ordre de révocation.

Lorsque la révocation du certificat a lieu à l'initiative du prestataire de service de certification, celui-ci a l'obligation d'en avertir immédiatement le titulaire et de motiver sa décision. Elle ne peut avoir lieu que dans les conditions prévues au paragraphe 2.

Lorsque le certificat arrive à échéance, le prestataire de service de certification prévient le titulaire de l'échéance du certificat au moins un mois à l'avance.

La décision de révocation est définitive et donc irréversible.

La révocation est opposable au titulaire et aux tiers à partir de son inscription au registre. En effet, dès cette inscription, le titulaire de certificat et le prestataire de service de certification pourront se prévaloir du fait que le certificat est révoqué vis-à-vis des tiers, et particulièrement du destinataire du message signé électroniquement qui est tenu de vérifier que le certificat n'est pas révoqué.

Lorsqu'il est appelée à révoquer un certificat à la demande du titulaire, le prestataire de service doit procéder immédiatement à l'inscription de cette information sur le registre, en indiquant clairement que le certificat a fait l'objet de révocation. Notons que, avant de procéder à la révocation, le prestataire de service de certification est tenu d'identifier la personne qui effectue la demande. Cette identification prendra un certain temps. Une demande de révocation a des conséquences graves, notamment de par le fait qu'une révocation ne peut être levée. Il est dès lors indispensable que le prestataire de service de certification identifie de manière certaine la personne qui effectue la demande de révocation pour s'assurer qu'elle est le véritable titulaire du certificat, même si cette identification peut prendre du temps.

Sous-Section 3. De la responsabilité des prestataires de service de certification

Art. 25.– De la responsabilité des prestataires de service de certification

1. A moins qu'il prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification est responsable du préjudice subi par toute personne qui se fie au certificat qu'il a délivré ou qu'il garantit pour ce qui est:

- de l'exactitude des informations qu'il a certifiées, et, le cas échéant, la présence dans le certificat de toutes les données prescrites pour l'émission d'un certificat qualifié;
- de l'assurance que les données afférentes à la création de signature et les données afférentes à la vérification de signature fonctionnent ensemble de façon complémentaire, au cas où il a généré les deux types de données;
- le cas échéant, des informations attestées conformément à l'article 38 paragraphe 1.

2. A moins qu'il prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification est responsable du préjudice subi par toute personne du fait de la non-révocation d'un certificat conformément à l'article 24, ainsi que du fait du défaut d'inscription au registre de la révocation.

3. Le prestataire de service de certification n'est pas responsable du préjudice résultant du non-respect des restrictions posées à l'utilisation d'un certificat.

4. Un règlement grand-ducal fixe le montant minimal en deçà duquel les parties ne peuvent limiter la responsabilité d'un prestataire de service de certification.

5. Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite.

Le prestataire de service de certification répond du dommage qui est la conséquence de l'inexécution des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la présente loi et qui tendent toutes vers un même but: l'exactitude des informations certifiées; et vers une même fin: la sécurisation des échanges électroniques de données.

Au regard du degré de spécialisation technique que l'on est en droit d'attendre de tout prestataire de service de certification ainsi que de la confiance qu'un régime de certification est censé susciter, la responsabilité du prestataire est engagée dès lors que l'émission de certificats entraîne un préjudice. Le régime mis en place est fondé sur la présomption simple de responsabilité du prestataire de service de certification. Celui-ci pourrait toutefois réfuter cette présomption en démontrant qu'il n'a commis aucune négligence, que la personne qui se fie au certificat est de mauvaise foi ou que le dommage résulte du non-respect des restrictions posées à l'utilisation du certificat pour autant que celles-ci soient indiquées dans le certificat. La responsabilité du prestataire de service de certification est également engagée lorsqu'il n'a pas révoqué un certificat alors qu'il aurait dû le faire en application de l'article 24 de la présente loi.

Un prestataire de service de certification peut émettre des restrictions à l'utilisation d'un certificat pour autant qu'elles ne violent pas les dispositions de la présente loi, et que ces limites soient discernables par des tiers, selon la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Il doit en informer les utilisateurs. Dans ce cas, le prestataire de service de certification ne pourrait être tenu responsable des dommages résultant de l'usage contre-indiqué d'un certificat.

Enfin, conformément à l'avis du Conseil d'Etat (p. 26), le paragraphe 4 prévoit la possibilité pour les prestataires de restreindre leur responsabilité, mais dans certaines limites.

Section 3. La surveillance

Les dispositions qui suivent ont pour objet d'instaurer un régime de surveillance des prestataires de service de certification qui émettent des certificats qualifiés. En effet, comme l'a remarqué le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, le projet de loi No 4641 ne résout pas la question des voies et moyens dont dispose l'Autorité nationale pour assurer le respect des dispositions légales et réglementaires en ce qui concerne les prestataires non accrédités.

Art. 26.– L'autorité compétente

Il est créé sous l'autorité du ministre de l'Economie une Autorité nationale de surveillance pour veiller à la bonne application de la présente loi.

L'Autorité nationale de surveillance est l'autorité compétente pour la surveillance des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés au sens de la présente loi.

L'Autorité nationale de surveillance tient un registre électronique d'opposition conformément à l'article 60 de la présente loi.

L'Autorité nationale de surveillance est compétente pour recevoir les réclamations des utilisateurs dans leurs relations avec des prestataires de service de certification et pour intervenir auprès de ces derniers, aux fins de régler à l'amiable ces réclamations.

Art. 27.– La finalité de la surveillance

L'Autorité nationale de surveillance exerce ses attributions exclusivement dans l'intérêt public. Si l'intérêt public le justifie, elle peut rendre ses décisions publiques. Elle veille à l'application par les personnes soumises à sa surveillance des conditions légales et réglementaires auxquelles est soumise l'émission de certificats qualifiés.

Art. 28.– Les moyens de la surveillance

L'Autorité nationale de surveillance exerce sa mission à l'aide de réviseurs d'entreprise spécialement agréés par elle. Les réviseurs ont la mission d'apprécier le respect par les prestataires de services de certification délivrant des certificats qualifiés des conditions prévues à cet effet.

Art. 29.– Les tableaux officiels

1. L'Autorité nationale de surveillance tient les tableaux officiels des prestataires de services de certification soumis à sa surveillance et des réviseurs d'entreprises agréés conformément aux articles 31 et 32. Les tableaux officiels sont établis et publiés au Mémorial au moins à chaque fin d'année.

2. Nul ne peut faire état à des fins commerciales de son inscription sur les tableaux officiels ou de sa soumission à la surveillance de l'Autorité nationale de surveillance.

Art. 30.– Des modalités du contrôle

1. Sur demande d'un prestataire de service de certification auprès d'un réviseur d'entreprise agréé de son choix, celui-ci vérifie et atteste que le prestataire respecte les conditions et obligations pour l'émission et la délivrance de certificats qualifiés fixées par ou en vertu de la présente loi.

2. L'Autorité nationale de surveillance peut demander au réviseur ayant effectué le contrôle d'un prestataire de service de certification de lui remettre un rapport détaillé concernant le respect des conditions fixées par ou en vertu de la présente loi. Elle peut lui demander de lui fournir des informations complémentaires et le charger de missions de contrôle spécifiques, le tout à la charge du prestataire de service de certification contrôlé.

3. Lorsque, sur rapport d'un réviseur, l'Autorité nationale de surveillance constate qu'un prestataire de service de certification ne respecte pas les dispositions légales ou réglementaires le concernant, elle lui enjoint de régulariser la situation dans le délai qu'elle fixe.

Si, au terme du délai fixé, la situation n'a pas été régularisée, l'Autorité nationale de surveillance peut procéder à la radiation du prestataire de service de certification du tableau officiel visé à l'article 29.

Section 4. Les relations entre l'Autorité nationale de surveillance et les réviseurs d'entreprises

Art. 31.– De la nécessité d'un agrément

Nul ne peut exercer l'activité de contrôle des prestataires de service de certification, s'il n'a pas préalablement obtenu un agrément de l'Autorité nationale de surveillance.

Art 32.– De l'agrément

1. L'agrément est accordé sur demande écrite et après instruction par l'Autorité nationale de surveillance portant sur les conditions exigées par l'article 33.

2. L'agrément est retiré si les conditions pour son octroi ne sont plus remplies.

3. La décision portant octroi, refus ou retrait de l'agrément peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif qui statue comme juge du fond. Le recours doit être exercé dans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision entreprise.

Art. 33.– Des conditions d'octroi de l'agrément

Les réviseurs d'entreprises, personnes physiques et morales, doivent, pour obtenir l'agrément, satisfaire aux conditions suivantes:

- avoir eux-mêmes ou employer du personnel ayant une qualification professionnelle adéquate ainsi que des connaissances et une expérience spécialisées dans le domaine des technologies des signatures électroniques;
- justifier de leur honorabilité professionnelle ou de celle de leurs administrateurs ou gérants. L'honorabilité s'apprécie sur la base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes visées jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable;
- présenter des garanties d'indépendance par rapport aux prestataires de service de certification qu'elles sont appelées à contrôler.

Art. 34.– Le devoir d'information des réviseurs d'entreprises

1. Le réviseur d'entreprises est tenu de signaler à l'Autorité nationale de surveillance rapidement tout fait ou décision dont il a pris connaissance dans l'exercice du contrôle annuel d'un prestataire de services de certification ou d'une autre mission légale, lorsque ce fait ou cette décision:

- concerne ce prestataire de services de certification et
- est de nature à:
 - a) constituer une violation grave des dispositions de la présente loi ou des dispositions réglementaires prises pour son exécution
 - ou
 - b) porter atteinte à la continuité de l'exploitation du prestataire de services de certification.

2. La divulgation de bonne foi à l'Autorité nationale de surveillance par un réviseur d'entreprises de faits ou décisions visés au paragraphe (1) ne constitue pas une violation du secret professionnel, ni une violation d'une quelconque restriction à la divulgation d'informations imposée contractuellement et n'entraîne de responsabilité d'aucune sorte pour le réviseur d'entreprises.

Conformément à l'article 3 paragraphe 3 de la directive relative aux signatures électroniques les sections 3 et 4 organisent la surveillance des prestataires de service de certification qui sont habilités à émettre des certificats qualifiés. Une Autorité nationale de surveillance exerce la mission de surveillance générale des prestataires de service de certification. Ce contrôle est normalement délégué par l'Autorité nationale de surveillance à des entités privées spécialement agréées. Ne peuvent être agréés que des réviseurs d'entreprises qui justifient des qualités requises d'honorabilité, de qualification et d'indépendance. Les réviseurs attestent au moins une fois par an que le prestataire de service de certification observe les conditions requises pour émettre des certificats qualifiés. L'Autorité nationale de surveillance peut ainsi vérifier, soit de façon générale, soit par enquête ciblée, si un prestataire de service de certification ne fait pas indûment croire qu'il répond aux conditions. Les réviseurs doivent aussi informer spontanément l'autorité de surveillance de faits particulièrement graves.

Enfin l'Autorité nationale de surveillance tient deux listes, à savoir celle des prestataires de services de certification qui détiennent l'attestation leur permettant d'émettre valablement des certificats qualifiés et celle des réviseurs qu'elle a agréés à établir de telles attestations.

*Section 5. Des prestataires de service de certification
délivrant des certificats qualifiés*

**Sous-section 1. Des obligations des prestataires de service
de certification délivrant des certificats qualifiés**

Art. 35.— De l'obligation de se soumettre à un contrôle

1. Aucun prestataire de service de certification ne peut délivrer, même accessoirement ou occasionnellement, de certificat qualifié sans avoir fait l'objet d'un contrôle préalable depuis moins d'un an. Celui-ci porte sur le respect des conditions et obligations prévues à l'article 36.

2. Le prestataire de service de certification délivrant des certificats qualifiés doit se soumettre annuellement à un contrôle.

3. Le contrôle ne peut être effectué que par des réviseurs d'entreprise agréés par l'Autorité nationale de surveillance, conformément aux articles 31 et 32.

Art. 36.— Des exigences requises pour l'émission d'un certificat qualifié

1. Tout prestataire de service de certification émettant ou délivrant des certificats qualifiés doit satisfaire aux exigences suivantes:

- a) présenter des garanties d'intégrité, de disponibilité, ainsi que des garanties financières suffisantes pour exercer ses activités de certification;
- b) se conformer aux exigences de sécurité et de fiabilité technique arrêtées par règlement grand-ducal;
- c) employer du personnel qui possède les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la prestation des services de certification et, en particulier, des compétences au niveau de la gestion, des connaissances spécialisées en technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées;
- d) appliquer des procédures et méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues;
- e) se conformer aux conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification, en particulier l'interconnexion des registres de certificats;
- f) veiller à ce que la date et l'heure d'émission et de révocation d'un certificat puissent être déterminées avec précision;
- g) souscrire une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle;
- h) respecter les exigences fixées par ou en vertu de la présente loi.

2. Un règlement grand-ducal détermine:

- a) le montant et les modalités de la garantie financière requise au paragraphe 1 du présent article;
- b) les conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification et l'interconnexion des registres de certificats;
- c) les garanties d'indépendance que les prestataires de service de certification doivent offrir aux utilisateurs du service;
- d) les règles relatives à l'information que le prestataire de service de certification est tenu de conserver concernant ses services et les certificats délivrés;
- e) la durée de conservation des données.

3. Des conditions complémentaires peuvent être fixées par règlement grand-ducal pour qu'un prestataire de service de certification soit habilité à délivrer des certificats à des personnes qui souhaitent utiliser une signature électronique dans leurs échanges avec les autorités publiques.

L'article 36 fixe les conditions qui doivent impérativement être remplies par un prestataire de service de certification pour pouvoir émettre des certificats qualifiés. Comme l'exprime d'ailleurs le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000 (p. 24), ces dispositions figurent de manière adéquate dans le projet de loi. Ainsi, ce texte détermine les principales exigences que devront satisfaire les prestataires de service de certification ici visé, le détail en étant précisé par voie de règlement grand-ducal.

Le paragraphe 1er détermine en termes généraux ces conditions. En répondant à ces conditions, un prestataire de service de certification démontre la crédibilité et la confiance que les utilisateurs peuvent avoir en lui.

Ces conditions seront d'une manière générale les suivantes. Le prestataire de service de certification devra présenter des garanties d'intégrité, de disponibilité et de sécurité. A cette fin, il devra notamment utiliser un système informatique fiable. Cela implique que le prestataire de service de certification tienne un registre électronique accessible en permanence à toute personne et qu'il soit protégé contre toute modification non autorisée. En outre le prestataire de service de certification doit faire en sorte de protéger de manière adéquate la confidentialité des données afférentes à la création de signature qu'il utilise afin de signer les certificats qu'il émet. Il doit ensuite posséder l'expertise nécessaire pour assurer ses activités de certification. A cette fin, les employés du prestataire de service de certification doivent posséder des qualités professionnelles en matière de certification ou dans un domaine connexe. Ils doivent par ailleurs justifier de leur intégrité (absence de condamnation pour fraude, faux en écriture ...). Le prestataire de service de certification doit utiliser des procédures et méthodes administratives et de gestion adaptées et conformes à des normes reconnues. Enfin, il doit offrir des garanties financières suffisantes pour exercer ses activités et, le cas échéant, indemniser les utilisateurs ayant subi un dommage à la suite de l'inexécution des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la loi. Pour ce faire, il souscrira utilement une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle.

Le prestataire de service de certification doit se conformer aux exigences de fiabilité technique posées par règlement grand-ducal, et éventuellement précisées par l'Autorité nationale de surveillance. En effet, l'article 20 impose à tout prestataire de service de certification d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs.

Le règlement grand-ducal visé au paragraphe 2 précise les conditions stipulées au paragraphe 1er. Il pourrait déterminer par ailleurs le niveau d'indépendance dont les prestataires de service de certification devraient bénéficier vis-à-vis des utilisateurs de leurs services.

Le paragraphe 3 vise à tirer profit de la possibilité offerte par l'article 3 paragraphe 7 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques qui dispose que „Les Etats membres peuvent soumettre l'usage des signatures électroniques dans le secteur public à des exigences supplémentaires éventuelles. Ces exigences doivent être objectives, transparentes, proportionnées et non discriminatoires, et ne s'appliquent qu'aux caractéristiques spécifiques de l'application concernée. Ces exigences ne doivent pas constituer un obstacle aux services transfrontaliers pour les citoyens“.

Art. 37.– De l'obligation de délivrance

Les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés sont tenus de délivrer un ou plusieurs certificats à toute personne qui en fait la demande, sauf s'ils n'ont pas les moyens raisonnables leur permettant de procéder aux vérifications imposées par l'article 38.

L'inscription par l'Autorité nationale de surveillance d'un prestataire de service de certification sur le tableau officiel prévu à l'article 29 comporte logiquement l'obligation de délivrer un certificat à toute personne qui en fait la demande. Cette obligation n'est levée que dans l'hypothèse exceptionnelle où le prestataire de service de certification a de sérieux doutes quant à la véracité des informations qui lui sont fournies et ne peut les vérifier par des moyens raisonnables.

Art. 38.– De l'obligation de vérification

1. En émettant un certificat qualifié, le prestataire de service de certification garantit avoir procédé à toutes les vérifications nécessaires pour attester de manière non ambiguë:

- a) l'exactitude des informations certifiées contenues dans le certificat au moment où il a été délivré;
- b) la présence dans ce certificat de toutes les informations prescrites pour l'émission d'un certificat qualifié,
- c) le lien entre le titulaire de certificat et les données afférentes à la vérification de signature qui sont propres,
- d) l'assurance que le titulaire détenait, au moment de la délivrance du certificat, les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat,
- e) la complémentarité des données afférentes à la création de signature et des données afférentes à la vérification de signature du titulaire de certificat.

2. Lorsque qu'un certificat qualifié est délivré à une personne morale, le prestataire de service de certification vérifie préalablement l'identité et le pouvoir de représentation de la personne physique qui se présente à lui.

Le prestataire de service de certification atteste que toutes les informations visées dans le certificat qu'il délivre sont exactes.

Un prestataire de service de certification peut s'imposer des obligations plus strictes que les exigences légales. Dans ce cas, il inscrit sur le certificat qu'il atteste l'exactitude d'une ou plusieurs informations complémentaires. Le prestataire de service de certification engage alors sa responsabilité dans le cas où ces informations se révéleraient inexactes.

Il est tenu de vérifier le lien entre le titulaire et les données afférentes à la vérification de signature (sa clé publique ou son code) et de le confirmer. C'est l'existence et la véracité de ce lien qui constituent l'essence du certificat.

Préalablement à la délivrance du certificat, il est tenu de tester la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de signature et garantit ainsi l'existence du lien entre ces différentes données.

Si le certificat est délivré à une personne morale, le prestataire de service de certification, pour éviter les abus ou les fraudes, doit vérifier l'identité de la personne physique se présentant à lui et la validité de son pouvoir de représentation. Cependant, les informations relatives à l'identité et au pouvoir de représentation de la personne physique ne sont pas destinées à être inscrites sur le certificat.

Art. 39.– De la génération des données afférentes à la création et à la vérification de signature par le prestataire de service de certification

Lorsque le prestataire de service de certification génère lui-même les données afférentes à la création et à la vérification de signature, il doit en garantir la stricte confidentialité et ne peut ni les enregistrer, ni les conserver, ni les reconstituer.

Les données relatives à la création et à la vérification de signature peuvent être créées tant par le futur titulaire du certificat que par le prestataire de service de certification. Dans les deux cas, un système fiable tel que défini à l'article 20 doit être utilisé lors de la création de ces données afin d'assurer la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et l'utilisation légitime de celles-ci.

Lors de cette opération, le prestataire de service de certification doit éviter d'enregistrer ou de conserver une copie des données afférentes à la création de signature de façon à ne pas en devenir le détenteur ou le dépositaire non autorisé. Il ne doit pas non plus être en mesure de reconstituer les données afférentes à la création de signature à partir des données afférentes à la vérification de signature.

Sous-Section 2. De l'arrêt des activités

Art. 40.– De l'arrêt des activités

1. Tout prestataire de service de certification qui cesse ses activités révoque les certificats qualifiés un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des données conformément à l'article 21.

2. Le décès, l'incapacité, la faillite, la dissolution volontaire et la liquidation, ou tout autre motif involontaire d'arrêt des activités sont assimilés à une cessation d'activité au sens de la présente loi.

Les héritiers, tuteurs, curateurs et, le cas échéant, liquidateurs du prestataire de service de certification sont tenus des obligations posées par ou en vertu de la présente loi résultant de la cessation des activités du prestataire de service de certification.

Si un prestataire de service de certification met fin, volontairement ou non, à ses activités, il doit procéder à la révocation des certificats un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour que les données soient conservées.

Le paragraphe 2 détermine la notion de cessation d'activité au sens de la présente loi.

Section 6. Des certificats qualifiés

Art. 41.– Du contenu des certificats qualifiés

1. Tout certificat qualifié doit contenir les informations telles qu'arrêtées par règlement grand-ducal.

2. A la demande du titulaire, le certificat peut contenir d'autres informations, non certifiées par le prestataire de service de certification, en précisant qu'elles n'ont pas été vérifiées par ce dernier.

3. Le certificat qualifié est sécurisé par la signature électronique du prestataire de service de certification.

Conformément à l'article 2 paragraphe 10 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, un certificat ne peut être considéré comme un certificat qualifié qu'à condition, d'une part, qu'il soit émis par un prestataire de service de certification qui satisfait à certaines exigences et, d'autre part, qu'il comporte un contenu minimum. Il convient de préciser ces exigences par voie de règlement grand-ducal.

Section 7. Des dispositifs sécurisés de création de signature

Art. 42.– Des dispositifs sécurisés de création de signature

1. Un règlement grand-ducal précise l'objet et le niveau de sécurité des dispositifs de création de signature.

2. L'Autorité nationale de surveillance est chargée de vérifier la conformité des dispositifs sécurisés de création de signature aux exigences établies par règlement grand-ducal conformément au paragraphe 1 du présent article. Elle tient une liste, accessible au public, des dispositifs de création de signature respectant ces exigences.

3. Les dispositifs sécurisés de création de signature reconnus comme tels par un organisme compétent dans un autre Etat membre de l'Union européenne ont la même valeur au Luxembourg que ceux qui ont été reconnus comme tels par l'Autorité nationale de surveillance.

Conformément à l'article 3 paragraphe 4 de la directive, un contrôle est exercé concernant la conformité des dispositifs sécurisés de création de signature aux conditions posées par un règlement grand-ducal. Celui-ci aura pour objet de transposer l'annexe III de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Section 8. Des obligations des titulaires de certificat

Art. 43.– Des obligations des titulaires de certificat

1. Le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité et de l'intégrité des données afférentes à la création de signature qu'il utilise. Toute utilisation de celles-ci est réputée, sauf preuve contraire, être son fait.

2. Le titulaire du certificat est tenu, dans les meilleurs délais, de notifier au prestataire de service de certification toute modification des informations contenues dans celui-ci.

3. En cas de doute quant au maintien de la confidentialité des données afférentes à la création de signature ou de perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titulaire est tenu de faire révoquer immédiatement le certificat conformément à l'article 24 de la présente loi.

4. Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance, ou a été révoqué, son titulaire ne peut plus utiliser les données afférentes à la création de signature correspondante pour générer une signature électronique, et doit s'abstenir de faire certifier les données afférentes à la création et à la vérification de signature complémentaires par un autre prestataire de service de certification.

Le titulaire doit assurer la confidentialité et l'intégrité des données afférentes à la création de signature qui lui sont propres (sa clé privée ou son code confidentiel).

Lorsque la signature a pu être authentifiée par un certificat, le message assorti de cette signature est réputé émaner de son titulaire.

Le prestataire de service de certification étant responsable des informations qu'il aura certifiées, le titulaire est tenu de lui signaler toute modification de ces informations.

Pour de multiples raisons, il pourrait se faire que la confidentialité des données afférentes à la création de signature (la clé privée ou le code confidentiel) soit compromise ou que le titulaire de certificat craigne qu'il en soit ainsi.

La procédure de révocation est prévue par la présente loi afin de parer à cette éventualité. Le titulaire du certificat doit la mettre en oeuvre au moindre doute relatif au maintien de la confidentialité des données. La procédure de révocation est également applicable dans l'hypothèse où l'une des mentions certifiées ne serait plus conforme à la réalité.

*Section 9. Des certificats délivrés par un prestataire
de service de certification étranger*

Art. 44.– De la reconnaissance des certificats communautaires

Les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne, ont la même valeur au Luxembourg que les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg.

Art. 45.– De la reconnaissance des certificats de pays tiers

Les certificats, délivrés à titre de certificats qualifiés par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne, ont la même valeur au Luxembourg que les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg

- a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions posées par ou en vertu de la législation d'un Etat membre de l'Union européenne prise en conformité avec la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil et est soumis au régime de contrôle institué par cet Etat conformément à la directive, ou
- b) si un prestataire de service de certification établi dans un Etat membre de l'Union européenne garantit ces certificats, ou
- c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral entre le Luxembourg et un pays tiers ou dans le cadre d'un accord multilatéral entre l'Union Européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

Afin de revêtir une réelle utilité, toute infrastructure de certification adoptée à un niveau national doit être envisagée dans une perspective internationale. Les articles 44 et 45 du projet, en traitant de la reconnaissance des certificats communautaires et des certificats de pays tiers, font écho à cette préoccupation. Ils sont directement inspirés de la directive (article 7).

De la reconnaissance des certificats étrangers: par cette disposition, le Grand-Duché de Luxembourg entend susciter la confiance des utilisateurs et ouvrir ses portes au commerce international. Toutefois, les certificats émis par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne auront uniquement la même valeur que ceux délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg, pour autant qu'ils répondent à une des trois conditions visées au paragraphe 2.

Section 10. Des sanctions pénales

Art. 46.– Des sanctions pénales

1. Sous peine d'une amende de X francs et d'un emprisonnement de X, l'émission et la délivrance de certificats qualifiés sont interdites à toute personne dont la capacité de respecter les exigences prévues par ou en vertu de la présente loi n'a pas été, préalablement et depuis moins d'un an, vérifiée et attestée par un réviseur agréé, conformément à l'article 30 et qui figure à ce titre sur la liste publiée par l'Autorité nationale de surveillance visée à l'article 29.

2. Sera puni d'une amende de X à X francs et d'un emprisonnement de ... à ... quiconque effectue le contrôle d'un prestataire de service de certification sans avoir obtenu d'agrément.

Section 11. Du recommandé électronique

Art. 47.– Du recommandé électronique

Le message signé électroniquement sur base d'un certificat qualifié dont l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception, sont certifiés par un prestataire de service de certification délivrant des certificats qualifiés constitue un envoi recommandé.

Le recommandé déposé électroniquement offre à l'instar de celui déposé matériellement la possibilité pour l'expéditeur d'un message signé par voie électronique de se constituer une preuve de l'envoi, de la date et, le cas échéant, de la réception de ce message.

Dans le contexte des échanges électroniques de données, effectués en temps réel, il est nécessaire de prévoir, en outre, une certification de temps.

Preuve de l'envoi: l'intérêt qu'offre le recommandé est celui pour l'expéditeur de se ménager une preuve de son envoi. Cette preuve pourra être réalisée, pour le recommandé électronique grâce au récépissé électronique qui lui sera remis lors du dépôt électronique.

Preuve de la date et de l'heure de l'envoi: la loi impose, dans certains cas, un délai pour l'envoi d'une lettre ou d'un document. Tout comme pour la preuve de l'envoi, le recommandé offre à l'expéditeur la possibilité de se ménager la preuve que les délais ont été respectés.

Preuve de la réception: grâce au recommandé avec accusé de réception, l'expéditeur peut prouver que le destinataire a reçu l'envoi et a été en mesure d'en prendre connaissance.

L'expéditeur du document est responsable des moyens techniques à mettre en oeuvre pour garantir efficacement le contenu du message contre les risques d'atteinte à l'intégrité et à la confidentialité de celui-ci.

La signature électronique et plus particulièrement la signature digitale permet de garantir le message contre les risques d'atteinte à son intégrité. Puisque cette fonction revêt une importance capitale dans le contexte électronique, il était nécessaire de faire de la signature digitale une condition de l'envoi recommandé. C'est la raison pour laquelle, cette disposition relative au recommandé électronique trouve sa place dans la présente loi.

Cette disposition a vocation à s'appliquer de manière générale, de sorte que tout envoi recommandé puisse indifféremment prendre la forme traditionnelle ou électronique.

Chapitre III. Dispositions pénales

Section I. Des sanctions pénales

Art. 48.– L'article 196 du Code pénal est modifié comme suit:

„Seront punies de réclusion de cinq à dix ans les autres personnes qui auront commis un faux en écritures authentiques et publiques, et toutes personnes qui auront commis un faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, en ce compris les écritures électroniques,

Soit par fausses signatures,

Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures,

Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans les actes,

Soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater.“

Un des objectifs du présent projet de loi est de conférer à la signature électronique la valeur juridique traditionnellement attachée à la signature manuscrite. A cet effet, sont proposées des modifications substantielles des articles 1322 et suivants du Code civil.

La signature électronique, définie dans le nouvel article 1322-1 du Code civil, revêt la même valeur que la signature manuscrite traditionnelle; dès lors, sa contrefaçon doit être sanctionnée de manière identique. A cet effet, il est proposé d'étendre le champ d'application de l'article 196 sur le faux en écritures aux „écritures électroniques“. L'emploi du terme d'„écritures“ est pertinent en l'occurrence, étant donné qu'on entend par là un écrit ayant une valeur probatoire. Le fait que l'écriture électronique n'ait de valeur probatoire que par la signature électronique reste dans la logique des écritures classiques qui ne se voient de même conférer une valeur probatoire que par l'apposition d'une signature. Par ailleurs, la proposition de texte prévoit également une ouverture possible pour une éventuelle introduction future des actes authentiques sous forme électronique.

Le texte actuel de l'article 196 vise, d'une façon générale, les écritures, même si, pour des raisons historiques évidentes, seul l'écrit traditionnel était à envisager.

Compte tenu de la formulation générale du texte, il suffit d'ajouter la précision que les écrits protégés peuvent également être de nature électronique. Apporter cette précision s'impose au regard de la concordance nécessaire des concepts entre le droit pénal et le droit civil dans cette matière.

L'article 441-1 du nouveau Code pénal français a opéré un élargissement identique du faux en visant „toute altération frauduleuse de la vérité ... dans un écrit ou tout autre support d'expression de la volonté“.

La formulation proposée dans le présent projet présente l'avantage de ne pas substituer aux termes anciens des dispositions nouvelles, de surcroît assez complexes, et de maintenir l'unité du concept d'écrit qui semble avoir été abandonnée dans le texte français.

Une modification de l'article 194 du Code pénal sur le faux en écritures publiques ne s'impose pas, les actes délivrés par les fonctionnaires ou officiers publics revêtant, pour l'heure, nécessairement une nature corporelle.

Art. 49.– L'article 197 du Code pénal est modifié comme suit:

„Dans tous les cas exprimés dans la présente section, celui qui aura fait usage du faux sera puni comme s'il était l'auteur du faux.“

Il s'agit d'une modification formelle qui consiste à remplacer les termes d'acte ou de pièce, qui pourraient suggérer un objet corporel, par le terme plus neutre de faux. Ce terme de faux est d'ailleurs utilisé dans le texte actuel en relation avec l'auteur de l'infraction.

Art. 50.– L'article 487 du Code pénal est modifié comme suit:

„Sont qualifiées fausses clefs:

Tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs imitées, contrefaites ou altérées, y compris électroniques;

Les clefs qui n'ont pas été destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux serrures, cadenas ou aux fermetures quelconques auxquelles le coupable les aura employées;

Les clefs perdues, égarées ou soustraites, y compris électroniques, qui auront servi à commettre le vol.

Toutefois, l'emploi de fausses clefs ne constituera une circonstance aggravante que s'il a eu lieu pour ouvrir des objets dont l'effraction eût entraîné une aggravation de peine.“

Art. 51.– 1. L'article 488 du Code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura frauduleusement contrefait ou altéré des clefs, y compris électroniques sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 10.001 francs à 80.000 francs.“

2. Le deuxième alinéa de l'article 488 du Code pénal est abrogé.

Il y a lieu de compléter les articles 487 et 488 par une référence aux fausses clés électroniques.

Le deuxième alinéa de l'article 488 sanctionnant la fabrication de fausses clés par un serrurier est à supprimer. Cette circonstance aggravante a perdu toute raison d'être, au regard de l'évolution des techniques et des professions, et ne peut d'ailleurs pas s'appliquer à la contrefaçon de clés électroniques.

Art. 52.– L'article 498 du Code pénal est modifié comme suit:

„Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 20.000 francs à 400.000 francs, ou d'une de ces peines seulement, celui qui aura trompé l'acheteur:

Sur l'identité du bien vendu, en livrant frauduleusement un bien autre que l'objet déterminé sur lequel a porté la transaction;

Sur la nature ou l'origine du bien vendu, en vendant ou en livrant un bien semblable en apparence à celui qu'il a acheté ou qu'il a cru acheter.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent aux biens mobiliers y compris incorporels et immobiliers.“

Les modifications proposées visent à sanctionner la tromperie sur la vente d'un bien incorporel.

A cet effet, il s'impose de remplacer le terme de „chose“, figurant aux deuxième et troisième alinéas actuels du texte, par la notion plus large de bien et de préciser, au troisième alinéa, que le texte s'applique aux biens mobiliers, y compris les biens incorporels, et aux biens immobiliers.

En effet, dans la distinction opérée par le droit civil entre droits immobiliers et mobiliers, les biens incorporels relèvent en principe des droits mobiliers.

Art. 53.– 1. L'article 505 du Code pénal est modifié comme suit:

„Ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses ou les biens incorporels enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs.

Ils pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 24.“

2. Il est ajouté un deuxième alinéa à l'article 505 du Code pénal dont la teneur est la suivante:

„Constitue également un recel le fait de sciemment bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit.“

Le vol, l'extorsion, l'abus de confiance ou l'escroquerie pouvant porter sur des biens incorporels, il y a lieu d'étendre, dans la même mesure, l'objet du recel.

Art. 54.– 1. Les articles 509-1 à 509-3 du Code pénal sont modifiés comme suit:

Art. 509-1: „Quiconque, frauduleusement, aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 20.000 F à 1 million de francs ou de l'une de ces deux peines.

Lorsqu'il en sera résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, l'emprisonnement sera de quatre mois à deux ans et l'amende de 50.000 F à 1.000.000 F.“

Art. 509-2: „Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, entravé ou faussé le fonctionnement d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 F ou de l'une de ces deux peines.“

Art. 509-3: „Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement ou de transmission automatisé ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leur mode de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 F ou de l'une de ces peines.“

2. Les articles 509-4 et 509-5 du Code pénal sont abrogés. Les articles 509-6 et 509-7 prennent respectivement la numérotation 509-4 et 509-5 et la teneur suivante:

Art. 509-4 : „La tentative des délits prévus par les articles 509-1 à 509-3 est punie des mêmes peines que le délit lui-même.“

Art. 509-5: „Quiconque aura participé à une association formée ou à une entente établie en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions prévues par les articles 509-1 à 509-3 sera puni des peines prévues pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée.“

Section 2. De l'instruction

Art. 55.– Un nouvel article 33-1 est inséré dans le Code d'instruction criminelle avec la teneur suivante:

„L'officier de police judiciaire peut, dans les conditions prévues aux articles 31 et 33, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

A cet effet, il peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.“

Art. 56.– Un nouvel article 66-1 est inséré dans le Code d'instruction criminelle avec la teneur suivante:

„Le juge d'instruction peut dans les conditions prévues à l'article 66, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

A cet effet, le Juge d'Instruction peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.

Le Juge d'Instruction peut par ordonnance motivée, enjoindre à une personne, hormis l'inculpé, dont il considère qu'elle a une connaissance particulière du système informatique ou du mécanisme de protection ou de cryptage, qu'elle lui fournisse des informations sur le fonctionnement du système

saisi ou sur la manière d'accéder aux données saisies contenues dans ce système ainsi qu'à la compréhension de données saisies protégées ou cryptées. Dans la mesure où la mission confiée est susceptible de constituer une mission d'expert les dispositions des articles 87 et 88 relatives à l'expertise s'appliquent. Sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessous et des cas où la personne est obligée de garder secret les renseignements lui confiés dans le cadre de son activité professionnelle, la personne désignée est tenue de prêter son concours. En cas de refus, le juge d'instruction peut la condamner à une amende de 10.001 à 100.000 francs."

Art. 57.– L'article 77 du Code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(1) Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer, sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessus et des dispositions relatives au secret professionnel.

(2) Si le témoin ne comparaît pas, le juge d'instruction peut, sur les réquisitions du procureur d'Etat, l'y contraindre par la force publique et le condamner à une amende de 10.001 à 100.000 francs. S'il comparaît ultérieurement, il peut toutefois, sur production de ses excuses et justifications, être déchargé de cette peine par le juge d'instruction, après réquisition du procureur d'Etat.

(3) La même peine peut, sur les réquisitions de ce magistrat, être prononcée contre le témoin qui, bien que comparaisant, refuse de prêter serment et de faire sa déposition.

(4) Le témoin condamné à l'amende en vertu des alinéas précédents peut interjeter appel de la condamnation dans les trois jours de ce prononcé; s'il était défaillant ce délai ne commence à courir que du jour de la notification de la condamnation. L'appel est porté devant la chambre du conseil de la Cour d'appel.

(5) La mesure de contrainte dont fait l'objet le témoin défaillant est prise par voie de réquisition. Le témoin est conduit directement et sans délai devant le magistrat qui a prescrit la mesure.

Au regard de la spécificité de la matière, il y a lieu de distinguer entre les données stockées et les données en mouvement.

Les données stockées peuvent être assimilées à des informations disponibles en un endroit précis, en dehors de toute transmission, tandis que les données en mouvement peuvent être assimilées à une transmission d'informations via téléphone, télégraphe, télex, fax ou courrier envoyé par la poste et bien entendu via net.

En ce qui concerne les données stockées, il convient d'abord de revenir sur la levée du secret professionnel, qui s'opère de deux manières qu'il convient de bien distinguer.

– Dans la mesure où les données relatives aux affaires sont normalement stockées sur un support généralement quelconque, la levée se fait de manière absolument contraignante moyennant perquisition et saisie. La perquisition est en effet subie par celui qui en est l'objet respectivement par celui qui est détenteur des objets recherchés. Il n'a aucune possibilité d'appréciation au regard de la démarche des autorités d'enquête.

– Il est toujours possible par ailleurs de citer le détenteur d'informations lié à un secret professionnel comme témoin. Dans cette approche, il devra nécessairement et obligatoirement avoir la possibilité d'apprécier en âme et conscience s'il dépose ou s'il entend invoquer son secret. Ce choix doit revenir au seul détenteur du secret professionnel et lui seul doit pouvoir apprécier. Il convient de garder à l'esprit que cette obligation au secret ne s'applique pas uniquement en matière financière, mais à bien d'autres professions. Même s'il est difficile de concevoir qu'un médecin consulte via net, les avocats, réviseurs, experts-comptables envoient des documents couverts par le secret par le net. Des dossiers médicaux cheminent à n'en pas douter également par ce canal.

La personne qui peut être astreinte à assister la justice, sans possibilité d'invoquer son secret, ne saurait être que la personne en charge des aspects techniques du cryptage ou de la transmission et ne saurait être d'aucune manière être un témoin par rapport au contenu des informations transmises ou stockées. La législation actuelle en cette matière continuera à s'appliquer pleinement sous les garanties actuellement en place. Aussi et afin d'éviter tout risque d'équivoque est-il suggéré de ne pas procéder par renvoi à l'article 77 (2) du Code d'instruction criminelle pour définir la peine, mais d'énoncer l'amende in fine de l'article 66-1 du même Code.

Le rôle dévolu à cette personne, pouvant être contraint par le juge à agir dans le contexte du nouvel article 66-1, doit être également précisé pour d'autres motifs de cohérence. S'il est justifié que le juge puisse ordonner à une personne de procéder au décryptage des données ainsi qu'à des mesures utiles

pour obtenir l'accès aux données en question, il n'en reste pas moins que cette personne ne devra pas assumer le rôle d'expert.

Dans la mesure où la police judiciaire dispose de personnes qualifiées, cette opération en tant que telle rentre dans les attributions de cet organe, qui procédera par délégation.

Dans la mesure où la personne qui assume la gestion des documents possède les capacités techniques et est suffisamment fiable pour rentrer dans le système et pour permettre ainsi l'accès du juge aux données, la démarche proposée à l'article 66-1 dernier alinéa peut s'appliquer.

Dans l'hypothèse cependant où les travaux demandés par le juge vont bien au-delà de cette démarche purement technique, la mission confiée peut remplir les caractéristiques d'une expertise, il est assurément utile de renvoyer aux textes réglementant cette matière afin de fournir à l'inculpé toute garantie en la matière. Même si la ligne de partage est fine, il n'en reste pas moins que les textes légaux en la matière, ensemble avec la jurisprudence ont dégagé les critères permettant de la définir. En toute hypothèse il ne paraît pas opportun d'introduire une nouvelle distinction pour cette matière.

Les articles 55 et 56 (articles 33-1 et 66-1 du Code d'Instruction Criminelle) ont été reformulés en conséquence.

La question des données en mouvement est analysée à la lumière des articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle qui traitent des écoutes téléphoniques.

Le législateur au début des années 80¹, après bien des avatars judiciaires et policiers, recours devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme, a décidé d'introduire deux bases légales d'interception des communications téléphoniques et postales² généralement quelconques. Ce n'est que par ordonnance spécialement motivée du juge d'instruction, dans des affaires d'une gravité particulière, qu'une écoute téléphonique ou mesure assimilée, telle que l'interception du courrier ou d'un fax, peuvent être ordonnées. Cette loi a donné lieu à une élaboration particulièrement soignée, dénotant la sensibilité sociale et politique toute particulière du problème posé³. La Chambre des députés avait institué une commission spéciale devant veiller à l'élaboration du texte en question. Ainsi, l'interception des transmissions postales généralement quelconques est bien plus restrictivement réglementée que la perquisition.

Par ailleurs, se trouvent réglementées dans ce texte les écoutes et interceptions de correspondances par les instances politiques.

Il n'y a aucune raison de déroger à ces protections particulières et de loger à un niveau de protection moins favorable les transmissions électroniques que les transmissions postales connues en 1982. Ainsi la pratique judiciaire a-t-elle assimilé le fax, inconnu en 1982, au secret des lettres. Assurément ce projet de loi n'a pas vocation de reréglementer la matière en question, mais il convient de mettre à niveau le texte proposé avec les textes existant actuellement.

Les articles 33-1 et 66-1 du Code d'Instruction Criminelle ont dès lors été reformulés en omettant la référence aux données transmises, matière qui continuera à être régie par les articles 88-1 à 88-4 qui traitent de: "... toutes formes de communication ...", y compris donc les formes électroniques.

L'article 77 n'étant modifié que pour ce qui est du taux de l'amende, il a semblé opportun de profiter de l'occasion pour reformuler le renvoi en matière de secret professionnel contenu au premier alinéa alors que l'article 77-1 ne tient pas compte des secrets professionnels autonomes institués par plusieurs lois spéciales.

*

1 Loi du 26 novembre 1982 introduisant les articles 88-1 à 88-4 au CICr.

2 Il est intéressant de noter que la législation ne tient pas compte de la libéralisation des services offerts en son temps exclusivement par la Poste.

3 Cf. travaux parlementaires 2516 à 2516⁴.

TITRE III

DES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUE

Chapitre I. *Dispositions communes***Art. 58. – Définitions**

Aux fins du présent titre, on entend par:

„*Consommateur*“: toute personne physique qui, dans les contrats visés à l'article 59, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle;

Plutôt que de se référer à la notion de consommateur final utilisée par la loi luxembourgeoise du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, il est suggéré de retenir la définition du consommateur proposée notamment par les directives concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, JOCE L 95 du 21 avril 1993), et les contrats à distance (Directive 97/7/CEE du 20 mai 1997, JOCE L 144 du 4 juin 1997), dont les conditions d'application sont plus précises.

Est considérée comme consommateur, toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Par agir, on entend aussi bien le fait de rechercher, acquérir ou utiliser des produits ou des services pour un usage personnel, familial ou domestique. En revanche, toute personne qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle n'est pas couverte par la définition: ainsi, un professionnel qui commande un bien ou un service à des fins professionnelles n'est pas considéré comme un consommateur au sens de la présente loi, même si l'opération en cause ne correspond pas à sa spécialité.

„*Professionnel*“: toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente loi, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle;

Le terme de professionnel a été substitué à celui de fournisseur, utilisé dans la directive sur la vente à distance et dans la future directive sur la commercialisation à distance de services financiers. Toutefois cette substitution terminologique n'emporte aucune conséquence juridique, la notion luxembourgeoise de professionnel d'une part et celle de fournisseur d'autre part retenue en droit communautaire étant en tous points identiques. En réalité, les définitions du consommateur et du professionnel sont interdépendantes, celui qui n'est pas consommateur étant professionnel et inversement.

„*Communication commerciale*“ toutes les formes de communication destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation, ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale.

La définition des communications commerciales est très directement inspirée de l'approche retenue par la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur (article 2e). (voir également le Livre vert „Les communications commerciales dans le marché intérieur“ Com (96) 192; Suivi du livre vert „Les communications commerciales dans le marché intérieur – Communication de la Commission“, <http://www.europa.eu.int/comm/dg15/fr/index.htm>, mars 1998 (page 7)). La Commission entend agir à plusieurs niveaux et de façon coordonnée sur „toutes les formes de publicités, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques, de même que sur l'utilisation faite des services de communications commerciales dans la conception des emballages, à l'exception de l'étiquetage (Suivi du livre vert „Les communications commerciales dans le marché intérieur – Communication de la Commission“ préc., p. 12). Concrètement, elle souhaite procéder dans les meilleurs délais à une évaluation complète de toutes les réglementations nationales qui influent sur la validité ou le développement des communications commerciales. Parallèlement, elle accélère le traitement des plaintes reçues en cette matière, et n'exclut pas de favoriser une harmonisation progressive de la législation applicable. Dans cette perspective, la Commission a affirmé son intention d'examiner, par priorité, les disparités entre les dispositions nationales portant notamment sur les réductions de prix, le couponnage, les cadeaux-primes, ou encore sur les concours et loteries commerciales. C'est dire si la nouvelle politique communautaire amorcée en matière de communications commerciales sera susceptible d'influer, dans un avenir proche, sur les cadres réglementaires nationaux, lesquels devront nécessairement évoluer vers une plus grande libéralisation.

„*Service financier*“ tout service fourni par un établissement de crédit, un autre professionnel du secteur financier ou une entreprise d'assurance et de réassurance.

La proposition de directive portant sur la fourniture à distance de services financiers comporte en annexe une liste indicative des services visés. Par souci de simplification, il est proposé de se référer à l'ensemble des services fournis par les établissements de crédit, les autres professionnels du secteur

financier, et les entreprises d'assurance et de réassurance, tels que définis par les lois modifiées du 5 avril 1993 relative au secteur financier et du 6 décembre 1991 portant sur le secteur des assurances.

Art. 59.– Champ d'application

Le présent titre s'applique aux contrats du commerce électronique entre un consommateur et un professionnel, à l'exception de ceux conclus lors d'une vente publique.

Le titre III s'applique aux contrats du commerce électronique conclus entre un consommateur et un professionnel, par le biais de l'utilisation d'une technique de communication électronique. Les communications téléphoniques orales et les télécopies sont exclues du commerce électronique en vertu de l'article 1 du projet.

Sont exclusivement visés les contrats dont la conclusion elle-même intervient par voie électronique: un contrat qui serait négocié par voie électronique mais dont la conclusion interviendrait en présence physique simultanée des cocontractants ne rentre donc pas dans le champ d'application du texte, pas plus que dans celui de la directive 97/7 (point 2-1).

Conformément à cette directive, les ventes publiques, soumises à une réglementation particulière, sont expressément exclues du champ d'application. En ce qui concerne les autres exclusions prévues par la directive 97/7, il n'y a pas lieu de les reprendre ici, dans la mesure où elles ressortissent plus du domaine de la loi générale portant sur les contrats à distance, que du commerce électronique à proprement parler.

Il est rappelé ici que les actes authentiques ne font évidemment pas partie des contrats pouvant être valablement conclus par la voie électronique, la signature électronique n'ayant été rendue possible, par le projet de loi, que pour les actes sous seing privé.

Art. 60.– Des communications commerciales

1. La communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée en tant que telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire, de même que doit être clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite.

2. L'utilisation par le professionnel de techniques de communication électronique pour l'envoi de communications commerciales individualisées au consommateur n'est possible qu'en l'absence d'opposition manifeste de sa part. Le consommateur exprime son opposition au moyen d'une inscription sur un registre électronique tenu par l'Autorité nationale de surveillance et rendu accessible aux professionnels qui le consultent chaque fois que nécessaire.

Paragraphe 1: Directement inspirée par l'article 6 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, l'obligation d'identifier clairement les communications commerciales trouverait également sa place dans un texte général sur la publicité de manière à imposer le respect de cette exigence, non seulement aux opérateurs dont les messages sont diffusés par voie électronique, mais aussi aux acteurs économiques utilisant des techniques publicitaires rédactionnelles par voie de presse.

Paragraphe 2: Est consacrée ici la technique de „l'opt-out“, qui vise à interdire toute communication commerciale individualisée par l'utilisation de techniques de communication électronique en cas d'opposition manifeste du consommateur.

Cette technique est retenue notamment par la directive 97/7/CEE précitée relative aux contrats à distance (son article 10-2 requiert des Etats membres l'adoption de mesures visant à ce que les techniques de communication à distance – autres que le système automatisé d'appel sans intervention humaine et le télécopieur – ne soient utilisés pour permettre une communication individuelle qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur), par l'article 7 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, ainsi que par l'article 10 de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers.

Les techniques de communication visées sont toutes les techniques de communication électronique telles que définies à l'article 1er du présent texte.

La technique de l'opt-in définie à l'article 10 paragraphe 1 de la directive contrats à distance (utilisation de la technique de communication à distance avec le consentement préalable de la personne concernée) n'a pas été reprise en raison de l'exclusion du champ d'application des techniques de communication de téléphonie orale et télécopie.

Cette disposition confère à tout consommateur le droit de s'opposer, sur simple demande et gratuitement, à la réception de communications commerciales. La directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique impose aux Etats de prévoir des mesures visant à garantir que les professionnels qui envoient des communications commerciales „consultent régulièrement les registres opt-out où les

personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire". Il convient de ce fait de mettre en place ce registre, de manière électronique, de sorte que chaque consommateur ait la possibilité de s'y inscrire simplement, et que les professionnels puissent le consulter chaque fois que nécessaire. La mise en place et la gestion de ce registre sont confiées à l'Autorité nationale de surveillance (article 26). Cette solution, qui assure la gratuité du service, répond aux demandes du Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000.

Art. 61.– De la fourniture non demandée

1. Sans préjudice des règles applicables en matière de reconduction tacite des contrats, la fourniture d'un produit ou d'un service non demandée par le consommateur est interdite, lorsqu'elle est assortie d'une demande de paiement.

2. Le consommateur n'est tenu d'aucun engagement relativement aux fournitures de biens ou de services qu'il n'a pas expressément demandées.

Ce texte vise à empêcher les ventes forcées de marchandises et les prestations de services imposées. Il met en oeuvre, pour les contrats conclus par voie électronique, les dispositions de l'article 9 de la directive 97/7, et de l'article 9 de la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. La sanction de l'interdiction prévue au paragraphe 1er est assurée par l'article 66 du présent projet.

S'agissant du paragraphe 2, la précision selon laquelle le consommateur doit avoir expressément demandé la fourniture des biens, produits ou services est destinée à traduire le principe de droit commun en vertu duquel le silence du contractant ne vaut pas consentement, sauf autres dispositions contractuelles contraires.

Art. 62.– De la récapitulation de la transaction

Avant la conclusion du contrat, le professionnel doit mettre en place une procédure de récapitulation finale de l'ensemble des choix opérés par le consommateur, et doit lui donner la possibilité de les confirmer, en toute connaissance de cause, ou de les modifier à sa convenance.

Le consentement du consommateur doit être libre et éclairé. Au-delà de ces exigences qui relèvent du droit commun, il convient d'assurer l'effectivité de ce principe général dans les transactions commerciales conclues par voie électronique en donnant au consommateur la possibilité de vérifier ses choix avant la conclusion du contrat.

La particularité du commerce électronique est d'offrir l'avantage de rapidité qui peut aussi se retourner contre le consommateur si celui-ci s'engage trop rapidement dans une transaction. Cette disposition vise précisément à faire échec aux engagements intempestifs en imposant une récapitulation des transactions avant que le consommateur ne donne son consentement définitif. Ainsi, le professionnel doit mettre en place une procédure qui, dans un premier temps, présente les choix du consommateur (biens ou services sélectionnés, quantité, prix, caractéristiques, mode de paiement, etc.), et, dans un second temps, offre au consommateur la possibilité de vérifier ses choix et éventuellement de les corriger, voire de renoncer à la commande.

Cette disposition se conforme aux exigences issues de la directive relative à certains aspects du commerce électronique (article 10 paragraphe 1c), ces exigences s'ajoutant à celles prévues par les autres directives communautaires, en particulier celles relatives à la vente à distance et à la commercialisation à distance de services financiers.

Art. 63.– Du moment et du lieu de la conclusion du contrat

1. Dans les cas où il est demandé à un consommateur d'exprimer son consentement en utilisant des techniques de communication électroniques pour accepter l'offre du professionnel, le contrat est conclu au moment où le professionnel reçoit l'acceptation du consommateur.

2. L'acceptation est présumée reçue lorsque le professionnel peut y avoir accès. Un accusé de réception doit être envoyé dans les meilleurs délais au consommateur lui confirmant que le contrat est conclu et précisant la date et l'heure de la conclusion du contrat.

3. La loi du lieu d'établissement du prestataire de services électroniques s'applique aux services prestés, sous réserve de l'application des règles de droit international privé de l'Etat du lieu d'établissement.

Le paragraphe 1 du présent article confirme la théorie de la réception traditionnellement admise par la jurisprudence luxembourgeoise, tout en permettant au consommateur d'avoir confirmation de l'instant

précis de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Il est à noter que la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans sa version antérieure à son adoption, avait prévu de régler le problème du moment de la conclusion du contrat en imposant de multiples échanges d'accusés de réception entre le professionnel et le consommateur. Cette solution, par trop compliquée, n'a pas été retenue dans la version finale du texte. Il importait en conséquence d'en tenir compte dans le présent projet.

Le paragraphe 2 est inspiré de l'article 11 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique qui établit certaines règles en ce qui concerne la passation d'une commande. La précision de la date et de l'heure de la transaction revêtent une importance indiscutable en terme de preuve mais aussi en terme de sécurité juridique, à la fois pour le consommateur et pour le professionnel.

Le paragraphe 3 tente de régler, dans la mesure du possible, le problème de la loi applicable, et prend en considération les observations exprimées par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000. Entre professionnels, le principe de la liberté contractuelle prévaut, mais n'est pas là le cas d'application de cette partie de la loi. Entre un professionnel et un consommateur, par contre, les législations nationales veulent en règle générale protéger leurs ressortissants qui traitent avec des fournisseurs étrangers. Cela peut rendre difficile la vie des professionnels qui veulent traiter par voie électronique avec des clients privés d'un grand nombre d'Etats. Cette difficulté majeure du commerce électronique est sujette actuellement à des discussions animées, notamment dans le cadre de la future réforme de la convention de Rome sur la loi applicable. Il n'est pas réaliste, à ce stade, ni de vouloir anticiper les évolutions du droit international privé à cet égard, ni de stipuler purement et simplement que la loi luxembourgeoise peut s'appliquer à tous les contrats avec des professionnels luxembourgeois.

Art. 64.– De la charge de la preuve

1. La preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation des informations, du respect des délais, du consentement du consommateur à la conclusion du contrat, et, le cas échéant, à son exécution, incombe au professionnel. Toute clause contraire est considérée comme abusive au sens de l'article 1er de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.

2. La preuve des éléments énumérés au paragraphe 1 peut notamment être apportée par un mécanisme de certification de qualité du professionnel, dont les modalités seront fixées par voie de règlement grand-ducal.

La charge de la preuve des conditions de conclusion du contrat incombe au professionnel. Toutefois, le présent article, dans son paragraphe 2, encourage également le professionnel à recourir à un mécanisme de certification de qualité dont les modalités seront précisées par règlement grand-ducal. Une telle initiative ne peut, en outre, que renforcer la confiance des consommateurs, condition nécessaire au développement du commerce électronique.

Art. 65.– Des contrats conclus par simple courrier électronique

1. Lorsque le contrat est formé par simple courrier électronique, le professionnel n'est pas tenu de fournir les informations suivantes:

- a) les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat;
- b) les modalités d'accès au contrat archivé, lorsque le professionnel procède à l'archivage du contrat;
- c) les langues dans lesquelles le contrat peut être conclu;
- d) les codes de bonne conduite auxquels il est soumis.

2. Les articles 62 et 63 paragraphe 2 ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement par simple échange de courrier électronique.

Cet article vise à transposer les articles 10 paragraphe 3 et 11 paragraphe 3 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique, et permet de simplifier la conclusion de contrats simples qui peuvent être passés par courrier électronique.

Art. 66.– Des sanctions

En cas de non-respect par le professionnel des obligations qui lui incombent en vertu des articles 60, 61, 62, 67 et 72 de la présente loi, le consommateur peut, le cas échéant:

- demander la résolution du contrat à tout moment, sans frais ni pénalité,
- réclamer le remboursement des sommes versées au professionnel en exécution du contrat, et
- demander la réparation dans les meilleurs délais du dommage qu'il aurait subi.

Le présent article vise exclusivement à sanctionner les manquements éventuels du professionnel aux obligations tenant à la présentation, à l'information, et à la loyauté des communications et de l'offre commerciales. Ces sanctions civiles sont indépendantes de celles attachées à l'exercice du droit de rétractation dans la mesure où elles sont destinées à assurer l'effectivité d'obligations de nature différente.

Cette disposition permet au texte de se conformer à la directive 97/7/CE qui impose aux Etats membres de veiller à ce qu'il existe des moyens efficaces pour faire respecter les dispositions de la directive dans l'intérêt des consommateurs.

Chapitre II. Des contrats conclus par voie électronique autres que ceux portant sur des services financiers

Art. 67.– Des informations préalables au consommateur

1. En temps utile avant la conclusion du contrat, le professionnel a l'obligation de fournir au consommateur, sur support durable, outre les différentes étapes à suivre pour réaliser la transaction, les conditions contractuelles et notamment les informations suivantes:

- l'identité et l'adresse du professionnel, et le cas échéant, les coordonnées du prestataire de service de certification auprès duquel ce dernier a obtenu un certificat qualifié, ainsi que les codes de bonne conduite auxquels il est soumis;
- les caractéristiques essentielles du produit ou du service proposé;
- le prix du produit ou du service;
- la monnaie de facturation et le montant des frais de livraison, d'assurance et des taxes applicables;
- la durée de validité de l'offre et du prix, le cas échéant;
- les conditions de la garantie commerciale et du service après-vente;
- les modalités et modes de paiement;
- les modalités de livraison et d'exécution du contrat, ainsi que les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des engagements du professionnel;
- l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation;
- l'absence d'une confirmation des informations dans le cadre de l'article 68 paragraphe 2;
- le mode de remboursement des sommes versées le cas échéant par le consommateur en cas de rétractation de sa part;
- le coût de l'utilisation de la technique de communication électronique utilisée, lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base;
- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an;
- pour les contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service, la durée minimale du contrat;
- les modalités d'accès au contrat archivé;
- les langues dans lesquelles le contrat peut être conclu.

2. Pour les produits et services qui ne sont pas soumis à un droit de rétractation conformément à l'article 69 paragraphe 5, les informations additionnelles suivantes doivent être fournies au consommateur:

- les caractéristiques du système d'exploitation ou de l'équipement nécessaire pour utiliser de manière efficace le produit ou le service commandé;
- le temps approximatif et le coût du téléchargement éventuel d'un produit ou d'un service numérisé, et le cas échéant les modalités et conditions du contrat de licence.

3. En cas de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques scellés ou à télécharger, le professionnel doit prévoir un dispositif technique adapté permettant au consommateur de recevoir, avant l'exécution du contrat, un échantillon du produit ou du service commandé. La réception d'un échantillon doit être assortie d'une possibilité de renoncer à la commande.

L'information complète du consommateur avant la conclusion du contrat est une condition essentielle de la validité de la convention future et de l'intégrité du consentement des contractants. L'obligation d'information mise à la charge du professionnel revêt en matière de commerce électronique une importance d'autant plus considérable qu'il n'existe par définition aucun contact physique possible entre professionnel et consommateur. Dans cette perspective, l'information préalable et complète du consommateur apparaît comme une condition indispensable, non seulement à la protection des consommateurs, mais aussi à la confiance des utilisateurs de ces nouvelles formes de communication et corrélativement au développement du commerce électronique.

Paragraphe 1er: Usant de la faculté laissée aux Etats membres d'offrir si nécessaire aux consommateurs une protection plus étendue que celle qui résulterait d'une transposition stricte de la norme communautaire, la liste proposée à l'article 67 précise ou complète parfois le contenu de l'obligation d'information, dont le principe et les contours d'application ont été fixés par la directive communautaire précitée.

Certaines dispositions visent précisément à répondre aux particularités du commerce électronique, et aux attentes légitimes de ses acteurs, spécialement en matière de sécurité des transactions. Ainsi, le professionnel qui dispose d'un certificat qualifié doit en informer le consommateur, cette indication renforçant à la fois la notoriété et la crédibilité de l'offreur, mais aussi la confiance du consommateur désireux de contracter. De la même manière, et pour des raisons analogues, le professionnel est tenu de communiquer son adresse en tout état de cause, et non plus seulement lorsqu'un paiement anticipé est effectué ainsi que le prévoit la directive.

Au-delà de l'obligation d'information relative à l'identité du professionnel, le présent article renforce la protection du consommateur en ce qu'il développe l'information préalable obligatoire portant sur le contenu de l'offre commerciale et sur les conditions contractuelles proposées.

Considérant que la connaissance du contenu des garanties commerciales éventuellement proposées peut être de nature à influencer sur la décision du consommateur de contracter, ou au contraire de rechercher une solution alternative plus attractive, le présent article fait obligation au professionnel de diffuser les informations concernant notamment les conditions afférentes à la mise en oeuvre des garanties commerciales et/ou du service après-vente proposés.

En ce qui concerne l'information préalable portant sur les conditions contractuelles, le présent article en renforce légèrement le contenu en faisant obligation au professionnel d'informer le consommateur d'une part de l'absence de confirmation des conditions de la transaction lorsque l'opération envisagée entre dans les hypothèses visées par l'article 68 paragraphe 2 de la présente loi, et d'autre part de l'existence mais aussi de l'absence du droit de rétractation selon les cas prévus par le présent chapitre.

L'information préalable et obligatoire du consommateur est enfin étendue aux modes de remboursement des sommes éventuellement versées par le consommateur avant la rétractation. Une telle mesure devrait inciter les entreprises à une plus grande clarté dans leurs politiques de remboursement, favorisant ainsi l'émergence de mécanismes contractuels de remboursement plus efficaces et plus rapides.

S'agissant de la présentation de l'ensemble de ces informations, le professionnel ne doit pas utiliser de techniques visant à attirer l'attention du consommateur sur une partie seulement de l'écran de façon à mettre en évidence certaines informations au détriment d'autres: toutes les informations délivrées doivent être suffisamment lisibles. En toute hypothèse, les règles de droit commun interdisant la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur s'appliquent au commerce électronique, et sont susceptibles de sanctionner aussi bien une inexactitude affectant le contenu de l'information diffusée que la présentation de cette information.

Les informations préalables doivent être fournies au consommateur „en temps utile avant la conclusion du contrat“. Cette rédaction est issue de l'article 4 paragraphe 1 de la directive.

Paragraphe 2: Dans les hypothèses où le consommateur ne bénéficie pas du droit de rétractation certaines informations additionnelles sont exigées, afin de permettre au consommateur de se rendre compte si notamment le produit acheté ou le service demandé est compatible avec les installations techniques dont il dispose, et d'évaluer le temps et le coût approximatif de téléchargement d'un produit ou service numérisés.

Paragraphe 3: Dans le cadre de la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo, ou de logiciels informatiques scellés ou à télécharger, tels que visés à l'article 69 paragraphe 5 – donc non soumis à un droit de rétractation – il est prévu que le professionnel fournisse au consommateur un échantillon du produit ou service proposé, avant la conclusion du contrat.

Le dispositif technique visé doit permettre au professionnel d'envoyer un échantillon au consommateur afin que celui-ci puisse vérifier d'une part que le produit ou le service correspond à l'idée qu'il s'en fait et d'autre part qu'il soit compatible avec son système d'exploitation dans le cas d'un produit à télécharger notamment.

Art. 68.– De la confirmation des informations

1. Le consommateur doit recevoir, au plus tard lors de la livraison du produit ou la prestation du service, sur un support durable, la confirmation des informations mentionnées à l'article 67 et, quand il y a lieu, être informé des conditions d'exercice du droit de rétractation.

Toutefois, lorsque le contrat porte sur la fourniture d'un service ou d'un produit numérisé, la confirmation peut intervenir pendant l'exécution du contrat, si l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin de la période de rétractation prévue à l'article 69 paragraphe 1.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication électronique, dès lors que ces services sont fournis en une seule fois et qu'ils sont facturés par l'opérateur de technique de communication électronique.

Paragraphe 1: Conformément à la directive 97/7, le texte pose le principe d'une confirmation obligatoire des informations données par le professionnel.

Dans un souci de simplification, cette confirmation porte exactement sur les mêmes informations que celles qui doivent être fournies avant la conclusion du contrat (article 67), outre l'indication des conditions d'exercice du droit de rétractation.

La confirmation suppose une démarche positive de la part du professionnel. Il n'appartient pas au consommateur de prendre l'initiative de télécharger ou imprimer les informations qui s'affichent sur son écran, c'est bien le professionnel qui doit s'en charger et présenter l'ensemble des informations requises sur un support durable, directement accessible et à la disposition du consommateur.

Paragraphe 2: Par exception, les informations délivrées ne sont soumises à aucune confirmation obligatoire lorsque le contrat porte sur un service dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication électronique, à condition que le service soit fourni en une seule fois, et qu'il soit facturé par l'opérateur de technique de communication électronique. Cette exception est applicable aux services dont la facturation n'est pas effectuée par le professionnel et que celui-ci ne contrôle donc pas.

Toutefois, on trouve une obligation d'information à ce sujet au stade des informations préalables: le professionnel doit informer le consommateur de l'absence de confirmation des informations pour ce type de services (article 67 paragraphe 1).

Cette obligation d'information, destinée à compenser l'absence de confirmation ultérieure n'est pas imposée par la directive communautaire. Il s'agit donc d'une obligation supplémentaire insérée dans le projet de loi luxembourgeois.

Art. 69.– Du droit de rétractation

1. Pour tout contrat conclu par voie électronique, le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour se rétracter, sans indication du motif.

Toutefois, si le consommateur n'a pas reçu la confirmation prévue à l'article 68, le délai de rétractation est de 3 mois.

Ces délais courent:

- pour les produits, à compter du jour de leur réception par le consommateur,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat.

2. Si cette confirmation intervient pendant le délai de trois mois visé au paragraphe 1, le délai de sept jours recommence à courir à compter de la réception des informations par le consommateur.

3. Le consommateur exerce son droit de rétractation, dans le délai prescrit, sur tout support durable.

Le consommateur doit retourner au professionnel toute somme ou tout bien qu'il a reçu, dans les trente jours suivant la notification de rétractation.

4. L'exercice par le consommateur de son droit de rétractation se fait sans pénalité.

Les seuls frais pouvant être mis à la charge du consommateur sont les frais de retour des marchandises. Ces derniers sont néanmoins supportés par le professionnel:

- si les marchandises ne correspondent pas à la description de l'offre, ou
- si le professionnel n'a pas rempli ses obligations d'information visées aux articles 67 et 68, ou
- si le professionnel n'a pas respecté les délais d'exécution.

En outre, le consommateur doit être remboursé, dans les 30 jours suivant la réception de la notification de la rétractation, des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement.

5. Sauf convention contraire, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au paragraphe 1 pour les contrats:

- de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétraction de sept jours prévu au paragraphe 1;
- de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;
- de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés ou téléchargés par le consommateur;
- de fourniture de journaux, de périodiques et de magazines;
- de services de paris et de loteries.

6. Lorsque le prix d'un produit ou d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par le professionnel ou par un tiers, sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit.

Les modalités d'exercice du droit de rétractation sont directement inspirées de l'article 6 de la directive 97/7. Cependant, un effort de simplification a été entrepris, les dispositions communautaires ne paraissant pas sur ce point d'une clarté suffisante. Si le dispositif proposé est conforme à l'esprit de la directive, le texte proposé ne reprend pas la lettre de l'article 6 précité.

Paragraphe 1 et 2: Le texte proposé envisage deux hypothèses:

- un délai de rétractation de 7 jours applicable lorsque l'obligation de confirmation des informations a été remplie.
- un délai de rétractation de 3 mois applicable lorsque l'obligation de confirmation n'a pas été remplie avec toutefois la possibilité de revenir au délai de 7 jours si la confirmation des informations intervient tardivement.

Paragraphe 3: Le consommateur exerce son droit de rétractation par notification écrite ou sur tout autre support durable, notion définie par l'article 1er de la présente loi.

Paragraphe 4: Il s'agit d'affirmer le principe d'une rétractation sans frais pour le consommateur, sous réserve des frais de retour. Toutefois, ces frais de retour sont mis à charge du professionnel dans trois hypothèses limitativement énumérées.

Le paragraphe précise également que l'exercice du droit de rétractation par le consommateur entraîne le remboursement de toutes les sommes qu'il a pu payer avant d'exercer ce droit.

Paragraphe 5: Ce paragraphe vise les cas dans lesquels le droit de rétractation ne s'exerce pas.

L'article 6 de la directive 97/7 précise notamment que le droit de rétractation ne s'applique pas en cas de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateur. Dans la perspective du commerce électronique, il est apparu nécessaire d'appliquer un régime juridique identique aux logiciels téléchargés, dans la mesure où l'on conçoit difficilement les modalités pratiques d'exercice d'un droit de rétractation en cas de téléchargement. En contrepartie de cette exclusion, le projet prévoit que les informations préalables et complémentaires obligatoirement fournies au consommateur en cas d'achat d'un logiciel scellé soient également exigées avant toute opération de téléchargement.

Paragraphe 6: Ce texte entend régler le sort d'un crédit affecté à une opération particulière lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation et renonce ainsi à l'opération ayant motivé la demande de crédit. Cet article se recoupe partiellement avec l'article 17 de la loi du 9 août 1993 réglementant le contrat à la consommation.

Art. 70.– Des pratiques non conformes

Lorsque le professionnel et l'opérateur de technique de communication électronique constatent des pratiques non conformes aux dispositions du présent chapitre, ils doivent, lorsqu'ils sont en mesure de le faire, y mettre fin.

L'exigence mentionnée dans cet article vise à attirer l'attention du professionnel et de l'opérateur de technique de communication sur les pratiques non conformes aux dispositions du présent chapitre qu'ils

pourraient être amenés à constater, afin qu'ils y mettent fin, dans la mesure où ils seraient techniquement en mesure de le faire.

En ce qui concerne par ailleurs l'exécution du contrat, il n'y a pas lieu de prévoir dans ce texte-ci de dispositions particulières. Les règles qui s'appliqueront seront celles qui devront être prévues dans la future loi sur la vente à distance. Ces règles prévoiront notamment que le professionnel doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de 30 jours à compter du lendemain de sa réception. Le texte devra également prévoir que le défaut d'exécution du contrat par le professionnel entraîne, sauf cas de force majeure, la résolution de plein droit du contrat, sans préjudice de l'obtention éventuelle de dommages et intérêts. Enfin, en cas d'indisponibilité du produit ou du service commandé, le professionnel devra en informer dans les meilleurs délais le consommateur. En tout état de cause, il devra lui rembourser l'intégralité des sommes éventuellement versées au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle le professionnel a eu connaissance de cette indisponibilité.

Chapitre III. Des contrats portant sur des services financiers conclus par voie électronique

Art. 71.– Champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique à la commercialisation et à la fourniture par voie électronique de services financiers tels que définis à l'article 58 de la présente loi.

2. En cas d'opérations successives portant sur le même service financier, et réalisées entre les mêmes parties, les obligations imposées aux professionnels par le présent titre ne s'appliquent qu'à la première opération.

Les dispositions du présent chapitre n'ont pas pour objet de réglementer le contenu des services financiers. Seules leurs modalités de vente sont concernées par les normes impératives édictées par ce texte.

Un service financier peut comporter plusieurs opérations successives, ou encore une série d'opérations distinctes dont l'exécution est échelonnée dans le temps. Les dispositions du présent titre ne s'appliqueront que lors de la première d'une série d'opérations successives, ou lors de la première opération d'une série d'opérations distinctes faisant l'objet d'une exécution échelonnée. A titre d'exemple, ces mesures s'appliqueront au contrat d'ouverture d'un compte mais les opérations de gestion ultérieures réalisées par le consommateur sur ce compte constituent des opérations d'exécution du contrat qui ne seront pas soumises au respect des mêmes règles. En revanche, si le consommateur souhaite acquérir un nouvel instrument de paiement, comme par exemple une carte de crédit, liée à ce même compte, il devra conclure un nouveau contrat conforme aux dispositions du présent chapitre.

Cette disposition transpose l'article 1er paragraphe 2 de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers.

Art. 72.– Des informations préalables au consommateur

1. En temps utile avant la conclusion du contrat, le professionnel a l'obligation de communiquer au consommateur, sur support durable, outre les différentes étapes à suivre pour réaliser la transaction, les conditions contractuelles et notamment les informations suivantes:

- a) l'identité et l'adresse du professionnel ainsi que, le cas échéant, celles de son représentant dans le pays de résidence du consommateur, l'agrément dont il dispose pour exercer son activité, et les références de l'autorité de surveillance qui a délivré cet agrément;
- b) lorsque le consommateur traite avec un professionnel intermédiaire, qui ne fournit pas lui-même le service financier, l'identité et l'adresse de celui-ci ainsi que le statut d'intermédiaire en vertu duquel il traite avec le consommateur;
- c) une description des caractéristiques principales du service financier proposé;
- d) le prix du service ou, lorsque le prix exact du service ne peut être connu, les éléments de calcul de ce prix permettant au consommateur de vérifier le prix au moment de la conclusion du contrat; le prix du service s'entend du prix total que le consommateur paye au professionnel, incluant toutes les taxes versées à celui-ci; lorsque existent d'autres taxes et/ou coûts qui ne sont pas versées au professionnel, ce dernier doit en informer le consommateur; il en est de même de tout coût spécifique supplémentaire lié à l'utilisation de techniques de communication électroniques;
- e) la durée de validité de l'offre ou du prix;
- f) les modes de paiement et de fourniture ou d'exécution du contrat;

- g) l'existence ou non d'un droit de rétractation en application de l'article 73; lorsque le consommateur dispose d'un droit de rétractation, sa durée, les conditions et modalités précises d'exercice de ce droit ainsi que le prix ou les modalités de détermination du prix qu'il sera tenu de payer au professionnel pour le service financier fourni avant la rétractation, en application de l'article 73 paragraphe 4;
- h) la durée minimale du contrat, dans l'hypothèse de services financiers fournis de manière permanente ou répétitive;
- i) les modalités de résiliation du contrat;
- j) les modalités d'accès au contrat archivé;
- k) les langues dans lesquelles le contrat peut être conclu;
- l) l'existence de moyens de recours extrajudiciaires et les moyens pour y accéder et notamment ceux offerts par l'article 58 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

2. Un règlement grand-ducal peut compléter le contenu de l'obligation d'information prévue par le présent article.

3. Lorsque le contrat a été conclu, à la demande expresse du consommateur, au moyen de techniques de communication qui ne permettraient pas au professionnel de lui fournir avant la conclusion du contrat les informations visées au paragraphe 1 du présent article, le professionnel doit transmettre ces informations au consommateur dès la conclusion du contrat.

4. Le consommateur peut à tout moment demander au professionnel de recevoir les conditions contractuelles sur papier et de changer de moyen de communication, sauf si ce changement est incompatible avec le contrat conclu ou avec la nature du service financier fourni.

Avant la conclusion du contrat, le professionnel doit faire parvenir au consommateur un projet de contrat comprenant l'ensemble des conditions contractuelles et spécialement une série d'informations considérées comme importantes. Les informations considérées comme importantes à l'expression d'un consentement libre et éclairé sont:

- * *d'une part le prix du service, sauf si sa détermination est impossible en raison de la nature du service financier proposé. Tel est le cas par exemple de tous les produits financiers tels que les instruments du marché monétaire, les titres négociables, les parts d'OPC et autres systèmes de placement collectif, les contrats à terme et options, ou les instruments sur taux de change et taux d'intérêt. Pour tous ces produits, il n'est pas possible de communiquer au consommateur un prix que le professionnel s'engagerait à maintenir pendant une durée de quatorze jours. Dans cette hypothèse, le prix est alors fixé à la conclusion du contrat avec le consentement exprès du consommateur. En revanche, la prise en considération de cette particularité inhérente aux règles de fonctionnement du marché n'autorise pas le professionnel à s'affranchir des autres modalités de l'obligation préalable qui pèse sur lui, et spécialement de la communication des conditions contractuelles autres que le prix;*
- * *d'autre part, la mention de son droit de rétractation, des délais et modalités d'exercice de ce droit, qui sont applicables en vertu de l'article 73;*
- * *enfin les conséquences attachées à l'exercice éventuel du droit de rétractation. Lorsqu'il exerce son droit de rétractation, le consommateur pourrait être tenu de payer le prix ou une partie du prix du service financier fourni. C'est pourquoi il est indispensable qu'il soit averti, avant la conclusion du contrat des modalités de calcul qui pourraient lui être appliquées et du fait qu'il pourrait se trouver lié par une obligation de paiement.*

Paragraphe 2: Cette disposition vise à permettre d'adapter le texte au cas où la version définitive de la directive conduirait à modifier le contenu de l'obligation d'information préalable tel que défini au paragraphe 1. Cette délégation accordée au pouvoir réglementaire apparaît d'autant plus indispensable que le texte qui sera finalement adopté ne sera vraisemblablement pas une directive d'harmonisation minimale, réduisant d'autant la marge de manoeuvre laissée à chaque Etat membre dans sa transposition.

Paragraphe 3: Cette disposition a pour objet de différer dans le temps les obligations d'informations préalables exigées du professionnel lorsque le consommateur a demandé que le contrat soit rapidement conclu. Par souci de sécurité juridique, il doit s'agir d'une demande expresse du consommateur. Dans cette hypothèse, le professionnel doit communiquer au consommateur toutes les informations requises au paragraphe 1 dès la conclusion du contrat

Paragraphe 4: Le changement de moyen de communication reste possible, à la demande du consommateur, sauf dans certains cas où ce changement peut s'avérer incompatible avec la nature du service fourni (par exemple, contrat portant sur le home banking).

Art. 73.– Du droit de rétractation après la conclusion du contrat

1. Le consommateur dispose d'un droit de rétractation d'une durée de quatorze jours, sans pénalité et sans indication de motif, à compter du jour de la conclusion du contrat ou, dans le cas prévu à l'article 72 paragraphe 3, à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles.

Ces délais sont sans préjudice de délais spécifiques, en particulier dans le cadre de la législation sur les contrats d'assurance.

2. Le droit de rétractation n'existe pas pour les contrats portant sur:

- a) des services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier que le professionnel n'est pas en mesure de contrôler et qui pourrait varier pendant le délai de rétractation, tels que des services portant sur:
 - les opérations de change,
 - les instruments du marché monétaire,
 - les valeurs mobilières et autres titres négociables,
 - les parts d'un organisme de placement collectif,
 - les contrats financiers à terme (*futurs*) y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces,
 - les contrats à terme sur taux d'intérêt (*FRA*),
 - les contrats d'échange (*swaps*) sur taux d'intérêt, sur devises ou les contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (*equity swaps*),
 - les options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente liste, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces (en particulier les options sur devises et sur taux d'intérêt);
- b) des assurances d'une durée inférieure à un mois;
- c) des contrats dont l'exécution a été entièrement achevée, à la demande expresse du consommateur, avant que celui-ci n'exerce son droit de rétractation.

3. Le consommateur exerce son droit de rétractation, dans le délai prescrit, sur tout support durable.

Le consommateur doit retourner au professionnel toute somme et/ou avoirs qu'il a reçus dans les trente jours suivant l'envoi de la notification de rétractation.

4. Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, il ne peut être tenu qu'au paiement soit du prix du service financier effectivement fourni, soit de la partie du prix total du service financier faisant l'objet du contrat au prorata de la période comprise entre le jour de la conclusion du contrat et le jour de l'exercice du droit de rétractation. Cependant, le professionnel ne peut réclamer aucun paiement au consommateur s'il n'a pas rempli son obligation d'information prévue à l'article 72 paragraphe 1 g), ni s'il a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation sans que le consommateur ait expressément donné son consentement à cette exécution.

En outre, le consommateur doit être remboursé, dans les 30 jours suivant l'envoi de la notification de la rétractation, des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement.

5. Lorsque le prix d'un service financier est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par le professionnel ou par un tiers, sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit.

Il en est de même de tout autre contrat, lié au service financier auquel le consommateur a renoncé, que ce contrat concerne ou non des services fournis par le professionnel ou par un tiers.

L'exercice de la faculté de rétractation, déjà étroitement encadré, est exclu pour trois types de contrats: en premier lieu ceux portant sur des produits financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché que le professionnel n'est pas en mesure de contrôler (et dont une liste indicative, non exhaustive est fournie), en second lieu ceux portant sur des assurances-non-vie d'une durée inférieure à un mois, enfin ceux dont l'exécution a été entièrement achevée avant la fin du délai de rétractation.

La première exclusion mentionnée ci-dessus vise à empêcher des manoeuvres spéculatives sur de tels produits. Dans le second cas, la survenance rapide du terme permet au consommateur de se tourner presque aussitôt vers un autre professionnel, sans qu'il soit besoin de lui accorder un délai pour se rétracter. Enfin, la troisième hypothèse permet de couvrir des situations où le service serait entièrement fourni avant la fin du délai de rétractation, situation dans laquelle le professionnel risque d'être dans l'impossibilité de remettre les choses en l'état. Dans cette hypothèse, l'exécution du contrat est cependant soumise à l'acceptation expresse du consommateur.

Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, il peut être tenu de payer au professionnel le coût du service rendu par le professionnel entre le moment de la conclusion du contrat et la rétractation.

Paragraphe 5: Ce texte entend régler le sort d'un crédit affecté à une opération particulière lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation et renonce ainsi à l'opération ayant motivé la demande de crédit. D'une manière plus générale, lorsque le contrat principal est assorti d'un contrat accessoire, l'exercice du droit de rétractation par le consommateur en ce qui concerne le contrat principal doit porter des effets similaires à l'égard du contrat accessoire.

*

TITRE IV

DES PAIEMENTS ELECTRONIQUES

Art. 74.– Des risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique

1. Le titulaire d'un instrument de paiement électronique a l'obligation de notifier à l'émetteur – ou à l'entité désignée par lui – dès qu'il en a connaissance la perte ou le vol de cet instrument ou des moyens qui en permettent l'utilisation, ainsi que toute utilisation frauduleuse.

L'émetteur d'un instrument de paiement électronique doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour cette notification et pour rapporter la preuve qu'il l'a effectuée.

2. Hormis le cas où il s'est rendu coupable d'une fraude, le titulaire d'un instrument de paiement électronique:

- assume jusqu'à la notification prévue au paragraphe précédent les conséquences liées à la perte, au vol ou à son utilisation frauduleuse par un tiers, à concurrence d'un montant fixé par règlement grand-ducal.
- est dégagé de toute responsabilité des utilisations de l'instrument de paiement après la notification.

3. En toute hypothèse, l'utilisation d'un instrument de paiement électronique sans présentation physique de celui-ci ni identification électronique, n'engage pas la responsabilité de son titulaire.

Le partage de responsabilité entre le titulaire et l'émetteur de l'instrument de paiement repose sur la notification de sa perte, de son vol ou de son utilisation frauduleuse par un tiers.

Jusqu'à la notification, le titulaire n'assume en principe les risques d'une utilisation frauduleuse de l'instrument de paiement qu'à concurrence d'un montant déterminé par voie de règlement grand-ducal. Après la notification, les risques sont entièrement supportés par l'émetteur.

Le dernier paragraphe vise en particulier les paiements effectués par simple transmission du numéro apparent d'une carte de crédit pour lesquels la responsabilité du titulaire se trouve dégagée.

Art. 75.– Des paiements anonymes

Les fournisseurs qui offrent à la vente des produits ou services acheteables pour des montants inférieurs à 50.000 francs doivent accepter les moyens de paiement anonymes.

Cette disposition tend à renforcer le droit à l'anonymat des consommateurs. Elle est inspirée d'une règle préconisée par l'OCDE.

Toutefois, le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 mai 2000, émet quelques réserves au sujet des dispositions relatives aux paiements électroniques, estimant que la faculté de procéder à des paiements en monnaie électronique pourrait poser certaines difficultés au regard de la lutte internationale contre le blanchiment, dans la mesure où un nombre très important d'opérations de paiement électronique peut être réalisé simultanément ou, en tout état de cause, en un temps très limité.

L'ABBL est sensible aux efforts de lutte contre le blanchiment d'argent. C'est pourquoi il est ici proposé de n'autoriser de tels paiements que dans la limite d'un montant fixé volontairement très bas. L'ABBL est d'avis que ne devrait pas être interdit pour le commerce électronique ce qui est permis à tout un chacun dans ses achats journaliers.

*

TITRE V¹

DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES INTERMEDIAIRES

Les questions traitées au titre V du texte doivent transcrire en droit national les articles 12, 13, 14 et 15 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique. Il s'agit de limiter la responsabilité de certains intermédiaires dans la transmission d'informations par la voie électronique.

La bonne compréhension de cette mesure exige quelques explications sur les intervenants dans la mise à disposition d'informations sur Internet. En simplifiant, on peut y distinguer les fonctions suivantes:

- Un auteur ou producteur conçoit un message qui peut être de nature très diverse. Il peut s'agir d'un article de presse, d'un message publicitaire, d'un message privé, d'une oeuvre d'art, d'une base de données ou encore d'un programme informatique. Tout ce qui peut être véhiculé par la voie électronique est susceptible d'être une information au sens visé ici. On appellera auteur ou producteur celui qui en est à l'origine et qui a décidé de communiquer ce message à d'autres, à savoir au public ou à un cercle d'internautes plus restreint.*
- Pour atteindre le ou les destinataires, l'information doit être transmise sur un réseau de communication. Cette transmission se fait en pratique par un serveur sur Internet. Ce serveur est mis à disposition par un prestataire de services électroniques qui n'est en général qu'un intermédiaire qui ne porte aucun intérêt à l'information qu'il met sur le réseau. Il peut, soit communiquer l'information directement, soit l'héberger chez lui afin qu'elle soit à disposition des destinataires. Cette dernière hypothèse est celle du prestataire de service qui offre sur son serveur l'hébergement du site Internet de son client.*
- Pour que l'information sur le réseau soit accessible, un autre prestataire de service offre au public l'accès au réseau. Ce fournisseur d'accès se considère lui aussi en règle générale comme un prestataire intermédiaire entièrement désintéressé du contenu de l'information qui serait pourtant inaccessible sans lui.*
- Finalement, on distingue le client du fournisseur d'accès qu'on peut encore désigner par le terme d'utilisateur. Une grande partie des informations véhiculées sur le réseau Internet est accessible à l'ensemble des internautes. Mais les informations peuvent aussi n'être destinées qu'à un cercle restreint de personnes ou à une personne seulement. Cette dernière hypothèse est celle du courrier électronique (E-mail).*

Suivant leurs destinataires, les informations peuvent obéir à des régimes juridiques très différents, mais que l'on peut tenter de classer suivant la largeur de leur diffusion.

(1) Ainsi un service public d'information, tel un service météo, une publicité, un site universitaire ou la mise à disposition d'images qui peuvent être scientifiques, artistiques, érotiques ou autre, doit être considéré comme régi par un régime de communication publique issu de leur caractéristique essentielle: la diffusion publique. Il est en cela soumis aux règles qui s'appliquent à l'ensemble des médias. Les régimes essentiels susceptibles de s'appliquer à cette catégorie sont la législation relative à la presse (à Luxembourg, la loi du 20 juillet 1869 sur la presse et les délits commis par les divers moyens de communication) et la législation protégeant les droits d'auteur (à Luxembourg, la loi du 29 mars 1972 sur les droits d'auteur).

La législation sur la presse fait supporter la responsabilité „éditoriale“ pour les délits de presse aux auteurs, coauteurs et complices. L'auteur d'une infraction de presse n'est pas automatiquement l'auteur de l'oeuvre au sens de la législation protégeant les droits d'auteurs. Peuvent être auteurs d'un délit de presse, tous ceux qui y ont contribué. L'imprimeur, l'éditeur et le distributeur ne sont mis hors cause que si le véritable auteur a été identifié. Il en découle que, sur un réseau de communication électronique, le serveur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme coauteur ou complice puisqu'ils ont contribué à rendre possible le délit.

La législation protégeant les droits d'auteur donne à l'auteur d'une oeuvre – en ce compris des programmes informatiques – un droit de propriété incorporelle qui est protégé contre toute atteinte par la sanction frappant le délit de contrefaçon. Dans le contexte des communications par voie électronique, le

¹ Au vu de la volonté des autorités de traiter de la protection des données nominatives dans un projet de loi à part, il a été renoncé entièrement à cette partie dans le présent projet.

serveur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme les contrefacteurs d'une oeuvre qu'ils ont aidé à reproduire et à diffuser. Ils encourent un risque civil pour la réparation du dommage causé, un risque pénal et même la confiscation de leur matériel.

Des régimes plus spécifiques sont aussi en cause, telle l'interdiction de la publicité pour le tabac, l'alcool, etc.

Enfin, personne n'échappe aux articles 1382 et ss. qui obligent à réparer les dommages dont on doit répondre. Là encore le serveur et le fournisseur d'accès sont susceptibles d'être considérés comme ayant contribué à causer un dommage.

*(2) Aux services publics d'information, on doit opposer les **services de communication** comme la messagerie électronique (E-mail) ou l'établissement d'un forum, ils peuvent être soumis à des corps de règles différents.*

Le corps de règles essentiel auquel il faut réfléchir dans ce contexte est celui du secret des communications, plus couramment connu en droit luxembourgeois sous la terminologie utilisée par l'article 28 de la Constitution qui traite de l'inviolabilité du secret des lettres. Le principe est aussi consacré par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui parle du droit au respect de la correspondance. La loi y revient par l'article 460 du Code pénal et par l'article 2 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée. La terminologie restrictive des textes d'origine luxembourgeoise fait craindre que le principe pourrait être limité au courrier postal. Il est encore rendu attentif à cet égard au commentaire du projet sous les articles 55 à 57 qui fait l'analogie des données électroniques en mouvement et des communications téléphoniques. Il paraît utile de clairement appliquer le principe du secret des communications aux services de communication à travers un réseau de services de communication. Interdire de façon non équivoque aux prestataires de services intermédiaires de violer le secret des communications revient aussi à les dégager de toute obligation de surveillance systématique des messages par voie électronique ce qui les dégage dès lors de toute responsabilité quant au contenu.

Les messages véhiculés par un service de communication sont susceptibles de répondre à d'autres responsabilités, elles aussi en dehors de la responsabilité „éditoriale“. Ainsi tout message communiqué dans un forum, de même qu'un message électronique individuel sont-ils susceptibles de porter atteinte aux bonnes moeurs ou aux droits d'auteur. Ils peuvent aussi constituer une diffamation ou causer autrement un dommage visé par le régime de la responsabilité délictuelle. Dans tous ces cas de figure, les professionnels qui agissent uniquement comme intermédiaires ont un intérêt évident à être dégagés de toute obligation.

Art. 76.– Du secret des communications et de l'absence d'obligation de surveillance

1. Les prestataires intermédiaires de services électroniques qui fournissent les services visés à l'article 78, n'ont pas l'obligation de surveiller le contenu des informations qu'ils transmettent ou stockent, ni l'obligation de rechercher activement des faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

2. Lorsque les prestataires intermédiaires de services électroniques transmettent des messages électroniques réservés à des destinataires identifiés par une adresse personnalisée, ils sont soumis au secret des communications.

3. Quiconque a violé le secret des communications en prenant connaissance du contenu d'un message électronique ou en le supprimant, sans l'accord de l'expéditeur ou du destinataire, est puni des peines prévues à l'article 460 du Code pénal.

4. Toutefois, ne viole pas le secret des communications, celui qui, chargé de l'entretien ou de la surveillance d'un dispositif permettant la transmission de message à travers un réseau électronique, a nécessairement pris connaissance du contenu du message pour s'assurer du bon fonctionnement de la transmission.

5. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent sans préjudice d'une surveillance ou d'un accès relatifs aux informations transmises lorsqu'ils ont lieu en vertu d'une autorisation ou d'une obligation légale, même antérieure à la présente loi.

Cet article est inspiré de l'article 15 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique. Il pose le principe de l'absence d'obligation générale de surveillance. De plus, lorsqu'il s'agit de transmettre des messages électroniques personnalisés, le secret des communications leur est applicable. Il s'agit d'étendre à la messagerie électronique le secret des lettres consacré en droit luxembourgeois par l'article 28 de la Constitution, par l'article 460 du Code pénal et par la loi du 11 août 1982

concernant la protection de la vie privée. Néanmoins, les exceptions légales qui valent pour toute obligation de secret restent entières. Ainsi, les autorités judiciaires peuvent demander aux prestataires intermédiaires de les informer dans le cadre de leur mission légale, notamment en application des articles de la présente loi traitant de l'instruction pénale.

Art. 77.– De l'exonération de responsabilité

Dans l'accomplissement des fonctions visées à l'article 78, les prestataires intermédiaires de services électroniques ne peuvent être considérés comme

- auteur, producteur, éditeur, imprimeur ou distributeur d'une information qu'ils traitent;
- auteur, coauteur ou complice d'un délit commis par la voie de la presse ou par toute autre voie de publication;
- auteur, coauteur ou complice d'un délit de contrefaçon commis en violation de droits d'auteur;
- responsable, au sens des articles 1382 à 1384 du Code civil, d'un dommage causé par une information qu'ils traitent.

Le but de la règle consacrée par la directive et par cet article est d'éviter qu'à défaut de pouvoir localiser ou appréhender l'auteur d'un dommage, les intermédiaires chargés de la transmission sur ou de l'accès à un réseau de communication du type Internet ne soient systématiquement pris à partie. Ils ne deviennent pas totalement irresponsables pour autant. Le cadre de l'exonération de responsabilité est étroitement défini par l'article qui suit et même dans ce cadre, ils restent soumis aux obligations qu'ils ont conventionnellement accepté de prendre. Ainsi la responsabilité contractuelle de quelqu'un qui s'est engagé à fournir certaines informations peut-elle rester entière.

La législation sur la presse ou sur la protection des droits d'auteur n'a pas été plus spécifiquement désignée dans le texte pour lui laisser son caractère très général et pour tenir compte du fait que ces deux corps de règles sont en pleine mutation par un futur projet de loi sur la presse et par la future transposition du droit européen en matière du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Par ailleurs les délits commis par la voie de la presse ou par toute autre voie de publication incluent aussi d'autres délits, comme par exemple ceux qui relèvent de la législation applicable à la publicité.

Art. 78.– Des services visés aux articles 76 et 77

Le paragraphe 1 de l'article 76 et l'article 77 visent les prestataires de service intermédiaires qui fournissent les services suivants:

- (1) la transmission, sur un réseau de communications, d'informations fournies par l'utilisateur du service et la fourniture d'un accès au réseau de communications, à condition que le prestataire:
 - a) ne soit pas à l'origine de la transmission;
 - b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et
 - c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au présent point englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communications et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

- (2) la transmission sur un réseau de communications des informations fournies par un utilisateur du service pour le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres utilisateurs du service, à condition que le prestataire:
 - a) ne modifie pas l'information;
 - b) se conforme aux conditions d'accès à l'information;
 - c) se conforme aux règles et usages professionnels concernant la mise à jour de l'information;
 - d) n'interfère pas dans la technologie, conformément aux usages professionnels, qui est utilisée dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information.

Dans cette fonction, le prestataire de services intermédiaire ne peut se prévaloir de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 77 qu'à la condition qu'il agisse promptement pour retirer l'information, ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible, dès qu'il a effectivement connaissance de l'un des faits suivants:

- l'information a été retirée de là où elle se trouvait initialement dans le réseau,

- l'accès à l'information a été rendu impossible,
 - une autorité compétente a ordonné le retrait de l'information ou interdit son accès.
- (3) le stockage des informations fournies par un utilisateur du service et stockées à la demande de celui-ci.

Dans cette fonction, le prestataire de services intermédiaire ne peut se prévaloir de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 77 qu'à la condition:

- a) qu'il n'ait pas effectivement connaissance que l'activité est illicite et, en ce qui concerne une action en dommage, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité illicite est apparente, et
- b) qu'il agisse, dès le moment où il a de telles connaissances, promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible, et
- c) que l'utilisateur du service n'agisse pas sous son autorité ou sous son contrôle.

Ces dispositions sont directement inspirées de la directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique. Dans un cadre d'activité très précis, les prestataires de services ne sont pas responsables du contenu de l'information transmise. Ces exemptions sont énumérées limitativement.

Le point 1 traite de l'activité de transport et son corollaire le stockage éphémère. Le fait qu'un prestataire procède automatiquement à une transmission à la demande d'un utilisateur de son service ne doit pas avoir pour conséquence qu'il puisse être considéré comme l'auteur de la transmission. Les Anglais utilisent à cet effet le terme de „mere conduit“.

Techniquement, pour transporter des informations d'un point A à un point B, il faut faire un stockage technique de l'information. Mais il s'agit d'un stockage automatique, intermédiaire et transitoire qui est considéré comme faisant nécessairement partie intégrante de l'activité de transmission. La durée du stockage des informations ne doit pas dépasser le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Ce stockage ne doit pas être confondu avec le „caching“ visé au point 2 de l'article. Il s'agit là de copies que fait le prestataire dans le but de mettre les informations à la disposition d'utilisateurs ultérieurs. Le „caching“ fait en permanence des copies automatiques et temporaires selon un processus non surveillé donc sans accès au contenu. Il rend plus efficace la transmission par son effet d'accélération.

Sous litera b) on entend par conditions d'accès à l'information tout ce qui a pour objectif de rendre conditionnel l'accès à un site. Il s'agit de systèmes techniques protégeant l'intérêt économique de la personne qui a mis en place le service.

Sous litera c) les termes de „standards de l'industrie“ utilisés par la directive ont été correctement renommés „usages professionnels“ car ils ne visent pas une procédure de standardisation, mais bien des normes professionnelles utilisées par tous, par exemple des pratiques technologiques pour les mises à jour.

Sous litera d), est visée la technique qui permet d'obtenir des données sur les utilisateurs de l'information, par exemple les technologies qui permettent de savoir combien il y a de visiteurs par jour sur un site Internet. Là non plus, l'intermédiaire ne doit interférer.

Le point 3 est inspiré de l'article 14 de la directive. Il permet une limite de responsabilité en ce qui concerne l'activité de stockage des informations fournies par les utilisateurs du service, stockage effectué à leur demande (par exemple, fourniture d'un espace serveur pour le site web d'une entreprise). Cette activité est plus connue sous le terme d'hébergement.

Le principe posé ici est le suivant: dès que le prestataire a effectivement connaissance ou aurait dû avoir connaissance de faits illicites, il doit agir. S'il reste inactif, il risque d'engager sa responsabilité.

Le prestataire doit donc prendre rapidement des mesures pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Ce principe énoncé sous litera b) constitue une base sur laquelle les différentes parties intéressées peuvent effectivement mettre en place des procédures permettant de notifier au prestataire de services des informations qu'ils considèrent comme illicites, et obtenir le retrait de ces informations ou une interdiction d'accès (procédures parfois appelées „procédures de notification et de retrait“, „notice and take down procedures“).

Enfin le cas où le prestataire fournit plus que de l'hébergement, mais contrôle, même indirectement, le contenu de l'information lui interdit d'invoquer l'exemption de responsabilité.