

N° 4641²**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 le code d'instruction criminelle et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers et la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

* * *

**AMENDEMENTS ADOPTES PAR LA COMMISSION DE L'ECONOMIE,
DE L'ENERGIE, DES POSTES ET DES TRANSPORTS****DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(27.6.2000)

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous informer que la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports vient d'examiner lors de ses réunions du 21 et 27 juin 2000 le projet de loi sous objet, ainsi que l'avis du Conseil d'Etat y relatif.

La Commission voudrait vous signaler qu'elle a l'intention de tenir compte dans une large mesure des observations formulées par votre Haute Corporation.

Un certain nombre d'amendements ont toutefois également été adoptés par la Commission, amendements que vous trouverez ci-après, tout comme un commentaire des articles y relatif ainsi que quelques réflexions d'ordre général et des commentaires supplémentaires concernant la position adoptée par la Commission.

Copie de la présente est adressée pour information à Monsieur François Biltgen, Ministre aux Relations avec le Parlement, et à Monsieur Henri Grethen, Ministre de l'Economie.

Tout en espérant que le Conseil d'Etat sera en mesure d'aviser les présents amendements dans un délai permettant à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi 4641 avant les vacances parlementaires – vu les potentialités pour l'économie luxembourgeoise qu'offre une adoption aussi rapide que possible de ce projet de loi – je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma très haute considération.

Jean SPAUTZ

Président de la Chambre des Députés

*

ANNEXE

A. Amendements au projet de loi proposés par la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports (suite à l'avis du Conseil d'Etat)*Intitulé du projet de loi:*

La référence au code pénal et au code d'instruction criminelle est supprimée.

Il convient également de ne pas se référer à la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Article 1er:

Dans la définition du prestataire établi remplacer dans la dernière phrase „en tant que tel“ par „en tant que telles“.

Dans la définition du destinataire remplacer „de l'information“ par „une information“.

Article 2:

Dans le paragraphe 2 premier tiret, les termes „ou de professions équivalentes dans la mesure où ils supposent un lien direct et spécifique avec l'exercice d'une autorité publique“ sont à supprimer.

Remplacer le libellé du paragraphe 4 par le libellé suivant: „la loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils présentent.“

Dans le paragraphe 5 remplacer „pour les obligations contractuelles de contrats conclus avec des consommateurs“ par „pour les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs“.

Dans le paragraphe 5, remplacer „il est fait exception“ par „il peut être fait exception“.

Dans le paragraphe 5, ajouter un troisième tiret:

„la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat“

Le nouveau paragraphe 6 s'écrit comme suit:

„Les autorités administratives peuvent restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre lorsque ledit service représente un risque sérieux et grave d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection des consommateurs ou porte atteinte à ces objectifs. Les restrictions précitées doivent être nécessaires et proportionnées à ces objectifs. Elles doivent être préalablement notifiées de manière adéquate à la Commission européenne et à l'Etat membre dans lequel le prestataire dudit service de la société de l'information est établi. Et l'Etat membre concerné ne doit pas avoir pris de mesures ou pris des mesures insuffisantes.“

Article 4:

Remplacer le libellé de l'article 4 par le libellé suivant:

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

Sous-section 1 du chapitre I du titre II:

Remplacer l'intitulé de la sous-section 1 du chapitre 2 consacré aux prestataires de services „des prestataires de services de certification“ par „dispositions communes“.

Article 13:

Il y a lieu d'écrire „... par règlement grand-ducal“ au lieu de „... par un règlement grand-ducal“.

Article 14:

Rajouter après „supprimé.“ la phrase suivante: „Le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, pris en exécution de l'article 1348 du code civil, continue à produire ses effets sur la base de l'article 13 de la présente loi.“

Article 17:

La définition du certificat qualifié est modifiée comme suit: *„un certificat qui satisfait aux exigences fixées sur base de l'article 25 de la présente loi.“*

La définition de l'Autorité nationale d'accréditation est modifiée comme suit: *„... le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, qui dirige et gère, par ses services, un système d'accréditation et qui se prononce sur l'accréditation.“*

Rajouter une définition de *„l'accréditation volontaire, toute autorisation indiquant les droits et obligations spécifiques à la fourniture de services de certification, accordée, sur demande du prestataire de service de certification concerné, par l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance chargée d'élaborer ces droits et obligations et d'en contrôler le respect, lorsque le prestataire de service de certification n'est pas habilité à exercer les droits découlant de l'autorisation aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu la décision de l'organisme“.*

- *In fine rajouter une définition de „l'autorité nationale de surveillance“:*
- *„L'Autorité nationale de surveillance, est le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques qui émettent des certificats qualifiés.“*

Article 18:

Dans le paragraphe remplacer *„une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature“* par *„une signature électronique créée par des moyens“.*

Article 19:

Dans le paragraphe 4 supprimer la formulation utilisée et la remplacer par la formule suivante:

„Les auditeurs mandatés par l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance sont tenus au secret professionnel et, en cas de violation de ce secret, passibles des peines prévues par l'article 458 du Code pénal.“

Article 20:

Supprimer le paragraphe 1.

Dans le paragraphe 3 remplacer *„La véritable identité du titulaire ne pourra être révélée par le prestataire de services 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 ...“* par *„la véritable identité du titulaire ne pourra être révélée par le prestataire de services de certification que si le titulaire a marqué son consentement ou que cette révélation est autorisée ou imposée en vertu des dispositions du Code pénal ...“.*

Article 21:

Remplacer *„dispositif de création de signature qu'il utilise ...“* par *„données afférentes à la création de signature“.*

Article 23:

Ajouter l'intitulé à l'article: *„de l'acceptation des certificats“*

Intervertir les articles 23 et 24.

Article 25:

Modifier le paragraphe 1 comme suit: *„Pour pouvoir émettre des certificats qualifiés, les prestataires de service de certification doivent disposer des moyens financiers et des ressources matérielles, techniques et humaines adéquates pour garantir la sécurité, la fiabilité et la pérennité des services de certification offerts. Ces exigences peuvent être précisées par voie de règlement grand-ducal.“*

Le paragraphe 4 est complété par l'ajout du terme *„accrédité“* après les termes: *„... peut être délivré tant par un prestataire de service de certification.“*

Article 26:

Cet article est supprimé.

Article 28:

Faire précéder les 2ème et 3ème tirets du paragraphe 1 à chaque fois de „à“.

Dans le paragraphe 3 rajouter *in fine* „et discernables par les tiers“.

Supprimer le libellé du paragraphe 4 et le remplacer par „*Les dispositions des paragraphes 1 à 3 sont sans préjudice de la loi du 25 août 1983 relative à la protection du consommateur modifiée par la loi du 26 mars 1997*“.

Nouvel article 30 intitulé „la surveillance“:

„§1.– *L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance veille au respect par les prestataires de services émettant des certificats qualifiés des exigences contenues dans les articles 19 à 28 de la présente loi et dans les règlements grand-ducaux pris en application.*

§2.– *Tout prestataire émettant des certificats qualifiés doit notifier la conformité de ses activités aux exigences de la présente la loi et des règlements grand-ducaux.*

§3.– *L'autorité nationale tient un registre des notifications.*

§4.– *Sur réclamation de toute personne concernée, l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance vérifie ou fait vérifier que le prestataire de services de certification est conforme aux dispositions légales et réglementaires concernant les certificats qualifiés.*

§5.– *L'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance peut recourir à des auditeurs externes afin de vérifier la conformité des prestataires de services de certification aux exigences de la présente loi et de ses règlements d'exécution.*

§6.– *Un règlement grand-ducal fixe les procédures d'exécution de la surveillance du présent article et la qualification des auditeurs visés au paragraphe précédent.*“

Article 30 (nouvel article 31):

Supprimer le dernier alinéa désignant le ministère de l'Economie en tant qu'autorité nationale d'accréditation et de surveillance.

Article 32 (nouvel article 33):

Au paragraphe 4 remplacer „dans le délai de (un) mois“ par „dans le délai de un mois“.

Article 33 (nouvel article 34):

Au paragraphe 3 remplacer „conformément à l'article 28“ par „conformément à l'article 27“.

Articles 36 à 56:

Ces articles relatifs aux dispositions pénales sont supprimés.

Article 59 (nouvel article 60):

Dans le paragraphe 3 rajouter après „et respectent le souhait de ces personnes“ la phrase suivante: „*L'inscription des personnes physiques sur un ou plusieurs registres d'opt out se fait sans frais pour ces personnes.*“

Dans le paragraphe 3 mettre après „registres d'opt out“ la précision suivante „*désignés par règlement grand-ducal*“.

Dans le paragraphe 3 *in fine* remplacer „Dans le cas contraire, les autorités compétentes peuvent prendre des sanctions contre ces prestataires. Les autorités compétentes et les sanctions seront déterminées par règlement grand-ducal“ par „*Est puni d'une amende de dix mille un à deux cent mille francs, tout prestataire n'ayant pas respecté le souhait des personnes inscrites sur un ou plusieurs registres d'opt out.*

L'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la personne lésée“.

Article 61 (nouvel article 62):

Dans le paragraphe 1 dans le 3ème tiret les mots „contrats de caution et de garantie“ sont remplacés par „les contrats de sûretés et les garanties“.

Article 62 (nouvel article 63):

Pour l'intitulé de l'article mettre „des techniques“ entre guillemets.

Dans le paragraphe 1 alinéa c) remplacer la rédaction actuelle par une formulation plus claire: „les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu.“

Article 64:

Dans le paragraphe 1 rajouter au début, „Le prestataire a l'obligation de fournir au consommateur, de manière claire et compréhensible ...“.

Article 66 (nouvel article 67):

Dans le paragraphe 2 rectifier le délai de rétractation: il n'est pas de 14 jours mais de 7 jours.

Dans le paragraphe 4 alinéa a), il convient d'opérer la même rectification et remplacer le délai de 14 jours par un délai de 7 jours.

Dans le paragraphe 4 supprimer l'alinéa h).

Article 67 (nouvel article 68):

Dans le paragraphe 1 supprimer la dernière phrase.

Dans le paragraphe 3 il y a lieu de remplacer „toutes sommes qu'il a reçues de ce dernier“ par „toutes sommes qu'il a perçues de ce dernier“. Et remplacer la dernière phrase par „Ce délai court du jour où le prestataire a reçu la notification de la rétractation“.

Dans le paragraphe 4 le libellé de la dernière phrase est remplacé par le libellé suivant:

„Ce délai court du jour de l'envoi de la notification de la rétractation par le consommateur.“

Article 71 (nouvel article 72):

Dans l'intitulé de l'article supprimer le texte en parenthèses.

Dans l'alinéa c) du paragraphe remplacer le libellé actuel par „qu'il ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission“.

Article 72 (nouvel article 73):

Remplacer l'intitulé de l'article par „forme de stockage dite caching“.

Au point e) remplacer les termes „qu'un tribunal ou une autorité administrative“ par ceux de „qu'une autorité judiciaire ou administrative“.

Article 73 (nouvel article 74):

Au point a) *in fine* remplacer la formulation actuelle par „qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels le caractère illicite de l'activité ou de l'information est apparent“.

Article 75 (nouvel article 76):

Supprimer les paragraphes 3 et 4.

Dans le paragraphe 1, 2, 3 et 4 remplacer „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Dans le paragraphe 2 remplacer „instrument rechargeable“ par „instrument de paiement électronique rechargeable“. Remplacer dans le paragraphe 2 „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Article 77 (nouvel article 78):

Remplacer „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Remplacer les termes „*pendant une période d'au moins cinq ans*“ par „*pendant une période de trois ans*“.

Article 78 (nouvel article 79):

Remplacer „*instrument de transfert électronique de fonds*“ par „*instrument de paiement électronique*“.

Article 79 (nouvel article 80):

Dans l'intitulé remplacer „*instrument de transfert électronique de fonds*“ par „*instrument de paiement électronique*“.

Idem dans le paragraphe 1. Et remplacer „*instrument rechargeable*“ par „*instrument de paiement électronique rechargeable*“.

Idem paragraphe 2.

Idem paragraphe 3.

Dans le paragraphe 1 après „*L'émetteur d'un instrument de paiement électronique doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer cette notification*“ rajouter „*et pour rapporter la preuve qu'il l'a effectuée*“.

Dans le paragraphe 2 remplacer „*hormis les cas où*“ par „*sauf dans les cas où*“.

Dans le paragraphe 2 in fine rajouter „*Ce montant ne peut dépasser 150 euros*“.

Article 80 (nouvel article 81):

Remplacer „*instrument de transfert électronique de fonds*“ par „*instrument de paiement électronique*“.

Article 81 (nouvel article 82):

Remplacer la référence à la loi budgétaire pour l'exercice 1999 par celle à la loi budgétaire pour l'an 2000.

Remplacer „*de deux agents de la carrière supérieure de l'Etat*“ par „*de trois agents de la carrière supérieure de l'Etat*“.

Nouvel Article 84:

Un nouvel article est adopté, il stipule que „*dans toute disposition légale ou réglementaire future, la référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du ... relative au commerce électronique”*“.

B. Commentaire des articles du texte amendé (suite à l'avis du Conseil d'Etat)

Intitulé du projet de loi:

La référence au code pénal et au code d'instruction criminelle doit être supprimée, puisque les art. 36 à 56 relatifs aux dispositions pénales ont été enlevés du projet de loi.

Comme le souligne le Conseil d'Etat la référence à la directive 1993/13/CEE n'est pas appropriée car elle n'est pas visée ici.

Article 2:

Les termes de professions équivalentes à un notaire ne correspondent pas à une activité précise au Luxembourg.

Dans le paragraphe 4 il convenait de transposer la notion de domaine coordonné définie dans l'article 2 alinéa h) de la directive „commerce électronique“. Pour cela la proposition du Conseil d'Etat a été reprise en partie.

Concernant le paragraphe 5, il faut préciser que la loi du domicile du consommateur peut s'appliquer en vertu de la Convention de Rome mais que ce n'est pas obligatoirement le cas.

Le nouveau §6 de l'article 2 transpose l'article 3§4 et §5 de la directive dite „commerce électronique“ qui prévoit une procédure qui règle la façon de déroger à la libre circulation des services. Cette procédure est prévue pour des objectifs fondamentaux tels que la protection des consommateurs, la protection de l'ordre public.

Elle prévoit un système de double notification, l'une à l'Etat membre où le prestataire est établi, l'autre à la Commission européenne.

Article 4:

La référence à la législation relative au droit d'établissement au Luxembourg est indispensable, on ne saurait créer deux régimes entre le commerce offline et online.

Intitulé de la sous-section 1 du chapitre I du titre II:

Cette sous-section a été reformulée afin d'éviter les répétitions.

Article 13:

Rectification d'une erreur matérielle.

Article 14:

Le Conseil d'Etat soulève la question de savoir si le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, pris en exécution de l'article 1348 du code civil, continuera à produire ses effets, une fois qu'une de ses bases légales (l'article 1348 du code civil) aura été abrogée. Afin d'éviter cette incertitude le Ministère de la Justice a proposé cet amendement.

Article 17:

Il convenait de définir l'autorité chargée d'assurer la surveillance des prestataires de services de certification.

La définition de l'accréditation volontaire est directement inspirée de la directive 1999/93/CE. La définition de l'accréditation tirée du Guide ISO est ainsi complétée. Cette définition traduit la volonté d'assurer par l'accréditation volontaire, la confiance, la sécurité et la qualité exigées par l'évolution du marché.

Article 18:

Cette modification est nécessaire car le signataire peut garder sous son contrôle les moyens de création de la signature (clé privée) par contre il ne peut pas contrôler le dispositif de création de signature qui est un logiciel; cette maîtrise du dispositif sécurisé de signature sera plutôt le fait du prestataire de services de certification.

Cette modification transpose l'article 2.2 alinéa c, qui définit la signature électronique avancée, de la directive relative à un cadre communautaire sur les signatures électroniques.

Article 19:

Un changement de terminologie a été rendu nécessaire.

Article 20:

La transposition de l'article 8§1 de la directive 1999/93 sera assurée par le projet de loi relatif à la protection des données personnelles.

Le titulaire ne peut refuser de divulguer son identité si la loi l'exige.

Article 21:

Même modification que dans l'article 18 et pour les mêmes raisons.

Article 25:

Cet article servira de base légale aux règlements d'exécution appelés à déterminer les exigences de sécurité et de fiabilité auxquelles devront satisfaire les prestataires de service de certification qui entendent émettre des certificats qualifiés, ainsi que les informations que ces certificats doivent contenir.

Article 26:

La suspension a été supprimée car elle risque d'apporter plus d'inconvénients que d'avantages. En effet, elle pourrait créer des situations difficiles pour les prestataires si la suspension est faite à tort, par ailleurs elle risque de rendre l'harmonisation avec les autres pays membres plus difficile car tous n'auront pas un système de suspension.

Article 28:

Il ne suffit pas que les limites soient inscrites dans le certificat, elles doivent être discernables par les tiers.

Dans le paragraphe 4 la loi du 26 mars 1997 porte notamment transposition des directives 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs; modifie la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur (Mémorial A No 30 du 29 avril 1997).

Nouvel article 30:

Cette autorité nationale exerce une fonction de surveillance conformément à l'article 3 §3 de la directive „signatures électroniques“.

Les obligations qui pèsent sur les prestataires émettant des certificats qualifiés figurent non seulement dans les articles 22 à 27 propres à l'émission de certificats qualifiés mais aussi dans les articles 19 à 21 qui sont les obligations auxquelles sont tenus tous les prestataires de services donc y compris les prestataires émettant des certificats qualifiés.

Article 33:

Rectification d'une erreur matérielle.

Articles 36 à 56:

Suite à l'avis du Conseil d'Etat ces articles sont supprimés et seront traités dans un projet de loi complémentaire.

Article 59:

La mise à disposition des listes d'opt out doit se faire sans frais pour les personnes physiques. Ces listes vont être élaborées et sont en train de l'être au niveau européen et international, par les opérateurs c'est-à-dire les prestataires de services de la société de l'information. En cas d'irrespect une sanction d'amende s'avèrera dissuasive.

Dans le paragraphe in fine le projet s'est inspiré de l'article 2 de la loi du 11 août 1982 concernant la vie privée (Mém.1982, 1840). En effet, l'atteinte semble similaire.

Article 61:

Le terme „sûretés“ est plus large que celui de caution.

Article 62:

Dans le paragraphe 1 alinéa c) la rédaction a été améliorée pour plus de clarté.

Article 64:

Il n'y a pas seulement lieu de réserver l'application des obligations d'information spécifiques aux services financiers. Sont par exemple applicables au titre de l'acquis communautaire, les obligations d'information imposées aux agents de voyages par la loi du 14 juin 1994 portant réglementation des conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours, et portant transposition de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

Article 66:

L'alinéa h) du paragraphe 4 a été supprimé conformément à la volonté du Conseil d'Etat qui a formulé une opposition formelle. Une exclusion formulée en termes aussi généraux présente le risque suivant: elle aboutit à vider le droit de rétractation de toute substance. En effet, il suffira alors au fournisseur de s'exécuter le plus rapidement possible.

Article 67:

La dernière phrase du paragraphe 1 est superfétatoire.

Article 71:

Il convient de préciser qu'à l'activité de simple transport correspond en anglais l'activité de *mere conduit*.

Article 72:

L'intitulé de l'article a été francisé suivant l'avis du Conseil d'Etat.

Au point e) la terminologie est modifiée conformément à l'avis du Conseil d'Etat.

Article 73:

Au point a) in fine une formulation plus claire a été choisie.

Article 75:

Les définitions de l'émetteur et du titulaire ont été supprimées. La question de l'accès à l'activité d'émetteur sera réglée par les amendements apportés à la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Articles 75 à 80:

La terminologie adoptée paraît plus appropriée, le terme d'instrument de transfert électronique de fonds étant source de confusion.

Article 77:

Le délai de cinq ans s'avère trop long, en effet en pratique les relevés sont conservés pendant trois ans au cas où il y aurait une contestation, un délai plus long semble irréaliste et poserait des problèmes de stockage des relevés.

Article 79:

Sur demande du Conseil d'Etat l'émetteur de l'instrument de paiement électronique doit aussi mettre à la disposition du titulaire les moyens pour rapporter la preuve qu'il a effectué la notification.

Sur demande du Conseil d'Etat un plafond a été instauré afin de protéger le consommateur.

Article 81:

Suite à l'avis du Conseil d'Etat, le Ministère de l'Economie a décidé d'augmenter les moyens humains concernant l'Autorité nationale d'Accréditation et de Surveillance.

Nouvel article 84:

Selon les suggestions du Conseil d'Etat, la référence à cette loi pourra se faire sous forme abrégée.

C. Précisions d'ordre général concernant la position adoptée par la Commission

a) *Le redéploiement et l'articulation du projet de loi*

Le projet de loi a été redéployé afin d'être plus cohérent et plus lisible. En effet réunir la vente à distance, les services de la société de l'information et la protection des données personnelles s'avérerait extrêmement difficile et source de contradiction en raison de champs d'application différents et à géométrie variable. Le Comité interministériel avait déjà recommandé à l'automne 1999 de scinder le projet de loi originaire (déposé en avril 1999) en trois parties. Cette approche a été suivie par le Conseil de gouvernement dans sa décision du 8 décembre 1999¹.

„Le projet de loi initial sera ainsi scindé en plusieurs parties:

- *une loi générale concernant la signature électronique et remplaçant dans l'immédiat le projet de loi No 4554 qui sera retiré;*

¹ Procès-verbal No 4199 approuvé dans la séance du 17 décembre 1999.

- deux textes spécifiques: l'un traitant le volet „protection des consommateurs“, l'autre réglant les aspects protection des données personnelles et sera élaboré de concert avec M. le Ministre délégué aux Communications.

Ces deux projets de loi seront déposés dans les meilleurs délais.

La vente à distance a un champ d'application plus large que les services de la société de l'information. En effet, la vente à distance s'effectue par toute technique de communication à distance c'est-à-dire le fax, le téléphone, l'Internet, tandis que les services de la société de l'information couvrent tout service à distance par voie électronique ce qui ne comprend ni le fax ni le téléphone.

Par ailleurs, la directive 1997/7/CE concernant les ventes à distance ne vise que la protection des consommateurs alors que le projet de loi relatif au commerce électronique vise les rapports entre professionnels et entre professionnels et consommateurs.

La protection des données personnelles issue des directives 1995/46/CE et 1997/66/CE possède un champ d'application très large qui dépasse celui du commerce électronique puisqu'elle couvre la protection de la vie privée des personnes physiques et morales à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Or le traitement de données à caractère personnel comprend la mise à disposition de données personnelles sur des sites internet mais aussi les fichiers informatiques, les banques de données. En effet il s'agit de toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliqués à des données personnelles. D'autre part, elle possède un champ d'application spécifique, la protection des données personnelles.

Pour ces raisons, la transposition des directives relative aux ventes à distance et à la protection des données personnelles est effectuée dans des avant-projets de loi distincts.

Le projet de loi originaire d'avril 1999 ne transposait pas de façon complète les directives comme le fait remarquer le Conseil d'Etat dans son avis. Il n'est pas correct de dire que le projet de loi sous revue est moins complet que le précédent.

Dans le projet No 4554 ne figuraient pas de dispositions propres aux communications commerciales, à la responsabilité des intermédiaires, à la définition des instruments de paiement électronique. De plus, à la demande insistante du milieu bancaire la protection des consommateurs en matière de services financiers a été introduite dans le projet No 4641. Enfin, des aménagements et de nouvelles dispositions ont été rendues nécessaires par l'évolution des directives communautaires.

Un projet de loi relatif aux ventes à distance et un projet de loi relatif à la protection des données personnelles seront adoptés en Conseil de gouvernement.

Le commerce électronique est un domaine évolutif pour lequel il n'est pas aisé de trouver des règles définitives et utiles aux opérateurs mais le cadre législatif et réglementaire sera complet si l'on considère l'adoption rapide du projet de loi relatif aux ventes à distance et du projet de loi relatif à la protection des données personnelles. A ce cadre législatif viendra s'ajouter ultérieurement la transposition de la future directive concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique.

Dans un discours récent, le Ministre de l'Economie, Monsieur H. Grethen, a déclaré son intention de mettre en place un *code du commerce électronique* destiné à rassembler les textes relatifs au commerce électronique. Ainsi le Luxembourg sera-t-il doté d'un cadre global relatif au commerce électronique. Ce code sera la compilation bien articulée et opérationnelle des différentes lois et règlements qui seront pris dans le cadre du commerce électronique et de la société de l'information.

Le projet de loi relatif au commerce électronique établit les grandes règles permettant de reconnaître la validité juridique de la signature électronique, ainsi que des règles en matière de conclusion de contrats par voie électronique, de déterminer la responsabilité limitée des prestataires intermédiaires. Ce projet fixe un cadre qui permet de reconnaître cette nouvelle forme de commerce. Il représente une étape vers un cadre global et doit être apprécié dans le contexte législatif plus large (ventes à distance, protection des données nominatives, monnaie électronique ...).

Afin d'illustrer les différents champs d'application et l'articulation des trois textes, parfois difficile à appréhender, l'élaboration d'un tableau est apparue opportune.

Il faut remarquer que le CE reconnaît la complexité de la tâche mais marque son accord de principe avec le projet de loi quitte à ce que le cadre juridique soit vu comme évolutif et que les lacunes soient comblées le plus rapidement possible.

Tableau: Champ d'application des directives communautaires

<i>Directive „contrats à distance“ (1997/7)</i>	<i>Directive „commerce électronique“</i>	<i>Directive „protection des données personnelles“ (1995/46)</i>
S'applique aux relations entre fournisseurs et consommateurs.	S'applique aussi bien aux relations professionnels-consommateurs qu'entre professionnels.	S'applique à tout responsable de traitement de données automatisé en tout ou en partie c'est-à-dire toute personne physique ou morale, publique ou privée qui détermine la finalité et les moyens d'un traitement de données personnelles. On n'applique plus ici la distinction professionnel/consommateur mais la distinction entre la personne qui constitue un fichier ou une base de données personnelles et la personne concernée.
Couvre principalement (à destination des consommateurs) les informations préalables, le droit de rétractation, le délai d'exécution du contrat, les limites à l'utilisation de certaines techniques de communication à distance.	Couvre principalement l'établissement des prestataires, l'obligation de transparence des prestataires, les communications commerciales, les informations préalables (à destination de tout utilisateur), les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires.	Couvre principalement les conditions générales de licéité des traitements de données à caractère personnel auxquelles doivent se soumettre les responsables de traitement (principe de qualité des données, ... droits de la personne concernée ...), le transfert de données à caractère personnel, les recours juridictionnels et la responsabilité du responsable du traitement.
Exclut les services financiers.	Inclut les services financiers.	Inclut les services financiers.
Régit toutes les techniques de communication à distance: internet, fax, téléphone, téléachat.	Régit les relations online ce qui exclut le téléphone et le fax.	Régit toutes les opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel.

b) Amendements suite à l'avis du Conseil d'Etat (et de l'ABBL)

Le projet de loi amendé reprend l'essentiel des propositions formulées par le Conseil d'Etat dans son avis No 45.077 du 2 mai 2000 relatif au projet de loi No 4641.

Les articles suivant sont été modifiés conformément à l'avis du Conseil d'Etat:

• Rectifications concernant la forme:

Intitulé du projet de loi; article 13 relatif à la modification de l'article 1334 du code civil; l'intitulé de l'article 23; article 23 relatif à l'acceptation des certificats; article 24 relatif à l'obligation de vérification; article 28 relatif à la responsabilité des prestataires de service de certificats qualifiés; article 32 relatif aux conditions d'obtention de l'accréditation; article 33 relatif à l'arrêt et au transfert des activités; article 62 relatif aux informations techniques générales à fournir; article 66 relatif au droit de rétractation du consommateur; article 71 relatif au simple transport; article 72 relatif au caching; article 73 relatif à l'hébergement; article 81; nouvel article 84 relatif à l'intitulé du projet de loi.

• Amendements concernant le fond:

article 2 §2 relatif au champ d'application excluant les notaires et article 2 §4 relatif à l'application de la loi du pays d'origine; article 4 relatif à l'accès à l'activité de prestataire de services; article 17 relatif à la définition du certificat qualifié; article 25 relatif à l'émission et au contenu des certificats qualifiés;

article 26 relatif à la suspension des certificats; article 28 relatif à la responsabilité des prestataires de services de certification; article 30 relatif à l'Autorité nationale de surveillance et d'accréditation; article 59 relatif aux communications commerciales non sollicitées; article 61 relatif au champ d'application des contrats par voie électronique; article 64 relatif aux informations préalables à fournir aux consommateurs; article 67 relatif au paiement du service financier fourni avant la rétractation; article 75 relatif aux définitions en matière de paiement électronique; article 79 relatif aux risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique.

L'article 66 §4 alinéa h) a fait l'objet d'une opposition formelle du Conseil d'Etat. Cette disposition du projet de loi est issue de la directive 97/7 relative aux ventes à distance (article 6 §3 premier tiret). Cependant les auteurs du projet de loi peuvent se rallier à l'argumentation du Conseil d'Etat: l'article 66 §4 alinéa h) est donc supprimé.

Par ailleurs, et pour préserver l'équilibre entre consommateur et commerçant, le délai de rétractation est ramené à sept jours (§2 de l'article 66).

c) Autres modifications

1. L'exclusion de la fiscalité (article 2 §1 premier tiret)

Le projet de loi ne fait que transposer fidèlement l'article 1.5 alinéa a) de la directive „commerce électronique“. Les aspects fiscaux du commerce électronique sont exclus de cette directive. A la demande des administrations fiscales, la fiscalité est exclue.

La directive „commerce électronique“ instaure la libre prestation des services de la société de l'information or certaines activités ne peuvent garantir cette libre prestation notamment la fiscalité puisque la taxe sur la valeur ajoutée frappe un grand nombre des services de la société de l'information. Aussi la fiscalité est-elle exclue du champ d'application de cette directive.

Il est renvoyé au principe de neutralité de traitement entre commerce traditionnel et commerce électronique¹.

L'article 2 §1 premier tiret est maintenu.

2. La notion d'installation stable (article 1er)

La notion d'installation stable fait partie de la définition donnée par la directive dans son article 2 alinéa c) „Le prestataire établi est celui qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée“. Cette notion n'a pas été définie dans le projet de loi afin de l'appliquer à une multitude de situations particulières. Il ne faut pas confondre ici installation stable et établissement stable.

Par exemple l'installation stable d'un prestataire peut être son siège social localisé géographiquement. Au cas où le prestataire est établi dans plusieurs Etats membres, son établissement stable sera le lieu où ce prestataire a le „centre de ses activités“.

L'élément fondamental de la définition est le critère de la localisation géographique ou économique et non pas l'emplacement des technologies utilisées, tel que le lieu de localisation du serveur.

L'article 1er reste inchangé.

3. Le principe du pays d'origine (article 2 §4)

Dans le domaine du commerce électronique, une grande incertitude existe pour déterminer quel Etat membre est compétent pour contrôler telle ou telle activité. Dans certains cas, la même activité peut être soumise au contrôle et au régime juridique de plusieurs Etats membres: compte tenu que les différents éléments de la chaîne économique d'une activité – la communication commerciale, le contenu fourni, l'accès à internet, l'hébergement – peuvent être rattachés au territoire de plusieurs Etats membres, on peut assister à une multitude de législations susceptibles de s'appliquer.

Le choix de l'application de la loi du pays d'origine répond à une nécessité de sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, parmi lesquels les consommateurs. En effet, le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général et la certitude de la loi applicable.

¹ Les travaux ont été lancés dans le cadre de la communication de la Commission européenne „Commerce électronique et fiscalité indirecte“, COM (1998) 374 final.

Le principe du pays d'origine a pour corollaire la libre circulation des services de la société de l'information dans l'Union européenne ce qui est un atout pour le Luxembourg, grand exportateur de services, financiers en particuliers.

C'est la loi du lieu d'établissement du prestataire qui s'applique. Dans le cas du prestataire établi au Luxembourg, c'est la loi luxembourgeoise qui s'applique.

L'article 2 alinéa h) de la directive „commerce électronique“ définit la notion de domaine coordonné comme *„les exigences prévues par les systèmes juridiques des Etats membres et applicables aux prestataires de services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux“*.

L'article 3.1 pose le principe de l'application de la loi du pays de l'établissement du prestataire (principe du pays d'origine) pour les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné.

Le domaine coordonné a trait aux exigences auxquelles le prestataire doit satisfaire et qui concernent¹:

- l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification;
- l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.

Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que:

- les exigences applicables aux biens en tant que tels;
- les exigences applicables à la livraison des biens;
- les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique².

Le domaine coordonné est sans préjudice de futures législations adoptées concernant les services de la société de l'information. Le domaine coordonné ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne, la responsabilité des prestataires (pas seulement les prestataires intermédiaires mais toutes les activités de prestation de services de la société de l'information, par exemple la fourniture d'accès, les prestataires de services de certification ...). Il ne couvre pas les exigences juridiques des Etats membres relatives aux biens telles que les normes en matière de sécurité, la responsabilité du fait des produits, les exigences relatives à la livraison ou au transport des biens³.

La proposition du Conseil d'Etat concernant l'article 2 §4 est reprise dans les amendements mais la référence au droit international privé est supprimée.

En effet, dans la version finale de la directive dite „commerce électronique“, il est bien précisé dans le considérant 23 *„la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux; les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive“*.

Cependant il a été pris note des préoccupations du Conseil d'Etat concernant l'application des règles de droit international privé. Ainsi l'article 2 §5 contient-il des exceptions au principe du pays d'origine parmi lesquelles les obligations contractuelles de contrats conclus avec des consommateurs. Mais ces exceptions n'ont pas un effet automatique et le texte de l'article 2 §5 a été amendé en ce sens afin de transposer la directive dite „commerce électronique“.

Ainsi l'article 2 §5 a-t-il été amendé puisqu'un troisième tiret a été rajouté afin de mentionner aussi la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat, principe de droit international privé⁴. Bien

1 Art. 2 i) de la directive dite „commerce électronique“.

2 Art. 2 ii) de la directive dite „commerce électronique“.

3 Voir le considérant 21 de la position commune relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information notamment du commerce électronique qui a donné lieu à une directive non encore publiée, dite directive „commerce électronique“.

4 Titre II, article 3 §1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, appr. L 27 mars 1986, Mém. 1986, 1145 et 1518.

évidemment ce principe n'a pas pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle¹. Cette protection est assurée par le texte de l'article 2 §5 deuxième tiret précité.

Par ailleurs, les autorités administratives peuvent prendre des mesures pour restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre en cas d'atteinte ou de risque d'atteinte, afin de protéger l'ordre et la sécurité publiques, la santé publique ou les consommateurs (art. 2 §6). Ainsi cela pourrait-il répondre aux attentes du Conseil d'Etat notamment concernant la responsabilité des prestataires intermédiaires. Le gouvernement luxembourgeois pourra prendre des mesures restreignant la libre circulation d'un service en provenance d'un autre Etat membre et qui porte atteinte à l'ordre public par exemple en commettant des actes révisionnistes ou d'exploitation sexuelles des enfants.

4. Les jeux d'argent: interdiction des jeux d'argent (article 2 §5)

L'article 2 §5 vise à faire déroger les jeux d'argent au principe d'application de la loi du pays d'origine. Ainsi est-ce la loi du pays de destination qui s'applique c'est-à-dire la loi luxembourgeoise. Le Luxembourg peut interdire l'exploitation des jeux d'argent conformément à la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives. Ainsi l'article 2 §5 reste-t-il inchangé.

5. Questions en matière de droit civil

La Commission soutient la version originale du projet de loi. Ce texte a été élaboré en collaboration avec les membres de la magistrature, le Centre universitaire et a fait l'objet d'une étude par l'ABBL. La teneur actuelle des dispositions civiles du projet de loi se justifie par l'étude de l'ABBL en ce domaine. L'ABBL déclare que „il est 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 que suppose la reconnaissance de l'écrit électronique doivent également conduire à modifier d'autres articles des codes civil et de procédure civile“.

Les articles 6 à 16 sont maintenus.

6. La définition de l'accréditation (art. 17)

Le marché des services de certification étant libre, le système d'accréditation mis en place ne peut qu'être un système volontaire. La définition de l'accréditation issue du Guide de l'ISO/CEI (institut de normalisation international/institut de normalisation européen) est complétée.

Il faut rappeler l'importance du système d'accréditation prévu par la directive „signature électronique“. Des systèmes d'accréditation permettent d'atteindre un degré de confiance, de sécurité et de qualité exigés par l'évolution du marché (considérant 11 de la directive 1999/93/CE).

Par ailleurs, une loi relative à l'accréditation du 22 mars 2000² permet la mise en place d'un office luxembourgeois d'accréditation dans le domaine des normes ISO/EN au Ministère de l'économie. Cet office servira de support logistique à l'accréditation dans le domaine du commerce électronique.

7. La protection des données personnelles (art. 20)

Le Conseil d'Etat a exprimé ses réserves les plus formelles face à l'absence de transposition des directives 1995/46 et 1997/66 relatives à la protection des données personnelles et son lien avec la directive „signatures électroniques“. Ce projet de loi n'est pas destiné à transposer les directives relatives à la protection des données personnelles. Cette transposition a été effectuée par le Ministère d'Etat dans un avant-projet. Ce dernier soumettra les prestataires de services de certification aux exigences contenues dans la directive 1995/46 et conformément à l'article 8 §1 de la directive „signatures électroniques“.

¹ Article 5 §2 de la Convention de Rome.

² Loi relative à la création d'un Registre national d'accréditation, d'un Conseil national d'accréditation, de certification, de normalisation et de promotion de la qualité et d'un organisme luxembourgeois de normalisation, modifiant la loi du 14 décembre 1967 portant institution d'un poste de commissaire du Gouvernement, portant création d'un service de l'énergie de l'Etat, et concernant l'exploitation des centrales hydroélectriques d'Esch-sur-Sûre et de Rosport.

L'article 20 du projet de loi relatif au commerce électronique contient déjà des obligations spécifiques relatives aux données personnelles concernant tous les prestataires de service de certification. Est ainsi assurée la transposition fidèle de l'article 8 §2 de la directive „signatures électroniques“.

8. Les obligations des prestataires de services de certification (art. 19 à 28)

Seuls les prestataires de services de certification émettant des certificats qualifiés sont tenus à certaines obligations définies dans les articles 22 à 28 du projet de loi. En effet, seule la signature électronique basée sur un certificat qualifié aura des effets juridiques. Sur ce point les dispositions du projet de loi transposent fidèlement la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Par ailleurs, la section 2 du titre 2 consacrée aux prestataires de certification a été réorganisée afin de bien distinguer les obligations des prestataires par rapport à leur qualité. Ainsi une sous-section est-elle consacrée aux obligations que doit remplir tout prestataire, une autre sous-section est propre aux obligations auxquelles sont tenus les prestataires émettant des certificats qualifiés et une dernière sous-section est consacrée aux prestataires accrédités.

Par ailleurs, les dispositions sur la surveillance ont été ajoutées ce qui permet d'identifier les prestataires qui émettent des certificats qualifiés et ceux qui émettent des certificats quelconques. Cependant, les prestataires qui émettent des certificats non qualifiés pour autant qu'ils existent, doivent se conformer aux articles 19 et 20.

Eu égard à ces considérations le texte reste inchangé.

9. Dispositions pénales

Les dispositions pénales sont suspendues suite à l'avis du Conseil d'Etat. En effet les observations du Conseil d'Etat nécessitent une réflexion plus approfondie, les dispositions pénales feront donc l'objet d'un projet de loi complémentaire.

Les articles 36 à 56 sont supprimés.

10. La mission de surveillance de l'Autorité nationale (nouvel article 30)

Tout d'abord, il convient de rappeler que la directive „signatures électroniques“ exclut toute autorisation spécifique pour la mise sur le marché de services de certification (article 3 §1).

La notion de surveillance prévue par la directive „signatures électroniques“ ne doit pas être confondue avec la notion de contrôle. La notion juridique de contrôle implique la vérification de la conformité à une norme par une institution. La surveillance implique plutôt un droit de regard d'une institution¹. La philosophie du projet initial visait à favoriser l'émergence de nouveaux métiers de la société de l'information dont la création de prestataires de services de certification et d'éviter de les soumettre à un contrôle administratif.

Les amendements introduisent une surveillance exigée par la directive 1999/93/CE dans son article 3 §3 et demandée par l'Association des banques et banquiers de Luxembourg (ABBL).

Pour faciliter la surveillance, un système de notification d'une déclaration de conformité est proposé dans le projet de loi amendé. Le prestataire doit procéder à une déclaration de conformité aux exigences législatives et réglementaires concernant l'émission de certificats qualifiés. Il doit donner une série d'informations quant à l'activité qu'il développe ou qu'il entend développer. Des auditeurs remplissant les qualifications adéquates peuvent être chargés de vérifier la conformité des prestataires de certification avec la présente loi et ses règlements d'exécution. Il peut s'agir des réviseurs d'entreprises.

L'organisation de la surveillance des prestataires de services de certification émettant des certificats qualifiés est actuellement discutée dans le groupe de travail du Conseil de l'Union européenne et aucune procédure n'a encore été recommandée par le groupe de travail.

11. Les contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes (article 62 §3 et article 63 §2)

Ces contrats ne sont pas soumis à l'obligation d'information (article 62) concernant les renseignements techniques.

¹ Voir **Cornu**, *Vocabulaire juridique*.

Cette disposition ne vise nullement à exclure les contrats conclus par courrier électronique du champ d'application de l'obligation d'information concernant les techniques utilisées afin de conclure un contrat. Dans son considérant 18, la directive „commerce électronique“ exclut du champ d'application de l'article 10 (transposé dans l'article 62 §3 du projet de loi) l'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes¹.

En effet, l'utilisation du courrier électronique à des fins privées ne constitue pas un service de la société de l'information aussi le respect de l'obligation de fournir des informations techniques n'est pas pertinente.

Selon la même analyse, l'utilisation du courrier électronique à des fins privées n'est pas non plus soumise aux dispositions concernant la détermination du moment de la conclusion du contrat (article 63 §2).

Au vu de ces observations l'article 62 §3 et l'article 63 §2 demeurent inchangés.

12. Question de terminologie (chapitre 2 du titre V consacré aux contrats conclus avec les consommateurs, articles 64 à 70)

La définition de „services de la société de l'information“ est utilisée à dessein plutôt que celle prônée par l'ABBL. En effet, le projet de loi ne concerne pas tous les moyens de communication à distance mais seulement les moyens de communication à distance par voie électronique. Les techniques de communication à distance visées par la directive 1997/7 relative aux ventes à distance et par la proposition de directive relative aux ventes à distance de services financiers couvrent une réalité plus grande, elles n'empruntent pas uniquement la voie électronique. Par exemple, sont des techniques de communication à distance qui ne rentrent pas dans le champ d'application du projet „commerce électronique“ le fax et le téléphone; par contre le WAP (wireless application protocol) c'est-à-dire l'utilisation de services Internet par la voie du téléphone portable ou GSM est un service de la société de l'information car il emprunte la voie électronique.

Le problème des champs d'application a déjà été évoqué au point 1 du présent document.

Ainsi le texte reste-t-il inchangé.

13. Les services financiers dans le cadre de la protection des consommateurs (article 60)

La définition du projet de loi est reprise d'une proposition de l'ABBL. La version actuelle de la proposition de directive relative aux contrats portant sur des services financiers négociés à distance est fortement controversée au sein du Groupe de travail du Conseil.

Quant aux services financiers visés, le principe d'application immédiate de la loi s'applique donc pour les contrats précédemment conclus leurs effets présents et futurs relèvent du projet de loi.

Ces dispositions en matière de protection des consommateurs faisant appel aux services financiers ont été demandées expressément par l'ABBL.

Le texte demeure inchangé.

14. La responsabilité des prestataires intermédiaires (articles 71 à 74)

Il convient de préciser que ces prestataires ne sont que des intermédiaires et aucunement des éditeurs de contenu. Les prestataires intermédiaires, encore appelés prestataires de services intermédiaires, se définissent par trois activités bien précises: le simple transport (article 71), le stockage temporaire dit caching (article 72) et l'hébergement (article 73).

La distinction relative à la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur mais sur le type d'activité exercée. Un prestataire de services peut se voir exonéré de sa responsabilité pour son activité de simple transport mais voir engager sa responsabilité en tant que fournisseur d'accès (comme fournisseur d'accès AOL, Wanadoo, PT au Luxembourg fournissent d'excellents exemples). En effet, en ce qui concerne l'activité de fournisseur d'accès, d'éditeur de contenus le droit commun s'applique c'est-à-dire le droit de la responsabilité civile et le droit de la responsabilité pénale.

¹ Doc. 14263/1/99, REV 1, ECO 419, CONSOM 80, CODEC 826.

Par ailleurs, la résolution législative du Parlement européen sur la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques de services de la société de l'information dans le marché intérieur, dite directive „commerce électronique“, au point 5 *„demande à la Commission de garantir une prompte et stricte mise en œuvre de la présente directive ... notamment au regard de la responsabilité des prestataires de services intermédiaires, afin d'encourager la mise en place de procédures efficaces de notification et de retrait („notice and take-down“) par les parties intéressées et de prévenir toute interprétation des articles 12 à 15 susceptible de compromettre l'équilibre visé par ces articles“*.

L'article 15 de la directive „commerce électronique“ détermine l'absence d'obligation générale de surveillance. Cette règle n'exclut pas que les autorités judiciaires puissent demander à un prestataire de services de contrôler, par exemple un site spécifique pendant une période donnée, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière. Ainsi cette possibilité est-elle prévue dans l'article 74 §2 du projet de loi.

On ne saurait que trop insister sur le fait que la directive „commerce électronique“ exclut toute obligation générale de surveillance pour les prestataires intermédiaires. Dans le chef des prestataires intermédiaires cela revient à interdire toute disposition visant au filtrage du contenu par les prestataires intermédiaires. De plus, on sait que les procédures de filtrage disponibles actuellement sont coûteuses, difficiles à mettre en œuvre et largement inefficaces vu la croissance exponentielle de sites.

Un système d'alerte dont la mise en place sera encouragée par la Commission européenne et au Luxembourg, devrait répondre aux attentes du Conseil d'Etat. Ainsi, les *„notice and take down procedures“* permettent aux prestataires de services de la société de l'information d'avoir une connaissance certaine de l'existence d'une infraction sur leurs serveurs et de retirer les informations délictueuses. Ceci a pour effet de réduire les poursuites et les préjudices. Ces procédures ont, en quelque sorte, un effet préventif.

Les articles 71 à 74 ne sont pas modifiés.

15. Le paiement électronique (articles 75 à 80)

Le Conseil d'Etat émet ses réserves les plus formelles face à l'absence de dispositions concernant l'accès à l'activité d'émission d'instruments de paiement électronique et l'exercice de cette activité dans les articles 75 à 80.

Le texte amendé reprend les propositions du Conseil d'Etat, les paragraphes 3 et 4 de l'art. 75 sont supprimés.

L'objet du projet n'était pas de réglementer l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et la surveillance prudentielle de ces établissements.

L'objet du projet de loi était d'assurer la protection des consommateurs en intégrant des dispositions issues de la recommandation de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique. Le projet se limite à certaines dispositions permettant cette protection. Ce dispositif constitue la première étape dans le contexte d'une approche communautaire beaucoup plus vaste dont le but est d'assurer le développement de systèmes de paiement électroniques fiables, efficaces et sûrs.

La deuxième étape au niveau communautaire vise à établir un cadre de surveillance prudentielle approprié de manière à garantir la stabilité et la solidité des émetteurs de monnaie électronique. Cette deuxième étape est sur le point d'être finalisée alors qu'en avril 2000, la position commune du Conseil concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 77/789/CEE visant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'activité des établissements de crédit a été approuvée par le Parlement. La transposition de cette directive devrait se faire par des amendements à la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Le Conseil d'Etat marque son accord quant à la disposition protectrice du consommateur figurant dans l'article 79 du projet de loi. Par ailleurs, le libellé de l'article 79 §2 ne signifie aucunement que la responsabilité du titulaire varie en cas de fraude ou de négligence grave selon un règlement grand-ducal, mais tout simplement qu'il ne bénéficie pas de cette limitation de responsabilité en cas de fraude ou de négligence grave. Mais le texte amendé suit l'avis du Conseil d'Etat en instaurant un plafond.

Quant à l'article 76 alinéa b) l'analyse faite par le Conseil d'Etat en ce que la proposition de directive limite la capacité maximale de chargement sur le support électronique à 150 euros, n'est que partielle-

ment exact. En effet, l'instauration de ce plafond ne concerne que les établissements de monnaie électronique qui aux termes de l'article 7 de la directive bénéficient d'une exemption partielle ou totale des dispositions applicables aux établissements de monnaie électronique. Cette analyse est partagée par le CSSF et la BCL.

16. Les listes d'„opt out“ (article 59 §3)

Le Conseil d'Etat a formulé une opposition formelle à l'encontre de l'article 59 §3 concernant les registres d'„opt out“. Le Conseil d'Etat s'oppose ainsi à la fixation, par règlement grand-ducal, des sanctions et à la désignation des autorités compétentes dans le cadre de la procédure d'„opt out“.

Les amendements proposés tiennent compte de cette opposition.

Il convient de rappeler la distinction entre les deux systèmes: „opt in“ et „opt out“.

L'„opt in“ consiste à interdire les communications commerciales non sollicitées sauf si l'utilisateur donne son accord. Généralement un prestataire de services de la société de l'information envoie un mail pour demander à l'utilisateur s'il est d'accord pour recevoir des communications commerciales. Ce dernier est libre d'accepter ou de refuser. L'utilisateur (le destinataire de services) va donc être importuné à plusieurs reprises. Ce système gêne les producteurs, les distributeurs et les annonceurs!

L'„opt out“ consiste à autoriser les communications commerciales non sollicitées. Si donc un utilisateur ne veut pas recevoir de publicité, il s'inscrit sur une liste. Par exemple, en France, il existe la liste „Robinson“ constituée par la FEVAD (Fédération des entreprises de ventes à distance). Au niveau européen, la Fédération européenne de marketing direct travaille à l'élaboration de listes d'„opt out“ européennes. Une fois que l'utilisateur est inscrit sur une liste d'„opt out“ il ne sera plus importuné puisque les prestataires sont tenus de les consulter.

L'article 59 §2 du projet de loi consacre la technique de l'„opt out“ qui permet aux PME luxembourgeoises de développer efficacement et sans restriction leur politique de marketing. Mais afin de protéger les consommateurs, les prestataires de services de la société de l'information sont tenus de consulter les listes – désignées par règlement grand-ducal – pour identifier les personnes qui ne souhaitent pas être contactées. Les prestataires qui ne respecteraient pas la volonté des destinataires inscrits sur des listes d'opt out, sont susceptibles d'être condamnés à une amende.

