

N° 4641¹

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

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(2.5.2000)

Par dépêche en date du 23 mars 1999, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Economie. Les textes de trois projets de règlement grand-ducal d'exécution y étaient joints pour information.

L'avis de la Chambre de travail a été transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 25 juin 1999. Le Conseil d'Etat s'est encore vu transmettre en date du 6 octobre 1999 l'avis de la Chambre des employés privés et en date du 27 janvier 2000 l'avis de la Chambre des métiers. Le Conseil d'Etat a en outre pu prendre connaissance de l'avis de la Chambre de commerce daté du 10 février 2000 (*Doc. parl. 4554*⁴).

Par une dépêche en date du 15 mars 2000, le Premier Ministre a soumis au Conseil d'Etat un nouveau texte du projet de loi sous rubrique, remplaçant celui dont le Conseil d'Etat avait été saisi en date du 23 mars 1999. Ce nouveau projet de loi comporte un certain nombre de modifications par rapport au texte initial sur lesquelles le Conseil d'Etat aura l'occasion de revenir lors de l'examen des textes. Trois projets de règlement d'exécution y sont également joints à titre d'information.

Le Conseil d'Etat suivra, pour l'examen des textes, la numérotation du nouveau projet de loi. Dans la mesure où bon nombre de dispositions sont reprises du texte du projet de loi initial, le commentaire des articles accompagnant cette première mouture du texte reste d'actualité. Il en va de même des avis des chambres professionnelles consultées.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis s'est fixé un objectif ambitieux: mettre en place un cadre juridique destiné à favoriser le développement du commerce électronique.

Cette nouvelle donne du commerce électronique (pour reprendre le titre du *rapport établi en France par la Mission Commerce Electronique et publié aux Editions du Bercy en mars 1999*) est apparue avec Internet. Internet est en effet aussi un espace marchand dont l'importance ne cesse de croître. Le Conseil d'Etat n'entend pas entrer dans le détail des potentialités de croissance dont l'exposé des motifs se fait l'écho.

Une première observation liminaire s'impose: même si le développement d'Internet semble dû aussi à l'absence de contraintes juridiques, il ne s'agit pourtant pas d'un espace de non-droit. L'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs d'Internet (*Etude du Conseil d'Etat français sur „Internet et les réseaux numériques“*).

Il convient d'insister sur la philosophie à la base du projet de loi: partant de la constatation que le commerce électronique représente un enjeu économique majeur dans les années à venir, mais que l'essor en est encore freiné de par les problèmes complexes qu'il suscite dans un grand nombre de domaines, faute d'un cadre de règles stables et claires, il s'agit de mettre en oeuvre ce cadre, à l'effet d'inciter les entreprises à investir dans le développement de cette forme de vente de biens et de services, tout en renforçant la confiance des consommateurs.

L'objectif n'est donc pas de freiner, par une réglementation excessive, le développement du commerce électronique, mais bien d'en favoriser le développement.

L'encadrement juridique du commerce électronique par le projet sous avis est envisagé autour de quelques grands axes:

- a) sécurisation des échanges;
- b) protection des données à caractère personnel;
- c) protection des consommateurs.

Cette future réglementation nationale doit s'insérer dans le cadre réglementaire communautaire déjà en place, ou en voie d'élaboration.

Il y a lieu de signaler en effet que l'Union européenne s'efforce de mettre en place un cadre réglementaire communautaire de nature à stimuler le commerce électronique. Il est apparu que l'espace Internet – espace international qui transcende les frontières, d'une part, espace décentralisé qu'aucun opérateur ni aucun Etat ne maîtrisent entièrement, d'autre part (*rapport Conseil d'Etat français précité*) – appelle des règles communes.

C'est dans cette optique que plusieurs projets de directives sont en train d'être élaborés:

- proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur un cadre commun pour les signatures électroniques;
- proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur;
- proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE;
- proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information,

étant précisé que la première de ces propositions de directives vient d'être adoptée: il s'agit de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Il peut paraître surprenant que le projet de loi prenne les devants avant même que ces propositions de directive n'aient été dans leur totalité définitivement arrêtées et adoptées. Il est vrai que l'exposé des motifs relève à ce sujet une certaine inadéquation de la procédure juridique communautaire au rythme d'évolution d'Internet, tant l'élaboration que la transposition en droit interne des directives prenant un temps assez considérable. A signaler d'ailleurs que plusieurs Etats membres de l'Union européenne, comme la France et la Belgique, sont en train d'adapter leur législation sur le commerce électronique, devançant donc également le processus communautaire.

D'autres aspects abordés par le projet de loi sous avis font d'ores et déjà l'objet de réglementations communautaires, à savoir:

- en matière de protection des consommateurs, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance;
- en matière de protection des données à caractère personnel, la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, ainsi que la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

Dans sa version originale, le projet de loi se proposait de transposer en droit national certaines des dispositions des directives 97/7/CE et 97/66/CE précitées.

La nouvelle version du projet de loi transmise au Conseil d'Etat renonce à transposer d'ores et déjà certaines dispositions de la directive 97/66/CE. S'y ajoute le fait que le Luxembourg n'a à ce jour pas transposé en droit national la directive 95/46/CE précitée.

L'exposé des motifs de la nouvelle version du projet de loi indique les raisons à la base du choix retenu. Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu de la pertinence des arguments y avancés (alors même que le projet de loi dans sa version originale souffrait également déjà de la non-transposition en droit national de la directive 95/46/CE):

- tout d'abord il constate que le projet de loi sous avis ne réalisera pas une transposition complète de la directive 1999/93/CE, qui en son article 8 paragraphe 1 dispose que „les Etats membres veillent à ce que les prestataires de service de certification et les organismes nationaux responsables de l'accréditation ou du contrôle satisfassent aux exigences prévues par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données“.
- s'il est peut-être vrai qu'une longue liste d'amendements complexes aurait risqué de dénaturer la structure du projet de base, et d'alourdir la compréhension d'un texte très technique, il n'en reste pas moins qu'il ne sera guère plus facile d'articuler les dispositions du présent projet avec un projet de loi en matière de protection générale des données personnelles. Cette difficulté d'articuler les dispositions de deux futures lois ne devient-elle par ailleurs pas d'autant plus grande que le projet de loi ne se limite plus à l'Internet, mais englobe de manière générale les services de la société de l'information?

Pour ce qui est du deuxième grand axe autour duquel l'encadrement juridique du commerce électronique devait s'opérer, à savoir la protection des consommateurs, le Conseil d'Etat constate que le projet de loi dans sa nouvelle version est également en retrait par rapport au texte original. Le Conseil d'Etat constate par exemple que l'article 57 du projet original n'a pas été repris dans la version définitive du projet de loi. La réglementation des paiements électroniques, qui a été nouvellement introduite dans le projet de loi, n'aborde pas non plus des aspects importants de la protection du consommateur. Finalement, l'exposé des motifs annonce l'élaboration d'un projet de loi général sur la vente à distance. Dans ce contexte le Conseil d'Etat signale une certaine ambiguïté dans la démarche des auteurs de la nouvelle version du projet de loi: la version originale du projet de loi excluait expressément les contrats de services financiers conclus à distance du champ d'application des dispositions du titre III du projet de loi. Cette exclusion n'est plus reproduite par le titre V de la nouvelle version du projet. L'articulation du présent projet et des futures lois annoncées risque en tout cas de se révéler malaisée.

Le Conseil d'Etat ne saurait dès lors souscrire à l'affirmation des auteurs du projet de loi que le projet actuel contribue à doter le Grand-Duché de Luxembourg d'un cadre juridique global sur le commerce électronique. L'approche n'est très certainement plus globale.

Le Conseil d'Etat reconnaît cependant volontiers que la tâche des auteurs du projet de loi n'était pas aisée. D'une part, les services de la société de l'information connaissent une évolution technologique constante, ce qui rend nécessaire la mise en place d'un cadre juridique qui ne freine pas l'innovation technologique. D'un autre côté, la multiplicité des textes communautaires susceptibles de s'appliquer d'ores et déjà ou à l'avenir aux services de la société de l'information n'est pas de nature à faciliter la mise en place d'un cadre juridique global.

Le Conseil d'Etat ne méconnaît pas non plus qu'à force de vouloir équilibrer les intérêts de tous les acteurs de la société de l'information, la prétention de mettre en place un cadre juridique clair et simple risque de relever de la gageure.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord de principe au projet de loi sous avis, quitte à ce que le cadre juridique à mettre en place soit nécessairement évolutif: à ce titre il conviendra de combler le plus rapidement possible les lacunes ci-dessus signalées. A défaut de ce faire, le projet de loi risque de ne pas atteindre l'objectif fixé, lequel consiste à favoriser le développement des services de la société de l'information par un renforcement de la confiance des utilisateurs en ces services.

Certaines questions ne sont par ailleurs pas abordées du tout, ni dans la version première, ni dans la version définitive du projet de loi. Il y a lieu de citer à cet égard la fiscalité ou encore la protection des droits d'auteur et des droits voisins. Il est vrai que pour le règlement de ces questions seule une approche communautaire est concevable, et le Conseil d'Etat admet qu'il est préférable de ne pas anticiper sur les solutions qui seront définitivement arrêtées au niveau communautaire.

EXAMEN DES TEXTES

Intitulé

Le Conseil d'Etat propose de supprimer la référence à la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclues avec les consommateurs. Dans sa teneur actuelle, l'intitulé laisse entendre que la transposition de ladite directive est l'œuvre du projet de loi sous rubrique, ce qui n'est manifestement pas le cas. Le fait que l'article 69 du projet de loi qualifie les clauses contractuelles, de nature à décharger le professionnel de la preuve de l'observation des conditions légales en relation avec la conclusion des contrats par voie électronique, de clauses abusives au sens de l'article 1er de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, ne semble pas au Conseil d'Etat de nature à justifier, dans l'intitulé du projet sous avis, la référence à la directive 93/13/CEE qui n'est qu'indirectement en cause.

Le Conseil d'Etat donne par ailleurs à considérer s'il ne conviendrait pas, à l'instar d'autres lois, de prévoir une disposition permettant de citer la future loi sous une forme abrégée. A cet effet, les dispositions finales pourraient être complétées par un article 75, selon la numérotation proposée par le Conseil d'Etat, conçu comme suit:

„**Art. 75.** 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“.

TITRE I.

Dispositions générales

Article 1er

Les définitions figurant à l'article sous rubrique sont, d'après le commentaire de la version modifiée du projet sous avis, reprises de l'accord politique en vue de la position commune arrêtée par le Conseil le 7 décembre 1999 relative à la future directive sur le commerce électronique, dont le Conseil d'Etat n'a pas pu prendre connaissance.

Il est un fait que la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur tend à mettre en oeuvre un cadre juridique communautaire de nature à stimuler les services de la société de l'information, étant précisé (considérant 2 *quater* dans la version COM(1999)427 final du 17 août 1999) que la définition considérée (des services de la société de l'information) englobe tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par l'intermédiaire de réseaux, au moyen d'équipements électroniques de traitement et de stockage de données et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

A cet égard, la définition des „services de la société de l'information“ est conforme à la définition communautaire.

Le commentaire de l'article indique à propos de la définition du „prestataire établi“ que „cette définition constitue l'un des piliers du dispositif mis en place ... Cette définition fixe le critère qu'il faut prendre en compte pour déterminer la loi applicable“. Ceci n'est que partiellement exact. Le Conseil d'Etat renvoie à la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur qui dispose en son article 3 que le respect, par un prestataire établi, des dispositions nationales de l'Etat membre du lieu d'établissement, ne concerne le volet traité par le titre V du projet de loi sous rubrique et en particulier les informations à fournir et le moment de la conclusion des contrats conclus par voie électronique que „dans la mesure où la loi de l'Etat membre est applicable en vertu de ses règles de droit international privé“. La définition du „prestataire établi“ ne résout donc pas nécessairement la question de la loi applicable, et qui est une des questions fondamentales s'agissant des contrats conclus par voie électronique.

Egalement sous l'aspect „loi applicable“, le Conseil d'Etat signale que la „définition“ du prestataire établi ne fournit en réalité aucune définition juridique de l'établissement stable.

Article 2

Le Conseil d'Etat propose de supprimer le *paragraphe 1* de l'article sous rubrique, alors qu'il ne lui semble pas nécessaire de préciser l'absence d'incidence de la future loi sur la fiscalité et la législation

relative aux ententes. Il est à signaler que le commentaire du paragraphe sous examen fait référence à un paragraphe 2. Le Conseil d'Etat suppose qu'il s'agit d'une erreur matérielle.

La portée du *paragraphe 2* échappe au Conseil d'Etat. Pour ce qui est des notaires, le Conseil d'Etat constate que l'article 61 paragraphe 1 exclut du champ d'application du titre V „Des contrats conclus par voie électronique“ les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique. Quelles autres activités du notaire sont visées par la disposition sous examen? Le texte est à cet égard emprunt d'ambiguïté: le bout de phrase „dans la mesure où ils (il faudrait lire d'après le Conseil d'Etat “elles”, puisque le pronom utilisé renvoie aux „activités“) supposent un lien direct et spécifique avec l'exercice de l'autorité publique“ se rapporte-t-il aux notaires et aux professions équivalentes, ou seulement à ces dernières?

En l'absence de plus amples explications de nature à dissiper le flou qui caractérise la disposition sous rubrique, le Conseil d'Etat se prononce pour la suppression du premier tiret du paragraphe 2.

Il en est de même du deuxième tiret du même paragraphe, alors qu'il semble au Conseil d'Etat que le projet de loi sous rubrique ne saurait fonder le droit à une représentation virtuelle d'un client et la défense de ses intérêts devant les juridictions.

A l'endroit du *paragraphe 4* (2 selon le Conseil d'Etat) de l'article sous rubrique, le Conseil d'Etat rappelle ses observations en relation avec la définition du „prestataire établi“. La disposition visée part à cet égard d'une pétition de principe. Aux yeux du Conseil d'Etat il vaudrait mieux dire:

„La loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux services prestés, sous réserve de l'application des règles de droit international privé de l'Etat du lieu d'établissement s'agissant des contrats par voie électronique.“

En ce qui concerne les dispositions de la loi luxembourgeoise qui assurent la protection du consommateur, le Conseil d'Etat rend attentif à l'article 12 de la directive 97/7/CE et à l'article 11 de la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. D'un autre côté, le considérant (7) de la proposition modifiée de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur précise que „la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de lois et de juridictions et ne se substitue pas aux conventions internationales y afférentes“.

Il conviendrait de clarifier si les dispositions assurant la protection du consommateur doivent (et peuvent) avoir un effet contraignant, auquel cas il y aurait lieu de prévoir une disposition assurant impérativement l'application de ces dispositions, à l'instar de l'article 3 de la loi relative à la protection juridique du consommateur.

Pour ce qui est des activités de jeux d'argent, le Conseil d'Etat rappelle que ces jeux sont en principe interdits, dans la mesure où il s'agit de jeux de hasard (*loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives*). Le Conseil d'Etat ne saisit pas très bien la portée de l'exception au pays d'origine prévue au premier tiret du *paragraphe 5* de l'article sous examen: s'agit-il de réserver l'application de la loi de 1977, et donc d'interdire les jeux de hasard, sous les seules réserves permises par la législation précitée? Ou bien s'agit-il de „diluer“ l'interdiction des jeux de hasard, au bénéfice d'opérateurs de services de la société de l'information? Dans cette dernière hypothèse risquerait de se poser un problème d'égalité devant la loi. En l'absence de plus amples explications, le Conseil d'Etat suggère de faire figurer le premier tiret du *paragraphe 5* au *paragraphe 3* (selon le Conseil d'Etat) de l'article sous examen, disposant que

„Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard.“

Article 3

Cet article trouve l'approbation du Conseil d'Etat.

Article 4

La disposition sous rubrique ne vise pas seulement les prestataires de services de certification, mais tous les prestataires de services de la société de l'information. Elle anticipe ainsi la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

Il n'y aura donc pas d'exigence nationale relative à l'accès aux activités de services visées à l'article 1er du projet de loi, sans préjudice toutefois des règles qui ne visent pas spécifiquement l'accès à ces activités.

D'application en apparence simple, la disposition sous examen n'est pas sans susciter des interrogations:

- les prestataires établis au Luxembourg (autres que les établissements de crédit ou autres professionnels du secteur financier et les établissements d'assurance obéissant à des règles qui leur sont spécifiques) devraient pour le moins être en possession d'une autorisation d'établissement au titre de la loi modifiée du 28 décembre 1988. Qu'en est-il des prestataires établis dans un autre pays dont les services peuvent être sollicités par des destinataires établis au Luxembourg? La question se pose surtout pour les prestataires établis dans un pays non membre des Communautés européennes: l'article 21 de la loi d'établissement leur est-il applicable?

L'article 5 du projet, traitant de l'obligation générale d'information des destinataires, impose certes au prestataire de services de la société de l'information de fournir les indications relatives à l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité, ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation. Il convient toutefois de retenir que ces informations ne sont à fournir que „le cas échéant“.

Le Conseil d'Etat estime que le législateur ne doit laisser aucun doute que la forme de l'activité ne saurait l'emporter sur les exigences de fond, sous peine de risquer une délocalisation de cette forme d'activité. Il doit cependant être évident que la réglementation nationale touche très rapidement à ses limites en cette matière. Dans l'intérêt de la protection des destinataires, il semble nécessaire d'œuvrer tant sur le plan communautaire que dans les enceintes internationales en faveur de règles minimales destinées à s'assurer du sérieux de ceux qui entendent se lancer dans la prestation de services de la société de l'information.

Le Conseil d'Etat propose de libeller l'article 4 comme suit:

„Sans préjudice des dispositions notamment 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.“

- s'agissant des professionnels du secteur financier et du secteur de l'assurance établis au Luxembourg qui offrent leurs services à des destinataires établis dans d'autres pays, devront-ils se conformer à l'article 34 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (prestation de services dans la CE) et à l'article 71 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (dispositions sur la libre prestation de services)?

Article 5

La disposition sous rubrique reprend les dispositions de l'article 5 de la proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

Le Conseil d'Etat donne à considérer s'il n'y aurait pas lieu de compléter au point d) du paragraphe 1 de l'article sous rubrique le bout de phrase „(et) l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité“ par les termes „ , l'activité couverte par cette autorisation“.

TITRE II.

De la preuve et de la signature électronique

Un véritable essor du commerce électronique ne peut passer que par la reconnaissance de la valeur juridique du document et de la signature électroniques. La nécessité d'une réforme législative tient du fait que le Luxembourg, à l'instar de la France, connaît un système de preuve qu'on peut qualifier de mixte (*Etudes du Conseil d'Etat français, Internet et les réseaux numériques, pages 80 et ss.*). Au-delà d'un certain seuil, à fixer par règlement grand-ducal, la preuve des actes juridiques de droit civil obéit à un système de preuve légal. Dans ce système, l'écrit occupe une place privilégiée. De par l'économie générale des textes du code civil consacrées à la preuve des obligations et de celle du paiement, il est clair qu'il s'agit d'un écrit sur support papier, auquel en l'état actuel des textes il semble difficile d'assimiler les documents électroniques, dont la caractéristique réside précisément dans la dématérialisation. Le projet de loi se propose essentiellement

- de définir la signature;
- de reconnaître à l'acte sous seing privé électronique une valeur probante équivalente à celle de l'acte revêtu d'une signature manuscrite.

Chapitre I – De la preuve littérale

Article 6

D'après le commentaire de l'article, l'admission de nouvelles formes de signature, à côté de la signature manuscrite, passe par une définition de la signature.

Le projet sous avis donne en premier lieu une définition générale, par rapport aux fonctions principales de la signature, qui sont l'identification du signataire et son adhésion au contenu de l'acte. Cette définition fonctionnelle s'applique tant à la signature manuscrite qu'à la signature électronique.

Le texte précise ensuite les conditions spécifiques que la signature électronique doit remplir. La signature électronique doit remplir la condition d'être liée de façon indissociable à l'acte et d'en garantir l'intégrité.

De ces deux textes, il y a lieu de rapprocher l'article 18 paragraphe 1 du projet de loi qui dispose que „constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil la signature électronique créée par un dispositif de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat agréé“.

Les textes dont question ci-dessus donnent lieu aux observations suivantes:

- une première observation liminaire semble de mise: S'il est peut-être préférable de ne pas aborder dans le Code civil les aspects techniques de la fiabilité des signatures électroniques, il reste qu'une confusion sur la portée de la réglementation de la preuve risque de naître en la matière du fait de la coexistence d'une réglementation générale inscrite dans le Code civil et de dispositions inscrites dans une loi spéciale, voire dans un règlement grand-ducal (il est renvoyé au règlement grand-ducal prévu à l'article 25 du projet de loi), du moment que ce sont ces dispositions particulières qui régissent la reconnaissance des effets juridiques attachés à une signature électronique. Pour le moins, la complémentarité de toutes ces dispositions n'est aux yeux du Conseil d'Etat pas évidente. Le projet de loi français fait en tout cas apparaître explicitement l'incidence des dispositions particulières précitées.

Le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne conviendrait pas de préciser les modifications proposées à l'endroit du Code civil.

A la suite de l'article 1322-1, un nouvel article 1322-2 serait ajouté au Code civil de la teneur suivante:

„L'acte sous seing privé revêtu d'une signature électronique fait foi, au sens de l'article 1322, dans les termes des dispositions légales spécifiques applicables à la signature électronique.“

De cette manière, il ressortirait clairement des nouvelles dispositions définissant la signature, qu'elles n'ont pas vocation à s'appliquer de manière autonome, mais seulement en combinaison avec les dispositions de la future loi (ou d'autres lois spéciales) pour ce qui est de l'équivalence au niveau de la preuve des actes écrits traditionnels et des actes électroniques.

Si la Chambre devait suivre le Conseil d'Etat, le nouvel article 1322-2 dans la teneur proposée par le Conseil d'Etat pourrait figurer sous l'article 7 du projet de loi, article dont le Conseil proposera ci-après la suppression.

Dans la suite des développements, les références à l'article 1322-2 doivent s'entendre à l'article dans la teneur proposée par le projet de loi sous avis.

Dans la foulée des observations qui précèdent, il convient de s'interroger si le terme „signature électronique“ recouvre toujours les mêmes réalités selon les contextes.

La directive 1999/93/CE précitée distingue la signature électronique et la signature électronique „avancée“, le commentaire de l'article 7 (version originale du projet de loi) sous rubrique retenant que „outre la référence à la sécurité du dispositif de création de la signature qui, pour la signature dite avancée doit demeurer sous le contrôle exclusif du signataire, les deux types de signatures se distinguent essentiellement par le fait que la signature ordinaire est conçue comme une méthode d'authentification sans devoir satisfaire, en tant que telle, à la fonction d'identification du signataire“. Les auteurs du projet de loi original de retenir que „la distinction paraît pour le moins subtile et difficilement compatible avec notre conception traditionnelle de la signature, qui en tout état de cause suppose que celle-ci puisse identifier le signataire“.

Les auteurs du projet de loi ne prévoient en tout cas de différencier les deux types de signature qu'à propos des modes de reconnaissance, c'est-à-dire non pas au niveau de la réglementation de la preuve formulée par le Code civil, mais au niveau de l'article 18 du projet de loi.

- S'agissant de la définition de la signature électronique, il reste que la directive communautaire l'énonce comme suit: „une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'*authentification*“. Certains commentateurs émettent l'opinion qu'il semblerait qu'en parlant d'authentification plutôt que d'identification la directive ait voulu donner une existence juridique et conférer des effets juridiques à une signature qui n'identifierait pas mais serait néanmoins capable d'authentifier (*L'Europe à l'heure de la signature électronique*, in *Gazette du Palais*, 14/15 janvier 2000, doctrine, page 17).

Il est vrai que tant le projet de loi français portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique que l'avant-projet de loi belge visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations maintiennent également la fonction d'identification de la signature en général et de la signature électronique en particulier.

- S'agissant de la reconnaissance de la signature électronique comme preuve en justice, plusieurs observations s'imposent:
 - Partant de la philosophie générale à la base du projet de loi, il y a lieu d'admettre que les conditions posées par le nouvel article à insérer au Code civil, pour ce qui est de l'efficacité de la signature électronique, ne créeront aucun nouveau formalisme. En d'autres termes, celui qui entend se prévaloir d'un acte sous seing privé électronique ne semble pas devoir établir que la signature électronique dont l'acte est revêtu répond à toutes les exigences légales avant de pouvoir l'opposer à celui qui est présenté comme étant le signataire de l'acte.
 - A l'inverse, la signature électronique quelle qu'elle soit, ordinaire ou „avancée“, ne semble jamais pouvoir être tenue légalement pour reconnue. Une signature électronique devrait donc toujours pouvoir être contestée par celui auquel on l'oppose.

Dans le cadre de la réglementation générale de la preuve formulée au Code civil, il suffirait, à celui auquel on oppose une signature électronique, de dénier, par simple affirmation, cette signature. La charge de la preuve incombera alors à celui qui se prévaut de l'acte.

Une question relative à la charge de la preuve se pose toutefois concernant la contestation de la signature électronique „avancée“. L'article 18 du projet de loi dispose que „sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil“.

D'après le commentaire dudit article 18 (17 selon la première version du projet de loi), cette disposition n'interdit pas à celui auquel elle est opposée de la contester de la même manière qu'une signature manuscrite. La question n'est toutefois pas abordée s'il suffit à celui auquel la signature est opposée de la dénier, ou s'il doit lui-même combattre cette présomption de régularité de la signature résultant de la production d'un certificat agréé. A signaler que le législateur français semble vouloir créer un régime de présomption légale réfragable: le recours à un tiers certificateur conduirait à inverser la charge de la preuve (*Etude du Conseil d'Etat français, précitée*, page 92).

Au-delà du problème de la charge de la preuve, n'est pas résolue non plus aux yeux du Conseil d'Etat la question de l'objet de la preuve: suffit-il d'établir que les procédés techniques mis en oeuvre permettent ou ne permettent pas de satisfaire aux conditions posées par la future loi à l'efficacité d'une signature électronique, pour retenir qu'un tel est ou n'est pas à considérer comme signataire? Une signature électronique pourrait parfaitement satisfaire, de manière abstraite, à tous les critères. Pour autant l'origine de la signature pourrait rester discutable. A l'inverse, l'origine de la signature pourrait être indiscutable, alors même que la signature électronique ne satisfait pas à tous les critères de fiabilité.

Article 7

L'article 7 du projet vise à assurer le maintien de l'intégrité de l'acte sous seing privé électronique, une fois qu'il a été définitivement créé (et signé). L'acte sous seing privé électronique ne vaut comme original que lorsqu'il présente des garanties fiables quant au maintien de son intégrité. A noter que d'après le nouvel article 1322-1, la signature électronique doit *garantir* l'intégrité de l'acte, tandis que le nouvel article 1322-2 parle de *garanties fiables* quant au maintien de l'intégrité de l'acte. Le Conseil

d'Etat part de l'idée que la nuance dans les termes ne traduit aucune différence d'approche quant au degré de sécurisation requis dans les deux cas.

Il peut paraître surprenant que le projet utilise le terme „original“ s'agissant d'un acte sous seing privé électronique, alors qu'en matière électronique il n'y a pas de différence entre l'original et la copie. Soit le maintien de l'intégrité de l'acte est garanti de manière fiable, soit il ne l'est pas, mais dans les deux cas cela vaut pour l'original et la copie. Si le Conseil d'Etat peut parfaitement souscrire à l'idée à la base de l'article sous rubrique, que seul un message électronique signé, conservé de manière fiable, puisse être admis en preuve dans des conditions identiques à un original sur support papier, il est toutefois à s'interroger sur l'opportunité d'insérer au Code civil le nouvel article 1322-2 tel que proposé par l'article sous rubrique:

- tout d'abord, l'article 1322-1 à insérer au Code civil ne suffit-il pas à garantir l'originalité de l'information, en exigeant, au titre des conditions auxquelles doit satisfaire la signature électronique, qu'elle garantisse l'intégrité de l'acte, c'est-à-dire qu'elle soit liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée.
- aux yeux du Conseil d'Etat, l'article 1322-2 à insérer au Code civil n'apporte aucune modification fondamentale s'agissant de la force probante de l'acte sous seing privé électronique, qui est en définitive le but poursuivi par le projet de loi sous avis. Aux termes du nouvel article 1322-1, l'acte sous seing privé est parfait du moment qu'y figure une signature répondant aux exigences légales, peu importe que cette signature soit manuscrite ou électronique. Pour autant, l'acte sous seing privé doit être reconnu par celui auquel on l'oppose, et la garantie de l'intégrité de l'information originale n'y change à cet égard quoi que ce soit.
- la disposition dont s'agit est de nature à susciter des difficultés d'application inextricables: en combinant les nouveaux articles 1322-1 et 1322-2 du Code civil, il faut admettre qu'un acte sous seing privé peut perdre sa valeur d'original.

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que le commentaire de l'article soit de nature à éliminer tous problèmes concernant la valeur juridique d'actes sous seing privé électronique ne valant pas (ou plus) comme original. Le commentaire de l'article sous rubrique d'énoncer à ce sujet: „en dehors de l'hypothèse du maintien de l'originalité du document électronique par la maîtrise et la garantie de l'intégrité du document, on aurait uniquement à faire à des copies, reproductions auxquelles l'article 1334 actuel associe une moindre force probante. La copie rend compte d'un document original mais sans que l'intégrité de l'information originale puisse être contrôlée. Si toutefois ces copies ont été effectuées dans le respect des conditions fixées par le règlement grand-ducal de 1986, alors une force probante égale à celle de l'original peut leur être reconnue.“

De telles fictions légales ne semblent pas au Conseil d'Etat de nature à garantir la cohérence de la réglementation de la preuve: un même acte ne peut être successivement „original“ et „copie“.

- l'opportunité de l'insertion au Code civil du nouvel article 1322-2 doit également être examinée au regard des dispositions de la directive 1999/93/CE. Une multiplication des exigences légales posées à la reconnaissance juridique risque de ne pas répondre à la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques en ce qu'elle impose la reconnaissance juridique de la signature électronique.

Le Conseil d'Etat propose en conséquence des développements qui précèdent de supprimer l'article 7 dans sa teneur actuelle. Il est renvoyé aux développements à l'endroit de l'article 6 du projet et à la proposition de texte faite par le Conseil d'Etat qui pourrait figurer sous l'article 7.

Article 8

L'article sous rubrique opère une modification mineure aux dispositions du Nouveau Code de procédure civile relatives à la vérification d'écriture.

Le commentaire de l'article n'aborde pas expressément la question de l'objet de la contestation: il y a lieu de s'interroger si la procédure de vérification d'écriture est applicable aux contestations qui portent sur le contenu de l'acte. La contestation portant sur l'intégrité de l'acte (condition d'efficacité de la signature électronique), et qui est donc indissociable du contenu de l'acte, peut-elle être assimilée à une contestation de la signature ou de l'écriture?

Dans le commerce électronique à venir, la conservation des moyens de preuve sera, pour une large part, unilatérale (*J. Huet, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, Dalloz*

2000, *Chroniques*, page 95). Dans ces conditions, l'avant-projet de loi français avait pris soin de prévoir que l'écrit électronique, et en particulier son contenu, peut être contesté en apportant librement une preuve contraire. Cette disposition n'a pas été retenue dans la version du texte soumis actuellement à la procédure législative en France. Il faudrait en tout cas éviter que les contestations portant sur le contenu de l'acte ne soient pratiquement rendues impossibles.

Article 9

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à la modification proposée à l'endroit de l'article 1325 du Code civil. Il renvoie toutefois à ses observations à propos de l'article 8 du projet de loi.

De manière incidente, le Conseil d'Etat est à s'interroger dans quelle mesure l'article 1135-1 du Code civil, tel que modifié par la loi du 26 mars 1997 portant 1° transposition des directives 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux; 2° modification de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur; 3° modification de l'article 1135-1 du Code civil; 4° modification de la loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, est susceptible d'interférer avec la nouvelle réglementation de la reconnaissance juridique des actes sous seing privé électronique.

Articles 10 et 11

Sans observation.

Article 12

Il y a lieu de supprimer le bout de phrase „ou un acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2", compte tenu de la proposition du Conseil d'Etat de ne pas insérer de nouvel article 1322-2 au Code civil.

Article 13

L'article sous rubrique énonce les règles propres aux copies d'actes sous seing privé.

Ce faisant, le projet de loi innove, alors que le Code civil ne contient à l'heure actuelle pas de règles qui seraient expressément propres aux actes sous seing privé.

Les auteurs du projet de loi proposent d'intégrer la disposition actuelle de l'article 1348, alinéa 2 du Code civil dans le nouvel article 1334 du même code, en en faisant une disposition traitant des copies en général. L'article 1348, alinéa 2 du Code civil y a été introduit par la loi du 22 décembre 1986 sur la preuve des actes juridiques. Ladite loi avait pour objet, notamment, d'introduire dans la législation luxembourgeoise une réglementation permettant de reconnaître une valeur probante aux procédés de conservation des documents sous forme miniaturisée ou informatisée.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord au nouvel article, dans la mesure où seule une copie réalisée selon les conditions fixées par règlement grand-ducal est, par le biais d'une présomption réfragable, considérée comme une copie fidèle de l'original, et peut à ce titre faire preuve comme l'original. La question se pose toutefois si le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution des articles 1348 du Code civil et 11 du Code de commerce continuera à sortir ses effets, une fois qu'une de ses bases légales (en l'occurrence l'article 1348 du Code civil) aura été abrogée.

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

Il y a lieu de supprimer dans le texte proposé le bout de phrase „ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2“.

Article 14

Sans observation, sous réserve de la remarque ci-dessus concernant la base légale du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986.

Article 15

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu de l'utilité de la modification proposée à l'endroit de l'article 11 du Code de commerce.

Ledit article vise la forme de la conservation de la comptabilité et des documents comptables. Les auteurs de la loi du 22 décembre 1986 sur la preuve des actes juridiques qui a donné à l'article dont s'agit sa teneur actuelle, et qui a donc également introduit au Code civil l'article 1348, alinéa 2, avaient estimé qu'il est indispensable de ne pas considérer les enregistrements sous forme miniaturisée ou informatisée comme des copies (*Doc. parl. 2866, commentaire des articles, page 7*).

Aux yeux du Conseil d'Etat, il n'y a pas de raison de vouloir actuellement traiter des copies en général à l'article 11 du Code de commerce: pour le genre de documents y visés, prévoir la conservation de copies sur d'autres supports qu'un support informatique (par exemple des copies sur support papier) ne fait pas de sens. Le commerçant qui tient sa comptabilité sur support papier ne va pas confectionner une copie sur le même support. Il en va de même pour les pièces justificatives, les lettres, etc.

Le Conseil d'Etat ne voit pas non plus l'utilité de réserver en l'espèce la preuve contraire, la preuve en matière commerciale étant de toute façon libre, d'une part, les livres de commerce ne pouvant par ailleurs en matière civile faire preuve contre le non-commerçant, d'autre part.

Le Conseil d'Etat propose en conséquence de ne pas modifier l'article 11 du Code de commerce. Si les auteurs du présent projet estiment nécessaire d'éliminer certaines imperfections du texte, l'article sous rubrique pourrait être libellé comme suit:

„Art. 15. A l'exception du bilan et du compte des profits et pertes, les documents ou informations visés aux articles 8 à 10 peuvent être conservés en micrographie ou sur support informatique, à condition que les reproductions ou les enregistrements répondent aux conditions fixées par un règlement grand-ducal.“

Article 16

Le Conseil d'Etat considère que cette disposition est étrangère à la preuve, alors qu'elle est destinée à assurer la juste perception des impôts. Elle n'a donc pas sa place sous le titre II du présent projet de loi.

Il semble encore peu utile au Conseil d'Etat de vouloir insérer pareille disposition dans un projet de loi qui par ailleurs ne se préoccupe pas des questions fiscales liées au commerce électronique. En tout cas une disposition telle que celle sous examen n'est pas de nature à solutionner les difficultés auxquelles est susceptible de se heurter le recouvrement des impôts et taxes et qui ont trait en tout premier lieu à l'identification des transactions et des parties. Ces deux difficultés ne seront en tout cas pas résolues par la détermination de la forme sous laquelle les informations ayant trait à des transactions électroniques dématérialisées sont à fournir à l'administration fiscale.

La disposition sous rubrique est en l'état actuel à supprimer.

Pour conclure l'examen des dispositions du chapitre I du titre II du projet de loi, le Conseil d'Etat se doit de signaler que, nonobstant les modifications proposées, les dispositions du Code civil (et du Nouveau Code de procédure civile, s'agissant des vérifications de signature et d'écriture) ne semblent guère adaptées à la preuve par support autre que le support matériel classique. Toute la difficulté résulte du fait que l'assimilation des supports ne peut pas être réalisée de manière absolue, de sorte que les solutions légales adaptées au support matériel ne sont pas transposables telles qu'elles au support informatique.

Chapitre II. – Des prestataires de service de certification

Le chapitre II du titre II a trait à une question d'importance primordiale, à savoir la certification des signatures électroniques par un tiers.

Il s'agit de définir le cadre et les conditions d'exercice des activités de certification.

Article 17 (16 selon le Conseil d'Etat)

Les définitions figurant sous l'article 16 de la première version du projet de loi ont été revues à la lumière des formulations retenues en définitive par la directive 1999/93/CE.

Le Conseil d'Etat constate toutefois que figurent sous l'intitulé „Définitions“ des notions qui ne sont en fait pas définies, les précisions afférentes devant résulter de règlements grand-ducaux.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat observe que pour la définition du dispositif de création de signature il est renvoyé à un règlement grand-ducal relatif au certificat qualifié. Or, le dispositif de création de signature existe en dehors du certificat qualifié. Le Conseil d'Etat considère qu'il résulte un risque de

confusion du fait du renvoi à ce règlement grand-ducal joint à la dépêche du 15 mars 2000. A relever encore que ce projet de règlement grand-ducal ne contient que des exigences relatives aux dispositifs sécurisés de création de signature, de sorte que le renvoi audit règlement grand-ducal ne fait pas de sens.

Le Conseil d'Etat préfère nettement l'approche de la première version du projet de loi sous avis, c'est-à-dire de définir dans la future loi elle-même les concepts de base, quitte à renvoyer pour les exigences liées aux certificats qualifiés et aux dispositifs sécurisés de création de signature à des règlements grand-ducaux. Le Conseil d'Etat recommande en conséquence de faire figurer les définitions du „dispositif de création de signature“, du „dispositif de vérification de signature“ ainsi que des „données afférentes à la création de signature“ et des „données afférentes à la vérification de signature“ dans l'article sous examen.

La définition du „certificat qualifié“ devrait être redressée en ce sens que ce n'est pas l'article 25 de la loi qui fixe les exigences auxquelles doit répondre le certificat qualifié. Il y aurait donc lieu de lire:

„un certificat qui satisfait aux exigences fixées sur base de l'article 25 de la présente loi.“

Pour ce qui est de l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance, le Conseil d'Etat recommande de ne pas se référer au „ministère de l'Economie“, alors que ce n'est certainement pas le „ministère“ qui prononce l'accréditation. Le texte pourrait être libellé 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.“

En ce qui concerne la dénomination de ce service, le Conseil d'Etat renvoie à la loi du 22 mars 2000 qui a institué un Conseil national d'accréditation, de certification, de normalisation et de nomination de la qualité. Le cas échéant, et afin de ne pas multiplier les instances de contrôle, les missions dévolues à l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance seraient à confier à ce Conseil.

Article 18 (17 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous rubrique précise les effets juridiques des signatures électroniques. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 6 du projet de loi, pour ce qui est du lien entre notamment l'article 1322-1 nouveau du Code civil et la disposition sous avis. Le Conseil d'Etat tient à rappeler qu'il n'est pas sûr que le nouveau texte à insérer au Code civil et la disposition sous rubrique sont nécessairement complémentaires.

Le Conseil d'Etat retient du commentaire de l'article 30 du projet de loi originaire que „seule une signature électronique reposant sur un certificat agréé émis par un prestataire de service de certification *accrédité* bénéficiera de l'assimilation automatique à la signature manuscrite prévue à l'article 17 §1“. Une telle affirmation ne cadre pas avec le texte de la disposition sous examen: la reconnaissance des effets juridiques d'une signature électronique n'y est pas subordonnée à la délivrance d'un certificat agréé émis par un prestataire accrédité. La question se poserait d'ailleurs si une telle interprétation est compatible avec l'article 5 §1 de la directive communautaire. Le nouveau commentaire de l'article sous examen ne reproduit d'ailleurs plus cette affirmation.

Articles 19 à 35 (18 à 34 selon le Conseil d'Etat)

Les dispositions sous rubrique visent à encadrer l'activité des prestataires de certification.

Le projet de loi originaire était subdivisé de manière à faire clairement ressortir:

- a) les dispositions qui s'appliquent à tous les prestataires de services de certification, quels que soient les certificats qu'ils sont amenés à délivrer;
- b) les exigences liées à la délivrance de certificats agréés;
- c) les exigences liées à l'accréditation volontaire des prestataires d'activités de certification.

Le projet de loi, dans la nouvelle version transmise au Conseil d'Etat, n'opère plus une subdivision aussi nette, alors pourtant que la directive 1999/93/CE dispose que chaque Etat membre applique les dispositions nationales qu'il adopte conformément à la directive aux prestataires de services de certification établis sur son territoire et aux services qu'ils fournissent, sans distinguer à cet égard suivant que les prestataires de services de certification émettent ou non des certificats qualifiés ou qu'il s'agit de prestataires accrédités ou non.

Pour ce qui est de la protection des données à caractère personnel, le Conseil d'Etat fait remarquer que le Luxembourg n'a pas transposé en droit national la directive communautaire 95/46/CE. De plus,

tandis que le projet de loi originaire proposait une réglementation des données à caractère personnel dérivant notamment de la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, le projet de loi dans sa nouvelle version ne fait plus référence à cette directive qui ne sera donc pas transposée du tout par la future loi. Le Conseil d'Etat émet ses réserves les plus formelles à l'encontre de l'approche retenue par la version définitive du projet de loi sous examen, qui néglige complètement tout le volet protection des données à caractère personnel, se bornant à proposer la seule transposition en droit national de l'article 8 paragraphe 2 de la directive 1999/93/CE, tout en restant en défaut de satisfaire au paragraphe 1 du même article 8.

Le Conseil d'Etat constate ensuite que le projet de loi n'aborde pas, ni dans sa version originaire, ni dans sa version définitive, certaines questions fondamentales:

- si l'obligation d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs pour l'émission, la délivrance et la conservation des certificats a disparu de la version définitive du texte en tant qu'obligation générale pesant sur tous les prestataires de services de certification, il n'en reste pas moins que le projet de loi continue à réserver aux seuls prestataires de service de certification qui satisfont aux exigences de sécurité et de fiabilité, à déterminer par voie de règlement grand-ducal, l'émission de certificats qualifiés.

L'accréditation volontaire est aussi subordonnée au respect de conditions d'obtention et de conservation de l'accréditation à fixer par voie de règlement grand-ducal.

L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance est chargée de veiller au respect par les prestataires de service de certification de la future loi et des règlements qui s'imposent à eux. Même si la mission de l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance est définie dans le cadre de la sous-section 3 „Des prestataires de service de certification accrédités“, il résulte clairement du commentaire que l'autorité nationale exerce une mission de surveillance générale des prestataires de service de certification.

La question se pose toutefois quels sont les voies et moyens dont dispose l'autorité nationale pour assurer le respect des dispositions légales et réglementaires. C'est notamment à propos des prestataires de service de certification non accrédités que la „mission de surveillance générale“ suscite des interrogations, et ce non seulement par rapport au principe même du contrôle, mais également par rapport aux méthodes et aux critères de vérification.

Le terme certificat „agréé“ a certes été abandonné, alors qu'il était de nature à induire en erreur, les prestataires de service de certification se proposant d'émettre de tels certificats n'ayant pas besoin de solliciter à cet effet une quelconque approbation, ainsi que le souligne d'ailleurs le commentaire de l'article 17 de la nouvelle version du projet de loi. Pourtant les prestataires de service de certification ne pourront émettre de tels certificats que s'ils satisfont au moins aux prescriptions figurant à l'annexe II de la directive communautaire, et ces prescriptions ont trait aux moyens techniques et aux ressources financières. Dans sa dernière version, le projet de loi y ajoute encore une obligation d'information. Comment l'autorité nationale peut-elle assurer le contrôle du respect de ces exigences? Suffit-il à cet égard de faire état dans le contexte de l'obligation de secret professionnel que celle-ci n'existe pas à l'égard de l'autorité nationale agissant dans le cadre de ses compétences légales? La simple référence, dans le même article, aux réviseurs et experts mandatés par l'autorité nationale suffit-elle à caractériser les compétences de contrôle de l'autorité nationale, et surtout les obligations assumées par les prestataires de service de certification à l'égard de l'autorité nationale?

- dans une deuxième étape, il y a lieu de s'interroger sur les sanctions encourues par les prestataires de service de certification qui ne se conformeraient pas aux exigences fixées (en dehors de l'hypothèse d'une accréditation volontaire), ou ne se prêteraient pas au contrôle.

Les questions soulevées ci-dessus doivent impérativement recevoir une réponse adéquate, alors qu'elles sont susceptibles de donner lieu à l'engagement de la responsabilité de l'Etat.

L'article 19 (18 selon le Conseil d'Etat) n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

S'agissant de *l'article 20* (19 selon le Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat renvoie à ses observations qui précèdent. La disposition sous rubrique ne saurait donner satisfaction, en l'état actuel de notre législation générale en matière de protection de données personnelles, et du fait de la suppression des dispositions du projet originaire tendant à transposer au moins en partie la directive 97/66/CE.

L'article 21 (20 selon le Conseil d'Etat) reprend les dispositions de l'article 32 du projet de loi originale. Une telle disposition se conçoit dans un système où les prestataires de service de certification ne sont que dépositaires des clefs publiques permettant de vérifier les signatures électroniques, tandis que les clefs privées correspondantes demeurent la propriété exclusive et sous le contrôle des utilisateurs dont la signature électronique est certifiée.

Dans la version originale du projet de loi, le prestataire de service de certification était tenu d'une obligation d'information quant aux obligations qui pèsent, en vertu de la future loi, sur le titulaire du certificat. Le projet de loi, dans sa nouvelle version, n'entend plus imposer cette obligation qu'aux prestataires émettant des certificats qualifiés.

Le commentaire de l'article renvoie, en cas de risque que la confidentialité du dispositif de création de signature est compromise, aux possibilités qu'offrent les articles 26 et 27 du projet de loi. Or la suspension et la révocation prévues par les dispositions en question ne concernent, dans la version définitive du projet de loi, que les seuls certificats qualifiés.

Il n'y a donc plus de cohérence entre les articles 21, 22, 26 et 27 du projet de loi.

L'article 22 (21 selon le Conseil d'Etat) a trait à l'obligation d'information qui, dans la dernière version du projet de loi, ne pèse plus que sur les prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés.

L'obligation d'information, qu'elle soit générale ou spécifique, soulève certaines interrogations:

- quant à sa forme et à son contenu, tout d'abord. Le Conseil d'Etat part de la prémisse qu'il y aura élaboration d'un code de conduite, sous les auspices de l'autorité de contrôle nationale.

Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur la signification exacte des termes „aux procédures de réclamation et de règlement des litiges“. Il est à supposer que ne sont pas visées par là les procédures de règlement judiciaire puisqu'il est difficile de prévoir à l'avance quelle juridiction sera compétente pour connaître de tel ou tel litige, fût-ce au regard de la compétence d'attribution ou de la compétence *ratione summae*.

- quant à la sanction, ensuite. D'après les termes de la disposition sous examen, il s'agit d'une obligation précontractuelle. Le projet de loi ne contenant plus de disposition générale concernant la sanction du non-respect de cette obligation, il y a lieu d'admettre que la sanction est à rechercher soit sur le terrain des vices du consentement, soit sur le terrain de l'article 1382 du Code civil.

L'article 23 (22 selon le Conseil d'Etat), à la différence des autres articles du chapitre II du titre II du projet de loi, ne comporte pas d'intitulé. Le Conseil d'Etat suggère de reprendre l'intitulé de la disposition afférente de l'ancienne version du projet de loi (article 20 „De l'acceptation des certificats“). Il est vrai que dans la nouvelle version du projet de loi, l'emplacement de l'article sous rubrique (entre l'obligation d'information et l'obligation de vérification) n'est guère heureuse, et qu'il se recommanderait d'intervertir l'ordre des articles 23 et 24.

L'article 24 (23 selon le Conseil d'Etat) ne donne pas lieu à observations.

L'article 25 (24 selon le Conseil d'Etat) servira de base légale au(x) règlement(s) d'exécution appelé(s) 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.

Si le Conseil d'Etat n'a pas d'objection de principe à voir confier au pouvoir exécutif la réglementation du contenu des certificats qualifiés, il y a cependant lieu d'examiner la compatibilité de l'article 25, paragraphe 1 avec l'article 11(6) de la Constitution.

Aux yeux du Conseil d'Etat, il s'agit d'une restriction à la liberté du commerce et de l'industrie, alors qu'il s'agit de réglementer l'exercice d'une activité que tous les prestataires de service de certification entendront exercer, au regard des effets juridiques attachés de par la loi aux signatures électroniques reposant sur un certificat qualifié.

Si le Conseil d'Etat a admis que, même en une matière réservée, il n'est pas nécessaire que la loi doive se charger de la réglementation intégrale dans les moindres détails de la matière, il a cependant toujours estimé que les principes et les modalités substantielles de la matière réservée doivent impérativement être retenus par la loi.

Force est de constater, s'agissant des exigences auxquelles doivent satisfaire les prestataires qui entendent émettre des certificats qualifiés, que cette condition n'est pas remplie par le texte sous avis.

La disposition sous avis se borne à faire état d'exigences de sécurité et de fiabilité, alors que sont visées par ces termes les exigences édictées à l'annexe II de la directive 1999/93/CE, qui ne concernent pas uniquement les moyens techniques à mettre en oeuvre, mais ont trait aussi aux moyens financiers du prestataire, ou à la qualification de son personnel.

Ayant ainsi des incidences directes sur l'exercice des activités de prestation de service de certification, le Conseil d'Etat estime que la détermination de ces exigences ne saurait être abandonnée au pouvoir exécutif. La question n'est pas purement théorique, alors que la force probante de l'écrit électronique est directement liée notamment à la délivrance d'un certificat qualifié. Il ne saurait dès lors être admis que la détermination des exigences à remplir par les prestataires de service de certification soit sujette à caution au regard de sa compatibilité avec les dispositions constitutionnelles.

Le Conseil d'Etat insiste en conséquence pour que le texte sous examen soit revu. Pour le moins faudrait-il retenir dans la loi elle-même les principales exigences qu'on est en droit d'attendre de cette catégorie de prestataires de service, quitte à en voir préciser le détail par voie de règlement grand-ducal.

Le paragraphe 1 devrait en conséquence être modifié 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 adéquats 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 Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait que le système des matières réservées à la loi, avec ses aménagements, n'a à ce jour pas encore trouvé l'aval de la Cour constitutionnelle. Il ne peut donc être affirmé de manière absolue que la formule proposée est à l'abri de tout doute.

Le Conseil d'Etat tient encore à relever qu'il ne saurait en aucun cas être question de poser dans le règlement grand-ducal des règles relatives à l'intégrité du prestataire de services, tel que c'est le cas pour le projet de règlement grand-ducal transmis à titre d'information au Conseil d'Etat. Une telle exigence quant à l'intégrité personnelle ou professionnelle ne saurait trouver d'aucune façon sa base légale dans la disposition sous rubrique.

D'un point de vue rédactionnel, le paragraphe 4 devrait, aux yeux du Conseil d'Etat, être complété par l'ajout du terme „accrédité“ après les termes „... peut être délivré tant par un prestataire de service de certification“.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'objection de principe à voir ancrer dans l'article 26 (25 selon le Conseil d'Etat) de la future loi la possibilité d'une suspension des certificats. Il est toutefois à se demander si l'on ne court pas ainsi le risque de rendre plus difficile, sinon la cohérence, du moins la coordination des différentes législations des Etats membres appelés à transposer la directive 1999/93/CE, dans la mesure où elles ne prévoiraient pas toutes un système de suspension et de révocation. Il est à signaler que la directive communautaire n'envisage qu'un système de révocation.

L'article 27 (26 selon le Conseil d'Etat) ne donne pas lieu à observation.

L'article 28 (27 selon le Conseil d'Etat) a trait à la responsabilité des prestataires de service de certificats qualifiés. L'approche n'est donc plus celle du projet de loi originaire qui faisait peser cette responsabilité sur tous les prestataires de service de certification. Cette approche est conforme à l'article 6 de la directive 1999/93/CE. Il y a lieu de signaler que ce régime de responsabilité est un régime exorbitant du droit commun, alors qu'il instaure une présomption de responsabilité à charge du prestataire, ayant pour conséquence un renversement de la charge de la preuve, en ce sens qu'il appartient au prestataire de service de s'exonérer de la présomption de responsabilité en apportant la preuve de ce qu'il n'a commis aucune négligence. Une telle présomption de responsabilité se conçoit effectivement plus aisément s'agissant des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés.

La disposition sous examen comporte une autre modification par rapport au texte de l'article 25 de la première version du projet de loi: la possibilité de prévoir des clauses limitatives de responsabilité, quitte à fixer des plafonds minima en dessous desquels il n'est pas permis de limiter cette responsabilité, est abandonnée. Le paragraphe 4 nouveau dispose au contraire que toute convention contraire aux dispositions de l'article sous rubrique est réputée non écrite. D'après le commentaire de l'article, ce paragraphe évite, de la part des prestataires de service de certification, des clauses d'exonération de

responsabilité ou des clauses de limitation de responsabilité trop larges. Aux yeux du Conseil d'Etat, la nouvelle disposition prohibe tout simplement ces clauses, et il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la limitation de la responsabilité est exagérée ou non, et le Conseil d'Etat a partant des difficultés à saisir la portée du point j) de l'article 2 du projet de règlement grand-ducal fixant le contenu des certificats qualifiés.

La directive communautaire laisse ouverte la question du sort des clauses limitatives de responsabilité: en son article 6, paragraphe 5, elle dispose que „les dispositions des paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs“. La loi du 26 mars 1997, ci-dessus citée en relation avec la modification de l'article 1135-1 du Code civil, a complété la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur en ajoutant aux clauses contractuelles à considérer comme abusives les clauses excluant ou limitant la responsabilité légale en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel.

La disposition sous rubrique va plus loin que la loi précitée de 1983, et d'ailleurs que la directive communautaire 93/13/CE, en interdisant toute clause exclusive ou limitative de responsabilité, quel que soit le dommage accru, et sans égard à la qualité de consommateur ou de professionnel de la victime.

Il y aurait lieu de s'assurer, avant de s'engager dans une telle voie, que l'approche des autres Etats membres est la même, afin de garantir la cohérence du cadre commun des signatures électroniques.

En dernier lieu, le Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait qu'il ne suffit pas d'écrire au paragraphe 3 que „ces limites soient inscrites dans le certificat“. Ces limites doivent avant tout être discernables par les tiers. Il y aurait donc lieu d'ajouter *in fine* du paragraphe 3 „et que ces limites soient discernables par les tiers“.

D'un point de vue rédactionnel il y a lieu de faire précéder les 2ième et 3ième tirets du paragraphe 1 à chaque fois de „à“.

L'article 29 (28 selon le Conseil d'Etat) est la reproduction de l'article 7 de la directive communautaire.

A la différence du projet de loi originaire (article 33), la nouvelle version ne contient plus de disposition expresse au sujet de la reconnaissance des certificats communautaires. Le commentaire de l'article est à ce sujet en discordance avec le texte proposé. La question est au besoin à revoir.

A l'article 30 (29 selon le Conseil d'Etat), il y a lieu de supprimer le dernier alinéa, désignant le ministère de l'Economie en tant qu'autorité nationale d'accréditation et de surveillance. Cette désignation ayant été opérée dans le cadre de l'article 17, une nouvelle désignation est superflue. Le Conseil d'Etat renvoie pour le surplus à ses observations à l'endroit de la désignation opérée par l'article 17 du projet.

L'article 31 (30 selon le Conseil d'Etat) ne donne pas lieu à observation.

L'article 32 (31 selon le Conseil d'Etat) a trait aux conditions d'obtention de l'accréditation, qui sont fixées par un règlement grand-ducal.

Dans la mesure où aucun prestataire de service de certification n'est obligé, ni en fait ni en droit, de solliciter son accréditation, l'assujettissement volontaire du prestataire de service de certification au régime d'accréditation ne relève pas d'une restriction à la liberté du commerce et de l'industrie.

Pour le surplus, le paragraphe 2 de l'article sous examen fixe les modalités substantielles dudit régime.

Le Conseil d'Etat marque en conséquence son accord à la disposition sous rubrique.

S'agissant du paragraphe 3 de l'article sous examen, le Conseil d'Etat est à s'interroger sur le sens exact qu'il convient d'attribuer à cette disposition: doit-elle être interprétée comme n'autorisant que les prestataires accrédités à délivrer des certificats pour les signatures électroniques utilisés dans le secteur public, quitte à devoir encore remplir des conditions complémentaires? Est-ce une accréditation particulière, en quelque sorte *sui generis*? Le Conseil d'Etat attire encore l'attention sur le fait que les exigences complémentaires doivent être spécifiques à l'application concernée. N'est-ce pas courir le risque d'une multiplication des exigences, et partant d'un dédale de réglementations décourageant les

intéressés? Qu'en est-il du contrôle? Face à ces interrogations, le Conseil d'Etat donne à considérer si la décision de faire fruit de la faculté offerte par la directive constitue effectivement la meilleure solution.

Au paragraphe 4, il y a lieu de fixer le délai du recours à 1 mois et de supprimer en conséquence les parenthèses.

L'article 33 (32 selon le Conseil d'Etat) reprend les dispositions de l'article 29 du projet original, en supprimant toutefois au paragraphe 4 l'obligation à charge des héritiers, tuteurs, curateurs et, le cas échéant, liquidateurs du prestataire de service de certification de satisfaire, en lieu et place du prestataire défaillant, aux engagements découlant des paragraphes 1 à 3 de la disposition sous examen. Là encore le commentaire de l'article est en discordance par rapport au texte proposé.

Il y a lieu d'adapter la référence figurant au paragraphe 3 (article 30, selon le Conseil d'Etat, au lieu de article 28).

Le Conseil d'Etat est à se demander s'il ne convient pas de donner à l'autorité nationale de contrôle et de surveillance la possibilité d'intervenir lorsque le prestataire de service de certification reste en défaut de satisfaire aux dispositions des paragraphes 2 et 3, alors que le système tel que proposé ne donne pas de garanties suffisantes quant à la continuité des services.

L'article 34 (33 selon le Conseil d'Etat) ne donne pas lieu à observation, quitte à ce que la disposition du paragraphe 3 soulève de nouveau la question de la sanction encourue en cas de non-respect.

L'article 35 (34 selon le Conseil d'Etat) a trait au recommandé électronique.

La disposition sous examen est de nature à revêtir en pratique une importance considérable.

Néanmoins la disposition suscite une interrogation au regard du commentaire de l'article: *a priori* il ne s'agirait que d'une assimilation du recommandé électronique au recommandé ordinaire, en ce sens que dans les deux cas la preuve de l'envoi et la preuve de la réception seraient établies. La question reste ouverte si la signature électronique sur base d'un certificat qualifié fait également preuve du contenu de l'envoi. Il y aurait lieu à de plus amples explications de la part des auteurs du projet de loi.

Il y aurait également lieu de préciser si cette disposition a vocation à s'appliquer de manière générale, voire de manière autonome par rapport aux services de la société de l'information. Est-ce que par exemple un licenciement pourrait être notifié par recommandé électronique?

TITRE III.

Dispositions pénales

Articles 36 à 56

L'émergence de nouvelles technologies suscite l'apparition d'une criminalité liée à ces nouvelles technologies.

La criminalité informatique est une notion floue qui recouvre des réalités multiples; très schématiquement elle relève de deux types: il y a d'un côté les infractions commises contre le réseau lui-même, il y a d'un autre côté les infractions qui sont commises grâce au réseau (*Etudes du Conseil d'Etat français, Internet et les réseaux numériques, précité, page 169*).

La question de savoir si cette forme de criminalité peut être appréhendée par les textes existants ou s'il convient de créer des incriminations spécifiques n'est pas nouvelle.

C'est ainsi que le Gouvernement a déposé le 6 février 1991 à la Chambre des députés un projet de loi devenu par la suite la loi du 15 juillet 1993 tendant à renforcer la lutte contre la criminalité économique et la fraude informatique.

Ledit projet de loi prévoyait initialement de compléter les dispositions du Code pénal relatives aux infractions de faux, vol, escroquerie, abus de confiance et recel par des dispositions tendant à inclure des agissements frauduleux où l'infraction se commet par l'intermédiaire d'un système informatique.

Dans son avis relatif au projet de loi devenu la loi précitée du 15 juillet 1993, le Conseil d'Etat avait estimé que la première question qui se pose – et elle est toujours d'actualité – est relative à la méthode selon laquelle il y a lieu de légiférer en la matière. Il faut en effet choisir entre l'adaptation d'infractions traditionnelles existantes, et l'édiction d'incriminations nouvelles. Le Conseil d'Etat, pour l'ensemble

des considérations développées dans son avis (*Doc. parl. 3493, pages 11 à 14*), avait estimé qu'il était préférable de créer des règles spéciales relatives à la fraude informatique.

La loi du 15 juillet 1993 tendant à renforcer la lutte contre la criminalité économique et la fraude informatique s'inspirait dans une très large mesure de la loi française du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique. Jusqu'à l'adoption de ce texte par le législateur français, les fraudes en matière d'informatique ne faisaient l'objet d'aucune répression particulière de telle sorte qu'on était obligé de se rabattre sur les incriminations traditionnelles (vol, escroquerie, abus de confiance, faux en écriture ...) pour tenter de lutter contre un fléau qui était devenu extrêmement coûteux pour les personnes qui exploitent un système informatique et pour la collectivité en général (*Encyclopédie Dalloz, Pénal, verbo Informatique (Fraude informatique), No 7*).

Les dispositions introduites en 1993 dans le Code pénal semblent de nature à constituer, du moins en partie, une réponse adéquate à certaines formes de criminalité liées à l'informatique.

Ainsi l'article 509-1 du Code pénal, traitant de l'accès et du maintien frauduleux dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données, permettrait de sanctionner également les hypothèses de „vol de temps-machine“ et de „vol d'information“. Les délits de l'article 509-1 du Code pénal sont largement définis, non seulement en raison de l'indifférence des techniques d'accès ou de maintien, mais encore par leur indépendance à l'égard du résultat (*Jurisclasser pénal, Art. 323-1 à 323-7, Nos 43 et 44*), et l'incrimination d'accès ou de maintien frauduleux a dès lors vocation à combler les lacunes de la répression en permettant de sanctionner indirectement certaines pratiques ou de protéger certains biens.

Il est dès lors surprenant de constater que la réglementation spécifique destinée à réprimer la fraude informatique ne semble guère trouver application. C'est ainsi que la banque de données LJUS ne contient aucune décision judiciaire qui aurait été rendue sur base des articles 509-1 et suivants du Code pénal.

Bien que la loi du 15 juillet 1993, tout comme la loi française du 5 janvier 1988, ait eu vocation générale en matière de lutte contre la fraude informatique, elle n'en demeure pas moins un texte à portée limitée. Elle ne concerne pas directement l'information sur l'appropriation de laquelle elle n'a pas voulu prendre parti. Elle est à cet égard emprunte d'une certaine ambiguïté. Le législateur a voulu centrer la protection sur le contenant et non sur le contenu au point de bannir de son vocabulaire le terme „information“ au profit de celui de „donnée“ (*Encyclopédie Dalloz, Pénal, précitée, No 29*).

Si les auteurs du projet de loi présentement sous avis optent à nouveau pour une adaptation des infractions existantes, ceci est dû, aux yeux du Conseil d'Etat, à leur volonté de protéger avant tout le contenu.

Le Conseil d'Etat, avant de procéder à l'examen des textes, tient à signaler que la Chambre des Représentants de Belgique vient d'adopter le 30 mars 2000 le projet de loi relatif à la criminalité informatique. Contrairement au projet de loi sous avis, le projet de loi belge opte pour des incriminations spécifiques.

Si le législateur luxembourgeois devait en définitive décider qu'il y a lieu d'adapter certaines infractions traditionnelles, il y aurait en tout état de cause lieu d'examiner dans quelle mesure les infractions spécifiques à la fraude informatique sont à maintenir dans le Code pénal.

Article 36 (35 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat, dans son avis précité relatif au projet de loi devenu par la suite la loi du 15 juillet 1993, avait fait valoir, s'agissant de la modification proposée en son temps à l'incrimination du faux, que l'assimilation aux écritures de toutes espèces de données conservées sur un autre support que le support papier, risquait de détruire l'équilibre de la construction doctrinale et jurisprudentielle du faux, lequel équilibre 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. Le Conseil d'Etat avait estimé à l'époque que ces éléments, qui constituent le fondement du droit pénal du faux, ne se retrouvaient pas forcément dans l'enregistrement informatique.

Les auteurs du projet de loi font valoir que du moment que la signature électronique, définie dans le nouvel article 1322-1 à insérer au Code civil, revêt la même valeur que la signature manuscrite traditionnelle, sa contrefaçon doit être sanctionnée de manière identique.

Il semble au Conseil d'Etat que la terminologie utilisée par les auteurs du projet de loi („écritures électroniques“) est de nature à faire croire à une équivalence absolue des supports. Or tel ne saurait être le cas.

Le Conseil d'Etat signale dans ce contexte que la disposition figurant à l'article 509-4 du Code pénal a été supprimée en France; ce texte suscitait une difficulté en ce sens qu'on s'est interrogé si la simple référence à la falsification de nature à causer préjudice à autrui, n'implique pas l'incrimination de n'importe quel document informatisé et non pas des seuls documents à valeur probatoire (*Encyclopédie Dalloz, Pénal, Informatique (fraude informatique), No 35*).

L'assimilation des supports au regard de l'incrimination du faux en écritures ne saurait valoir que pour autant que les écritures électroniques sont susceptibles d'avoir une force probante. Dès lors que le projet de loi sous avis n'entend conférer une fonction probatoire qu'aux actes sous seing privé électronique – en d'autres termes l'écriture électronique n'a de fonction probatoire que de par la signature électronique – il y a en tout état de cause lieu de limiter l'assimilation aux seuls actes sous seing privé électronique.

Le Conseil d'Etat propose dès lors de remplacer les termes „écritures électroniques“ soit par ceux de „actes sous seing privé électronique“, soit pour le moins par ceux de „écrits électroniques“, pour ainsi, implicitement mais nécessairement, faire le lien avec la fonction probatoire de l'acte électronique.

La modification de l'incrimination du faux en écriture, mais avec la précision proposée par le Conseil d'Etat, semble encore justifiée au regard de la considération suivante: Il est un fait que l'acte sous seing privé électronique, du moment qu'il est susceptible de faire preuve en justice, peut faire l'objet d'une inscription de faux, procédure particulière qui sert à constater l'existence d'un faux en écriture. Bien que rarissime, l'admissibilité même de la procédure d'inscription de faux à l'encontre des actes sous seing privé, y compris électroniques, devrait logiquement conduire à permettre aussi bien la constatation du faux au civil (faux incident civil) que la constatation du faux au pénal (faux principal).

Si la Chambre décidait d'adapter l'article 196 du Code pénal, il serait nécessaire, de l'avis du Conseil d'Etat, de supprimer l'article 509-4 du Code pénal, alors qu'il y a lieu de dissiper toute incertitude quant à la portée des termes „actes sous seing privé électroniques“ ou „écrits électroniques“; il est renvoyé aux développements ci-dessus en relation avec les documents informatisés susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'incrimination.

On peut de toute façon s'interroger en quoi la falsification de documents informatisés se distingue du délit de modification frauduleuse de données contenues dans un système de traitement (*Encyclopédie Dalloz, Pénal, précité, No 35*).

Finalement, on ne saurait laisser coexister dans le Code pénal des textes, dont l'un réprime la falsification de peines criminelles, tandis que l'autre ne commine que des peines correctionnelles dont le maximum n'autorise même pas la délivrance d'un mandat de dépôt (du moins à l'encontre d'un délinquant résidant au Grand-Duché de Luxembourg).

Article 37 (36 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 38

Le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de compléter la disposition générique de l'article 213 du Code pénal. Disposition commune aux chapitres I à IV du titre III du livre II du Code pénal, elle ne fait que renvoyer aux notions telles que définies par les dispositions spécifiques figurant sous lesdits chapitres, notions qui ne sont d'ailleurs pas reprises dans leur ensemble par l'énumération purement indicative de l'article 213. Il est admis que l'expression „écrits“ est générale (*Rigaux et Trousse, Les crimes et les délits du Code pénal, t. III, page 262, No 269*).

Article 39

De l'article 240 du Code pénal on dit parfois qu'il „réprime un abus de confiance affecté d'une circonstance aggravante basée sur la qualité de l'auteur de l'infraction“ (*Rigaux et Trousse, ouvrage précité, t. IV, page 219*).

La modification envisagée à l'endroit de l'article 240 doit dès lors être mise en rapport avec la modification envisagée de l'article 491 du Code pénal. Le Conseil d'Etat proposant d'abandonner l'idée

d'une adaptation de l'article 491, propose également de faire abstraction d'une adaptation de l'article 240 du Code pénal.

Article 40

L'adaptation de l'incrimination du vol est préconisée au regard de l'évolution de la jurisprudence, en particulier de celle de la Cour de cassation de France. Les termes „bien incorporel“ sont d'ailleurs repris de l'arrêt Antoniolli (*Cass. crim. 12 janvier 1989; Bull. crim., No 14*).

De par l'emploi des termes „biens incorporels“, l'exception au principe traditionnel voulant que la chose, objet du vol, soit une chose matérielle serait devenue une exception ouverte et déclarée (*Encyclopédie Dalloz, pénal, verbo Vol, No 44*).

A l'argument qu'une information seule serait insusceptible de soustraction parce qu'elle demeure, après reproduction, dans le patrimoine de la victime, il pourrait être répondu que le vol est une atteinte patrimoniale aux biens et que l'information que l'on continue à conserver après reproduction frauduleuse par un tiers peut, suite à cette reproduction, avoir été complètement vidée de sa valeur patrimoniale. C'est d'ailleurs ce point de vue qui est adopté par les auteurs du projet de loi lorsqu'ils affirment que l'atteinte au patrimoine d'autrui peut porter indifféremment sur des biens de nature matérielle ou incorporelle.

Une atteinte patrimoniale peut certes se concevoir en cas de captation illicite, en ce sens qu'il peut y avoir atteinte à un droit patrimonial au titre de la législation sur la propriété intellectuelle. Néanmoins il semble qu'il faille raisonner en cette matière plutôt en termes de possibilité d'atteinte patrimoniale, alors que la captation illicite de données ou d'informations n'aura le plus souvent pas de portée dommageable immédiate et effective, celle-ci n'étant le résultat que de l'usage qui sera fait des données et informations illicitement captées.

Au-delà de l'atteinte patrimoniale, se pose la délicate question de la propriété de l'information. Le vol ne sera constitué que si la donnée ou l'information n'appartient pas à celui qui s'en est rendu maître. Le bien incorporel doit donc nécessairement être en tant que tel un objet de propriété. Or la reconnaissance d'un droit de propriété sur les informations seules est jugée hérétique par certains auteurs (*Encyclopédie Dalloz, pénal, verbo Vol, No 65*).

Même si l'on ne saurait négliger le fait que le législateur de 1993, en rendant illicite l'accès dans un système contre la volonté de son maître, a ainsi reconnu qu'une personne peut „privatiser“ un ensemble d'informations et s'assurer un monopole absolu de consultation de ces dernières, et qu'on n'est ainsi guère éloigné d'une véritable appropriation de l'information (*H. Croze, JCP 1988, I, 3333, No 10*), il reste que le statut de l'information au regard du droit (civil) de la propriété reste controversé.

Le droit de la propriété intellectuelle ne fournit pas non plus de réponse décisive à cet égard, les informations seules n'étant reconnues que si elles sont fixées dans les formes exigées par ce droit.

Le Conseil d'Etat signale que la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, que le projet de loi sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données se propose de transposer en droit national (*Doc. parl. 4431*), prend soin de préciser en son considérant (46) que l'existence d'un droit d'empêcher l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées de la totalité ou d'une partie substantielle d'oeuvres, de données ou d'éléments d'une base de données ne donne pas lieu à la création d'un nouveau droit sur ces oeuvres, données ou éléments mêmes.

L'acceptation des vols d'informations seules est par ailleurs de nature à ébranler les frontières que l'on dresse traditionnellement entre le droit du vol et de la contrefaçon (*Encyclopédie Dalloz, précité, No 45*).

Les auteurs du projet de loi font encore valoir que rattacher les atteintes aux biens incorporels aux dispositions pénales traditionnelles présente l'avantage de maintenir la cohérence du droit pénal, y compris au niveau des circonstances aggravantes et des peines. Cet argument ne semble nullement convaincant au Conseil d'Etat.

Si la Chambre suit les auteurs du projet de loi, la captation illicite d'informations contenues dans un système informatique ou transmises par ce système est susceptible d'être sanctionnée au titre de plusieurs incriminations, à savoir l'accès frauduleux dans un système de traitement ou de transmission, le vol, le délit de contrefaçon. Il n'y a pas de cohérence au niveau des incriminations, si l'on raisonne en termes d'atteinte patrimoniale. La première incrimination est indépendante de toute atteinte patrimo-

niale, la seconde, tout en la postulant, se contente en réalité de la possibilité d'une telle atteinte, et seule la troisième est spécifiquement destinée à réprimer cette atteinte patrimoniale.

Il n'y a pas non plus de cohérence au niveau des circonstances aggravantes et des peines: l'accès frauduleux au système est réprimé, quels que soient les moyens permettant ledit accès, par une peine d'emprisonnement d'un maximum d'un an de prison. Considéré en tant que vol, l'accès frauduleux moyennant fausses clefs serait par contre puni de la réclusion de cinq à dix ans.

Au niveau de la tentative se pose la question de savoir, à supposer que la tentative d'accès frauduleux ait eu lieu à l'aide de fausses clefs, si l'on est alors automatiquement en présence d'une tentative de vol qualifié.

Il n'y aura pas non plus de cohérence dans la poursuite des infractions. Le Parquet peut procéder par voie de citation directe, s'agissant de l'accès ou du maintien frauduleux dans un système de traitement ou de transmission de données. Dans l'hypothèse d'un vol qualifié il faudra procéder d'abord à une décriminalisation, si l'on veut saisir le tribunal correctionnel des faits. A signaler d'ailleurs qu'il peut en résulter des situations procédurales fort complexes:

Supposons qu'une personne soit mise en prévention du chef de captation illicite de données, le Parquet n'ayant libellé à son encontre que l'infraction à l'article 509-1 du Code pénal. Le tribunal correctionnel, qui a le droit et le devoir de donner aux faits de la prévention la qualification qu'ils comportent en droit, pourrait-il relever le fait que pour avoir accès au système informatique, la personne prévenue a fait usage de fausses clefs, et qualifier les faits alors de vol qualifié? A supposer que la nouvelle qualification puisse être appliquée sans que les faits à la base de la poursuite ne se trouvent ainsi modifiés, le tribunal correctionnel devrait se déclarer incompétent, alors que les faits sous la qualification nouvelle sont passibles de peines criminelles et ne relèvent en conséquence pas de sa compétence.

Si l'article 509-1 permet de sanctionner indirectement la captation illicite d'informations, il n'en reste pas moins que l'incrimination est indépendante du résultat de l'accès ou du maintien frauduleux. Des difficultés pourront en naître en cas de constitution de partie civile pour obtenir réparation du préjudice résultant précisément de la captation illicite d'informations.

Le Conseil d'Etat fait finalement encore observer que ni la France ni la Belgique, dont les systèmes juridiques exercent une influence décisive sur le droit pénal luxembourgeois, ne semblent s'orienter dans la voie préconisée par les auteurs du projet de loi. En 1993, le législateur s'était d'ailleurs rallié à l'argument du Conseil d'Etat qu'il y avait lieu en cette matière délicate et difficile de s'orienter sur l'exemple de la législation française, alors toute récente, pour faciliter ainsi le travail en cas de recherches en doctrine et en jurisprudence. Comme le législateur belge, ainsi que le Conseil d'Etat l'a signalé ci-dessus, semble s'orienter également dans la voie d'incriminations spécifiques, il ne semble pas opportun au Conseil d'Etat que le Luxembourg fasse cavalier seul.

Le Conseil d'Etat, au regard des considérations qui précèdent, se prononce contre la modification proposée de l'article 461 du Code pénal, alors qu'il estime qu'une seule et même incrimination ne saurait couvrir des situations de fait qui ne sont pas comparables, sous peine de risquer de dénaturer l'incrimination.

Le Conseil d'Etat proposera toutefois un relèvement du maximum de la peine d'emprisonnement prévue à l'article 509-1 du Code pénal. Il est renvoyé à l'article 51 du projet de loi.

Article 41

Cet article est en tout état de cause à supprimer, dans la mesure où il est proposé de modifier la définition générique des fausses clefs.

Article 42

Compte tenu de sa proposition d'abandonner l'idée d'une adaptation de l'article 461 du Code pénal, le Conseil d'Etat se prononce également contre une adaptation de l'article 469 du même code. Le Conseil d'Etat tient de toute façon à relever que pour la fraude informatique, qui s'effectue par un accès frauduleux à distance, des circonstances aggravantes ne sont guère concevables (mis à part l'accès frauduleux à l'aide de fausses clefs).

Article 43

Le Conseil d'Etat se prononce également contre l'adaptation de l'article 470 du Code pénal, qui se limite d'ailleurs à l'alinéa premier dudit article. Le Conseil d'Etat prend, dans le contexte du présent

projet, avant tout en considération au titre des „biens incorporels“ le contenu des systèmes informatiques.

L'incrimination de l'article 470 du Code pénal présuppose une remise. Du moment que les données ou informations sont remises après reproduction sur un support durable, il n'y a aucun problème d'appréhender pénalement l'auteur, puisqu'il y aura remise d'un objet mobilier.

S'agissant d'une remise par voie électronique, le Conseil d'Etat a du mal à concevoir qu'elle puisse s'opérer sous une contrainte physique pouvant aller jusqu'au meurtre.

Le Conseil d'Etat considère que lorsque la remise par la voie électronique effectuée sous la menace est le fait de toute personne autre que le maître du système informatique, la répression peut intervenir sur la base de l'article 509-1 du Code pénal, alors qu'il devra y avoir préalablement à la remise accès au système qui sera nécessairement sans droit. La personne qui exerce des menaces sera coauteur de cette infraction au titre de l'article 66 du Code pénal.

Le Conseil d'Etat n'est en conséquence pas convaincu de la nécessité de légiférer en ce domaine, et il propose de faire abstraction de la modification envisagée.

Article 44 (37 selon le Conseil d'Etat)

Pour les raisons exposées à l'endroit de l'article 41 du projet, il y a en tout état de cause lieu de faire abstraction de la précision que les termes „fausses clefs“ comprennent les clefs électroniques.

Article 45 (38 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat approuve l'inclusion des clefs électroniques dans la définition des fausses clefs. La jurisprudence luxembourgeoise considère dans sa majorité que l'accès à un distributeur de billets de banque à l'aide d'une carte magnétique, préalablement soustraite au titulaire du compte, constitue un vol à l'aide de fausses clefs.

On aurait pu penser à donner une définition de la clef électronique. Le Conseil d'Etat ne s'oppose cependant pas à voir maintenir telle quelle la disposition sous rubrique, en ce qu'elle reste techniquement neutre.

Article 46 (39 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat marque son accord à la disposition sous rubrique, y compris en ce qu'elle abroge l'actuel alinéa 2 de l'article 488 du Code pénal, qui semble effectivement obsolète.

Article 47 (40 selon le Conseil d'Etat)

L'article 509-1 du Code pénal devrait permettre une répression du détournement du contenu d'un système informatique (*Encyclopédie Dalloz, pénal, verbo Informatique (fraude informatique), Nos 120-121; Lamy informatique, No 2479*).

Le Conseil d'Etat ne voit dès lors pas la nécessité d'une modification de l'article 491 du Code pénal.

Toutefois, et dans la logique de ses recommandations ci-dessus de s'orienter dans la mesure du possible sur les législations des pays qui exercent une influence décisive sur le droit pénal luxembourgeois, le Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait que le nouveau Code pénal français a modifié l'incrimination de l'abus de confiance: l'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

Si le Conseil d'Etat recommande néanmoins de ne pas s'engager dans la voie d'une modification de l'article 491 du Code pénal, ceci est dû au fait que l'inclusion des biens incorporels parmi les objets susceptibles de détournement ou de dissipation ne semble pas de nature à assurer une répression généralisée et effective des détournements de biens informationnels.

S'agissant plus particulièrement des salariés travaillant sur outil informatique, la question se pose si l'abus de confiance est constitué si le détournement porte sur des biens informationnels qui n'ont pas été personnellement remis au salarié pour un travail déterminé (*Les détournements commis par les salariés: vol ou abus de confiance?*, par Michel Véron, Ed. Techniques, Droit pénal, août-septembre 1991, *Chronique*, pages 4 et ss.).

Dans d'autres hypothèses, le Conseil d'Etat estime que les sanctions du droit de la propriété intellectuelle constituent une meilleure protection de celui au préjudice duquel les biens informationnels ont été

détournés: le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet au projet de loi 4431 précité, qui permet une réparation par attribution à la partie préjudiciée des recettes et des objets confisqués (article 79).

Article 48

L'escroquerie, en droit pénal français, consiste à se faire remettre des fonds, des valeurs ou des biens quelconques. L'emploi des termes „biens quelconques“ permet de faire porter l'escroquerie désormais sur tout élément exploitable même sans consistance matérielle, comme sur l'obtention d'une information ou même d'une idée quelconque, du moment que celles-ci sont exploitables matériellement (*Juris-classeur pénal*, articles 313-1 à 313-3, No 43). Les objets dépourvus de toute appréciation matérielle sont exclus du champ d'application de l'infraction.

Il est certain que cette appréciation matérielle doit s'effectuer en premier lieu dans le chef de celui au préjudice duquel se commet l'escroquerie.

Le projet de loi, devenu par la suite la loi de 1993 précitée, parlait de „bien immatériel ayant une valeur marchande“. Le Conseil d'Etat avait estimé à l'époque que des biens informationnels pouvaient être essentiels au fonctionnement, voire à la survie d'une entreprise, sans pour autant avoir une valeur marchande dans le chef du maître du système informatique. Cette argumentation reste d'actualité.

L'article sous examen soulève par ailleurs, comme la nouvelle incrimination du „vol d'informations“, le problème de l'information en tant qu'objet de propriété.

Le Conseil d'Etat propose en conséquence de ne pas s'engager dans la voie préconisée par les auteurs du projet.

Article 49 (41 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à la modification de l'article 498 du Code pénal, dans la mesure où le commerce électronique peut porter sur des biens intangibles.

Article 50 (42 selon le Conseil d'Etat)

La jurisprudence luxembourgeoise retient que l'article 505 du Code pénal, conçu en termes généraux, sanctionne non seulement ceux qui ont eu la détention ou la possession d'une chose provenant d'un crime ou d'un délit, mais également tous ceux qui ont sciemment bénéficié du produit du crime ou du délit (*Cour d'appel*, 23.11.1999, No 292/99).

Le Conseil d'Etat recommande de tirer profit de cette jurisprudence et d'ajouter un nouvel alinéa 2 à l'article 505 de la teneur suivante:

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

Ce faisant le législateur luxembourgeois s'orienterait davantage sur l'actuel article 321-1 du nouveau Code pénal français.

Même si en France des incertitudes subsistent, et que certains auteurs, sur base d'un arrêt de la Cour de cassation de France du 3 avril 1995, estiment qu'une information, quels qu'en soient la nature et l'origine, échappe aux prévisions tant de l'article 460 (ancien) que de l'article 321-1 (nouveau) du Code pénal, il reste qu'en droit luxembourgeois la notion de „produit“ d'un crime ou d'un délit connaît une évolution constante. Il est renvoyé à ce sujet à la loi du 11 août 1998 portant, entre autres, introduction de l'incrimination des organisations criminelles et de l'infraction de blanchiment au Code pénal. Le blanchiment a trait au produit, c'est-à-dire à tout avantage économique tiré d'une autre infraction pénale. Du moment que l'accent est mis sur l'avantage économique que l'on tire d'une autre infraction, le recel d'informations devrait être punissable en tant que recel-profit.

Articles 51 à 53 (43 à 45 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat marque son accord à la modification envisagée consistant à préciser que les systèmes informatiques protégés sont les systèmes de traitement et de transmission automatisés de données.

Le Conseil d'Etat propose toutefois un relèvement des pénalités encourues. Si la Chambre suit le Conseil d'Etat dans sa proposition de ne pas envisager une répression de la fraude informatique au titre des incriminations traditionnelles du vol, de l'extorsion, de l'abus de confiance et de l'escroquerie, les dispositions actuelles de l'article 509-1 du Code pénal permettant de l'appréhender, même si ce n'est

que de manière indirecte, encore faut-il alors prévoir des pénalités qui soient suffisamment dissuasives. Il ne semble par ailleurs pas au Conseil d'Etat qu'un relèvement des pénalités soit disproportionné par rapport au comportement délictueux visé: la fraude informatique passe nécessairement par l'accès frauduleux aux systèmes informatiques.

Il est proposé de libeller *l'article 51* (43 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi à l'effet de modifier l'article 509-1 en sa totalité:

„L'article 509-1 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque, frauduleusement, aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 20.000 francs à 1.000.000 francs ou de l'une de ces deux peines.

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

A *l'article 52* (44 selon le Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat propose de laisser le minimum de l'amende prévue par l'article 509-2 du Code pénal à 50.000 francs, l'article IX de la loi du 13 juin 1994 relative au régime des peines n'ayant pas d'incidence sur les minima qui déjà avant l'entrée en vigueur de cette loi étaient supérieurs à 20.000 francs.

La même remarque vaut pour *l'article 53* (45 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi, qui a trait à l'article 509-3 du Code pénal.

Le Conseil d'Etat rappelle dans ce contexte qu'à ses yeux il y a lieu d'abroger les articles 509-4 et 509-5 du Code pénal. Si la Chambre devait suivre le Conseil d'Etat, les articles 509-6 et 509-7 seraient à renuméroter et les références aux articles figurant dans le texte de l'article 509-7 actuel seraient à adapter.

Article 54 (46 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat, s'il n'entend pas s'opposer quant au principe même d'une disposition destinée à régler expressément la saisie du contenu informatique, attire toutefois l'attention sur les difficultés d'application du nouvel article 33-1 à insérer au Code d'instruction criminelle, au regard des exigences de l'article 33 du même code en relation avec l'inventaire des objets saisis, par exemple. Une autre difficulté a trait à l'authentification de la copie ainsi qu'à la conservation de ces copies.

Le Conseil d'Etat ne saurait d'aucune manière marquer son accord au texte sous rubrique qui devra être adapté impérativement. Le Conseil d'Etat signale dans ce contexte que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre est en train d'envisager une révision de l'article 28 de la Constitution. Selon la teneur que la commission compétente de la Chambre proposera pour le nouvel article 28 de la Constitution, une adaptation du texte sous examen s'imposerait non seulement pour en garantir l'application pratique, mais encore son application dans l'ordre juridique constitutionnel luxembourgeois.

Article 55 (47 selon le Conseil d'Etat)

Les deux premiers alinéas du nouvel article 66-1 à insérer au Code d'instruction criminelle suscitent les mêmes observations que celles formulées par le Conseil d'Etat à l'endroit du nouvel article 33-1 à insérer au prédict code. Ces dispositions devront donc être adaptées.

Pour les autres dispositions devant figurer au nouvel article 66-1, le Conseil d'Etat constate que la Chambre des représentants de Belgique vient de voter un texte similaire à celui proposé par les auteurs du projet de loi sous avis.

Le Conseil d'Etat retient que le juge d'instruction ne pourra faire fruit de la nouvelle disposition ni à l'égard de la personne formellement inculpée, ni à l'égard de l'inculpé virtuel (article 72 du Code d'instruction criminelle, dont les dispositions doivent être étendues de l'avis du Conseil d'Etat à la personne nommément visée dans un réquisitoire du Parquet tendant à l'ouverture d'une information), ni à l'égard de celui contre lequel il existe des indices graves et concordants de culpabilité.

Les personnes tenues au secret professionnel ne sont pas tenues de collaborer. Les enfants au-dessous de l'âge de 15 ans sont également exceptés du champ d'application *ratione personae* de la nouvelle disposition.

Le Conseil d'Etat marque son accord aux limites ainsi posées aux pouvoirs du juge d'instruction.

Le texte sous examen prévoit ensuite que le juge d'instruction doit rendre une ordonnance motivée. D'après l'exposé des motifs, l'exigence de motivation implique une obligation de justifier la mesure d'instruction, notamment au regard de l'identité de la personne désignée.

Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur la nature de cette ordonnance: s'agit-il d'une ordonnance juridictionnelle? Cette ordonnance intervient dans le cadre d'opérations de perquisition et de saisie. Le nouvel article figurera d'ailleurs au Code d'instruction criminelle sous la section „Des transports, perquisitions et saisies“. Or la perquisition et la saisie sont des actes d'instruction. La question n'est pas dénuée d'intérêt, alors que le recours à exercer dépend de la nature de l'ordonnance du juge d'instruction. De la nature du recours (recours en nullité ou appel) dépend par ailleurs la qualité pour agir.

Le texte sous examen précise que le juge d'instruction peut enjoindre à la personne à laquelle il a recours „qu'elle lui donne accès au système ...“. Il semblerait plus logique au Conseil d'Etat que cette personne se borne à fournir au juge d'instruction les informations nécessaires pour accéder au système et à son contenu. Le Conseil d'Etat recommande dès lors la formulation „... qu'elle lui fournisse des informations sur le fonctionnement du système saisi ou sur la manière d'accéder aux données saisies contenues dans ce système ainsi qu'à la compréhension de données saisies protégées ou cryptées“.

La disposition sous rubrique devrait être essentiellement appelée à jouer une fois des contenants ou des contenus informatiques saisis. Il semble en effet difficilement concevable que le juge d'instruction soit à même, que ce soit en fait ou en droit, de mettre en oeuvre cette disposition sur les lieux mêmes de la saisie. Le Conseil d'Etat donne dès lors à considérer s'il ne conviendrait pas d'en faire une disposition à part, non directement liée aux dispositions ayant trait à la saisie proprement dite.

Qu'en est-il de l'article 66(2) du Code d'instruction criminelle? Est-ce que la levée du système de protection ou le décryptage, sur base des informations fournies, doivent se faire en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition? Ou en d'autres termes, faut-il faire un nouvel inventaire des données saisies, une fois que celles-ci ont été rendues compréhensibles?

Article 56 (48 selon le Conseil d'Etat)

L'augmentation du maximum de l'amende susceptible d'être prononcée contre le témoin défaillant est de nature, si besoin en était encore, à lever tout doute quant à la nature de cette amende. Il s'agit d'une peine, le minimum de l'amende étant d'ailleurs calqué sur le minimum de l'amende correctionnelle. Il en découle qu'elle relève de la „matière pénale“ au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

*

Le Conseil d'Etat voudrait conclure ses développements consacrés aux dispositions pénales, par deux remarques d'ordre général.

- a) L'adaptation des incriminations et des dispositions en matière de recherche des preuves est une chose. Encore faut-il que ces dispositions puissent recevoir application en pratique. Les moyens tant matériels qu'humains sont-ils disponibles pour assurer une action répressive effective?
- b) Les discussions sur la protection du contenu ne doivent pas faire perdre de vue que ce contenu peut lui-même être illicite. La lutte contre cette illégalité ne doit pas être négligée. Même si la législation pénale existante s'applique aux réseaux, son application se heurtera souvent à la grande facilité avec laquelle des infractions peuvent être commises et diffusées du fait de la structure même des réseaux et de leur mode de fonctionnement.

TITRE IV.

Des communications commerciales

Les dispositions sous rubrique arrêtent les lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur les nouveaux systèmes interactifs.

La publicité sur Internet soulève un certain nombre de questions a) quant à la notion même de publicité et b) quant aux règles ayant vocation à s'appliquer à cette publicité.

Article 57 (49 selon le Conseil d'Etat)

La définition des communications commerciales est reprise de la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

D'après l'exposé des motifs, l'expression „communications commerciales“ couvre toutes formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services.

Article 58 (50 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen détermine les conditions que les communications commerciales doivent respecter.

Il doit être évident que le respect de ces conditions ne dispense pas le prestataire établi (au sens de l'article 1er du projet de loi) de l'observation des dispositions légales régissant la publicité en général.

Le présent projet de loi, ni d'ailleurs la proposition de directive précitée, n'entendent instaurer un régime de publicité spécifique à l'Internet. Les réglementations nationales relatives à la publicité, qui d'ailleurs résultent pour une grande partie de la transposition en droit national de directives communautaires, s'appliqueront aux prestataires établis, en sus des obligations imposées par le présent projet de loi.

Il en va ainsi, par exemple, de la réglementation de la publicité relative aux ventes à prix réduits en dehors des soldes, liquidations et ventes sur trottoir, ou de la réglementation des ventes avec primes. Il va par ailleurs sans dire que l'interdiction de la publicité trompeuse s'impose également aux communications commerciales.

L'application de futures réglementations nationales, appelées à transposer des directives communautaires faisant également partie de l'acquis communautaire s'appliquant aux services de la société de l'information, et donc aux communications commerciales, est bien entendu également réservée.

Article 59 (51 selon le Conseil d'Etat)

Concernant les communications commerciales non sollicitées, le projet de loi se prononce pour le système du „opt out“. Il appartient donc au destinataire de manifester son opposition à recevoir des envois promotionnels non sollicités.

L'article sous rubrique tient à cet égard compte de l'article 10 paragraphe 2 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Pour ce qui est de l'article 12 paragraphe 2 de la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, également applicable aux services de la société de l'information, selon le considérant (11) de la proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (*document 599PC0427*), le Conseil d'Etat constate que le texte sous avis, s'il fait obligation aux prestataires de consulter les registres „opt out“ et de respecter le souhait des personnes qui s'y inscrivent, ne se préoccupe cependant ni de la mise à disposition de tels registres ni des éventuels frais que l'inscription pourrait occasionner au destinataire.

Or tant la directive 97/66/CE précitée que la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs prévoient que respectivement les abonnés et les consommateurs, c'est-à-dire les destinataires des communications commerciales non sollicitées, ne doivent se voir imposer des frais en relation avec leur manifestation de volonté de ne pas recevoir de telles communications. La prise de position de la Commission concernant les amendements du Parlement européen à la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur fait par ailleurs état, s'agissant de l'amendement 38, de l'obligation faite aux Etats membres de veiller à ce que des registres „opt out“ soient mis à la disposition des consommateurs.

Le Conseil d'Etat estime en conséquence que la question de la mise à disposition de tels registres de même que la question des frais doit être abordée dans le cadre du présent projet de loi.

Les auteurs du projet de loi prévoient encore de confier au pouvoir exécutif le soin de déterminer les autorités compétentes pour contrôler le respect par les prestataires des dispositions du paragraphe 3 de l'article sous rubrique et de déterminer les sanctions pouvant leur être appliquées par les autorités

compétentes en cas de non-respect. Pareille disposition doit se heurter à l'opposition formelle du Conseil d'Etat alors qu'il appartient au seul législateur de déterminer les sanctions, quelle que soit par ailleurs la nature de ces sanctions. Il faudrait de toute façon clarifier au préalable la question de savoir à quel titre des sanctions (autres que pénales) pourraient être infligées aux prestataires établis.

La disposition sous revue doit donc impérativement être modifiée.

*

Le Conseil d'Etat voudrait, dans le cadre de l'examen des articles du projet de loi consacrés aux communications commerciales, faire encore deux observations:

- une première observation concerne les communications commerciales des professions réglementées. L'article 8 de la proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, dispose que les Etats membres prévoient dans leur législation relative aux communications commerciales des professions réglementées que la prestation de services de la société de l'information est autorisée dans le respect des règles professionnelles visant l'indépendance, la dignité, l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les confrères.

Cette disposition met l'accent sur l'importance des règles déontologiques en la matière. Une réflexion des organes des professions réglementées s'avère indispensable.

- la question des communications commerciales n'est pas directement abordée par le projet de loi sous son aspect démarchage. La loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 26 mars 1997 portant 1° transposition des directives 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux; 2° modification de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur; 3° modification de l'article 1135-1 du code civil; 4° modification de la loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, dispose qu'il est défendu de solliciter des engagements concernant la fourniture de services ainsi que des commandes, en gros ou en détail, de marchandises auprès de personnes dès lors que ces biens ou services ne rentrent pas dans les activités commerciales ou professionnelles des consommateurs.

Dans la mesure où la jurisprudence admet que la prohibition s'applique aux démarches effectuées en deux phases dont la première sert à établir le contact avec les futurs clients et la seconde à réaliser la vente proprement dite de la marchandise, il est important de pouvoir distinguer ce qui relève et ce qui ne relève pas du démarchage. Peut à cet égard poser problème la communication commerciale non sollicitée (*Etudes du Conseil d'Etat français, op. précité, page 64*).

Il se recommanderait d'examiner une éventuelle refonte de la législation de 1987, ainsi que le Conseil d'Etat l'avait déjà suggéré dans son avis du 23 janvier 1996 relatif au projet de loi devenu par la suite la loi précitée du 26 mars 1997.

Dans le contexte de ces observations, combinées à celles sur la mise à disposition de registres, celles sur les frais pouvant découler pour les consommateurs de l'inscription sur de tels registres et encore celles sur les sanctions, le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne serait pas plus avantageux de prévoir en la matière un système „opt in“ (quitte à ce qu'il faut se faire à l'idée qu'une telle solution ne concerne guère que les prestataires établis).

TITRE V.

Des contrats conclus par voie électronique

Le titre V est appelé à transposer, s'agissant des réseaux interactifs, certaines dispositions de la directive 97/7/CE déjà citée qui ont trait à la protection des consommateurs. Par ailleurs, le projet de loi anticipe aussi bien la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur que la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. Cette approche consistant à anticiper la réglementation communautaire, fait courir le risque de devoir modifier ultérieurement la réglementation

nationale, avec comme corollaire que la cohérence de la réglementation nationale risque de ne plus être assurée.

Il y a lieu de noter une modification par rapport à la version originale du projet de loi: tandis que les dispositions ayant trait à la protection des consommateurs ne s'appliquaient dans la version originale pas aux contrats de services financiers, l'article 61 ne contient plus d'exclusion expresse de ces contrats. Dans la mesure où l'article 67 du projet dans sa version définitive mentionne expressément les (contrats de) services financiers, il doit être acquis en cause que les contrats portant sur des services financiers sont soumis aux dispositions du titre V, y compris à ses dispositions ayant trait à la protection du consommateur.

Article 60 (52 selon le Conseil d'Etat)

Les définitions figurant sous l'article 60 doivent être combinées avec celles figurant notamment à l'article 1er du projet de loi. Au regard de la définition des services de la société de l'information y figurant, une définition du contrat à distance ne semble pas nécessaire. Il y a toutefois lieu de s'interroger si les termes „par voie électronique“ ont dans ce contexte la même signification que les termes „technique de communication“ se retrouvant tant dans la directive 97/7/CE que dans la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers. Les réglementations communautaires ne visent à s'appliquer qu'aux systèmes structurés et organisés visant à l'offre, à la négociation et à la conclusion de contrats à distance, mis en place par les fournisseurs. Ne sont par contre pas visés les contrats à distance qui auraient été négociés et conclus à distance à titre purement occasionnel entre un consommateur et un fournisseur qui ne disposerait pas d'un tel système organisé de vente à distance. Il conviendrait dès lors de préciser la portée exacte de la future réglementation nationale.

Le Conseil d'Etat est encore à s'interroger si la définition des services financiers est suffisamment claire pour ce qui est de la détermination des opérations susceptibles de tomber dans le champ d'application de la future loi. En d'autres termes: est-ce que la future réglementation ne s'appliquera que dans la mesure où le service financier à fournir doit faire l'objet d'un contrat? Ou bien s'appliquera-t-elle à tous les services financiers, y compris ceux qui relèvent de l'exécution d'un contrat précédemment conclu?

Article 61 (53 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen exclut certains contrats du champ d'application de la future loi. Il est à regretter que cette exclusion se fasse au moyen d'une énumération descriptive, peu soucieuse d'une terminologie juridique adéquate.

L'exclusion des „contrats de caution et de garantie“ (qu'est-ce qu'un contrat de garantie?) ne semble pas couverte par l'article 9 paragraphe 2 de la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

Le paragraphe 2 de l'article sous rubrique paraît superfétatoire et est à supprimer.

Article 62 (54 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de supprimer à l'intitulé de l'article sous rubrique le terme „techniques“. Aux yeux du Conseil d'Etat il ne s'agit pas d'éclairer le destinataire uniquement sur les modalités techniques de la conclusion du contrat par voie électronique. La proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur dispose à cet égard que les Etats membres prévoient dans leur législation que les différentes étapes à suivre pour la conclusion du contrat par voie électronique doivent être établies de manière à garantir un consentement complet et éclairé des parties, ce qui va au-delà d'informations purement techniques.

Au point a) du paragraphe 1, le Conseil d'Etat propose également de supprimer le terme „techniques“.

Le Conseil d'Etat n'entend pas s'opposer au point d) du paragraphe 1 de l'article sous rubrique, en ce qui concerne l'indication des langues proposées pour la conclusion du contrat. Une telle exigence peut se concevoir dans l'optique d'une information générale destinée à garantir le consentement complet et éclairé d'un potentiel cocontractant.

Les auteurs du projet de loi sous rubrique proposent d'exclure les contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes du champ d'application du futur article 62. Le Conseil d'Etat ignore sur quel fondement les auteurs du

projet de loi proposent d'opérer cette exclusion. La version de la proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, à laquelle le Conseil d'Etat a pu avoir accès, ne contient aucun considérant ni aucune disposition allant dans le sens préconisé par les auteurs du projet de loi. L'annexe V de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, telle que modifiée par la directive 98/48/CE, et dont la définition des „services de la société de l'information“ sert de modèle de référence pour les directives et propositions de directives en matière de commerce électronique, range le courrier électronique parmi les services qui sont fournis par voie électronique. De plus, à l'annexe I de la directive 97/7/CE, le courrier électronique fait expressément partie des techniques de communication à distance. Il ne saurait dans ces conditions être question d'exclure d'une manière générale les contrats conclus par courrier électronique du champ d'application de l'article sous rubrique.

Il peut d'ailleurs paraître paradoxal de vouloir exclure certains contrats conclus par voie électronique de l'application de certaines dispositions s'appliquant pourtant à tous les contrats conclus par la voie électronique, en imposant ensuite à ces mêmes contrats le respect des exigences liées à la protection du consommateur.

Le Conseil d'Etat, à défaut de plus amples justifications, insiste pour la suppression du paragraphe 3 de l'article sous rubrique.

Article 63 (55 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat marque son accord à l'article sous rubrique – sous réserve que les points a) et b) soient effectivement retenus dans leur teneur actuelle au moment de l'adoption de la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur. Le document 599PC0427 que le Conseil d'Etat a pu consulter renseigne en effet une alternative au niveau des principes s'appliquant à la détermination du moment de la conclusion du contrat; – sous réserve des observations formulées ci-dessus en relation avec l'article 62 paragraphe 3, qui valent *mutatis mutandis* pour le paragraphe 2 de l'article 63.

Articles 64 à 70 (56 à 62 selon le Conseil d'Etat)

Les dispositions en question concernent les contrats par voie électronique conclus avec les consommateurs.

Elles sont inspirées de la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

A titre d'observation préliminaire, il y a lieu de retenir que le projet de loi sous avis ne fournit pas de définition du consommateur. Il y a donc lieu d'en déduire qu'il s'agit du „consommateur final privé“ visé à l'article 1er de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, ou encore du „consommateur“ tel que défini par les réglementations spécifiques existantes, comme par exemple la loi réglementant le crédit à la consommation. Les dispositions du projet de loi sous avis ne préjudicient en effet pas à l'application des réglementations spécifiques existantes.

Article 64 (56 selon le Conseil d'Etat)

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. Il y a donc lieu de dire „et des obligations d'information spécifiques imposées par les lois et règlements en vigueur“.

S'agissant de l'obligation faite au prestataire de fournir en temps utile avant la conclusion du contrat les informations spécifiées, des difficultés peuvent apparaître du moment qu'il s'agit de combiner l'exigence d'un „délai utile“ et la preuve du respect dudit délai, l'article 69 du projet de loi faisant peser la charge de la preuve sur le prestataire.

Le Conseil d'Etat est pourtant bien conscient de ce qu'il est difficile de quantifier de manière abstraite le délai utile.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il convient de préciser l'obligation d'information: à l'instar de l'article 62, et en tenant compte de l'article 4 paragraphe 2 de la directive 97/7/CE, il y a lieu de dire que „... le prestataire a l'obligation de fournir au consommateur, de manière claire et compréhensible, ...“.

Pour ce qui est des informations requises, le Conseil d'Etat entend faire les observations suivantes:

- le Conseil d'Etat part de l'idée que l'information devant porter sur le prestataire de certification n'est requise que si le titulaire du certificat a donné son consentement à la publication du certificat (article 23 du projet) puisque ce n'est que dans ce cas que le consommateur est à même de vérifier les informations fournies dans le registre public.
- le Conseil d'Etat propose de supprimer le point „le cas échéant les conditions de crédit proposées“, l'article sous examen ne préjudiciant pas à l'application des règles relatives au crédit à la consommation.
- d'un point de vue terminologique, l'article 64 emploie les termes „service de la société de l'information“ au lieu de „technique de communication à distance“ employés par la directive communautaire. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 60. Le champ d'application de la future disposition nationale risque de ne pas coïncider avec le champ d'application des directives communautaires, en vigueur ou en voie d'élaboration. Le Conseil d'Etat ignore si telle est bien l'intention des auteurs du projet de loi.

Le paragraphe 3 de l'article sous examen est à mettre en relation avec l'article 66 paragraphe 4 du projet. Les auteurs du projet de loi proposent d'imposer au prestataire, dans les cas où le consommateur ne bénéficie pas d'un droit de rétractation, de fournir certaines informations supplémentaires. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord au texte proposé, encore que ces exigences ne devraient concerner que certains produits ou services.

Article 65 (57 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations particulières à formuler à l'endroit des deux premiers paragraphes, si ce n'est qu'il y a lieu de signaler la terminologie peu adéquate employée au paragraphe 2: „services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'un service (de la société de l'information)“ ne rime à rien. Le Conseil d'Etat donne encore une fois à considérer s'il ne convient pas d'utiliser la terminologie utilisée par les textes communautaires, à savoir „technique de communication (à distance)“.

Le Conseil d'Etat reste quelque peu perplexe au regard du paragraphe 3 de l'article sous examen: après avoir proposé d'exclure la formalité du double pour les actes sous seing privé revêtus d'une signature électronique, les auteurs du projet de loi proposent en quelque sorte de le réintroduire par la petite porte. Si déjà les auteurs du projet de loi entendent s'engager dans cette voie, il se recommande de reprendre sous le paragraphe 3 une disposition similaire à celle figurant au paragraphe 2 de l'article 62, à savoir que „Les conditions générales et particulières du contrat doivent être fournies au consommateur de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire.“

Article 66 (58 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous rubrique a trait au droit de rétractation du consommateur, à ses modalités d'exercice et aux conséquences que l'exercice de ce droit de rétractation est susceptible d'avoir sur les contrats de crédit accessoires au contrat de base (paragraphes 1 à 3 et 5).

Le Conseil d'Etat propose de réagencer le texte, afin de faire figurer l'actuel paragraphe 4 en tant que nouveau paragraphe 5 final.

En ce qui concerne les modalités d'exercice du droit de rétractation, il convient de faire application des dispositions afférentes régissant le droit de rétractation en matière de polices d'assurances telles qu'elles résultent des articles 9 et 100 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il de remplacer le troisième alinéa du paragraphe 1 par le texte suivant:

„En cas de renonciation ou de résiliation à un contrat d'assurance conclu par un consommateur par voie électronique, les délais, modalités et exceptions figurant aux articles 9 et 100 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance sont d'application.“

Le texte ne précise pas clairement si le délai extraordinaire de 3 mois ne s'applique qu'aux contrats pour lesquels joue le délai de rétractation de droit commun. Il y a lieu de préciser ce point. A première

vue, le Conseil d'Etat ne voit pas pourquoi il y aurait lieu de faire à cet égard une différence entre les contrats conclus par voie électronique suivant la durée du délai de rétractation.

Au paragraphe 2, une „erreur matérielle“ semble s'être glissée dans le texte. En tout cas il ne semble pas avoir été dans les intentions des auteurs du projet de loi de faire jouer en pareille hypothèse un délai de rétractation de quatorze jours. La même „erreur matérielle“ se retrouve au point a) du paragraphe 4.

Cette erreur matérielle s'explique si l'on tient compte du fait que le projet de loi originaire prévoyait un délai de rétractation de 14 jours. Le Conseil d'Etat marque sa nette préférence pour le maintien du délai de 14 jours, qui correspond au délai retenu par la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. La directive 97/7/CE prescrit un délai de 7 jours au moins, ce qui laisse donc une marge au législateur national.

S'il est vrai que le délai de rétractation ne coïncide alors plus avec le délai prévu par la loi modifiée du 16 juillet 1987, s'agissant des contrats conclus par démarchage, toujours est-il que cette loi soumet elle-même les biens et les services à des régimes différents. Pour les biens, il existe deux délais de rétractation, un premier de 7 jours à partir de la commande, et un deuxième de 15 jours à partir de la réception. Ce n'est donc point la loi de 1987 qui pourrait militer en faveur d'un délai uniforme de 7 jours. A signaler, pour être complet, que la directive 85/577/CEE à la base de la modification de la loi de 1987 impose un délai de rétractation de 7 jours au moins, de sorte que les Etats membres disposent d'une marge d'appréciation.

Il se recommande en tout cas d'adopter en la présente matière un délai qui tienne compte de l'état d'avancement des textes communautaires en élaboration, afin d'éviter de devoir modifier à bref délai le texte.

Pour ce qui est de l'exclusion de certains contrats, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 2 du projet de loi, en relation avec les dispositions de la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives. Des contrats de services de paris et de loteries ne sauraient être proposés par des prestataires établis que dans le respect des dispositions de la loi précitée.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'exclusion des contrats dont l'exécution est entièrement terminée avant que le consommateur n'exerce son droit de rétractation. Si une telle exclusion peut se justifier, le cas échéant, s'agissant de contrats dont l'exécution ne peut pas être différée, (et le point b) du paragraphe 4 de l'article sous rubrique pourrait alors trouver application), une exclusion formulée en des termes aussi généraux est inconcevable: en fait, elle aboutit à rendre illusoire le droit de rétractation, puisqu'il suffit au fournisseur de s'exécuter le plus rapidement possible. Or c'est précisément pour éviter ce genre de situation, et donc le fait accompli, que le législateur réserve au consommateur un temps de réflexion. Le Conseil d'Etat considère encore cette exclusion comme étant en contradiction avec le point a) du paragraphe 4 de l'article sous examen, ainsi qu'avec le paragraphe 2 de l'article 67 du projet.

Sur base des considérations qui précèdent, le texte de l'article 66 est à revoir.

Article 67 (59 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne conviendrait pas de recourir, s'agissant du paragraphe 1 de l'article sous rubrique, à la terminologie de la proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs:

„Quand le consommateur exerce son droit de rétractation conformément à l'article 66, il ne peut être tenu qu'au paiement soit du prix du service financier effectivement fourni, soit de la partie du prix total du service financier faisant l'objet du contrat au prorata de la période comprise entre le jour de la conclusion du contrat et le jour de l'exercice du droit de rétractation.“

Le Conseil d'Etat estime que la dernière phrase du paragraphe 1 est superfétatoire.

Au paragraphe 3 de l'article sous examen, il y a lieu d'écrire „... toutes sommes qu'il a perçues de ce dernier à l'occasion de la conclusion du contrat ... Ce délai court du jour où la rétractation a été accessible et à la disposition du prestataire“.

Au paragraphe 4, il y a pareillement lieu de libeller la dernière phrase comme suit:

„Ce délai court du jour de l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation.“

Article 68 (60 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 69 (61 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 64 du projet de loi pour ce qui est de la preuve du respect des délais que l'article sous examen impose, entre autres, au prestataire.

La directive 97/7/CE impose aux Etats membres de veiller à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour faire respecter les dispositions de la directive dans l'intérêt des consommateurs. Ne semblent pas visées à ce titre les sanctions spécifiques prévues par exemple par l'article 66 paragraphe 1 du projet de loi (délai de rétractation de 3 mois) ou par l'article 67 paragraphe 2 (impossibilité pour le prestataire de réclamer le paiement du service financier fourni avant la rétractation).

Un des moyens à mettre en oeuvre consiste dans la possibilité offerte aux Etats membres d'imposer au prestataire la charge de la preuve. Il semble toutefois au Conseil d'Etat que les dispositions sur la charge de la preuve à elles seules ne constituent pas un moyen suffisamment efficace. Encore faudrait-il savoir quelles sont les conséquences résultant de ce que le prestataire reste en défaut de rapporter la preuve dont il a la charge. S'agissant de la sanction du non-respect d'obligations pour l'essentiel précontractuelles, se pose la même question que celle déjà soulevée par le Conseil d'Etat à propos de l'article 22 du projet de loi.

Il convient de relever que du fait que les clauses contractuelles contraires aux dispositions de l'article sous examen sont à considérer comme abusives au sens de l'article 1er de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, les dispositions de l'article 5 de cette loi auront vocation à s'appliquer, de sorte qu'il est satisfait à cet égard à l'article 11 paragraphe 2 de la directive 97/7/CE.

Article 70 (62 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

TITRE VI.

De la responsabilité des prestataires intermédiaires

Ainsi que le relève l'exposé des motifs, la question de la responsabilité des intermédiaires reste une question controversée. Il s'agit pourtant d'une des questions-clés de la régulation à mettre en place (*Etudes du Conseil d'Etat français, Internet et les réseaux numériques, page 174*).

Il semble pouvoir être affirmé que le dispositif à mettre en place doit en premier lieu offrir une sécurité juridique aux acteurs en déterminant clairement le champ de leurs responsabilités. Seule la réalisation de cet objectif permettra le développement de l'Internet.

Le titre sous rubrique reprend les principes retenus par la proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

D'après l'exposé des motifs, les prestataires intermédiaires verront leur responsabilité tant civile que pénale limitée, en ce sens qu'il faudra prouver, selon l'activité, qu'ils n'ont pas rempli ou respecté certaines conditions et que leur responsabilité est engagée.

Le Conseil d'Etat entend faire à l'égard des dispositions regroupées sous le titre VI les observations suivantes:

- pour ce qui est de la responsabilité pénale des prestataires intermédiaires, le Conseil d'Etat retient que le projet de loi sous avis n'entend nullement instaurer un régime qui serait spécifique aux prestataires intermédiaires et qui s'appliquerait à ces intermédiaires à l'exclusion de toutes autres dispositions (comme par exemple les articles 66 et 67 du Code pénal régissant la participation criminelle).

Le commentaire de l'article 71 dispose ainsi qu'un prestataire qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales ne saurait bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues en matière de simple transport ou de „caching“.

Pour préciser les conditions de l'engagement de la responsabilité pénale des intermédiaires, le principe de connaissance semble essentiel (*Etudes du Conseil d'Etat français, précité, page 185*). Une

infraction se caractérise non seulement par son élément matériel, mais encore par son élément moral. Le Conseil d'Etat estime que les prestataires intermédiaires doivent être tenus responsables s'ils ont agi en connaissance de cause.

Il n'est pas dérogé à ce principe par l'article 74 qui dispense les intermédiaires de toute obligation générale de surveillance et de toute obligation générale de rechercher des activités illicites.

Ceci dit, le Conseil d'Etat a du mal à suivre les auteurs du projet de loi dans leur approche foncièrement „économique“ de la responsabilité des intermédiaires.

Le Conseil d'Etat entend illustrer ses propos par des exemples concrets:

- l'article 457-1 du Code pénal tel que cet article a été introduit dans ledit code par la loi du 19 juillet 1997 complétant le code pénal en modifiant l'incrimination du racisme et en portant incrimination du révisionnisme et d'autres agissements fondés sur des discriminations illégales, rend punissable de peines d'emprisonnement et/ou d'amende celui qui ... met en circulation sur le territoire luxembourgeois ou envoie à partir du territoire luxembourgeois des écrits ... ou tout autre support de l'écrit de nature à inciter ... à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, d'un groupe ou d'une communauté en se fondant sur une distinction constitutive de discrimination.
- de même, l'article 383 du Code pénal, tel qu'il a été modifié par la loi du 31 mai 1999 visant à renforcer les mesures contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants et portant modification du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, rend punissable de peines d'emprisonnement et d'amende quiconque aura, par exemple, mis en circulation d'une manière quelconque des écrits ... à caractère pornographique, les peines étant aggravées si les faits incriminés impliquent, entre autres, des mineurs âgés de moins de 18 ans.

Le Conseil d'Etat ne peut que difficilement s'imaginer que les auteurs du projet de loi se contentent en ces matières d'une attitude purement passive de la part des intermédiaires, sous prétexte du principe de non-surveillance, ceci plus particulièrement dans l'hypothèse de l'hébergement. Le Conseil d'Etat proposera en conséquence d'inscrire une obligation spécifique à charge des prestataires d'hébergement de détecter des contenus éventuellement illégaux au regard des articles 457-1 et 383 alinéa 2 du Code pénal.

Le Conseil d'Etat estime par ailleurs qu'il y aurait lieu d'étendre pareille obligation spécifique de contrôle à d'autres intermédiaires, tels que les fournisseurs d'accès, par le biais de l'autorégulation.

- pour ce qui est de la responsabilité civile, le Conseil d'Etat est à s'interroger sur l'incidence éventuelle d'autres législations.

C'est ainsi, par exemple, que la loi du 27 août 1997 relative à la sécurité générale des produits fait obligation aux distributeurs (définis comme étant les professionnels de la chaîne de commercialisation dont l'activité n'a pas d'incidence sur les caractéristiques de sécurité du produit) d'agir diligemment afin de contribuer au respect de l'obligation générale de sécurité, en particulier en ne fournissant pas de produits dont ils savent où auraient dû estimer, sur la base des éléments d'information en leur possession et en tant que professionnels, qu'ils ne satisfont pas à cette obligation. Ils doivent notamment, dans la limite de leurs activités respectives, participer au suivi de la sécurité des produits mis sur le marché, en particulier par la transmission des informations concernant les risques des produits et par la collaboration aux actions engagées pour éviter ces risques.

Les prestataires intermédiaires, s'ils sont des fournisseurs de services de la société de l'information, n'interviennent-ils pas pour autant dans la chaîne de commercialisation? Les décharger de toute obligation en relation avec, par exemple, la loi précitée relative à la sécurité générale des produits, revient à pénaliser les acteurs de la chaîne de commercialisation traditionnelle, d'une part, réduit les garanties que le législateur (tant communautaire que national) entend assurer au consommateur en matière de sécurité et de protection de la santé, d'autre part. Le Conseil d'Etat relève que la proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur retient dans son considérant 6 que la directive doit garantir un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, en particulier la protection ... du consommateur, et relève que la protection de la santé constitue une composante essentielle des autres politiques de la Communauté.

Il y aurait lieu, aux yeux du Conseil d'Etat, de clarifier cette question.

- Le Conseil d'Etat propose encore un certain nombre de modifications d'ordre plutôt rédactionnel aux dispositions sous examen.

Article 71 (63 selon le Conseil d'Etat)

Dans l'intitulé, il y a lieu de supprimer la précision entre parenthèses. De telles précisions ont leur place dans le commentaire.

Il y a lieu au point c) du premier paragraphe d'écrire:

„c) qu'il ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.“

Article 72 (64 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat suggère de ne faire état dans l'intitulé que de „Forme de stockage“, le terme technique de „caching“ pouvant figurer dans le commentaire.

Au point b), il y a lieu d'écrire „conditions d'accès à l'information“.

Le Conseil d'Etat propose de remplacer le point d) à l'effet de reprendre le texte de la proposition modifiée de directive:

„d) qu'il n'interfère pas dans la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, qui est utilisée dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information.“

Imposer au prestataire de ne pas entraver l'utilisation *licite* de cette technologie reviendrait en effet à imposer au prestataire de s'assurer de ce caractère licite.

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

Article 73 (65 selon le Conseil d'Etat)

Il y a lieu d'écrire au premier paragraphe „§1.- Sans préjudice des dispositions de l'article 74 (66 selon le Conseil d'Etat) § 2, le prestataire qui fournit ...“, ceci afin de tenir compte de la proposition de texte que le Conseil d'Etat fera à l'endroit de l'article 74 du projet.

Au point a), il y aurait lieu d'écrire *in fine* „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 74 (66 selon le Conseil d'Etat)

Il y a lieu de remplacer l'intitulé actuel par celui de „Obligation de surveillance“.

Compte tenu de ses observations formulées en relation avec la responsabilité pénale des prestataires intermédiaires, le Conseil d'Etat propose un nouveau paragraphe 2 de la teneur suivante:

„§ 2. Pour la fourniture des services visés à l'article 73 (65 selon le Conseil d'Etat), les prestataires sont toutefois tenus à une obligation de contrôle spécifique à l'effet de détecter de possibles infractions aux articles 383, alinéa 2 et 457-1 du Code pénal.“

Le paragraphe 3 serait à modifier à l'effet de dire que

„Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans préjudice...“.

TITRE VII.

Des paiements électroniques

Le titre sous examen a pour objet de réglementer les transactions à propos desquelles le mode de paiement utilisé fait appel à une technique électronique. Les dispositions figurant sous le titre VII sont nouvelles, la disposition ayant trait aux risques liés à l'utilisation de tels modes de paiements mise à part.

D'après le commentaire des articles, les auteurs du projet de loi se sont inspirés de la recommandation de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, d'une part, de la position commune (CE) N° 8/2000 arrêtée par le Conseil le 29 novembre 1999 en vue de l'adoption de la directive concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, d'autre part.

Le dispositif législatif à mettre en place concerne tant la monnaie de réseau que les moyens de paiement que constituent par exemple les cartes de crédit ainsi que ce qu'on peut qualifier de „version électronique du porte-monnaie“.

S'il est exact que le développement des systèmes de monnaie électronique ne doit pas être entravé par une réglementation excessive (exposé des motifs du Conseil relatif à la position commune du 29 novembre 1999), pour permettre, dans le contexte plus général de l'évolution rapide du commerce électronique, d'exploiter tous les avantages potentiels de la monnaie électronique (considérant (5) de la proposition de directive), il n'en reste pas moins qu'aux yeux du Conseil d'Etat la réglementation que le projet de loi sous avis propose de mettre en place est beaucoup trop sommaire pour encadrer les activités visées.

Article 75 (67 selon le Conseil d'Etat)

La définition de l'émetteur pose avec insistance la question de savoir quelles personnes peuvent être autorisées à mettre à la disposition d'une autre personne un instrument de transfert électronique de fonds.

Le projet de loi sous avis ne fournit à cet égard aucune indication précise:

- une personne physique peut-elle exercer de telles activités?
- de quelle autorisation la personne a-t-elle besoin qui, dans le cadre de son activité commerciale, met un tel instrument à la disposition d'une autre personne conformément à un contrat conclu avec cette dernière?
- quelle est la nature de cette activité d'émission d'instruments de paiement électronique? Relève-t-elle des services de la société de l'information (il est renvoyé au commentaire de l'article 1er du projet: les services de la société de l'information s'arrêtent là où la voie électronique s'arrête)? Relève-t-elle au contraire d'une activité professionnelle du secteur financier?
- quelles sont les activités commerciales dans le cadre desquelles il peut y avoir émission de tels instruments de paiement électronique?

Toutes ces questions sont d'une importance capitale au regard de la considération suivante, développée par le Comité économique et social dans son avis relatif notamment à la proposition de directive concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions (JO C 101/64 du 12 avril 1999): „une fois qu'un dépôt bancaire ou une somme d'argent liquide ont été transposés en monnaie électronique, celle-ci peut circuler sous le seul contrôle de son propriétaire et être transmise à d'autres sans que l'on puisse – en principe – remonter à son origine. Ces caractéristiques en font l'instrument idéal pour le blanchiment de capitaux ou à d'autres fins illicites ... Le Comité estime que la possibilité d'utiliser la monnaie électronique à des fins criminelles constitue l'une des préoccupations majeures, et que la réglementation en cette matière doit être guidée, pour chacun de ces aspects, par le souci de protéger la société contre ce danger.“

Le Conseil d'Etat considère que l'accès à l'activité d'émission d'instruments de paiement électronique et l'exercice de cette activité doivent être intégrés dans la future réglementation. A défaut, il y a lieu de faire abstraction de la réglementation envisagée. Le Conseil d'Etat doit en tout état de cause annoncer d'ores et déjà qu'il n'accordera pas la dispense du second vote constitutionnel au projet de loi s'il était voté sans amendements et sans explications de nature à apaiser de manière convaincante les appréhensions que le Conseil d'Etat n'est donc pas seul à éprouver: la Banque Centrale européenne dans son avis du 18 janvier 1999 relatif à la proposition de directive précitée (JO, C 189/7 du 6.7.1999) a également mis l'accent sur la problématique en accueillant favorablement l'application aux institutions de monnaie électronique de la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Les articles qui suivent ne sont examinés que sous la réserve exprimée ci-dessus.

Article 76 (68 selon le Conseil d'Etat)

En ce qui concerne le point b) de l'article sous examen, le Conseil d'Etat signale que la proposition de directive limite la capacité maximale de chargement du support électronique mis à la disposition des porteurs à des fins de paiement à 150 euros. Cette précision ne se retrouve pas dans la disposition sous rubrique. Le texte est au besoin à revoir en ce sens.

Article 77 (69 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 78 (70 selon le Conseil d'Etat)

Le texte de l'article sous rubrique ne donne pas lieu à observation, dans la mesure où il reprend une disposition de la recommandation du 30 juillet 1997 de la Commission.

Le Conseil d'Etat tient cependant à relever que la recommandation précitée a pour objectif d'assurer un degré élevé de protection des consommateurs dans l'utilisation des instruments de paiement électronique (considérant (8)). A ce titre, et pour garantir la transparence des conditions applicables aux opérations, la recommandation invite les Etats membres à imposer à l'émetteur de fournir des informations minimales relatives aux conditions d'émission et d'utilisation d'un instrument de paiement électronique. Ce volet de la recommandation n'est pas autrement abordé par le projet de loi sous rubrique. Le Conseil d'Etat le signale à propos de l'article sous examen, alors qu'on aurait pu penser que cette disposition, traitant de la charge de la preuve, impose également à l'émetteur de rapporter la preuve du respect de l'obligation d'information lui imposée.

Article 79 (71 selon le Conseil d'Etat)

La jurisprudence luxembourgeoise semble peu abondante en matière de risques liés à l'utilisation d'un transfert électronique de fonds. La base de données LJUS renseigne deux décisions qui font peser la responsabilité de l'usage abusif de la carte de crédit sur le titulaire de la carte, en retenant que l'usage abusif de la carte n'est possible que si le titulaire n'a pas respecté ses engagements (et notamment l'engagement de tenir secret le code confidentiel) et le titulaire doit dès lors être tenu responsable des prélèvements frauduleux.

Le texte sous rubrique, qui s'inspire dans une très large mesure de la recommandation de la Commission, a l'avantage de clarifier à plusieurs égards la question de la responsabilité du titulaire:

- en principe, la responsabilité du titulaire pour les pertes consécutives à la perte ou au vol du moyen de paiement électronique n'est encourue que jusqu'à la notification de cette perte ou de ce vol à l'émetteur, et encore seulement jusqu'à concurrence d'un certain plafond;
- la preuve de la fraude ou de la négligence grave du titulaire doit être rapportée. On ne peut donc pas déduire du fait même d'un prélèvement frauduleux, par exemple, que le titulaire a gravement manqué à ses obligations (concernant notamment la conservation du code confidentiel).

Le Conseil d'Etat marque son accord à la disposition sous rubrique, sous réserve des observations suivantes:

- à l'alinéa deux du premier paragraphe, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'il ne suffit pas de prévoir que l'émetteur doit mettre à disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer la notification. Il importe avant tout que le titulaire ait le moyen d'établir qu'il a effectué la notification.

Il y aurait dès lors lieu de libeller le deuxième alinéa comme suit:

„L'émetteur d'un instrument de transfert électronique de fonds doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer cette notification et pour rapporter la preuve qu'il l'a effectuée.“

- pour ce qui est du plafond à concurrence duquel le titulaire peut être responsable jusqu'à la notification de la perte ou du vol de l'instrument de paiement électronique, le Conseil d'Etat retient que la recommandation de la Commission préconise le montant de 150 euros. Le Conseil d'Etat retient du commentaire de l'article sous examen que le montant maximal à fixer par règlement grand-ducal pourrait être différent selon que le titulaire s'est rendu coupable ou non d'une faute ou d'une négligence grave. Aux yeux du Conseil d'Etat, le texte sous examen n'autorise pas le pouvoir exécutif à prévoir différents plafonds.

Article 80 (72 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

TITRE VIII.

Dispositions finales

Article 81 (73 selon le Conseil d'Etat)

Il y a lieu de remplacer la référence à la loi budgétaire pour l'exercice 1999 par celle à la loi budgétaire pour l'an 2000.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 30 du projet de loi sous avis.

Dans ce même contexte, il y a lieu de retenir que la mise en place de l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance ne pourra se faire qu'une fois le présent projet de loi voté et entré en vigueur. En particulier, le recrutement de deux agents de la carrière supérieure de l'Etat ne pourra être envisagé qu'à ce moment. Il en résultera donc nécessairement un déphasage entre l'application de la future loi et le contrôle de son application. Il aurait très certainement été plus utile de préparer le terrain afin que les structures administratives à mettre en place puissent fonctionner dès le premier jour de l'entrée en vigueur de la future loi.

Article 82 (74 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat n'entend pas s'opposer à la création d'un comité „commerce électronique“, encore que la nature et la mission de ce comité restent plutôt floues. S'agit-il d'une sorte de commission chargée d'étudier l'amélioration de l'infrastructure législative en matière de commerce électronique, à l'instar de la CAIL? Le comité est-il appelé à promouvoir le développement des services de la société de l'information (il est composé *d'utilisateurs*). L'aspect protection des consommateurs (utilisateurs) rentre-t-il dans ses missions?

Le Conseil d'Etat signale encore que dans la mesure où des charges grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice devraient résulter de l'institution de pareil comité, il y aurait lieu d'instituer le comité dans le présent projet de loi et non pas de s'en remettre à cet égard à la décision du pouvoir exécutif. Le Conseil d'Etat propose dès lors d'écrire en tout cas „Il est institué un comité „commerce électronique“ ...“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 mai 2000.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Raymond KIRSCH

