

N° 4641⁴

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 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

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(7.7.2000)

Par dépêche en date du 27 juin 2000, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat d'un train d'amendements au projet de loi sous rubrique.

Au texte des amendements, adoptés par la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports de la Chambre, étaient joints des précisions d'ordre général concernant la position adoptée par la Commission compétente de la Chambre pour ce qui est du redéploiement et de l'articulation du projet de loi, ainsi qu'un commentaire des textes amendés.

Par une dépêche en date du 30 juin 2000, le Président de la Chambre des députés a encore fait parvenir au Conseil d'Etat, à titre d'information complémentaire, un texte coordonné du projet de loi que la Commission compétente de la Chambre se propose de soumettre au vote de la Chambre des députés. Cette même dépêche a rectifié certaines erreurs matérielles qui s'étaient glissées dans les références aux articles à amender.

*

Dans les considérations générales développées par la Commission, il est dit que le projet de loi „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 ...)“.

Force est de constater que ce contexte législatif plus large reste à mettre en place. Les auteurs des amendements se montrent particulièrement optimistes pour ce qui est de l'adoption prochaine de textes législatifs, lesquels seraient par ailleurs rassemblés dans une „compilation bien articulée et opérationnelle“.

Le Conseil d'Etat n'entend point mettre en doute les déclarations d'intention afférentes. Il reconnaît également volontiers que la mise en place du cadre global est aussi fonction de l'évolution de la procédure juridique communautaire.

Il reste que les appréhensions du Conseil d'Etat concernant la future cohérence du cadre global, dont le présent projet de loi amendé ne constitue qu'une étape, sont loin d'être apaisées. Si la Commission compétente de la Chambre expose que „réunir la vente à distance, les services de la société de l'information et la protection des données personnelles (dans le cadre du présent projet de loi) s'avère extrêmement difficile et source de contradictions en raison de champs d'application différents et à géométrie variable“, le Conseil d'Etat est à se demander si ces difficultés seront moindres si l'on procède par projets de lois distincts. Il faudra quand même articuler ces différents projets de lois.

Le Conseil d'Etat constate encore que les auteurs des amendements proposent de supprimer du projet de loi les dispositions pénales: suite aux observations formulées dans son avis du 2 mai 2000, qui néces-

sitent une réflexion plus approfondie, les dispositions pénales feront l'objet d'un projet de loi complémentaire.

Le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion, dans son prédit avis du 2 mai 2000 et s'agissant de la responsabilité des intermédiaires, de regretter l'approche par trop „économique“ des auteurs du projet de loi. Il faut constater qu'actuellement les „potentialités pour l'économie luxembourgeoise qu'offre une adoption aussi rapide que possible de ce projet de loi“ – pour citer la dépêche du Président de la Chambre des députés – semblent prendre le pas sur toutes autres considérations. Le Conseil d'Etat ne méconnait certes pas ces potentialités économiques. Il lui semble pourtant que le législateur, s'il entend favoriser l'essor du commerce électronique, doit de manière concomitante doter les autorités compétentes des moyens législatifs, matériels et humains nécessaires pour lutter efficacement contre les abus auxquels les nouvelles technologies ne manqueront pas de donner lieu. Le Conseil d'Etat insistera en conséquence à voir inclure dans le projet de loi des dispositions pénales.

*

EXAMEN DES AMENDEMENTS

Cet examen des amendements s'effectuera sur la base du texte coordonné que le Président de la Chambre des députés a fait parvenir au Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat ne sera amené à examiner que les dispositions amendées à l'endroit desquelles il a à formuler des observations. Il entend par ailleurs revenir sur certains articles à propos desquels les auteurs des amendements ont décidé le maintien du texte avisé par le Conseil d'Etat le 2 mai 2000.

Article 2:

La suppression, au premier tiret, des termes figurant après le mot „notaires“ rejoint en partie les observations formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000. Il reste qu'un flou subsiste pour ce qui est des „activités“ des notaires, flou qui n'est pas dissipé par les auteurs des amendements.

Le Conseil d'Etat marque son accord à la modification d'ordre rédactionnel du nouveau paragraphe 4.

Au paragraphe 5, les auteurs entendent maintenir le premier tiret. Le Conseil d'Etat s'oppose tout d'abord à y voir remplacer les termes „Il est fait exception (à l'application de la loi du lieu d'établissement)“ par ceux de „il peut être fait exception“. En effet, qui décidera s'il y a ou non lieu à exception?

Il est donné à considérer s'il ne vaudrait pas mieux dire:

„Quel que soit le lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information, la loi luxembourgeoise est applicable

- aux activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, ce qui comprend les loteries et les transactions portant sur les paris,“

alors qu'il semble précisément que telle soit l'intention des auteurs tant du projet de loi que des amendements.

D'après le commentaire des auteurs des amendements, le paragraphe 5 de l'article 2 déroge au paragraphe 4 du même article. Or le paragraphe 4 vise la future loi sur le commerce électronique. Si on veut rendre applicables à des prestataires de services de la société de l'information non établis au Luxembourg des dispositions légales nationales, comme par exemple la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives, qui sont par ailleurs applicables aux prestataires établis au Luxembourg, ceci ne semble guère possible par dérogation au paragraphe 4, c'est-à-dire par dérogation à la future loi sur le commerce électronique. Le texte proposé par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000 n'est à cet égard pas non plus adéquat.

Pour ce qui est du deuxième tiret du paragraphe 5 de l'article 2, le Conseil d'Etat n'entrevoit toujours pas la portée exacte de cette disposition.

Dans le projet de loi soumis au Conseil d'Etat le 15 mars 2000, le commentaire de l'article laissait entendre que la disposition sous examen était à rapprocher de l'article 5 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le commentaire ajoutait toutefois que „sont visées précisément les obligations et non plus largement les contrats conclus avec les consommateurs“.

Mais que faut-il entendre par „obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs“? Le Conseil d'Etat propose, en l'absence d'explications satisfaisantes, de supprimer le deuxième tiret, et de s'en tenir aux dispositions de l'article 5 de la Convention de Rome.

Le nouveau tiret 3 ne peut pas être ajouté tel quel au paragraphe 5 de l'article 2, pour des raisons de syntaxe. Le cas échéant, il y aurait lieu d'ajouter cette précision au paragraphe 4 de l'article 2:

„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 preistent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.“

Pour le nouveau paragraphe 6 de l'article 2, le Conseil d'Etat – tout en renvoyant aux observations qu'il formulera à l'endroit des articles 50 à 53 nouveaux – propose une rédaction qui n'entre pas dans le détail des conditions posées par le droit communautaire à l'exercice par les autorités nationales de cette possibilité de restreindre la libre circulation. Il y aurait par ailleurs lieu de préciser les „autorités administratives“. Le Conseil d'Etat propose de confier cette mission à l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance:

„L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance visée à l'article 17 peut 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, en observant par ailleurs les exigences posées par le droit communautaire à l'exercice de cette faculté.“

S'agissant de la nouvelle définition de l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance figurant à l'article 17, le Conseil d'Etat rappelle que la mission de surveillance de l'Autorité devrait en principe être une mission de surveillance générale de tous les prestataires de service de certification. Comme la définition doit de toute façon être redressée d'un point de vue rédactionnel, il est proposé d'écrire:

„L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance“, 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;
- qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques, et plus particulièrement de ceux qui émettent des certificats qualifiés.“

Pour ce qui est de la nouvelle définition de l'accréditation volontaire, le Conseil d'Etat relève qu'elle est reprise de l'article 2, point 13) de la directive 1999/93/CE. Il reste qu'il y est question d'une *autorisation*, alors que le commentaire des articles (sous le point 10. *La mission de surveillance de l'Autorité nationale*) rappelle que „la directive „signatures électroniques“ exclut toute autorisation spécifique pour la mise sur le marché de services de certification“, et que la philosophie du projet initial, que les auteurs des amendements ne renient d'ailleurs pas, est d'éviter de soumettre ces prestataires à un contrôle administratif.

S'agissant de la modification proposée à l'endroit de l'article 18, paragraphe 1, le Conseil d'Etat insiste que les critères relatifs aux effets juridiques des signatures électroniques soient circonscrits avec précision à l'effet d'éviter toute insécurité juridique. L'exigence que la signature électronique ait été créée par un dispositif sécurisé de création de signature est à cet égard essentielle. C'est cette notion qui figure à l'article 17 du projet de loi, c'est cette notion que précise le projet de règlement grand-ducal joint au texte du projet de loi transmis au Conseil d'Etat le 15 mars 2000, c'est encore à cette notion que le commentaire de l'article 5 du projet de loi dans sa toute première version (*doc. parl. 4554, page 33*) renvoie lorsqu'il est dit que le contrôle exclusif du signataire doit, dans le contexte des „signatures électroniques avancées“, porter sur le dispositif de création de signature.

Le Conseil d'Etat devrait en conséquence s'opposer formellement à une modification ne se référant plus à la sécurité du dispositif de création de signature. Le texte de l'article sous rubrique est donc à maintenir inchangé.

Le cadre légal existant en matière de protection des données à caractère personnel est très certainement applicable en matière de commerce électronique. En attendant l'entrée en vigueur des projets de loi dont les auteurs des amendements annoncent l'élaboration imminente, le Conseil d'Etat ne verrait pas d'objection à ce que la future loi sur le commerce électronique le rappelle expressément, et il propose en conséquence le maintien du paragraphe 1er de *l'article 20*.

L'article 21 amendé fait état tantôt de la confidentialité des *données* afférentes à la création de signature, tantôt de la confidentialité du *dispositif* de création de signature (le dispositif étant en principe le logiciel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature). Il faudrait savoir ce qui relève des obligations du titulaire de certificat. A signaler que la dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 21 se réfère manifestement toujours au dispositif de création de signature, puisqu'il y est dit „Toute utilisation de *celui-ci* ...“, cette référence ne pouvant viser les „données afférentes à la création de signature“. Il y a donc lieu d'écrire au paragraphe 1 „de ceux-ci“ et au paragraphe 3 „(... de la confidentialité) des données afférentes à la création de signature ...“. Finalement il y a encore lieu de supprimer au paragraphe 4 les termes „ou a été suspendu“, de sorte que ce paragraphe débutera comme suit: „Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance ou a été révoqué ...“

Les auteurs proposent d'amender *l'article 27* nouveau à l'effet de dire au paragraphe 4 que „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“. Le nouveau libellé n'est pas autrement expliqué, mais le Conseil d'Etat suppose que les auteurs des amendements ont entendu laisser au prestataire la possibilité d'aménager conventionnellement sa responsabilité, sous réserve de ce que ces clauses ne doivent pas être abusives au sens de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord au nouveau texte proposé. Il y a toutefois lieu de citer correctement l'intitulé de la loi et de ne pas se référer à une loi déterminée ayant modifié la loi du 25 août 1983. Il convient donc d'écrire:

„Les dispositions (...) s'appliquent sans préjudice de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.“

Au paragraphe 2 de l'article 27, il y a encore lieu de supprimer la référence à la suspension du certificat.

La surveillance, par l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance, des prestataires de service de certification fait l'objet du nouvel *article 29*. Le Conseil d'Etat, pour tenir compte des observations à l'endroit de l'article 17, s'agissant de la définition de l'Autorité nationale, propose de faire abstraction du terme „qualifiés“, les articles 19 à 21 visant aussi les prestataires de service de certification émettant des certificats non qualifiés.

La surveillance instaurée par les paragraphes 2 à 6 de l'article 29 nouveau n'est pas de nature à constituer une réponse adéquate aux questions soulevées par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000. Sauf à introduire le registre des notifications, et à prévoir le recours à des auditeurs externes, le nouveau texte ne contient aucune indication ni sur la mise en œuvre de la surveillance, ni sur le(s) résultat(s) au(x)quel(s) peut conduire cette surveillance.

En définitive les auteurs des amendements entendent abandonner la détermination des procédures d'exécution de la surveillance ainsi que de la qualification des personnes auxquelles l'Autorité peut avoir recours à un futur règlement grand-ducal. Cette façon de procéder n'est pas acceptable.

Les auteurs des amendements rappellent, d'ailleurs sans s'en départir, la philosophie du projet initial qui visait à favoriser l'émergence de nouveaux métiers de la société de l'information, dont la création de prestataires de certification, et d'éviter de les soumettre à un contrôle administratif. Cette philosophie est aussi celle à la base de l'article 11(6) de la Constitution, aux termes duquel la loi garantit la liberté du commerce et de l'industrie. Comme l'article 11 dispose que les restrictions à cette liberté sont à établir par le pouvoir législatif, il ne saurait être question en l'espèce de laisser au pouvoir exécutif le soin de mettre en œuvre la surveillance. Le Conseil d'Etat doit dès lors s'opposer formellement à la disposition sous examen.

Les auteurs des amendements font valoir qu'à l'heure actuelle l'organisation de la surveillance des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés est encore discutée dans un groupe de travail du Conseil de l'Union européenne et aucune procédure n'a encore été recommandée par le groupe de travail. Est-ce pour autant bien raisonnable de vouloir actuellement mettre en place un

ensemble de règles dont, de l'aveu même des auteurs des amendements, on ignore comment surveiller l'application pratique.

Le Conseil d'Etat propose à titre subsidiaire, et pour autant que la Chambre entende encore voter le projet de loi avant les vacances parlementaires, d'étoffer pour le moins l'article 29 nouveau.

Les paragraphes 2 à 6 seraient en conséquence à libeller comme suit (étant précisé que cette proposition du Conseil d'Etat ne prétend pas à l'exclusivité ni à l'exhaustivité, et n'est formulée que pour permettre le cas échéant le vote de la loi):

„§1.– … ()

§2.– Tout prestataire émettant des certificats qualifiés est tenu de notifier à l'autorité nationale la conformité de ses activités aux exigences de la présente loi et des règlements pris en son exécution.

§3.– L'autorité nationale tient un registre des notifications, qui fait l'objet, à la fin de chaque année de calendrier, d'une publication au Mémorial, Recueil administratif et économique, sans préjudice de la possibilité, pour l'autorité nationale, de publier à tout moment, soit au Mémorial, soit dans un ou plusieurs journaux, nationaux ou étrangers, une radiation du registre, si une telle mesure de publicité est commandée par l'intérêt public.

§4.– L'autorité nationale peut, soit d'office, soit à la demande de toute personne intéressée, vérifier ou faire vérifier la conformité des activités d'un prestataire de service de certification aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution.

L'autorité peut avoir recours à des auditeurs externes agréés pour de telles vérifications. Un règlement grand-ducal détermine la procédure d'agrément, à délivrer par le ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Pourront faire l'objet d'un agrément les personnes qui justifient d'une qualification professionnelle adéquate ainsi que de connaissances et d'une expérience spécialisées dans le domaine des technologies des signatures électroniques, et qui présentent des garanties d'honorabilité professionnelle et d'indépendance par rapport aux prestataires de service de certification dont elles sont appelées à vérifier les activités.

§5.– Dans l'accomplissement de leur mission de vérification, les agents de l'autorité nationale ainsi que les auditeurs externes agréés ont, sur justification de leurs qualités, le droit d'accéder à tout établissement et de se voir communiquer toutes informations et tous documents qu'ils estimeront utiles ou nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Tout refus de la part d'un prestataire de service de certification de collaborer activement est puni d'une amende de 10.001 à 800.000 francs. L'autorité peut, en pareil cas, également procéder à la radiation des prestataires du registre des notifications.

§6.– Si, sur le rapport de ses agents ou de l'auditeur externe agréé, l'autorité nationale constate que les activités du prestataire de service de certification ne sont pas conformes aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, elle invite le prestataire à se conformer, dans le délai qu'elle détermine, auxdites dispositions. Si, passé ce délai, le prestataire ne s'est pas conformé, l'autorité nationale procède à la radiation du prestataire du registre des notifications.

§7.– En cas de constatation d'une violation grave par un prestataire de service de certification des dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, l'autorité nationale peut en informer à telles fins que de droit notamment les autorités administratives compétentes en matière de droit d'établissement. Les rapports établis à l'attention de l'autorité nationale peuvent être communiqués à ces autorités, dans la mesure où le prestataire de service de certification en a reçu communication dans ses relations avec l'autorité nationale.“

L'article 30 pourrait de l'avis du Conseil d'Etat être supprimé au regard de la définition donnée de l'autorité nationale à l'article 17, d'une part, de la précision des missions de surveillance à l'article 29, d'autre part.

Les auteurs des amendements proposent de supprimer le titre III du projet de loi, consacré aux dispositions pénales. Si le Conseil d'Etat peut le cas échéant suivre les auteurs des amendements pour ce qui est du report des dispositions tendant à modifier le code d'instruction criminelle, ceci est dû au fait qu'un projet de Convention sur la cyber-criminalité est actuellement en voie d'élaboration au niveau du Conseil de l'Europe. Ce projet de convention aborde également la question de la saisie d'un système

informatique, d'une partie de celui-ci ou d'un support de stockage informatique. Si le projet de loi rejoint à cet égard certaines dispositions du projet de convention, il reste cependant en retrait par rapport à d'autres dispositions de ce même projet de convention, notamment en ce qui concerne, par exemple, le problème de la conservation rapide, ou encore la question des conditions et garanties à prévoir par le droit interne à l'exercice des mesures pouvant être prises.

Le Conseil d'Etat ne saurait par contre d'aucune façon se rallier à voir reporter tout le volet „droit pénal spécial“. Aussi doit-il être entendu que le Conseil d'Etat n'accordera pas la dispense du second vote constitutionnel à un texte qui ne réglerait pas *et* les questions de droit civil *et* les questions de droit pénal spécial auxquelles les nouvelles technologies sont susceptibles de donner lieu.

Le débat porte essentiellement sur la méthodologie à adopter: faut-il appréhender la criminalité liée aux nouvelles technologies en créant des incriminations spécifiques, ou bien y a-t-il lieu d'adapter les incriminations existantes?

En 1993, le législateur a opté pour la première voie. Il n'est pas sans intérêt de signaler que le choix du législateur était aussi dicté par le fait qu'à l'époque le volet pénal était appréhendé isolément, d'où le risque de voir le droit pénal spécial en porte-à-faux notamment par rapport au droit civil de la preuve (le problème de la preuve civile des contrats conclus par voie électronique ne se posant pas à l'époque). Le Conseil d'Etat en tire en tout cas la conclusion qu'il y a impérativement lieu d'aborder actuellement ensemble les volets civil et pénal.

Le Conseil d'Etat signale encore que les „biens incorporels“ pourront dans un avenir rapproché former aussi en droit positif luxembourgeois l'objet d'une infraction: le projet de loi portant approbation de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg le 8 novembre 1990, se propose en effet de modifier, en conséquence de l'approbation projetée, certaines dispositions du code pénal. Il est ainsi prévu d'introduire au code pénal un nouvel article 32-1 déterminant les biens susceptibles de confiscation en cas d'infraction de blanchiment. Seraient visés les biens de toute nature, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles. L'article 506-1 du code pénal serait par ailleurs modifié en ce sens que le texte se référerait, pour ce qui est des biens susceptibles de faire l'objet d'une opération de blanchiment, au nouvel article 32-1. A signaler que le bien incorporel est envisagé aussi en tant qu'avantage *patrimonial* tiré d'une infraction.

La Chambre devra donc décider, s'agissant du volet „droit pénal spécial“:

- soit qu'il y a lieu de suivre les auteurs du projet de loi en leurs propositions, mais en les adaptant, le cas échéant, au vu des observations formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, pour ce qui est des articles 196, 213, 467, 470, 471, 505, 509-1, 509-4 et 509-5 du code pénal;
- soit qu'il y a lieu de suivre les propositions formulées par le Conseil d'Etat en guise d'alternative.

Dans un cas comme dans l'autre, le Conseil d'Etat se doit d'attirer l'attention sur une difficulté d'application que risque de susciter, s'agissant de l'incrimination de la falsification informatique, le maintien par les auteurs des amendements de l'article 1322-2 nouveau à insérer au code civil. Ainsi que le Conseil d'Etat l'a relevé dans son premier avis, la construction doctrinale et jurisprudentielle du faux repose sur deux pôles, dont le second, de nature juridique, est constitué par les règles du droit de la preuve écrite dans lesquelles les idées d'authentification du contenu et d'identification de l'auteur de l'écrit ont un rôle essentiel. Ces éléments constituent le fondement du droit pénal du faux. Il risque d'être difficile de concilier ces exigences avec les nouvelles règles de la preuve écrite.

A l'article 38, paragraphe 3, il n'y a pas lieu de faire de l'infraction ce que l'on désigne en droit allemand de „Anklagedelikt“. En effet, si un prestataire ne s'en tient pas aux prescriptions régissant l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées, il le fera plus que probablement de manière systématique. Il sera sans doute très rare qu'un tel envoi ait lieu en considération de la seule personne lésée. Le Conseil d'Etat propose en conséquence de faire abstraction de la dernière phrase „l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la personne lésée“.

Aux articles 41 et 42 nouveaux, les auteurs des amendements maintiennent inchangés les paragraphes 3 respectifs, qui excluent du champ d'application des deux articles les contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique. A l'appui, ils invoquent le considérant 18 de la future directive dite „commerce électronique“ dans la teneur de la position commune (CE) 22/2000 arrêtée par le Conseil le 28 février 2000. Le Conseil d'Etat constate que ledit considérant énonce que „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 personnes, n'est pas un service de la société de l'information". Le Conseil d'Etat n'est nullement convaincu que le texte des paragraphes 3 respectifs des deux articles sous examen dit bien ce que les auteurs des amendements veulent lui faire dire. Pour le moins faudrait-il alors ajouter à chaque fois: „les contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles conclus exclusivement ...“

Le Conseil d'Etat donne encore à considérer si au paragraphe 3 de l'article 42 il n'y a pas lieu de lire „.... ou au moyen de communications individuelles équivalentes“.

Les auteurs des amendements proposent de compléter l'*article 43* nouveau à l'effet de préciser que les informations à fournir au consommateur doivent l'être de manière claire et compréhensible. Le Conseil d'Etat renvoie dans ce contexte à son avis du 13 juin 2000 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, pour ce qui est de la mise en œuvre de cette exigence, combinée à l'introduction projetée dans la loi relative à la protection juridique du consommateur d'une disposition aux termes de laquelle il y a lieu, en cas de doute, d'interpréter le contrat en faveur du consommateur.

S'agissant de la responsabilité des prestataires intermédiaires (*articles 50 à 53 nouveaux*), les auteurs des amendements n'ont pas suivi le Conseil d'Etat en ce qu'il avait recommandé d'imposer à certains prestataires intermédiaires une obligation spécifique de surveillance en relation avec des infractions déterminées.

Les auteurs estiment qu'il est tenu compte des observations du Conseil d'Etat dans le contexte du nouveau paragraphe 6 de l'article 2 (possibilité de restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information). Le Conseil d'Etat ne partage pas ces vues.

La position commune (CE) No 22/2000 arrêtée par le Conseil le 28 février 2000 en vue de l'adoption de la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, retient (considérant 48) que „la présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les Etats membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce, afin de détecter et empêcher certains types d'activités illicites“.

La voie préconisée par les auteurs des amendements n'est qu'en apparence une solution aux problèmes signalés par le Conseil d'Etat; en réalité le texte proposé (article 2, paragraphe 6) n'instaure aucune procédure de retrait ni d'actions pour rendre l'accès impossible. Aux yeux du Conseil d'Etat, c'est aborder les problèmes sous un faux angle que de les aborder sous le seul aspect „libre circulation“.

Le Conseil d'Etat maintient dès lors sa proposition de texte.

Les auteurs des amendements, en relation avec le titre du projet de loi consacré aux paiements électroniques (*articles 54 à 59 nouveaux*), font valoir que „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“.

Ils font encore valoir que la future directive concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, qui semble être sur le point d'être arrêtée, réglera les questions liées à l'accès à l'activité d'émission d'instruments de paiement électronique. La transposition de cette directive se fera dans le cadre d'une modification de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

En conséquence de ces explications, et pour tenir compte de l'opposition formelle exprimée par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, les auteurs des amendements proposent de ne pas aborder dans le cadre du présent projet de loi la question de l'accès à l'activité d'émission d'instruments de paiement électronique, en supprimant la définition de l'émetteur, de même que celle du titulaire.

Au regard des explications fournies et des modifications proposées, le Conseil d'Etat peut lever son opposition formelle aux dispositions sous examen.

*

Le Conseil d'Etat peut d'ores et déjà marquer son accord à la renumérotation des articles que la prise en compte du présent avis complémentaire rendra nécessaire.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 juillet 2000.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Raymond KIRSCH