



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 4641

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

Date de dépôt : 14-03-2000

Date de l'avis du Conseil d'État : 02-05-2000

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
14-03-2000	Déposé	4641/00	<u>3</u>
02-05-2000	Avis du Conseil d'Etat (2.5.2000)	4641/01	<u>88</u>
27-06-2000	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports	4641/02	<u>127</u>
30-06-2000	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports	4641/03	<u>147</u>
07-07-2000	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (7.7.2000)	4641/04	<u>176</u>
07-07-2000	Avis de la Chambre de Commerce (7.7.2000)	4641/06	<u>185</u>
10-07-2000	Rapport de commission(s) : Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports Rapporteur(s) :	4641/05	<u>266</u>
21-07-2000	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (21-07-2000) Evacué par dispense du second vote (21-07-2000)	4641/07	<u>317</u>
31-12-2000	Publié au Mémorial A n°96 en page 2176	4641	<u>319</u>

4641/00

N° 4641

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

* * *

(Dépôt: le 14.3.2000)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (7.3.2000)	1
2) Exposé des motifs.....	4
3) Texte du projet de loi	38
4) Annexes	78
– Règlement grand-ducal (certificat qualifié et exigences pour les dispositifs sécurisés de la création de signature électronique).....	78
– Règlement grand-ducal (exigences concernant les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés et les prestataires accrédités)	81
– Règlement grand-ducal (procédure, suspension et retrait de l'accréditation)	83

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de l'Economie et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.– Notre Ministre de l'Economie est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi relatif au commerce électronique.

Palais de Luxembourg, le 7 mars 2000

Le Ministre de l'Economie,
Henri GRETHEN

Pour le Grand-Duc:
Son Lieutenant-Représentant
HENRI
Grand-Duc Héritier

SOMMAIRE

Introduction

Partie A. Exposé des motifs

Chapitre 1 – De la société de l’information au commerce électronique

- 1) Le commerce sur internet
- 2) Le commerce électronique
 - 2.1) Le commerce électronique entre entreprises
 - 2.2) Le commerce électronique des services et biens intangibles
 - 2.3) Le commerce électronique des biens „physiques“

Chapitre 2 – Un cadre légal et réglementaire global mais évolutif

Chapitre 3 – Les transactions électroniques

- 1) La cryptographie
 - 1.1) La cryptographie symétrique
 - 1.2) La cryptographie asymétrique
- 2) Les fonctions de la cryptographie
 - 2.1) L’authentification
 - 2.2) L’intégrité du message
 - 2.3) L’identité du correspondant: les prestataires de service de certification
 - 2.4) La confidentialité

Chapitre 4 – Protéger le consommateur

Chapitre 5 – Les principales dispositions du projet de loi sur le commerce électronique

- 1) Définitions et champ d’application
 - 1.1. Définitions
 - 1.2. Champ d’application
- 2) De la preuve et de la signature électronique
 - 2.1) De la preuve littérale
 - 2.2) Des prestataires de service de certification et l’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance
- 3) Des dispositions d’ordre pénal
 - 3.1) Des sanctions pénales
 - 3.2) De l’instruction
- 4) Des communications commerciales
- 5) Des contrats conclus par voie électronique
- 6) De la responsabilité des prestataires intermédiaires
- 7) Des paiements électroniques

Partie B. Texte du projet de loi

Titre I. Dispositions générales

Titre II. De la preuve et de la signature électronique

Chapitre I. De la preuve littérale

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

Section 1. Définitions et effets juridiques de la signature électronique

Section 2. Des prestataires de service de certification

Titre III. Dispositions pénales

Section 1. Des sanctions pénales

Section 2. De l’instruction

- Titre IV. Des communications commerciales
- Titre V. Des contrats conclus par voie électronique
 - Chapitre I. Dispositions communes
 - Chapitre II. Des contrats conclus avec les consommateurs
- Titre VI. De la responsabilité des prestataires intermédiaires
- Titre VII. Des paiements électroniques
- Titre VIII. Dispositions finales

Partie C. Annexes

Règlement grand-ducal (certificat qualifié et exigences pour les dispositifs sécurisés de création de signature électronique)

Règlement grand-ducal (exigences concernant les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés et les prestataires accrédités)

Règlement grand-ducal (procédure, suspension et retrait de l'accréditation)

*

INTRODUCTION

Le projet de loi conserve l'esprit et un grand nombre de dispositions du projet de loi No 4554 déposé en avril 1999.

Le projet actuel contribue à doter le Grand-Duché de Luxembourg d'un cadre juridique global sur le commerce électronique.

Cependant, l'évolution des textes communautaires – directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques¹, accord politique en vue de la position commune relative à certains aspects du commerce électronique², proposition modifiée relative à la protection du consommateur en matière de services financiers négociés à distance³ – a amené le gouvernement à déposer un nouveau projet de loi. Certes, il aurait été imaginable de déposer une longue liste d'amendements complexes mais cela aurait risqué de dénaturer la structure du projet de base, d'alourdir la compréhension d'un texte très technique.

Le projet de loi 4554 a un champ d'application restreint puisqu'il se limite à Internet, qui, malgré son développement rapide, reste un outil particulier des échanges à distance. Or, la directive „ventes à distance“⁴ a un champ d'application plus large et porte sur des moyens de communications aussi divers que le téléphone ou le fax. Par ailleurs, cette directive contient des dispositions étrangères au commerce électronique stricto sensu, celles-ci doivent alors être transposées en droit national par une loi spécifique. Il en est de même pour la protection des données personnelles, en effet les directives⁵ en ce domaine, s'appliquent au commerce électronique mais toutes les dispositions relatives au commerce électronique ne s'appliquent pas aux données personnelles⁶.

1 Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE L 13/12 du 19 janvier 2000.

2 Accord politique en vue de la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, doc. interinstitutionnel N°14263/99, ECO 419 CONSOM 80 CODEC 826.

3 Amended proposal for a directive of the European Parliament and of the Council concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Directives 97/7/EC and 98/27/EC, 19 nov.1999, doc. No 2932/99, CONSOM 70, ECOFIN 238, CODEC 684.

4 Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

5 Directive 95/46/CE 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 et directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, JOCE L 281 du 28 nov.1995, p. 31 et JOCE L 24 du 30 janv.1998, p. 1.

6 On ne peut pas invoquer l'obligation de transparence figurant dans notre projet de loi sur le commerce électronique pour empêcher l'utilisation anonyme de réseaux ouverts tels qu'Internet.

Le présent projet de loi, tout en ayant une portée générale, devra s'articuler avec les deux projets de loi spécifiques cités ci-dessus.

*

PARTIE A

EXPOSE DES MOTIFS

La fin du 20^e siècle est marquée par l'avènement de la société de l'information. Le commerce électronique est désormais une donnée importante des activités économiques mondiales. En effet, le commerce électronique est un secteur d'avenir qui offre aux citoyens et aux entreprises européennes et luxembourgeoises des perspectives en termes de compétitivité, de croissance et d'emploi. Cependant, afin de garantir aux utilisateurs et aux consommateurs une protection efficace face au développement de ces nouvelles formes d'activité, il est nécessaire de mettre en place un cadre juridique sécurisant.

Chapitre 1 – De la société de l'information au commerce électronique

1) Le commerce sur internet

Les nouvelles technologies permettent de stocker et d'utiliser à un coût relativement faible des grandes quantités d'informations et créent ainsi les conditions nécessaires à l'ère de la société de l'information. Parallèlement, grâce aux fibres optiques, les technologies de communication se sont développées, depuis les années 80, au point d'en arriver à une multiplication phénoménale de leurs capacités de transmission.

Cependant, ce n'est qu'avec l'avènement d'un réseau digital global, Internet, qui a su combiner les potentiels des évolutions en matière de traitement de l'information et de techniques de communication, ou encore des autoroutes de l'information, qu'on peut parler d'une véritable révolution digitale.

La vitesse avec laquelle cette „révolution digitale“ s'opère n'a pas d'équivalent dans l'histoire des technologies. Ainsi, en seulement quatre ans, 50 millions d'utilisateurs étaient sur Internet, alors que la barre de 50 millions d'utilisateurs a seulement été atteinte après 16 ans pour l'utilisation des microprocesseurs ou encore après 38 ans pour la radio.

Le premier moteur de la révolution technologique est certainement le secteur des techniques d'information et de communication puisque les réseaux électroniques nécessitent de plus en plus d'équipements avec un nombre croissant d'utilisateurs et des équipements de plus en plus performants nécessaires afin de suivre l'évolution technologique. Ces secteurs comptent désormais parmi les principaux moteurs de l'économie européenne. Ils créent des nouveaux emplois, renforcent la compétitivité et portent la croissance économique en Europe, tout en contribuant à maintenir l'inflation à des niveaux historiquement bas grâce au progrès technique¹ et à la libéralisation du secteur des télécommunications.

En effet, grâce au progrès technique le prix des microchips servant à stocker l'information dans les ordinateurs a quasiment été divisé par cent en moins de 7 ans². Parallèlement, la pression concurrentielle entre entreprises, entre réseaux et entre technologies, pression concurrentielle accrue notamment grâce à la libéralisation du secteur des télécommunications, a aussi majoritairement contribué à une baisse des prix, tout en améliorant le choix et la qualité des biens et services³.

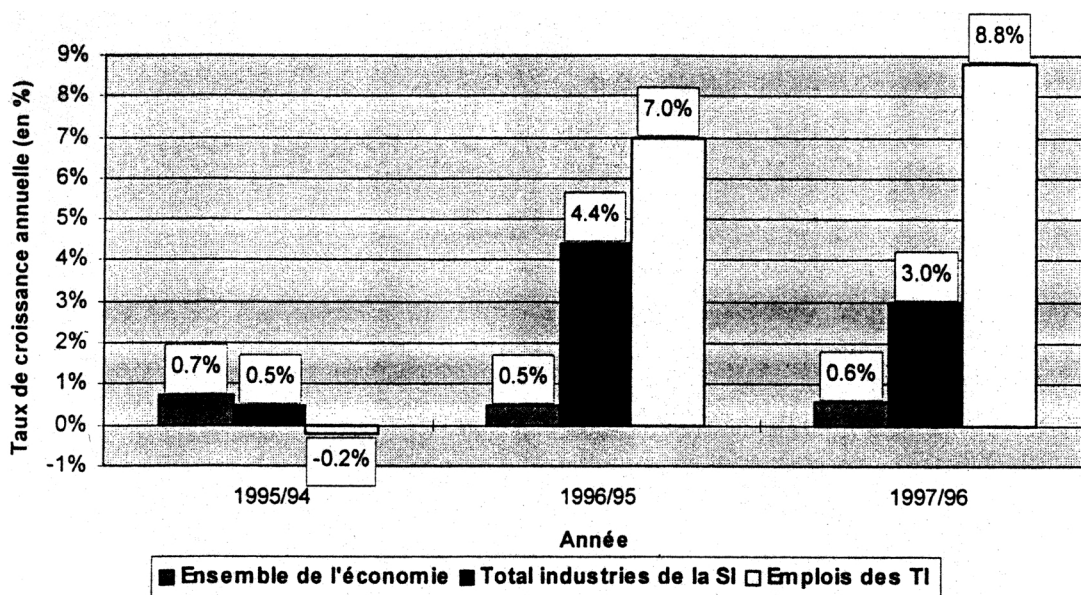
Le secteur des techniques de l'information est également un moteur puissant pour l'emploi en Europe. En effet, on estime que la société de l'information génère un quart des nouveaux emplois nets créés en Europe entre 1995 et 1997 et enregistre des taux de croissance supérieurs à 8% par an pour le secteur des technologies de l'information (TI: comprenant p.ex. les secteurs ordinateurs et logiciels, équipements et services télécoms, équipement bureautique etc., voir graphique 1 ci-dessous).

1 Les perspectives d'emploi dans la société de l'information: Exploiter le potentiel de la révolution de l'information, rapport de la Commission Européenne au Conseil Européen, 1998, COM(1998)590 final, http://europa.eu.int/comm/dg05/soc-dial/info_soc/jobopps/joboppfr.pdf.

2 Sources: Rapport „The Emerging Digital Economy“ du US Department of Commerce, <http://www.doc.gov/ecommerce/danc1.htm>.

3 Sources: Rapport „The Emerging Digital Economy“ du US Department of Commerce, <http://www.doc.gov/ecommerce/danc1.htm>.

Graphique 1: Croissance nette des nouveaux emplois dans la Société de l'Information



Source : estimations de la Commission fondées sur des données Eurostat

Ceci porte le nombre total d'employés dans ces secteurs à plus de 4 millions de personnes. En Europe, comme aux Etats-Unis, on constate que les évolutions diverses dans l'emploi total, y compris les pertes d'emploi, des changements vers d'autres emplois et la création de nouveaux emplois se traduisent par une croissance nette de l'emploi¹.

Qui plus est, la demande de travail émanant des entreprises dépasse déjà largement l'offre. Selon des estimations², entre 500.000 et 600.000 emplois dans les secteurs reliés aux technologies de l'information (TII) ne peuvent être pourvus manque de candidats qualifiés. Ainsi cette croissance de la demande pour des emplois de spécialistes dans tous les domaines de la société de l'information devrait-elle, avec l'augmentation phénoménale prévue pour les prochaines années des activités commerciales sur Internet, entraîner un déficit croissant de main-d'œuvre ayant les qualifications requises pour remplir les fonctions nécessaires. C'est d'ailleurs un défi majeur pour le système éducatif européen et national³.

Cependant, la révolution digitale tirera ses ressources essentiellement à travers le commerce électronique et ses différentes composantes.

2) Le commerce électronique

Le commerce électronique et les potentiels de croissance économique qu'il représente se caractérisent le mieux en citant seulement ces quelques chiffres:

- en 1994 Internet comptait trois millions d'utilisateurs (principalement aux Etats-Unis d'Amérique), ce chiffre s'élevait à plus de 100 millions d'utilisateurs pour début 1998. En 2005 Internet comptera probablement un milliard d'utilisateurs⁴

1 Voir aussi OCDE, „Les incidences économiques et sociales du commerce électronique: Résultats préliminaires et programme de recherche – Exposé de synthèse“, DSTI/ICCP(98)15/REV2.

2 Kolding M., McGovern S. et Rajah P., IDC „Information Technology Skills Shortage: The Impending Impact on Business in Europe“, IDC, 1998, rapport spécial de IDC présenté pour le Sommet sur l'Emploi et la Formation dans la Société de l'Information à Bruxelles.

3 Voir aussi „Le marché des nouveaux médias au Luxembourg: état des lieux“, une étude de l'observatoire des nouveaux médias du CRP Henri Tudor, où cet aspect est analysé plus en détail.

4 Sources: Rapport „The Emerging Digital Economy“ du US Department of Commerce, <http://www.doc.gov/ecommerce/danintro.htm>. A en croire des prévisions plus optimistes la barre de 1 milliard d'utilisateurs Internet sera déjà passée en l'an 2000.

- entre fin 1998 et fin 1999 le nombre d'utilisateurs de Internet à travers le monde va augmenter de presque 30%, le portant à quasi 150 millions¹
- on estime que 5000 à 7000 nouveaux noms de domaine sont enregistrés chaque jour sous un domaine générique (comme „com“ par exemple)²
- selon UUNET, un des plus grands fournisseurs de „backbones“, la colonne vertébrale du réseau Internet ou encore le réseau fédérateur, estime que le trafic sur Internet double tous les 100 jours
- en 1999, un ménage sur trois aux Etats-Unis sera on line, un ménage sur deux de ceux-ci achètera on line, c.-à-d. via le réseau Internet³
- le commerce entre entreprises réalisé à travers Internet est supposé atteindre un chiffre d'affaires supérieur à 400 milliards de dollars en 2002⁴
- en 1999 le volume du commerce électronique doublera et le chiffre d'affaires se situera autour de 68 milliards de dollars, ce qui équivaut au PIB d'un pays comme l'Irlande, ou encore la Pologne⁵
- l'économie „virtuelle“ constituée par les utilisateurs d'Internet et le commerce qui s'y fait croît à un rythme trois fois supérieur à l'économie mondiale⁶.

Ces chiffres, tout en donnant un aperçu des énormes capacités de croissance offertes par le réseau Internet, montrent que les Etats-Unis d'Amérique ont toujours un rôle clé sur Internet.

En effet, il convient de rappeler que Internet a été développé aux Etats-Unis, d'abord pour les services de la défense, ensuite pour la recherche universitaire, avant de devenir un réseau universel et commercial. Cependant, concernant cette hégémonie de l'Amérique, une inversion de tendance est prévue pour 1999 où pour la première fois les citoyens américains seront en minorité sur Internet⁷.

Selon les estimations de la Commission Européenne⁸, le fossé entre le degré de pénétration moyen d'Internet dans l'Union Européenne et celui enregistré aux Etats-Unis d'Amérique est entrain de se combler rapidement, de sorte que le nombre „absolu“ d'internautes européens devrait rejoindre celui des internautes américains après 2001 (graphique 2).

1 „IDC predictions '99: The „real“ Internet emerges“, de Frank Gens, *International Data Corporation*, IDC, <http://www.idcresearch.com>.

2 Rapport du Conseil d'Etat français „Internet et les réseaux numériques“, juillet 1998.

3 *International Data Corporation*, IDC, cf. note 8 ci-dessus.

4 „IDC's Internet Commerce Market Model(®)Predicts Buyers on the Web Will Increase nearly tenfold by 2002“, Carol Glaheen, IDC, <http://www.idcresearch.com>.

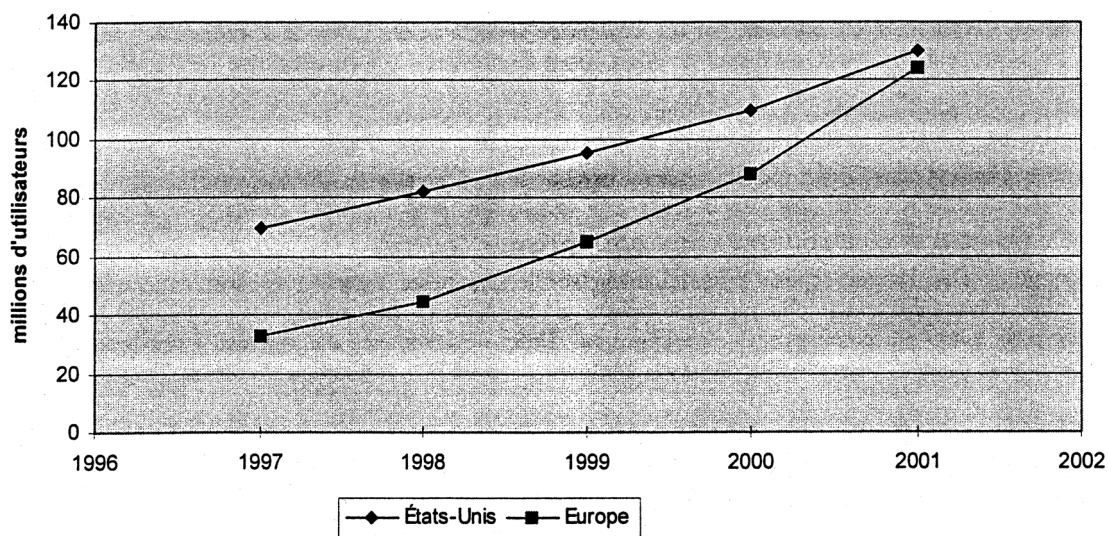
5 *International Data Corporation*, IDC, cf. note 8 ci-dessus.

6 Sources: Rapport „The Emerging Digital Economy“ du *US Department of Commerce*, <http://www.doc.gov/e-commerce/danintro.htm>, NUA Internet Research, <http://www.nua.ie/surveys>, IDC Research, <http://www.idcresearch.com>.

7 *International Data Corporation*, IDC, cf. note 8 ci-dessus.

8 Dans „Les perspectives d'emploi dans la société de l'information: Exploiter le potentiel de la révolution de l'information, rapport de la Commission Européenne au Conseil Européen“, 1998, COM(1998)590 final, http://europa.eu.int/comm/dg05/soc-dial/info_soc/jobopps/joboppfr.pdf.

Graphique 2: Augmentation prévue des utilisateurs d'Internet (1997-2001)



Source : estimations de la Commission basées sur les données fournies par les professionnels du secteur

Ainsi, en prenant en compte le fait que Internet soit un phénomène global et que l'Europe semble être en voie de rattraper le retard qu'on y enregistre, on peut raisonnablement transposer la plupart des estimations des Etats-Unis d'Amérique afin de disposer d'une bonne indication sur la situation en Europe, tout en prenant en compte un léger décalage temporel. Cette hypothèse se confirme d'ailleurs par les résultats des récentes analyses à ce sujet:

- En 1998 le commerce électronique en Europe s'élevait seulement à quelque 110 milliards de Francs luxembourgeois (ou encore 2,72 milliards d'euros ou 2,8 milliards de dollars), ce chiffre devrait s'élever à plus de 550 milliards de Francs Luxembourgeois (ou encore 13,6 milliards d'euros presque 16 milliards de dollars) en l'an 2000¹
- Selon une récente étude de marché, le chiffre d'affaires du commerce électronique en Allemagne avoisinait les 80 millions de dollars en 1998 alors qu'en 2002 ce commerce équivaldra déjà à 1,85 milliard de dollars².

Plus précisément la situation au Luxembourg semble pleinement s'inscrire dans les tendances précitées. En effet:

- Au Luxembourg on estime qu'en 1997 seulement 11% des ménages avaient accès à Internet³ alors que 39% avaient accès à un ordinateur⁴. En comparant le taux d'équipement en micro-ordinateurs du Luxembourg par rapport aux autres pays européens, on constate donc que le Luxembourg se situe en deuxième position après le Danemark et largement au-dessus de la moyenne, créant ainsi une prédisposition favorable à la croissance du commerce électronique au Luxembourg⁵.

1 Rapport du Conseil d'Etat français „Internet et les réseaux numériques“, juillet 1998.

2 Studie: E-Commerce boomt in Deutschland, GNN, Golem Network News, <http://www.gnn.de>.

3 Commission Européenne DG X, EUROBAROMETRE, Rapport Numéro 47, parution octobre 1997, <http://europa.eu.int/en/comm/dg10/incom/epo/eb.html>.

4 Cependant une étude récente (de septembre 1998), intitulée „Informatique et téléphonie“, de l'ILReS, semble confirmer les chiffres enregistrés en 1997 par la DGX pour son eurobaromètre. En effet, dans cette étude on estime que 34% des ménages sont équipés d'un ordinateur et que 11% de la population a accès à Internet tous lieux de connexion confondus. Source: „Le marché des nouveaux médias au Luxembourg: état des lieux“, une étude de l'observatoire des nouveaux médias du CRP Henri Tudor.

5 Source: „Le marché des nouveaux médias au Luxembourg: état des lieux“, une étude de l'observatoire des nouveaux médias du CRP Henri Tudor.

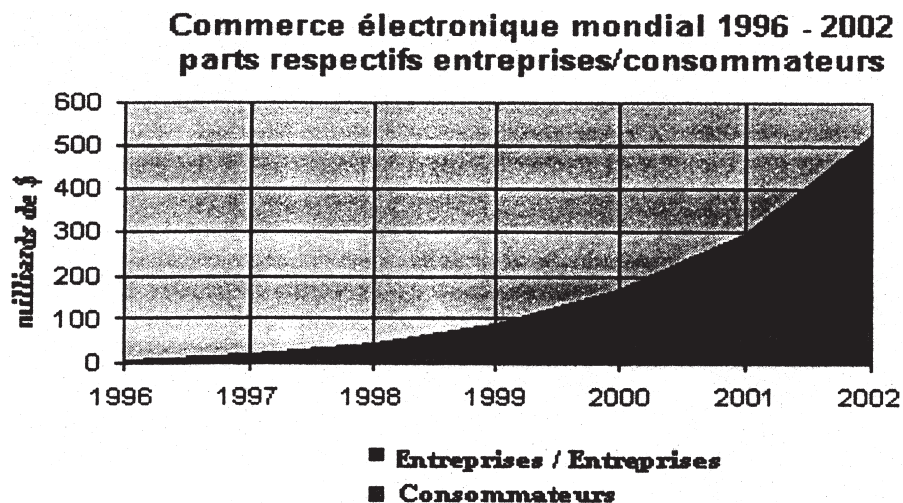
- Cependant comme dans tous les autres pays, il s'agit d'un domaine où on enregistre des croissances très importantes. Ainsi, les principaux fournisseurs Internet ont vu le nombre de souscriptions Internet doubler durant les derniers six mois de 1998, il est prévu que durant les trois premiers mois de 1999 il y aura encore un doublement¹.
- L'année 1998 a aussi été marquée par une croissance importante des noms de domaine „lu“: entre fin 1997 et fin 1998, leur nombre a quasiment doublé passant de presque 1.700 en décembre 1997 à plus de 3.200 fin 1998².

Concernant les trois composantes essentielles du commerce électronique, le commerce entre entreprises, le commerce de services et de biens intangibles et le commerce électronique de biens physiques, les situations bien que toutes orientées dans le sens d'une croissance certaine se présentent assez diversement.

2.1) Le commerce électronique entre entreprises

Le commerce électronique repose essentiellement sur le commerce entre entreprises, cette composante de l'économie d'Internet étant la plus répandue (tant aux Etats-Unis qu'en Europe), elle compterait en effet pour plus de trois quarts du commerce électronique total. Enfin, le commerce électronique entre entreprises croît également à un rythme beaucoup plus élevé que le commerce avec les consommateurs finaux (graphique 3).

Graphique 3³: Commerce Electronique Mondial (1996-2002)



Pour les entreprises le commerce électronique avec leurs partenaires commerciaux comporte de nombreux avantages par rapport aux formes traditionnelles de relations entre entreprises. La production de biens et services appuyée sur Internet peut en effet engendrer des coûts de fournitures moins élevés, des besoins de stockage réduits, des cycles de design et de production moins longs et une nette réduction des coûts frictionnels⁴.

Du côté des ventes aux entreprises (voire même aux consommateurs finaux), le commerce électronique permet également une baisse considérable des coûts. Ainsi les coûts de vente et de marketing sont-ils moins élevés pour le commerce sur Internet que pour les formes traditionnelles de commerce. Internet permet aussi d'offrir un service plus efficace et efficient aux consommateurs. Finalement, Inter-

1 Enquête Ministère de l'Economie, janvier 1999.

2 Source RESTENA, Réseau Téléinformatique de l'Education Nationale et de la Recherche (responsable des noms de domaine du deuxième niveau „lu“).

3 Source: International Data Corporation, IDC, <http://www.idcresearch.com>.

4 Le rapport „The Emerging Digital Economy“ du US Department of Commerce, <http://www.doc.gov/ecommerce> fournit une description plus détaillée de ces aspects en fournissant également des chiffres concernant certaines grandes compagnies américaines.

net permet l'ouverture à des marchés inaccessibles (surtout pour des PME) via les formes de commerce traditionnel. En effet, sur Internet le commerce peut se faire à travers le monde entier et à toute heure.

Au Luxembourg, une récente étude¹ réalisée par ILRES à la demande du Ministère de l'Economie montre que 20% des ménages utilisent internet (15% à domicile et 32% au travail ou à l'école). Le nombre des utilisateurs a augmenté rapidement par rapport à décembre 1999 où 14% des ménages avaient indiqué avoir un accès à internet.²

2.2) Le commerce électronique des services et biens intangibles

A côté du commerce entre entreprises le secteur le plus prometteur en terme de croissance sur Internet est celui des biens et services qui permettent une livraison digitale: essentiellement des services et des biens intangibles qui permettent une livraison via le réseau Internet.

Ainsi les journaux, les banques, les assurances et les compagnies aériennes offrent déjà leurs services online. De même la musique et les livres seront dans un proche avenir accessibles directement sur Internet avec une livraison digitale à la clé.

Presque tous les grands journaux ont aujourd'hui des services online, cette tendance étant appuyée d'une part par une demande des consommateurs et d'autre part par un basculement des sources de revenus de la publicité. Les sites Internet des journaux luxembourgeois comptent d'ailleurs aussi parmi les plus visités au Luxembourg³.

Cependant, actuellement les services online des journaux ne sont toujours pas bénéficiaires ni pour les grands journaux internationaux ni pour les journaux locaux. Ainsi actuellement la présence sur Internet semble-t-elle plutôt une activité nécessaire mais accessoire pour les éditeurs de journaux, activité qui débouche d'ailleurs parfois sur des nouveaux créneaux commerciaux comme l'offre de portes d'accès pour d'autres firmes, voire la création de sites pour le compte d'autrui⁴.

Bon nombre de compagnies aériennes, essentiellement aux Etats-Unis d'Amérique, offrent déjà la possibilité d'acquiescer électroniquement des billets d'avion, réduisant ainsi considérablement leurs coûts en évitant de passer par des agents professionnels et augmentant en même temps considérablement leurs taux d'occupation des avions. En effet, grâce à Internet ils peuvent offrir en dernière minute et à un large public des prix spéciaux sur des vols peu remplis et ainsi diminuer leurs coûts fixes. Les possibilités offertes par la vente électronique de tickets tant pour les compagnies aériennes que pour les clients ont d'ailleurs assez rapidement été identifiés en Europe et les procédés de vente en ligne, souvent sous forme de vente aux enchères, abondent aussi de ce côté de l'atlantique. Ainsi, la compagnie luxembourgeoise d'aviation, Luxair, offre depuis fin janvier 1999 des vols dernière minute sur Internet.

Un autre secteur très prometteur pour le développement du commerce sur Internet est certainement celui des banques. On estime, qu'en 1997, plus de 4,5 millions de ménages aux Etats-Unis utilisaient déjà les facilités du „online banking“ pour effectuer leurs transactions courantes, ce nombre sera probablement multiplié par quatre avant la fin de l'année 2000⁵. Les transactions bancaires courantes effectuées via Internet apportent pour les banques et leurs clients un gain substantiel de coûts et de temps. Selon une étude américaine le coût du traitement „traditionnel“ (au guichet) d'une transaction bancaire courante (comme un chèque ou un virement) coûte environ cent fois plus à la banque que le même type de transaction effectuée par Internet. En effet, le coût d'une opération courante au guichet est estimé par une étude américaine à 1,07 dollar contre un penny pour la même opération effectuée via Internet⁶. De plus, en utilisant Internet, les banques pourront offrir à leurs clients des nouveaux services, voire adopter plus facilement leurs services aux profils individuels de leurs clients.

1 Données du 1er semestre 1999.

2 Source: „Measuring information society“, Eurbaromètre, 16 mars 1999.

3 Dans DELOITTE & TOUCHE CONSULTING Group., CENTRE DE RECHERCHE PUBLIC-CENTRE UNIVERSITAIRE, LABORATOIRE DE DROIT ECONOMIQUE, 1998, „ABBL Mission Electronic Commerce Synthèse des travaux Mai 1998“, en référence à une enquête de Luxweb.

4 Voir aussi le rapport sur „Le marché des nouveaux médias au Luxembourg: état des lieux“, une étude de l'observatoire des nouveaux médias du CRP HENRI TUDOR. Les auteurs de ce rapport analysent plus précisément le secteur de l'édition de livres et de journaux et les comportements face à Internet des acteurs luxembourgeois dans ce secteur.

5 „The Emerging Digital Economy“, du US Department of Commerce, chapitre 4: la livraison digitale de biens et services, <http://www.doc.gov/ecommerce/danc4.htm>

6 Source: „The Emerging Digital Economy“, du US Department of Commerce, chapitre 4, en référence à une étude de Booz-Allen & Hamilton, Inc.: „Internet Banking: A Survey of Current and Future Development“, février 1996.

Sur les cent banques les plus importantes en Amérique, un quart est déjà classé dans la catégorie banque Internet „pure“, permettant à leurs clients d'effectuer toutes les opérations via Internet. Plusieurs banques au Luxembourg offrent déjà des facilités pour effectuer des transactions bancaires via Internet¹ et malgré le succès assez considérable rencontré par ces offres², il semblerait qu'actuellement le nombre peu élevé de ménages connectés à Internet constitue encore un frein inhérent au développement de cette clientèle. Cependant, en confirmation de la forte progression du nombre des raccordements enregistrés par les fournisseurs d'accès à Internet, ce handicap serait en train de diminuer amenant des taux de croissance encore plus considérables pour la clientèle „Internet Banking“ résidente au Luxembourg.

Le secteur des assurances bien que très présent sur Internet avec des informations et des publicités semble prendre un départ plus modéré concernant la conclusion de contrats online, une tendance qui a fortiori est aussi observée en Europe et au Luxembourg. Néanmoins, selon les prévisions faites pour les Etats-Unis d'Amérique on enregistrera des importants taux de croissance concernant le commerce électronique dans ce secteur. Ainsi, on estime qu'en moins de deux ans, en 2001, les compagnies d'assurances concluront des contrats via Internet pour 1,1 milliard de dollars³. La croissance du volet assurance online sera, elle aussi, poussée par une demande croissante des consommateurs, combinée avec un gain de coûts pour les compagnies d'assurance et un regain de concurrence sur le marché.

Hormis les services traditionnels offerts en ligne, on imagine que dans un proche avenir bon nombre de biens relevant notamment du domaine de la propriété intellectuelle pourront être commercialisés et livrés via Internet.

En effet, Internet est un réseau idéal pour distribuer à des coûts peu élevés des logiciels, de la musique, des livres⁴ ou encore des vidéos digitalement c.-à-d. avec une livraison digitale à la clé. Cependant, les chances de croissance „électronique“ à long terme de ce secteur dépendent essentiellement de l'évolution des techniques permettant de protéger les droits d'auteur et d'endiguer la contrefaçon⁵.

A ce stade il convient de parler également de „l'administration électronique“. En effet, l'Etat en tant que client et distributeur de services, est confronté aux mêmes risques mais principalement confronté aux mêmes espoirs de gain que les entreprises privées, la mise en oeuvre des principes de commerce électronique évoluant en symbiose avec l'essor des services publics livrés en ligne⁶. A partir de janvier 1999, les Assurances Sociales allemandes peuvent utiliser des signatures électroniques conformes à la loi allemande sur la signature électronique pour signer certains décomptes internes. Selon des estimations du Ministère du Travail allemand, cette mesure permettrait d'épargner un milliard de DM par an.

2.3) Le commerce électronique des biens „physiques“

Finalement, le commerce électronique de biens physiques, commandés en ligne sur le réseau Internet et délivrés ensuite physiquement, affiche aussi des fortes possibilités de croissance. Depuis 1997 les

1 BIL et Fortis-Bank. A noter que le service S-Line offert par la BCEE n'est pas réellement du Internet banking mais plutôt du PC banking. En fait, ce type de gestion des affaires bancaires partage dans une large mesure les avantages de la gestion bancaire via Internet, mais quelques différences tant au niveau de l'universalité pour le client qu'au niveau coût par transaction pour l'établissement bancaire subsistent.

2 D'après une enquête du Ministère de l'Economie (janvier 1999), le succès remporté par les offres „Internet Banking“ des banques opérant sur la place luxembourgeoise est tel que le taux de pénétration global (c.-à-d. comprenant et les clients résidents et les clients étrangers) avoisine les taux de pénétration du Internet Banking enregistrés aux Etats-Unis. Cependant, il faut prendre en compte qu'aux Etats-Unis, il s'agit quasi uniquement de clientèle résidente.

3 Source: rapport „The Emerging Digital Economy“, du US Department of Commerce, chapitre 4, <http://www.doc.gov/ecommerce/danc4.htm>.

4 La société XeroX est en train de développer une imprimante qui permettra à partir d'une livraison digitale via Internet d'imprimer un livre sous sa forme traditionnelle.

5 Actuellement, texte consolidé du 30 septembre 1999 de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Cette directive vise à mettre en place un cadre pour adapter les législations en matière de droit d'auteur dans l'UE à la société de l'information. Un projet de loi qui transpose déjà la majorité des dispositions contenues dans cette proposition de directive a d'ailleurs été déposé au Luxembourg (projet de loi sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, projet N°4431, déposé le 24.4.1998) et va être amendé.

6 Réf.: „Markt- oder Staatsmacht. Streit um digitale Signaturen“, Christiane Schulzki-Haddouti, (c)Verlag Heinz Heise, <http://www.heise.de/ct/99/01/058/>

études de marché américaines montrent que les consommateurs sur Internet se replient sur le commerce en ligne de biens traditionnels (textile, jouets, livres et fleurs), alors qu'auparavant ils achetaient surtout de l'équipement informatique. Pour 1999 on prévoit que plus de 50% des ménages américains qui seront online vont commander via Internet.

Paradoxalement la situation au Luxembourg se présente de façon inverse puisque les sites concernant les produits qui se vendent le mieux sur Internet ailleurs dans le monde, c.-à-d. matériel et logiciels informatiques ainsi que CD de musique, n'y existent pas.

De façon générale le commerce électronique au Grand-Duché est très peu développé ceci s'expliquant essentiellement par des freins techniques quant au paiement électronique via carte bancaire, un manque de prise de conscience des acteurs quant aux potentiels offerts par Internet ainsi que par une certaine immaturité des clients méfiantes et préférant le contact local¹. La seule exception étant probablement le commerce des livres via Internet (voir ci-dessous).

L'exemple le plus parlant du succès que Internet rencontre comme nouveau moyen de distribution est certainement celui de la distribution des livres. En effet, on estime que désormais un tiers de tous les livres vendus aux Etats-Unis sont achetés sur Internet. Amazon, la première librairie virtuelle sur Internet a rencontré un tel succès que les grandes chaînes de librairies traditionnelles (comme Barnes and Noble par exemple) se sont vu forcées de suivre l'exemple de Amazon, s'ils ne voulaient pas risquer de disparaître du marché des livres. Cependant, à l'instar des journaux, les librairies virtuelles n'arrivent pas encore à l'heure actuelle à dégager un bénéfice suffisant leur permettant la survie économique indépendante. Selon les estimations le seuil de rentabilité devrait cependant être atteint dans un ou deux ans.

En Europe les librairies virtuelles enregistrent également un succès grandissant se traduisant par une demande électronique en forte croissance. Ainsi la FNAC et son site comptent-ils parmi les sites les plus visités et le nombre de ventes qui y sont enregistrés a déjà dépassé celui des ventes par minitel et téléphone. Au Luxembourg bon nombre de librairies offrent également une sélection de librairie virtuelle sur Internet (souvent avec une liaison vers leurs partenaires internationaux avec leur catalogue plus extensif), notamment les Messageries du livre qui ont l'avantage de pouvoir faire profiter leurs clients de leur propre service de livraison, garantissant ainsi une livraison rapide et peu coûteuse².

Les avantages tant pour les consommateurs (en terme de choix et en terme de disponibilité) que pour les distributeurs (en terme de réduction des stocks et des coûts de loyer) sont particulièrement évidents pour le commerce de biens physiques via Internet: ce commerce multiplie en fait tous les avantages de la vente par correspondance en ajoutant des attraits supplémentaires en terme de disponibilité mondiale et horaire.

Cependant, l'énorme potentiel de croissance réelle que le commerce électronique représente pour le secteur de la distribution aux consommateurs (tant avec livraison digitale qu'avec livraison physique) se caractérise surtout en pensant que les deux tiers des utilisateurs d'Internet en 2002 n'y sont pas encore en 1999. En effet, alors que le pourcentage des ménages qui ont accès à Internet et qui commandent via Internet ne croît que très lentement, c'est essentiellement l'énorme croissance des „abonnés“ à Internet qui sera le moteur de la consommation via Internet.

Ainsi, tous ces chiffres donnent une idée de la forte croissance de la „population“ Internet ainsi que des capacités de croissance offertes par le développement du commerce électronique mais ils peuvent aussi renseigner sur les besoins qui s'adressent aux autorités publiques en matière de législation.

En effet, le fait que le pourcentage des ménages ayant accès à Internet et utilisant le réseau pour passer des commandes n'augmente que lentement témoigne du fait que bon nombre de consommateurs éprouvent encore des réticences à utiliser le commerce virtuel pour leurs achats, ceci s'expliquant essentiellement par un manque de confiance quant à la sécurité des transactions effectuées via Internet.

Le commerce électronique ne connaîtra son véritable essor auprès des particuliers que si le cadre juridique des transactions électroniques est clarifié et adapté, afin de renforcer la confiance des consommateurs.

1 Voir le rapport sur „Le marché des nouveaux médias au Luxembourg: état des lieux“ du CRP HENRI TUDOR qui présente une analyse plus approfondie.

2 Le rapport „Le marché des nouveaux médias au Luxembourg: état des lieux“, une étude de l'observatoire des nouveaux médias du CRP HENRI TUDOR, présente une analyse plus approfondie de ce secteur.

Chapitre 2 – Un cadre légal et réglementaire global mais évolutif

„Internet et les réseaux numériques, c’est avant tout un nouvel espace, un espace international qui transcende les frontières, un espace décentralisé qu’aucun opérateur ni aucun Etat ne maîtrise entièrement, un espace hétérogène où chacun peut agir, s’exprimer et travailler avec une grande liberté.“

Cette description du réseau Internet présentée par le Conseil d’Etat (France) dans son rapport de juillet 1998 sur le commerce électronique résume en quelque sorte le fait que la majorité des évolutions sur Internet enregistrées jusqu’à cette date se sont faites en l’absence d’un suivi législatif. Selon certains ceci aurait même favorisé l’essor initial du réseau. Ce rapport a été suivi du document d’orientation élaboré dans le but d’adapter le cadre législatif et réglementaire de la société de l’information afin d’établir une société de l’information pour tous¹.

Cependant, à ce stade de l’évolution du commerce en ligne, on peut aisément imaginer le regain de vigueur que pourrait apporter au commerce électronique une législation axée sur la promotion des possibilités offertes par le commerce électronique, tout en garantissant aux consommateurs et aux professionnels une sécurité juridique égale à celle couvrant les transactions commerciales traditionnelles. Cependant, la notion d’une législation Internet appelle quelques remarques fondamentales:

- Premièrement, Internet n’est pas naturellement un espace du droit, puisque celui-ci, d’application territoriale, s’appuie sur des comportements, des catégories homogènes et stables, tous éléments qui font défaut dans le cas d’Internet. Cet antagonisme avec le droit aurait même, selon certains, favorisé l’essor initial du réseau, libre de toutes contraintes. Cependant, le succès et la généralisation progressive d’Internet, qui comme il ressort des quelques chiffres présentés ci-dessus est désormais une „place de marché mondial“ conduit à la nécessité de la fixation des règles de cet espace.
- Deuxièmement, concernant la problématique du droit sur Internet, il convient de rappeler que l’ensemble de la législation existante s’applique aux acteurs opérant sur Internet. Ainsi, il ne s’agit en aucun cas de créer un droit spécifique de l’Internet. En effet, les réseaux sont des espaces dans lesquels tout type d’activité peut être pratiqué et toutes les règles régissant un domaine particulier ont vocation à s’appliquer. Cependant, le législateur doit garantir une égalité de traitement législatif entre commerce électronique et commerce traditionnel et introduire dans la législation les nouveaux concepts nécessaires à l’exécution du commerce par voie électronique.
- Finalement, le caractère transfrontalier des réseaux numériques induit une modification substantielle des modes de régulation habituels des pouvoirs publics, d’une part, compte tenu des limites inhérentes à toute initiative purement nationale, la coopération internationale des Etats est nécessaire pour faire respecter l’intérêt public dans un espace largement dominé par l’initiative privée, d’autre part la réglementation d’origine étatique doit désormais se combiner avec l’autorégulation des acteurs, c’est-à-dire l’intervention de ceux-ci pour décliner les principes de la règle de droit dans des environnements non prévus par celle-ci, et pour agir de façon préventive contre la commission d’infractions. En d’autres termes, Internet et les réseaux introduisent une double interdépendance, entre Etats et entre acteurs publics et privés.

Il est donc important que le projet prenne en compte des résultats des diverses négociations internationales concernant Internet et les réseaux numériques, à savoir:

- Le „Rapport Sacher sur le Commerce Electronique“² et les Conclusions de la Conférence Ministérielle de Ottawa³ de l’Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE), et l’adoption le 10 décembre des lignes directrices pour la protection des consommateurs en matière de commerce électronique⁴,
- les travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) qui a élaboré une loi modèle sur le commerce électronique et s’efforce actuellement à dégager un corps de règles uniformes relatives aux signatures numériques⁵,

1 Dossier de presse soumis à consultation publique de novembre-décembre 1999, Ministère de l’Economie, des finances et de l’industrie.

2 „Rapport sur le Commerce Electronique“ Groupe ad hoc d’experts de haut niveau du secteur privé sous la présidence de John Sacher, contribution indépendante à l’OCDE.

3 „Conference Conclusions of the OECD Ministerial Conference „A Borderless World: Realising the Potential of Global Electronic Commerce“ “, OECD SG/EC(98)14/REV6, Octobre 1998, OECD, Paris.

4 Voir http://www.oecd.org/news_and_events/release/nw99-121a.htm.

5 Draft Uniform Rules on electronic signatures, UNCITRAL, A/CN.9 WG.IV/WP.82 du 29/6/99.

- l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC),¹
- l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)². L'OMPI a rédigé le rapport final relatif aux processus de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet³, le 30 avril 1999 avec notamment l'adoption très probable d'une procédure administrative de règlements des litiges qui se déroulerait dans une grande mesure en ligne,
- le Conseil de l'Europe⁴, qui a mis au point un projet de Lignes Directrices sur la protection des données dans les inforoutes,
- la communication de la Commission européenne „A European initiative in electronic commerce“, COM (97) 157,
- les textes communautaires: d'une part, la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques du 13 décembre 1999 et l'accord politique en vue de la position commune relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, le 7 décembre⁵.

Au niveau national, le groupe de travail interministériel présidé par le Ministère de l'Economie a pu bénéficier des conseils et des avis de DELOITTE & TOUCHE, du professeur A. BERENBOOM et de maître E. JOORIS (ULB) ainsi que du rapport du Laboratoire de Droit Economique du CRP Centre Universitaire à Luxembourg, dirigé par le Professeur A. PRUM, de la collaboration précieuse du professeur POULLET (CRID, Namur) et de S. MUNOZ, consultant (docteur en droit). De manière générale, le projet de loi luxembourgeois se propose de prendre en compte tous les résultats atteints par les diverses négociations au niveau international et d'inclure les avancées des projets de directive au niveau européen tout en établissant le cadre juridique nécessaire pour renforcer la confiance des utilisateurs de sorte que le commerce électronique puisse prendre son plein essor.

Chapitre 3 – Les transactions électroniques

Le réseau Internet permet aujourd'hui d'acheter et de vendre. Les entreprises commerciales sont de plus en plus nombreuses à s'afficher sur ce réseau et à offrir aux consommateurs leurs produits et services. Le potentiel de ce nouveau moyen de commerce électronique résulte de la possibilité qu'il offre aux parties de négocier et faire des affaires sans jamais se rencontrer physiquement, en dématérialisant complètement leurs échanges, qui peuvent en outre être concrétisés de façon très rapide.

Le réseau Internet est cependant un réseau ouvert, par opposition aux réseaux fermés, à l'instar par exemple du réseau informatique interne d'une entreprise, seulement accessible par son personnel, ou encore le réseau de distributeurs automatiques de billets de banques. La directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques définit les réseaux fermés comme des systèmes résultant d'accords volontaires de droit privé entre un nombre défini de participants. A ce titre cette directive ne s'applique qu'aux réseaux ouverts car en réseau fermé il est nécessaire que la liberté des parties leur permette de convenir entre elles des modalités et conditions dans lesquelles elles acceptent les données signées électroniquement⁶.

Le problème qui se pose donc aux parties qui opèrent des transactions par l'intermédiaire du réseau Internet consiste d'abord à s'identifier sans erreur. Cette fonction d'identification est en étroite relation avec la nécessité d'authentification des échanges et engagements des parties. Les partenaires peuvent enfin souhaiter assurer la confidentialité de leurs transactions, à raison par exemple du secret des affaires ou du secret bancaire.

1 Cf. „Le commerce électronique et le rôle de l'OMC“, deuxième publication, dans la série „Dossiers spéciaux“ Août 1998, OMC, Genève.

2 Réf. „WIPO RFC-3, Interim Report of the WIPO Internet Domain Name Process“, December 1998, WIPO/OMPI, Genève, cf. <http://wipo2.wipo.int/process/eng/processhome.html>

3 Accessible sur <http://wipo2.wipo.int>.

4 Projet de Lignes Directrices du Conseil d'Europe sur la protection des données dans les inforoutes, <http://www.coe.fr/dataprotection>

5 Directive 99/93/CE op.cit; sur la position commune sur le commerce électronique, Conseil des ministres du Marché intérieur, op.cit.

6 Considérant 16 de la directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

L'identité des parties et l'authenticité de leurs actes en ligne est assurée par leurs signatures électroniques respectives, qui jouent ainsi le même rôle que la signature manuscrite dans les affaires traditionnelles.

Finalement, la reconnaissance de la valeur juridique des outils d'une transaction dans le monde virtuel d'Internet revêt une importance capitale. La signature et le message électroniques doivent, s'ils assurent avec certitude l'identification des signataires et l'authentification du message, pouvoir, au même titre que l'écrit ou la signature manuscrite, constituer la preuve d'une transaction en cas de contestation.

Le concept de signature électronique ne se réfère pas à un mécanisme de signature unique mais à des technologies variées (code secret, techniques basées sur la cryptographie symétrique ou asymétrique, signature biométrique, ...) qui méritent l'appellation de signature électronique dans la mesure où elles permettent la réalisation, par voie électronique, des fonctions de la signature classique, à savoir, l'identification du signataire et l'expression de sa volonté d'adhérer au contenu du message signé.¹

Cependant, parmi toutes ces techniques, la signature numérique ou digitale offre aujourd'hui des garanties de fiabilité et de sécurité inégalées par les autres types de signatures. Pour faciliter la compréhension des dispositions du projet de loi, une description succincte de son mode de fonctionnement est utile.

1) La cryptographie

Dans l'état actuel des techniques, la signature électronique est générée par l'utilisation de la cryptographie (ou chiffrement). De manière générale, la cryptographie recouvre les processus informatiques par lesquels un message intelligible est rendu inintelligible (cryptage), sauf pour les personnes habilitées à disposer des moyens permettant le décodage (décryptage). Ainsi comprise, la cryptographie rejoint son acception courante: rendre un message secret. Mais ce sont les mêmes techniques qui sont utilisées pour la signature électronique.

La cryptographie repose sur des algorithmes mathématiques complexes qui permettent, par diverses opérations de calculs, de coder et décoder des données. L'utilisateur peut faire facilement usage de la cryptographie par l'utilisation de logiciels informatiques qui mettent en œuvre les algorithmes adéquats. Leur fonctionnement repose sur l'attribution à l'utilisateur d'une ou plusieurs clefs de cryptage.

Une solution très simple et bien connue pour rendre un message incompréhensible est de décaler, par exemple de deux positions vers la droite dans l'alphabet, chaque lettre des mots du message. Dans ce système élémentaire, le mot BONJOUR devient DQPLQWT. Le destinataire procédera évidemment à l'inverse pour retrouver le message original. Dans cet exemple, „l'algorithme“ de cryptage correspond à „décaler les lettres vers la droite“ et la „clef de cryptage“ est „de deux positions“.

Il existe à l'heure actuelle deux grandes familles de systèmes de cryptographie: la cryptographie symétrique et la cryptographie asymétrique.

1.1) La cryptographie symétrique

Dans le cas de la cryptographie symétrique, la clef de cryptage est unique et secrète. Son propriétaire, expéditeur du message codé, doit nécessairement transmettre sa clé secrète à son correspondant, qui l'utilisera pour décoder le message. C'est l'inconvénient principal du mécanisme, car il suppose que la clef (secrète) puisse être transmise de manière sécurisée. Sinon, tout un chacun pourra décrypter le message codé. L'exemple ci-dessus a fait usage d'un système de cryptographie symétrique.

1.2) La cryptographie asymétrique

La cryptographie asymétrique met en œuvre deux clefs de chiffrement différentes, qui sont liées l'une à l'autre, la paire étant unique. La première clef est secrète: c'est la clef privée, qui est conservée par son propriétaire. L'autre clef est la clef publique correspondante, qui est diffusée par son proprié-

¹ Pour tenir compte de ces différentes solutions techniques possibles la définition de la signature électronique dans le présent projet de loi ne se réfère pas à une technologie unique et est ainsi neutre par rapport aux éventuels changements technologiques.

taire pour pouvoir être utilisée par tous. Les algorithmes sont conçus de manière telle que l'on ne peut déduire la clef privée sur base de la clef publique, ni inversement, même en connaissant l'algorithme qui a servi à les créer.

La cryptographie asymétrique est d'usage le plus répandu à l'heure actuelle. De nombreux logiciels sont disponibles en ligne, même gratuitement, qui offrent des niveaux de sécurité importants à leurs utilisateurs. La fiabilité et la sécurité des systèmes de cryptographie asymétrique se mesurent essentiellement à la longueur des clefs. Cette longueur est exprimée en bits, soit des unités informatiques: une clef de 1024 bits est ainsi constituée de 1.024 signes numériques.

Les algorithmes mathématiques qui servent à générer les clefs de cryptographie asymétriques étant bien connus, la fiabilité et la sécurité du système résident donc dans la possibilité de deviner („cracker“) les clefs de cryptographie, ce qui est toujours théoriquement possible. En effet, aucune clef n'est réellement inviolable. Mais il reste que, concrètement, l'opération est d'autant plus longue et coûteuse que les clefs de cryptographie sont elles-mêmes plus longues. Or, mathématiquement, la force d'une clef double quand sa longueur augmente d'un bit. Une clef de deux bits est ainsi deux fois plus facile à cracker qu'une clef de 3 bits, quatre fois plus qu'une clef de 4 bits, et ainsi de suite.

Par facilité, les clefs de cryptage sont contenues dans des fichiers informatiques de petite taille auxquels l'utilisateur a accès par un mot de passe qu'il définit, ce qui leur évite de devoir saisir à chaque opération tous les signes composant la clef utilisée.

2) Les fonctions de la cryptographie

La cryptographie peut tout au long des mécanismes de transmissions de messages remplir différentes fonctions, qui seront détaillées ci-dessous.

2.1) L'authentification

En premier lieu, la signature électronique utilise le cryptage asymétrique aux fins d'authentification:

Supposons que A veut acheter un bien en ligne à B. A va envoyer un message électronique confirmant sa volonté. Par sécurité, A va crypter son message avec sa clef privée, connue de lui seul. B, qui peut disposer de la clef publique correspondante de A, va décrypter le message que A lui a envoyé. Si, grâce à la clé publique de A, B parvient à décrypter le message, c'est qu'il a bien été crypté avec la clé privée de A, qui est donc l'expéditeur du message adressé à B.

Ce mécanisme ne permet cependant pas en soi de cacher le contenu du message, de s'assurer que le message n'a pas été altéré par un tiers malveillant ou un incident pendant son voyage sur le réseau, ni que la clef privée de l'expéditeur n'a pas été utilisée par un imposteur ou un escroc qui se ferait passer pour un expéditeur respectable.

Ceci pose le problème de la sécurisation du message et de l'identification du signataire:

2.2) L'intégrité du message

Elle est préservée par un autre mécanisme informatique, que l'on peut qualifier de „digestion“. Le message, avant d'être expédié et crypté, est transformé („digéré“) en une valeur de référence, constituée d'un nombre fixe et prédéterminé d'éléments, qui est propre au message (*hash value* en anglais) et expédiée au destinataire avec celui-ci.

Le système est conçu de telle sorte que cette valeur de référence est indépendante de la longueur du message et est unique pour un message donné. Elle résulte de l'application au message d'une fonction mathématique „à sens unique“, de telle sorte que le message ne puisse pas être reconstitué sur base de la valeur de référence qui y est attachée.

Le destinataire, après avoir décrypté le message avec la clef publique de l'expéditeur (comme ci-dessus), lui fait subir le même traitement („digestion“) que l'expéditeur, en utilisant bien entendu le même algorithme que l'expéditeur.

Si la valeur de référence (*hash value*) ainsi obtenue par le destinataire est la même que celle qui lui a été communiquée par l'expéditeur, c'est que le message n'a pas été altéré. En revanche, si le message a été altéré entre son émission et sa réception, la valeur de référence obtenue par le destinataire sera néces-

sairement différente de celle qui lui a été transmise par l'expéditeur. Le mécanisme (l'algorithme) mis en œuvre assure en effet que la valeur de référence est unique pour chaque message.

Les logiciels de cryptographie répandus procèdent automatiquement à toutes ces opérations et indiquent simplement à l'utilisateur que la signature est correcte pour telle personne (l'expéditeur signataire) et qu'elle a été générée à telle date.

La combinaison de ce mécanisme de sécurisation et du cryptage pour authentification constitue la signature électronique du message¹. Par message, on peut entendre à la fois la convention juridique entre parties et le paiement qui en résulte. En effet, les mécanismes de paiements en ligne développés à l'heure actuelle mettent en œuvre les mêmes mécanismes de cryptage, et pour les mêmes motifs.

Voici un exemple, créé en utilisant un logiciel de cryptographie asymétrique gratuit, disponible sur le réseau Internet (intitulé *Pretty Good Privacy* ou *PGP*):

- **Message original**

Je vous remercie de me livrer une télévision modèle KZ200 au prix de 50.000 francs.

- **Message signé électroniquement**

----- BEGIN PGP SIGNED MESSAGE -----

Hash: SHA1

Je vous remercie de me livrer une télévision modèle KZ200 au prix de 50.000 francs.

----- BEGIN PGP SIGNATURE -----

Version: PGP for Personal Privacy 5.0

Charset: noconv

iQA/AwUBNXz8+s/YnOS6JTaTEQJ9KwCgq8k8J8Sh4GemKbzgu0E6jwrqON8AoNDvXuxsrhN
WDQGX/GRtp46ECh6N=NapZ

----- END PGP SIGNATURE -----

2.3) L'identité du correspondant: les prestataires de service de certification

Il est nécessaire que celle-ci soit établie avec certitude, afin que chaque partie soit certaine de traiter avec la personne avec laquelle elle croit traiter. Ceci concerne à la fois l'identité physique des parties, mais aussi par exemple leur solvabilité, leur localisation, leurs pouvoirs éventuels (quand une personne physique agit pour une personne morale). La vérification de l'identité du signataire est nécessaire en matière de signature électronique, parce que ce type de signature, contrairement à la signature manuscrite, ne contient pas en soi d'éléments qui soient de nature à permettre de la rattacher à telle personne plutôt qu'à une autre.

La signature manuscrite est en effet écrite et l'on admet en général que l'écriture est une caractéristique individuelle des personnes. Cette individualité peut d'ailleurs être aisément vérifiée, en comparant la signature manuscrite apposée par l'intéressé avec celle qui figure par exemple sur un document officiel d'identification.

Composée de chiffres, de lettres ou d'autres signes informatiques, la signature électronique ne présente pas cette caractéristique. Rien ne permet a priori d'attacher une signature à telle personne plutôt qu'à une autre. Plus précisément, rien ne permet d'attacher une clef privée, utilisée pour générer la signature électronique, à telle personne plutôt qu'à une autre. Cela est d'autant plus vrai que les logiciels courants de cryptographie asymétrique permettent à l'utilisateur de générer lui-même sa (ou ses) propre(s) paire(s) de clefs de cryptographie, mais ne procurent toutefois aucune certitude quant à l'identification de l'utilisateur.

Le mécanisme le plus souvent suggéré actuellement pour résoudre ce problème est de faire appel à un tiers à la relation des parties, qui a pour rôle de certifier à celles-ci que telle signature électronique correspond bien à telle personne.

Appliqué aux systèmes de cryptographie asymétrique, le rôle de ce tiers est de pouvoir certifier à quiconque en ferait la demande que telle clé publique est associée à telle personne, et de fournir les

¹ Source „Etude pour une législation sur la Signature Electronique pour le Grand-Duché de Luxembourg“, A. BERENBOOM et E. JOORIS, Bruxelles 1998.

informations requises concernant celle-ci. Le destinataire d'un message utilise en effet la clef publique de l'expéditeur pour vérifier la signature électronique apposée par celui-ci en utilisant sa clef privée correspondante.

Le processus de vérification des signatures électroniques est donc complet si la signature est générée par l'utilisation de la clef privée de l'expéditeur signataire du message (dont par hypothèse celui-ci a le contrôle exclusif), qu'elle est vérifiée par le destinataire du message en utilisant la clef publique correspondante de l'expéditeur et qu'un tiers certifie au destinataire du message que cette clef publique, utilisée pour la vérification, correspond bien à la clef privée détenue par l'expéditeur signataire du message, tel qu'il est identifié par le certificateur (après une vérification préalable de cette identité).

Ces tiers certificateurs sont en général appelés **prestataires de service de certification**. Leur intervention peut être obligatoire ou facultative, comme leurs activités peuvent être réglementées ou non, mais en gardant à l'esprit que les parties doivent avoir confiance dans le prestataire de service de certification auquel elles font appel. Autrement dit, la réglementation éventuelle des prestataires de service de certification devra être conçue pour instaurer cette confiance et cette sécurité requise dans toutes les situations où celles-ci n'existent pas déjà entre les parties.

Dans ces situations en effet, la certification par un prestataire n'est pas utile puisque les parties accordent par hypothèse toute la foi requise à leurs signatures électroniques respectives. Cela sera par exemple le cas si les parties se connaissent préalablement à leurs relations électroniques ou si elles ont préalablement convenu des conditions dans lesquelles leurs signatures seront acceptées et considérées à la fois comme valables et sécurisées. En effet, si les parties sont en relations d'affaires depuis plusieurs années et si elles se communiquent leurs clefs publiques respectives avant de faire leur commerce sur le réseau Internet, alors tant que chacune conserve le contrôle exclusif de sa clef privée correspondante, aucune difficulté ne devrait se présenter.

La certification peut être faite par voie électronique, et est dans ce cas garantie par la signature électronique du prestataire de service de certification, que celui-ci appose sur les certificats qu'il délivre aux utilisateurs qui en font la demande, pour authentifier leurs signatures électroniques. La validité des certificats est à son tour assurée par la signature électronique du prestataire de service de certification, qui peut pour sa part être accrédité par une autorité supérieure de certification, en finale être un service central fourni par l'**autorité nationale d'accréditation et de surveillance**, créée auprès du Ministère de l'Economie.

Il faut en effet garder à l'esprit que le système légal qui sera mis en place pour la signature électronique doit viser à conquérir la confiance des marchés et des consommateurs, en préservant une sécurité maximale dans les transactions commerciales. L'accréditation est une sorte de label de qualité mais n'aura aucun effet juridique. L'accréditation n'est pas nécessaire pour fournir une signature électronique ayant force juridique. En effet, la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques prévoit que l'accréditation est un système *volontaire*. C'est le principe de libre circulation dans le marché intérieur qui prime.

Par ailleurs, la certification ne présentant concrètement d'intérêt que si les parties concernées ne se connaissent et ne se rencontrent pas, les prestataires de service de certification réunissent en général les certificats qu'ils ont délivré dans des bases de données électroniques, qui sont mises en ligne sur le réseau Internet, et qui permettent d'attacher une clef publique donnée aux personnes identifiées dans les certificats. De la sorte, chacun peut vérifier à distance l'identité de ces personnes et l'authenticité des signatures électroniques qu'elles ont générées.

La publicité donnée de cette manière aux clefs publiques de ceux à qui un certificat a été délivré présente en outre un intérêt considérable pour l'utilisation de la cryptographie à des fins de confidentialité (ci-dessous).

Dans le système décrit, les prestataires de service de certification ne doivent donc qu'être dépositaires des clefs publiques permettant de vérifier les signatures électroniques. Les clefs privées correspondantes demeurent la propriété exclusive et sous le contrôle des utilisateurs dont la signature électronique est certifiée.

La directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques¹ prévoit l'instauration de prestataires de service de certification devant réunir un certain nombre de conditions minimales, destinées à sécuriser l'ensemble des mécanismes de certification qui en découlent.

1 Doc. du Conseil et du Parlement européen du 18 nov.1999, PE-CONS 3625/99 ECO 357 CODEC 643.

En résumé, la signature électronique nécessite donc une réglementation sur deux points¹:

1. la cryptographie;
2. les prestataires de service de certification.

Cependant, la cryptographie peut également être utilisée pour assurer la confidentialité.

2.4) La confidentialité

En effet, admettre l'utilisation, à des fins commerciales, de mécanismes de cryptographie asymétrique pour la signature électronique, les plus répandus étant réputés inviolables, présente un risque: la même technique est en effet aussi utilisée pour assurer la confidentialité des communications en ligne. L'objectif poursuivi par les correspondants peut dans ce cas aussi bien être de protéger leur vie privée ou le secret de leurs affaires que de cacher des opérations illicites aux yeux des autorités.

Le mécanisme est en réalité exactement l'inverse de celui utilisé pour la signature électronique.

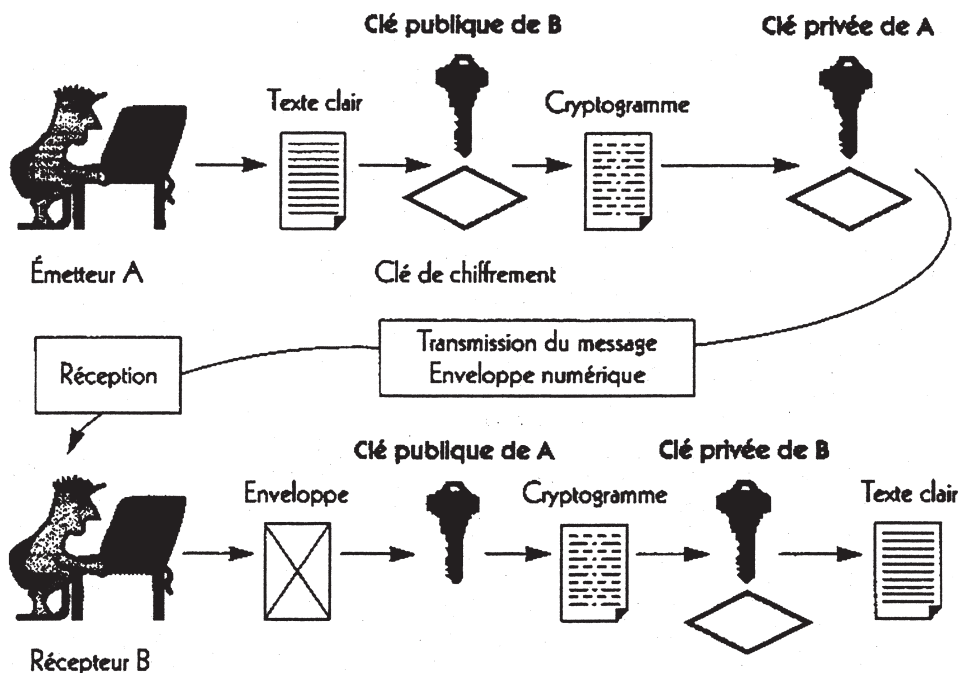
B souhaite envoyer un message confidentiel à A. Il va coder son message en utilisant la clé publique de A, diffusée sans entrave et donc connue de lui. Recevant le message, A le décryptera avec sa clé privée et secrète, qu'il est seul à posséder. Ainsi, personne d'autre que lui ne pourra décoder les messages codés avec sa clé publique. De la même manière, A codera un message confidentiel pour B avec la clé publique de celui-ci.

Confidentialité et signature électronique peuvent évidemment être combinées (A veut acheter un bien à B sans que l'on puisse savoir ce qu'il achète, ni que c'est lui qui l'achète). Et ceci sera d'autant plus simple à réaliser que les clefs publiques des destinataires de messages (utilisées par les expéditeurs de ces messages pour les rendre confidentielles) sont regroupées dans des bases de données publiques, auxquelles chacun peut par ailleurs avoir accès pour vérifier l'authenticité des signatures électroniques générées par ailleurs par ces utilisateurs (ci-dessus).

Le bon de commande électronique de A va d'abord être „digéré“ (pour donner la hash value qui lui est propre), puis encodé avec la clé privée de A (le message pourra seulement être décodé avec la clé publique de A que B possède, certifiant ainsi que A est bien le signataire expéditeur). L'ensemble sera ensuite crypté avec la clé publique de B, qui sera de la sorte le seul à pouvoir lire le bon de commande de A, en utilisant sa propre clé privée pour décrypter l'ensemble. Il procédera ensuite à la vérification de la signature électronique de A, comme il a été expliqué ci-dessus.

Le graphique 4 ci-dessous retrace ces différentes étapes de l'envoi, de la transmission puis de la réception du message, ensuite quelques exemples utilisant différentes séquences d'encryptage sont présentés.

¹ La manière dont le projet de loi transpose ces nécessités est présentée d'une manière plus détaillée dans le chapitre présentant les dispositions législatives.

Graphique 4: Transmission message avec clé asymétrique double¹

Couplage algorithme asymétrique double : la clé publique de B chiffre le message et la clé privée de A authentifie l'émetteur.

Voici un exemple, créé en utilisant le même logiciel que celui employé ci-dessus pour générer un exemple de signature électronique (PGP):

- **Message original**

Je vous remercie de me livrer une télévision modèle KZ200 au prix de 50.000 francs.

- **Message crypté (le contenu du message est confidentiel)**

----- BEGIN PGP MESSAGE -----

Version: PGP for Personal Privacy 5.0

MessageID: S+dYCoXU+Qo3lcmZfgJ8wwJKr/yw5/i9

qANQR1DBwU4DsPQiXuHo2JAQB/9ag7pLWCtrrKXHifxTS4c0TV0yPZn/HhoDdaQ/6NvTi9
4Xqe383wxS8/sv1HXZRgn9mpxHC+MJwiPsYSGbaCvC6Ay4LtI0QJDIB0JeysySITdEbw5I
6ICeLLBbEJdlLPJtsZhGKQ4BB3nQOGjohXTbhqZanxsAJy30RvAZL+dmP4rNrX+E9jZOaw
obujQ6h/csQhTCYR5H26gOaM2eQJ1Er+yMum81uLrhB/urWVICdlT+DG1LtuNf937MoFPg
AmSxCJ4zOJ59iTCqba4oozGR82HA0TwNjKuQQRtZKpteNEfc0ZLJWEkeXbhSVhajDZMR2
Q5jeY08iqam+RDvPUcB/4ogi1ayNy+mIV0k5AUNMd/zYea23VsvYbIUogJWempSe4z+aYd
x/YJ44Y9tqNQPrOZj/kJxsKq1E+b7bUWMjfcXixuobvntOmifslCHjiX4XwIyH40xDEWn
4S5QzZPRXglgrEp71myraCXhGEzodWGOohofB6yljutdo90HH8NL/AsKuGzTF90c2uEP
CcvC/8qsfXa47/wt0oQJInbJKUpvH3CV+9c1O7lc4TUaug5s0WucjRKK1j5FMli5zcq
Nc0rM/N4bjkFu/DaXplTWx3z417Blj5y0jdLarawpH71WuSYKwkXp1nH+EX0MX9SoQDJR
SRXVf6iRBjyTyW4jl2vtba0RIfEWzCvaVUqfVoc7bwlPkpH/8wEFi4AJldtWhE3tnV/C
/VoVB64NOymrm648T1Htsd9xu4fkfn7stWDwZUIG58/WkanHxPizon/joRitrso1LjTOM
JWUw5RK1gb/iCXVCt4vk0A===o/CB

----- END PGP MESSAGE -----

¹ Source: FARAGGI B., 1998, „Commerce électronique et moyens de paiement“, Dunod, Paris.

- **Message crypté puis signé (le contenu du message n'est pas accessible, mais l'identité du signataire peut être vérifiée).**

----- BEGIN PGP SIGNED MESSAGE -----

Hash: SHA1

- ----- BEGIN PGP MESSAGE -----

Version: PGP for Personal Privacy 5.0

MessageID: S+dYCoXU+Qo3lcmZfgJ8wwJKr/yw5/i9

qANQR1DBwU4DsPQiXuHo2JAQB/9ag7pLWCTrrKXHifxTS4c0TVOyPZn/HhoDdaQ/6NvTi9
Xqe383wxS8/sv1HXZRgn9mpxHC+MJwiPsYSGbaCvC6Ay4LtI0QJDIB0JeysySITdEbw5I6
CelLBbEJdlLPJtsZhGKQ4BB3nQOGjohXTbhqZanxsAJy30RvAZL+dmP4rNrX+E9jZOawob
jQ6h/csQhTCYR5H26gOaM2eQJ1Er+yMum81uLrhB/urWVlCdIT+DG1LtuNf937MoFPgAmS
CJ4zOJ59iTCqba4oozGR82HA0TwNjfKuQQRtZKpteNEfc0ZLJWEkeXbhSVhajDZMR2Q5je
08iqam+RDvPUcB/4ogi1ayNy+mIV0k5AUNMd/zYea23VsvYbIUogJWempSe4z+aYdx/YJ
4Y9tqNQPrOZj/kJxsKq1E+b7bUWMjfcXixuobvntOmifslCHjiX4XwIyH40xDEWn4S5QzZ
RXglgrEp71myraCXhGEzodWGOohofB6yIjutdo90HH8NL/AsKuGzTF90c2uEPCcvtC/8
sfXa47/wt0oQJInbJKUpvH3CV+9c1O7lc4TUaug5s0WucjRKK1j5FMli5zcqNc0rM/N4
jkFu/DaXplTWx3z417Blj5y0jdLarawpH71WuSYKwkXp1nlH+EX0MX9SoQDJRSRXVf6iRB
yTyW4jl2vtba0RlFEWzCvaVUqfVoc7z7bwlPkpH/8wEFi4AJldtWhE3tnV/C/VoVB64NOy
rm648T1Htsd9xu4fkfn7stWDwZULG58/WkanHxPizon/joRitrso1LjTOMJWUw5RK1gb/
CXVCt4vk0A==o/CB

- ----- END PGP MESSAGE -----

----- BEGIN PGP SIGNATURE -----

Version: PGP for Personal Privacy 5.0

Charset: noconv

iQA/AwUBNX0iOs/YnOS6JTaTEQJfgQCfcCzfpJIrs5Uq6Qu6WmtZIge1nrwAmwcfBW504w
TT/B/jz6nG/wi07T41=Ct3y

----- END PGP SIGNATURE -----

- **Message signé puis crypté (tant le contenu du message que l'identité du signataire sont cachés)**

----- BEGIN PGP MESSAGE -----

Version: PGP for Personal Privacy 5.0

MessageID: xeNWCNPtXdhfoZkWiZl6ruceIRYcg//h

qANQR1DBwU4DsPQiXuHo2JAQB/91+gxisMVZnkd/AvQZM3INu7BEwnaFkQoxD0XmWEzjQb
uFhi77CeQDo9ZrUsw+IVwIYuXYHNTkp94eYX9c6NMRPQzA7eWJDITIJ/OzBLXbS4g9Nhzz
VhsP2GrQU6Udakk9tfqh0zDIgAT6uxP+HsrMeu4WcdFMSxVfqSc3Zp34bW9eXvDm+imu81
WbEhKs12uoAzizjIZXHiHPRsPcUM7xaMQIEFNzo8wkjgHNpg3dOyQFK3yfpfsZVUnrRc14
9boLlkuyOIWxBLGwPlh3J8wCCPPumXM4TGyJJoiDh3mcVL6A3EiP8Sev3yYfLUqdW6F
c5srGf/QeoaiDuaHGSCADb/UWtrARWpERcts2U7Vp2F58qhTYwSodOZOqaSg1miwr15YOP
PHdwWrfXt7Mk5lqeVZxPudn3hb2G+8xqedOAgklm/Fa4RoRdAD17BsMhPifuEJvGcTLPOG
pdFpipjRB9CDck9gUvYqYUCqdPsA+FchJE0UzXv19XdcDFcxFBnwoMdtax8n3JLrihdQfp
a10y4DVkWGZQizqd2yJdjPJFTbndiLR+i9N6EGzUuvCx6Ek/iUrekH9Q/kFQj5KNOI1/tv
QJ/Tg0oZWVjCTQLUdxec6iZ1MR8DD/OrD/GfcJCrDWVxpIpoUPfDUAC5XndPsmWAdRUG6
S+CPk03eO1bbybqMY1BPUnb2hxP7yYX4uA0I4LfVN6XE9Tqj07La8bx7Im1xDLQuhwZvC
ajSbtONBH9+P41TT8i2QXCxYyhuKfR5if0M08Vnm0Ztusw+blbfLqrWS6LFCUrfZtjUw8
NUP4QzcMpMq9Zh6a8cImfckTQ4+u1MyqaBGVjqNntxlpFft44nsfEBseBW1TxCqbe+Q1hX
gkSggHgZehmYflfd5FQzwQaXYo/tLJobHmlkAJ3ZclElyPPQtR/wE==/mlB

----- END PGP MESSAGE -----

On voit donc que signature électronique et cryptage peuvent intervenir indifféremment l'une avant l'autre, suivant l'ordre choisi par l'utilisateur.

Admettre les signatures électroniques suppose admettre la licéité des systèmes de cryptographie asymétrique forte, dont l'utilisation doit être libre pour permettre aux utilisateurs de préserver la confidentialité de leurs échanges et communications électroniques. Pour autant, le système légal mis en place ne doit pas favoriser l'utilisation de la cryptographie à des fins illicites, en prévoyant la possibilité pour les autorités judiciaires d'accéder à des données décryptées qui présenteraient un caractère illicite. Cet accès doit être limité à des cas exceptionnels.

Et s'il faut interdire et réprimer l'usage illicite de la cryptographie, cela ne doit pas se faire au détriment de la promotion du commerce électronique, qui suppose une libéralisation la plus large possible de l'utilisation de la cryptographie asymétrique forte. Le projet de loi a donc par conséquent cherché la voie du compromis en libéralisant les instruments de la cryptographie tout en mettant à la disposition des autorités d'investigation judiciaire un dispositif adapté aux besoins de leurs enquêtes.

Rappelons que la cryptographie est libéralisée dans la quasi-totalité des pays, seule la France prévoyait un régime strict qu'elle est en passe d'abandonner¹.

La réglementation de la signature électronique est nécessaire, afin de faciliter et promouvoir le développement du commerce en ligne. Le système mis en place devra gagner la confiance des utilisateurs, tant en ce qui concerne la conclusion de leurs affaires que les moyens de paiement électronique mis à leur disposition pour les exécuter. Cette confiance, comme aux premières heures de la monnaie scripturale ou des cartes de crédit, est encore insuffisante.

Il doit également permettre à ses utilisateurs de conclure et exécuter des transactions commerciales dans des conditions telles que l'acte juridique et son exécution puissent recevoir les mêmes effets qu'une convention traditionnelle. La reconnaissance de la valeur juridique des outils d'une transaction dans le monde virtuel d'Internet revêt donc également une importance capitale. En effet, si la signature et le message électroniques doivent d'abord assurer avec certitude l'identification des signataires et l'authentification du message, ils doivent en outre pouvoir, au même titre que l'écrit ou la signature manuscrite, constituer la preuve d'une transaction en cas de contestation.

Chapitre 4 – Protéger le consommateur

La protection des données personnelles sera traitée en détail dans un projet de loi annexe transposant les directives (voir supra introduction).

Dans le présent projet de loi, qui se limite au commerce électronique – et dont le champ d'application est donc nécessairement plus restreint que celui des directives précitées, la protection des données personnelles vise surtout les signataires. En effet, le prestataire de service de certification a l'obligation de respecter les textes sur la protection des données personnelles à l'égard du signataire.

Notons toutefois que la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques contient des dispositions permettant de signer avec un pseudonyme afin de garder l'anonymat, et que notre projet contient bien évidemment une telle disposition (mais l'on ne peut intégrer un article général sur l'anonymat qui serait beaucoup trop large).

Hormis la seule protection des données personnelles et de la vie privée des utilisateurs d'Internet, tout projet de loi devra en outre viser à favoriser les échanges par une confiance accrue des acteurs sur Internet: une priorité étant d'assurer un cadre juridique sécurisant pour les consommateurs, afin d'offrir un niveau de protection comparable à celui des ventes traditionnelles ou encore des ventes à distance „classiques“ en Europe.

Comme pour la protection des données, l'ensemble du dispositif actuel de protection du consommateur, réglé d'ailleurs largement au niveau Union Européenne, est applicable à l'Internet. Cependant, il s'agira de garantir plus précisément trois principes fondamentaux:

- la transparence: concernant notamment l'affichage des prix et des qualités des produits offerts sur Internet,
- la possibilité de modification: concernant notamment la possibilité de changer à tout moment au cours d'une opération d'achat virtuelle la composition du panier des biens retenus avant la conclusion du contrat,

¹ Voir déclaration d'Hourtin du Premier Ministre de janvier 1999 et plus généralement le site du gouvernement français, <http://www.internet.gouv.fr>.

- la garantie d'un délai de rétractation: concernant notamment la non-irréversibilité des choix des achats des consommateurs (garantie pour le consommateur de changer d'avis dans un certain délai).

Cependant, comme les transactions sur Internet s'effectueront pour une grande partie avec des commerçants non européens, la nécessité de négocier des conventions internationales relatives aux transactions électroniques s'impose. Un premier pas majeur dans cette direction a d'ailleurs été franchi avec les conclusions de la conférence ministérielle de l'OCDE à Ottawa¹ concernant non seulement les consommateurs mais également le traitement de la fiscalité. Et l'adoption le 10 décembre 1999 par l'OCDE des lignes directrices sur la protection des consommateurs dans le cadre du commerce électronique.

Le projet de loi sur le commerce électronique inclut non seulement le dispositif des lois existantes mais transpose en même temps quelques dispositions pertinentes de la directive ventes à distance (non encore transposée en droit national et qui le sera dans le second volet de notre projet de loi relatif à la protection des consommateurs) et certaines dispositions de la proposition modifiée de directive relative à la vente à distance de services financiers qui rencontrent un accord.

La législation luxembourgeoise relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et la future législation relative à la protection des consommateurs dans les ventes à distance constituent un acquis majeur pour la protection du consommateur et continuent donc à s'appliquer intégralement aux services de la société de l'information.

Le chapitre suivant présente de manière plus détaillée les différentes dispositions introduites dans le projet de loi luxembourgeois notamment en matière de protection du consommateur.

Chapitre 5 – Les principales dispositions du projet de loi sur le commerce électronique

1) Définitions et champ d'application

Le projet de loi contient de nouvelles définitions permettant de couvrir les innovations technologiques présentes et à venir et une clarification quant au champ d'application et à la loi applicable.

1.1) Définitions

Des définitions cruciales figurent dans le projet de loi:

- Les services de la société de l'information
- Le prestataire établi
- le destinataire du service.

La notion de service de la société de l'information est déjà définie dans le droit communautaire en vigueur, dans la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil². La définition considérée englobe tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par l'intermédiaire de réseaux, au moyen d'équipements électroniques de traitement³ et de stockage de données et à la demande individuelle d'un destinataire de services⁴.

Les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister à vendre des biens en ligne. Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes.

Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne mais dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils

1 OCDE, „Déclaration des ministres sur la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique“, DSTI/CP(98)12/FINAL

2 Du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO L 204, 21 juillet 1998, p. 37. La directive 98/84/CE du Parlement et du Conseil du 29 nov.1998, concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, JO L320, 28 nov.1998, p. 54, s'est déjà référée à la définition fournie par la directive 98/34.

3 Y compris la compression numérique.

4 Que les services mentionnés dans la **liste indicative** de l'annexe V de la directive 98/34/CE, amendée par la directive 98/48/CE (JO L 217 5 août 1998, p. 18), **qui n'impliquent pas le traitement et le stockage de données ne relèvent pas de la définition des services de la société de l'information.**

s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données.

Les services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire des services.

Les services de télévision au sens de la directive 89/552 et de radiodiffusion ne sont pas des services de la société de l'information car ils ne sont pas fournis à la demande individuelle d'un destinataire de services. En revanche, les services transmis de point à point, tels que les services vidéo sur demande ou de fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de la société de l'information.

Par contre, l'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes n'est pas un service de la société de l'information. En effet, cela serait soumettre les personnes physiques agissant à titre personnel et les prestataires à des obligations trop lourdes et inutiles.

Les employés ne voient pas leur protection remise en cause par la législation relative au commerce électronique en effet, **la relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société de l'information.**

De même, les activités qui par leur nature, ne peuvent être exercées à distance et par des moyens électroniques, comme la vérification légale des comptes de société ou les conseils médicaux exigeant un examen physique du patient, ne sont pas des services de la société de l'information.

Les acteurs du commerce électronique sont principalement au nombre de trois: le prestataire établi, le destinataire de service et le consommateur. Le projet de loi définit les deux premières notions, la troisième sera définie dans l'autre volet législatif concernant la protection du consommateur.

Au préalable, quelques mots concernant **la définition du prestataire**: toute personne fournissant un service de la société de l'information est un prestataire. Il peut s'agir d'une personne physique ou morale et s'il s'agit d'une personne morale, il peut s'agir de n'importe quelle forme de société.

Afin d'assurer efficacement la libre circulation des services au Luxembourg et dans la Communauté européenne, et la sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, les services de la société de l'information doivent être **uniquement soumis au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi**. Aussi le projet de loi définit-il le prestataire établi en se référant à l'article 2 c) de la future position commune¹ en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil sur le commerce électronique.

Le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. Cette exigence est également remplie lorsqu'une société est constituée pour une période donnée.

Le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible mais le lieu où elle exerce son activité économique.

Quant à la **définition du destinataire d'un service**, elle couvre tous les types d'utilisation des services de la société de l'information, tant par des personnes qui fournissent l'information sur les réseaux ouverts tels que l'Internet, que par celles qui recherchent des informations sur Internet pour des raisons privées ou professionnelles.

1.2) Champ d'application

Le projet de loi s'applique aux prestataires de services de la société de l'information établis au Luxembourg et aux services qu'ils prestant.

¹ Accord politique en vue d'une position commune du 7 décembre 1999.

L'objectif de l'article 2 du projet de loi est de garantir que les services de la société de l'information fournis par un prestataire de services établi au Luxembourg, ne soient soumis qu'aux prescriptions légales du Luxembourg (principe du pays d'origine) notamment lorsqu'ils sont prestés dans d'autres pays de la Communauté européenne.

Cela signifie que l'Etat luxembourgeois doit appliquer sa propre réglementation et le pays de destination (autre Etat membre) du service de la société de l'information ne peut pas imposer des restrictions issues de sa législation (car cela aboutirait à mettre les prestataires devant l'obligation de respecter 15 législations).

Le principe du contrôle du pays d'origine est une véritable avancée, également du point de vue de la protection du consommateur, puisque le Luxembourg (et les autres pays membres) pourra et devra contrôler que les services des prestataires établis au Luxembourg respectent la législation luxembourgeoise y compris pour ce qui est des services exportés (ce qui n'est pas le cas actuellement puisque par exemple, si un Etat membre interdit la publicité pour l'alcool il peut faire de la publicité en dehors de son territoire).

L'article 2 du projet est directement inspiré de l'article 3 de l'accord politique en vue de la position commune sur certains aspects juridiques du commerce électronique qui pose le principe du pays d'origine et celui de la reconnaissance mutuelle, qui est aussi présent dans d'autres textes communautaires tels que la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques¹, la directive relative à la Télévision sans Frontières.

Cet article 2 limitera la capacité d'appliquer des dispositions plus rigoureuses aux services de la société de l'information fournis au départ par d'autres Etats membres où le degré de protection est supposé moins élevé.

Cependant le texte de loi n'a pas pour objet d'établir des règles additionnelles de droit international privé relatives aux conflits de loi ni d'aborder les règles de compétence des tribunaux. Précisons toutefois, que les règles de droit international privé ne doivent pas restreindre la liberté de fournir des services de la société de l'information.

Le droit international privé vise à déterminer quelle loi nationale est applicable et quel tribunal est compétent et il couvre non seulement les lois applicables au droit contractuel mais aussi celles applicables au droit précontractuel et délictuel. Ces règles sont issues aussi bien de conventions internationales que des lois nationales.

Le droit international privé est d'application pour ce qui est des obligations contractuelles dans les contrats conclus avec les consommateurs² dans le projet de loi (art. 61 § 2 dans le titre V consacré aux contrats conclus par voie électronique) puisque ces obligations sont exclues du principe du contrôle du pays d'origine.

En tout état de cause, **les parties sont toujours libres de choisir la loi applicable à leur contrat ainsi que le tribunal compétent** (elles le font très souvent).

Comme la future position commune sur le commerce électronique, **le projet de loi n'exclut aucunement les services financiers**, en effet le projet de loi vise à favoriser ces services dans la société de l'information³. Le texte actuel, en liaison avec la très prochaine transposition de la future directive concernant la vente à distance de services financiers, **contribue à la création d'un cadre juridique pour la prestation en ligne de services financiers**.

Il est crucial de préciser que les dispositions du projet de loi n'excluent nullement la législation relative à la protection des données personnelles et celle propre à la protection des consommateurs. Cela signifie que la législation luxembourgeoise qui va transposer les directives 95/46⁴ et 97/66⁵ relatives aux données personnelles s'appliquera aux prestataires et aux services de la société de l'information qu'ils prestent. La mise en oeuvre et l'application du projet de loi doivent respecter intégralement les principes relatifs à la protection des données à caractère personnel, notamment en ce qui concerne les

1 Bruxelles le 18 nov.1999, PE-CONS 3625/99 ECO 357 CODEC 643.

2 Les obligations contractuelles de contrats conclus avec des consommateurs relèvent de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980.

3 Voir **Jean-lou Siweck**, *Banquiers branchés: ebanking*, Lëtzeburger Land du 29 octobre 1999, p. 9.

4 JO L 281, 23 nov. 1995, p. 31.

5 JO L 24, 30 janv. 1998, p. 1.

communications commerciales non sollicitées et le régime de la responsabilité des intermédiaires. Le projet de loi ne saurait empêcher l'utilisation anonyme des réseaux ouverts tels que l'Internet.

De même, la protection des consommateurs concerne notamment la future législation transposant la directive relative à la vente à distance.

Les exclusions au champ d'application de la loi sont de deux ordres:

d'une part, des domaines, activités et contrats sont totalement exclus du champ d'application de la loi et d'autre part, certaines obligations contractuelles, les obligations contractuelles issues de contrats conclus par des consommateurs sont exclues du principe du contrôle du pays d'origine (art. 61 § 2) mais les obligations précontractuelles et les règles de formation du contrat de contrats conclus avec les consommateurs relèvent du principe du pays d'origine.

Le consommateur bénéficie donc toujours de la protection que lui procurent les règles obligatoires relatives aux obligations contractuelles (pour l'exécution du contrat) prévues par le droit de l'Etat membre dans lequel il a sa résidence habituelle.

Un exemple de domaine exclu du projet de loi peut être trouvé, ainsi en est-il de la fiscalité sous réserve de l'article 16. Par contre, les jeux d'argent ne sont exclus que du principe du contrôle du pays d'origine (ils relèvent de la législation du pays de destination du service de la société de l'information) donc ils sont soumis aux dispositions du projet de loi¹. Il est très important que les „casinos virtuels“ soient soumis à un cadre législatif car leur développement hors normes juridiques se révèle dangereux². Nous avons opté pour ce type d'exclusion alors que la future position commune sur le commerce électronique les exclut totalement.

2) De la preuve et de la signature électronique

L'un des principaux obstacles juridiques au développement du commerce électronique se situe certainement au niveau du régime de la preuve des obligations émanant d'un contrat.

Sans réformer les principes essentiels du droit de la preuve luxembourgeois, le projet de loi sur le commerce électronique se propose d'adapter les règles du code civil aux besoins de la société de l'information et de créer un cadre pour la reconnaissance de la signature électronique dans un réseau ouvert tel le réseau Internet³. Il tient compte, à cet effet, tant des travaux conduits au niveau international, en particulier européen, que des réflexions menées dans plusieurs Etats qui viennent d'adapter leur législation ou projettent de le faire dans un proche avenir.

En ce qui concerne les premiers, une attention particulière a été portée aux travaux de la CNUDCI. Les principales références demeurent cependant les différents textes communautaires: la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques du 13 décembre 1999 et l'accord politique en vue de la position commune relative au commerce électronique obtenu le 7 décembre au Conseil „marché intérieur“.

Parmi les expériences étrangères, on peut notamment citer les textes adoptés dans certains Etats des Etats-Unis, en Allemagne (Loi allemande sur le multimédia du 13 juin 1997, art. 3 sur la signature digitale, Journal officiel allemand du 22 juillet 1997 (BGB, IS, 1870), entrée en vigueur le 1er août 1997) et en Italie (Décret présidentiel italien du 10 novembre 1997, No 513 on „establishing criteria and means for implementing Section 15 (2) of Law No 59 of March 1997 concerning the creation, storage and transmission of documents by means of computer-based or telematic systems“, in Gazzetta Ufficiale, 13 mars 1998, No 60).

Cependant, le droit luxembourgeois de la preuve étant inspiré directement du code Napoléon, ce projet tient compte avant tout des projets discutés actuellement en France (Cf. l'étude du Conseil d'Etat sur l'Internet et les réseaux numériques produite le 2 juillet 1998 et le projet de loi déposé devant le Sénat le 1er septembre 1999 et adopté par le Sénat le 8 février 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique) et en Belgique (Cf. les

1 Obligation de transparence notamment.

2 T. Verbiest, *Les casinos virtuels: une nouvelle cybercriminalité?*, <http://www.juriscom.net>.

3 Voir aussi „Etude pour un avant-projet de loi sur le Commerce Electronique“ Mission Commerce Electronique ABBL, A. PRUM et Y. POULLET, 1998, Laboratoire de Droit Economique (LDE), Centre de Recherche Public-Centre Universitaire et Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID), Facultés Universitaires Notre-Dame de Namur.

avant-projets de la loi visant à modifier certaines dispositions du code civil relatives à la preuve des obligations et de celle relative à l'activité des prestataires de service de certification accrédités en vue de l'utilisation de signatures digitales).

Dans l'esprit de ces derniers projets et de la directive, sont suggérées, dans un premier temps, une série d'adaptations aux règles générales de la preuve littérale en vue de la reconnaissance de la signature électronique et, dans un deuxième temps, les règles permettant d'encadrer l'activité des prestataires de service dites de certification dont l'intervention s'impose pour l'usage de la signature électronique sur un réseau ouvert.

2.1) De la preuve littérale

Pour adapter le droit luxembourgeois de la preuve aux développements technologiques récents, trois voies étaient a priori concevables: l'instauration d'un régime de liberté probatoire, la légitimation de la preuve électronique par le biais d'exceptions ou l'adoption d'une conception ouverte et fonctionnelle des exigences posées par le code civil en matière de preuve littérale.

Conduisant à une suppression du régime de la preuve réglementée, la première tend à rendre recevable en justice tout mode de preuve quel qu'il soit. Elle s'inscrit, de ce fait, en rupture profonde avec nos principes traditionnels et n'offre de surcroît qu'une solution imparfaite. Dans un tel système de preuve dit morale, le problème se trouve, en effet, simplement déplacé dans la mesure où les juges sont appelés à apprécier souverainement tous les éléments de preuve qui leur sont présentés sans qu'aucune indication ne leur soit fournie sur leur valeur probante respective.

La seconde alternative passe par une extension du champ d'application des exceptions à l'article 1341 du code civil au demeurant déjà très étendu depuis la réforme du 22 décembre 1986. Elle présente l'inconvénient de ne pas permettre une pleine reconnaissance de la signature électronique. Admise au titre d'une exception à la règle de la preuve littérale, celle-ci serait en définitive condamnée à rester un mode de preuve subalterne, nécessairement subordonnée à la preuve manuscrite.

La troisième voie consiste, à ouvrir les règles existantes aux moyens de preuve issus des nouvelles technologies de l'information à travers une analyse fonctionnelle des concepts d'écrit, de signature et d'original. Préconisée par la CNUDCI et recueillant les faveurs de la doctrine et du législateur français et belge, la solution présente l'avantage de ne pas ébranler le principe de légalité des preuves ni l'équilibre des intérêts que celui-ci entend assurer. Quelques retouches aux règles consacrées par le code civil à la preuve littérale suffisent, en vérité, dans cette approche, pour reconnaître à l'acte sous seing privé électronique une valeur équivalente à celui revêtu d'une signature manuscrite.

Aussi est-ce cette dernière voie que suit le projet de loi luxembourgeois sur le commerce électronique.

2.2) Des prestataires de service de certification et l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance

La première section donne les définitions nécessaires à l'établissement des principes généraux amenés à régler l'exécution du commerce électronique.

Comme cela ressort de la définition de la signature électronique, le concept ne se réfère pas à un mécanisme de signature unique mais à des technologies variées (code secret, techniques basées sur la cryptographie symétrique ou asymétrique, signature biométrique, ...) qui méritent l'appellation de signature électronique dans la mesure où elles permettent la réalisation, par voie électronique, des fonctions de la signature classique, à savoir, l'identification du signataire et l'expression de sa volonté d'adhérer au contenu du message signé.

La principale fonction d'un prestataire de service de certification est d'assurer un lien formel entre une personne et son identifiant: la signature électronique est créée à l'aide d'une clé privée, la clé publique correspondante et le certificat permettent de vérifier que la signature provient réellement de la clé privée associée, qu'elle est bien celle du signataire et que le message n'a pas été altéré. Ce lien sera confirmé dans un certificat électronique émis par le prestataire de service de certification. Ce certificat contient ainsi différentes informations relatives non seulement à l'identité du titulaire du certificat (celui qui veut signer et s'identifier comme tel), et à son identifiant, mais également à l'identité du prestataire de service de certification. Le certificat est réalisé et signé par le prestataire de service de certification à

l'aide de sa propre clé privée et est, de ce fait, protégé contre les altérations. Le prestataire de service de certification peut ensuite se faire accréditer auprès de l'autorité nationale d'accréditation afin d'offrir des garanties supplémentaires à ses clients.

Le schéma ci-dessous (graphique 5) reprend les explications quant à la certification de la signature électronique et de l'accréditation volontaire reprise dans les articles relatifs aux prestataires de service de certification.

Graphique 5: Certification et Accréditation selon l'avant-projet de loi sur le commerce électronique

Usager 1 —> certification —> certificat qualifié + dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif + signature électronique au sens de l'art. 1322-1 du code civil = effet juridique (art. 18) sauf preuve contraire
Usager 2 —> signature électronique mais pas de certificat qualifié = pas d'effet juridique sauf preuve contraire
—> certificat qualifié délivré par un prestataire de service de certification non accrédité = pas d'effet juridique sauf preuve contraire
—> certificat qualifié + signature électronique au sens de l'article 1322-1 c.c mais pas de dispositif sécurisé de signature = pas d'effet juridique sauf preuve contraire.

Le rôle du prestataire de service de certification n'est en effet pas minime. Il doit mettre en place une infrastructure qui permette de collecter des informations et d'assurer leur intégrité en toute sécurité. L'efficacité du processus d'identification représente un élément déterminant de la responsabilité du prestataire de service de certification.

C'est pour ces raisons qu'il est indispensable de réglementer l'activité des prestataires de service de certification:

- 1°) Avant toute chose, il convient de préciser que le projet de loi s'inscrit dans la droite ligne des travaux qui sont actuellement menés au niveau des instances internationales. Il se fonde plus particulièrement sur la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.
- 2°) Un des objectifs du présent projet a été de ne pas privilégier une technique de signature particulière. Le projet s'étend à cet effet à toute technique de signature, qu'elle soit ou non basée sur la cryptographie asymétrique, actuellement le système le plus utilisé. C'est pourquoi certaines définitions qui n'étaient pas technologiquement neutres ont été insérées dans des règlements grand-ducaux¹ et que toutes les exigences techniques sont insérées dans des règlements grand-ducaux (annexes de la directive).
- 3°) Conformément à la directive, ce chapitre ne s'applique, en revanche, qu'aux signatures électroniques utilisées en réseau ouvert. Il est considéré que pour les réseaux fermés, le principe de la liberté contractuelle doit continuer à prévaloir. Rien n'empêche toutefois que, par convention, les parties se réfèrent à la présente loi.
- 4°) Dans la droite ligne de la directive, le projet de loi prévoit un régime volontaire d'accréditation pour les prestataires de service de certification. Un prestataire de service de certification n'a donc pas l'obligation de demander l'accréditation pour exercer ses activités de création, délivrance et gestion des certificats. L'obtention et le maintien de l'accréditation ont toutefois pour conséquence de soumettre les prestataires de service de certifications accrédités à certaines dispositions spécifiques.
- 5°) Si certaines dispositions sont spécifiques aux prestataires de service de certification accrédités, le présent projet de loi soumet toutefois tous les prestataires de service de certification à des obligations techniques afin de favoriser le climat de confiance indispensable au développement du commerce électronique.
- 6°) Conformément aux dispositions de la directive les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification dans un autre Etat membre de l'Union européenne, ont la même valeur au Luxembourg que ceux délivrés par un prestataire de service de certification au Luxembourg¹, tandis

¹ Par exemple dispositif de création de signature, données afférentes à la création de signature.

que les certificats qualifiés, délivrés par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne, ont la même valeur au Luxembourg que ceux délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg uniquement dans trois cas:

- si le prestataire de service de certification remplit les conditions posées par le présent projet de loi et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi par un Etat membre de l'Union européenne; ou
- si un prestataire de service de certification établi dans un Etat membre de l'Union européenne garantit ces certificats ou;
- si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral entre le Luxembourg et des pays tiers ou dans le cadre d'un accord multilatéral entre l'Union Européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

L'Autorité Nationale d'Accréditation est créée auprès du Ministère de l'Economie qui a déjà compétence pour les dossiers d'accréditation dans le domaine des services et de l'industrie. Les dispositions finales du projet prévoient un renforcement des ressources humaines pour développer ces activités.

Le projet de loi ne contient pas de sanctions pour les prestataires qui usurpent la qualité de prestataire accrédité car ils peuvent être sanctionnés au titre de la loi du 27 novembre 1986 réglementant la concurrence déloyale².

3) Des dispositions d'ordre pénal

3.1) Des sanctions pénales

La réglementation du commerce électronique, en particulier la modification des dispositions du Code civil sur la preuve littérale, requiert également certaines adaptations du Code pénal.

Un aménagement de l'infraction de **faux** en écritures et d'usage de faux s'impose en vue de protéger l'écrit électronique au même titre que l'écrit traditionnel.

Mais, au-delà de cette modification ponctuelle, se pose la question d'une adaptation plus générale d'autres dispositions du Code pénal affectées par l'informatique.

Il faut, en effet, savoir que l'informatique et les données transmises par ce moyen ou ce support peuvent être l'objet ou l'instrument de nombre d'infractions dans tous les secteurs du droit pénal.

A côté des atteintes aux droits de la personne, qui peuvent résulter de la création ou de l'utilisation de fichiers ou de traitements informatiques de données personnelles, ce sont les crimes et délits contre les biens qui sont concernés, au premier chef, par les nouvelles technologies.

Les valeurs nouvelles que constituent les biens dits informationnels ou informatiques peuvent être l'objet d'atteintes au même titre que les biens matériels traditionnels. Or, force est de constater que les infractions classiques sanctionnant l'atteinte contre les biens, en particulier le vol, l'abus de confiance ou l'escroquerie, de même que l'extorsion ou le recel, présupposent la matérialité de l'objet du délit.

Le vol est l'archétype du délit d'appropriation illicite ou d'atteinte juridique aux biens. C'est à propos de cette infraction que s'est engagée la discussion fondamentale sur la répression des atteintes à un bien immatériel.

L'article 461 du Code pénal luxembourgeois, identique aux articles 379 du Code pénal français et 461 du Code pénal belge, vise la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

Un large courant doctrinal, notamment en France, a soutenu la thèse que les termes de cette infraction s'opposaient à son extension aux atteintes portées à des biens immatériels.

Sans entrer dans tous les détails techniques de ces discussions, on peut schématiquement retenir que les obstacles élevés à l'encontre d'un élargissement du champ d'application de l'infraction de vol ont porté sur les points suivants:

- L'objet du vol serait une chose, c'est-à-dire un meuble corporel. Les biens incorporels seraient exclus du domaine du vol, sauf s'ils sont intégrés dans un support matériel objet de la soustraction frauduleuse.

¹ Principe de la reconnaissance mutuelle.

² Loi du 27 novembre 1986 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale telle qu'elle a été modifiée par la loi du 14 mai 1992. Mémorial A No 35, 29 mai 1992, p. 1119.

A cela on a ajouté que l'information, cas type du bien incorporel, ne peut pas être un objet de propriété au sens du droit civil. Certains des biens immatériels seraient tout au plus protégés par les réglementations sur les droits de propriété intellectuelle qui sanctionnent notamment l'acte de contrefaçon.

- Une autre critique avancée contre une extension de l'infraction de vol a été tirée du concept de soustraction. La soustraction impliquerait un déplacement de la chose ou une usurpation de la possession ce qui exigerait qu'elle porte sur un meuble corporel.
- Il a encore été soutenu que la soustraction présuppose un dépouillement du propriétaire au profit du voleur; or, dans le vol d'informations, le titulaire légitime ne serait pas privé de cette information, mais tout au plus du droit exclusif d'en disposer¹.
- Un autre courant doctrinal, qui a précédé de peu l'évolution jurisprudentielle décisive de la fin des années 1980, a considéré que le concept de chose pouvait s'appliquer à des biens immatériels et que ceux-ci étaient susceptibles d'appropriation et de soustraction frauduleuse au détriment de leur propriétaire².

Dans deux arrêts de 1989, considérés à l'époque comme des arrêts de principe, la Cour de cassation française a jugé que les biens incorporels étaient susceptibles de vol.

Dans l'arrêt Bourquin du 12 janvier 1989³ la haute juridiction a reconnu que le vol pouvait porter sur le „contenu informationnel“ de disquettes informatiques contenant le fichier des clients d'une entreprise.

Dans l'arrêt Antonioli du 1er mars 1989⁴, elle a jugé qu'un employé, qui avait transmis à un tiers des „données comptables et commerciales“, avait été à juste titre condamné pour vol. Selon la Cour, ces données constituent „des biens incorporels qui se trouvent être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise“.

De même, dans deux arrêts des 24 octobre 1990 et 18 juin 1991, la Cour de cassation a refusé de sanctionner la qualification de vol qu'une Cour d'appel avait retenu pour la prise en photocopie d'un document⁵.

Il est vrai que cette jurisprudence a été, par la suite, partiellement remise en cause par la Cour de cassation même et qu'elle continue à être contestée par les juges du fond.

Ainsi, dans un arrêt du 12 décembre 1990, la Cour de cassation a jugé que les „communications téléphoniques constituent des prestations de service non susceptibles d'appropriation et n'entrent pas de ce fait dans la catégorie des choses visées par l'article 379 du Code pénal“⁶.

Plus important est un arrêt du 3 avril 1995 dans lequel la Cour de cassation a jugé qu'une information, qu'elle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions de l'article 460 (ancien) du Code pénal sur le recel⁷.

Il est vrai que cet arrêt est intervenu à un moment où avait déjà été adopté le nouvel article 321-1 du Code pénal français qualifiant comme recel „le fait ... de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit“.

1 Pour la thèse opposée à une extension de l'infraction, au cours des années 1980 en France, voir: J. Pradel et Ch. Feuillard, Les infractions commises au moyen de l'ordinateur, Rev. dr. pén. et crim. 1985, p. 307; Masse, in Informatique et droit pénal, Cujas 1983, p. 30; J. Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé, JCP 1983, I. 3095; Vivant, Informatique et propriété intellectuelle, JCP 1984, I. 3169; Goutal, La protection juridique du logiciel, D 1984, chr. p. 197; voir, pour les années 1990, W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, précis Dalloz;

pour la Belgique, voir: J.P. Buyle, L. Lannoye et A. Willems, Chronique de jurisprudence, JT 1988, p. 119;

2 Pour les protagonistes d'une extension de l'infraction de vol, au cours des années 1980 en France, voir: J. Devèze, Le vol de „biens informatiques“, JCP 1985, I. 3210; M.P. Lucas de Leyssac, Une information est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens, D 1984. chr. p. 43; Corlay, Réflexion sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol, JCP 1984, I. 3160;

pour la Belgique, voir: B. de Schutter, La criminalité liée à l'informatique, Rev. dr. pén. et crim. 1985 p. 383; J.P. Spreutels, Le vol de données informatiques, même Revue, 1991, p. 1027;

3 Bull. crim. No14.

4 Bull. crim. No 100.

5 JCP, éditions techniques Droit pénal 1991, Art. 379 No 11 et 1992, Art. 379 No 7.

6 Bull. crim. No 430.

7 Bull. crim. No 142, JCP, 1995 II 22429, Revue de science criminelle, 1995, p. 599.

De même, certaines cours d'appel ont refusé de suivre la jurisprudence Bourquin et Antonioli en jugeant que le vol exigeait la soustraction frauduleuse d'une „chose matérielle ou corporelle“, ou que le fait d'utiliser clandestinement des terminaux Minitel ne constituait pas un vol¹.

En Belgique, une évolution similaire, quoique moins nette, s'est opérée au niveau des juridictions de fond.

Ainsi, les Cours d'appel d'Anvers et de Bruxelles ont condamné le vol de programmes de logiciel².

D'autres juridictions belges ont refusé de franchir ce pas. Ainsi, la Cour d'appel de Liège a jugé que le fait de copier un programme électronique n'était pas un vol ni un abus de confiance parce que „les signaux“ sont „des choses incorporelles qui ne peuvent pas être transmises par la tradition“³.

Au Luxembourg, la jurisprudence admet traditionnellement que seuls les meubles corporels sont susceptibles de vol⁴ et que la soustraction doit être entendue comme le fait matériel d'appréhender une chose⁵. Il ne semble pas que, dans une période plus récente, les juridictions, notamment supérieures, aient été appelées à préciser la jurisprudence luxembourgeoise au regard des évolutions intervenues en France.

Devant cette situation, plusieurs voies sont ouvertes au législateur luxembourgeois.

- Renoncer à toute modification législative et laisser au juge luxembourgeois le soin d'interpréter les textes existants pour les adapter aux nécessités de la société contemporaine. Le législateur luxembourgeois suivrait ainsi l'exemple du législateur français qui n'a pas modifié les dispositions sur le vol compte tenu des positions adoptées par la Cour de cassation. Ce faisant, le législateur luxembourgeois devrait toutefois anticiper une évolution jurisprudentielle qui est loin d'être acquise et perpétuerait l'état actuel d'insécurité juridique qui n'est pas propice au développement du commerce électronique.

Par ailleurs, cette façon de procéder n'est pas sans soulever des critiques, dans la mesure où elle oblige le juge, appelé à appliquer des dispositions techniquement inadaptées, à recourir à une interprétation extensive du texte, voire contraire à sa lettre. Or, la méthode d'interprétation littérale ou restrictive en matière pénale est essentielle pour sauvegarder les droits du prévenu et assurer la sécurité juridique.

- Une deuxième voie consisterait dans l'adoption d'une réglementation spécifique pour les infractions dites informatiques.

C'est le choix opéré au Luxembourg par la loi du 15 juillet 1993 relative à certaines infractions en matière informatique (articles 509-1 et suivants du Code pénal). Cette solution a encore été retenue en France à propos des dispositions spécifiques du Code pénal sanctionnant les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (articles 323-1 à 323-7 du Code pénal français).

Cette méthode a pour avantage de permettre l'élaboration de textes qui répondent, avec une grande précision, aux caractéristiques des technologies modernes.

Elle se conçoit aisément, voire s'impose, si les infractions envisagées sont „inévitables“, inhérentes à la nouvelle technologie, et ne peuvent pas être rattachées au droit pénal traditionnel.

Ces conditions étaient données pour les dispositions nouvelles insérées dans le Code pénal luxembourgeois par la loi du 15 juillet 1993, précitée, qui sanctionnent des actes d'atteinte à un système informatique et aux données traitées dans ce système.

- La troisième solution consistant à aménager les dispositions existantes du Code pénal est toutefois préférable si „l'infraction informatique“ ne constitue pas un acte délictueux nouveau mais une forme que prend une infraction existante. L'élément informatique n'apparaît dans ce cas que comme une modalité technique de la réalisation de l'infraction ou une caractéristique de son objet.

Tel est assurément le cas pour les infractions contre les biens incorporels que constituent les informations contenues dans un système informatique ou transmises par ce système. En effet, l'atteinte au patri-

1 CA Paris 25 novembre 1992, GP 1993, 2e semestre, p. 474; CA Aix-en-Provence, 23 octobre 1996, GP trihebdomadaire, 20-22 juillet 1997, p. 34.

2 CA Anvers, 13 décembre 1984, Pas. belge 1985, II, 48; CA. Bruxelles 5 décembre 1986 cité dans J.P. Speutels, op. cité p. 1045; voir, dans le même sens, Tribunal correctionnel de Bruxelles, 19 novembre 1992, Rev. dr. pén. et crim. 1993, p. 355 et 24 juin 1993, même Revue 1994, p. 1262.

3 CA Liège, 25 avril 1991, Rev. dr. pén. et crim. 1991, p. 1013.

4 Cour de cassation 12 juillet 1928, P. 11, 330.

5 Cour d'appel 26 septembre 1966, P. 20, 239.

moine d'autrui peut porter indifféremment sur des biens de nature matérielle ou incorporelle. La nouvelle jurisprudence française sanctionnant le „vol informatique“, sur la base des textes existants, s'inscrit d'ailleurs dans cette ligne de raisonnement.

Rattacher les atteintes aux biens incorporels aux dispositions pénales traditionnelles présentent encore l'avantage de maintenir la cohérence du droit pénal, y compris au niveau des circonstances aggravantes et des peines, et d'assurer l'unité dans l'interprétation jurisprudentielle.

Ces raisons ont amené à opter, dans le présent projet de loi, pour cette troisième solution et à proposer des modifications des dispositions pénales existantes.

Au niveau de la technique des aménagements, le présent projet de loi est inspiré par deux soucis: rester le plus près possible des textes actuels et consacrer un concept nouveau valable pour toutes les atteintes contre les biens. Le recours occasionnel à des notions nouvelles s'explique par des nécessités „techniques“ inhérentes aux technologies informatiques.

Pour ce qui est du champ d'application matériel, les modifications envisagées concernent, à côté du faux en écritures, les crimes et délits contre les biens, en particulier le vol et les infractions voisines que sont l'abus de confiance, l'escroquerie, l'extorsion ainsi que le recel. Il s'agit, à propos de chacune de ces formes d'atteinte aux biens, de préciser que, parmi les objets des infractions, figurent également les biens qui ne sont pas des „choses“ selon la terminologie classique de l'infraction de vol.

Le projet de loi a retenu à cet égard le concept de bien incorporel. Ce terme est en relation antinomique avec celui de chose signifiant un objet corporel. Ce concept est consacré dans l'arrêt de la Cour de cassation française du 1er mars 1989. Il est à préférer à ceux de bien informatique, d'information, de bien informationnel utilisés dans la doctrine française, parce que son domaine d'application est plus large; en effet, le concept de bien incorporel est susceptible d'englober non seulement les informations au sens restreint du terme, mais toute donnée, voire tout bien qui n'est pas matériel. La consécration du terme de bien incorporel permet encore de protéger contre une atteinte illicite toute donnée, même celle qui ne figure pas au moment de l'infraction sur un support informatique. L'utilisation de ce terme, à portée générale, permet de faire l'économie de modifications ponctuelles variées qui, de toute façon, s'avèreraient insuffisantes.

La démarche du législateur français, qui a complété certaines dispositions pénales en recourant à des concepts chaque fois différents, n'est pas sans soulever des problèmes au niveau de la cohérence du droit pénal¹.

Le terme de bien met en évidence que l'infraction n'est établie que si son objet immatériel a une valeur patrimoniale et est susceptible d'appropriation. Cette appropriation doit être entendue comme le droit exclusif du titulaire de disposer du bien incorporel.

Des adaptations mineures des textes existants visent à réprimer l'utilisation de moyens informatiques aux fins d'atteinte aux biens d'autrui. Il s'agit, pour l'essentiel, d'insérer dans les textes l'instrument des (fausses) clés électroniques.

Finalement, il y a lieu de faire une remarque générale relative à l'impact des modifications proposées aux articles 509-1 et suivants du Code pénal sanctionnant certaines infractions en matière informatique. Ainsi qu'il a déjà été expliqué, la loi du 15 juillet 1993 a pour objectif de protéger les systèmes informatiques et les données figurant dans ces systèmes contre des atteintes, alors que les modifications envisagées dans le présent projet visent à protéger les biens incorporels assimilés, à cet égard, à des choses corporelles.

Des problèmes de délimitation peuvent éventuellement se poser entre les articles 509-4 et 509-5 du Code pénal relatifs à la falsification de documents informatisés ou à l'usage de ces documents et les articles révisés 196 et 197 sur le faux en écritures et l'usage de faux.

Les articles 196 et 197 visent le faux en écritures, ce concept étant entendu par la jurisprudence comme un écrit (matériel ou électronique) susceptible de faire preuve et de causer ainsi préjudice.

Les articles 509-4 et 509-5 incriminent la falsification de documents informatisés, c'est-à-dire de toutes les données figurant dans un système informatique. Ces textes ne visent pas la falsification d'un écrit précis susceptible d'avoir une valeur probatoire.

¹ L'article 311-2 du nouveau Code pénal français sanctionne comme vol la soustraction frauduleuse d'énergie; L'article 312-1 vise l'extorsion d'un secret; L'article 313-1 condamne l'escroquerie d'un service; L'article 321-1 a étendu le recel au bénéfice du produit d'un crime ou d'un délit.

Les champs d'application des textes sont dès lors a priori différents.

Même si un fait délictueux donné devait relever des dispositions des articles 196 et 509-4, cette circonstance ne soulèverait pas des problèmes au niveau de l'application du droit pénal.

Le juge répressif serait en présence d'un concours idéal d'infraction et, appliquerait, sur base de l'article 65, la peine la plus forte, en l'occurrence la peine criminelle comminée par l'article 196 du Code pénal.

3.2) De l'instruction

La gestion de données dans un système informatique, combinée avec les possibilités techniques du cryptage ou de la protection de ces données, pose des défis nouveaux au magistrat instructeur.

Pour l'heure, les dispositions de l'article 66 du Code d'instruction criminelle permettent au juge d'instruction de procéder à une saisie du support matériel de données informatiques, qu'il s'agisse des disquettes ou de l'ordinateur comportant le disque dur.

De même, le juge d'instruction fait procéder à la confection de copies des données figurant dans un système sur un autre support aux fins de l'exploitation ultérieure des données visées.

La question de savoir si le juge d'instruction peut interdire l'accès à certaines données qu'il a saisies, devrait également recevoir une réponse affirmative.

Même si les dispositions actuelles offrent une base légale, a priori suffisante, pour ce type de mesures d'instruction, il est préférable de clarifier les textes et de préciser les pouvoirs du juge d'instruction.

En effet, l'article 66 du Code d'instruction criminelle peut soulever des problèmes d'interprétation et d'application analogues à ceux posés par la formulation actuelle des délits contre les biens. L'article 66, de même que l'article 31 auquel il renvoie, a pour objet la saisie d'objets, de documents, d'effets et d'autres choses; cette énumération vise des objets corporels, à moins d'interpréter le concept de chose dans un sens très large. Si la saisie du support informatique relève de ce cadre légal, quitte à accepter que le support matériel, sans valeur pour les besoins de l'instruction, absorbe en quelque sorte l'information recherchée, la saisie de l'information en tant que telle, fût-ce par copie ou simple prise de connaissance, est plus problématique.

Le respect des droits de la défense au cours de l'instruction exige une clarification des pouvoirs du magistrat instructeur.

Dans le souci de maintenir la cohérence des différentes mesures d'instruction, quelles que soient les caractéristiques techniques de leur objet, le projet de loi renonce à proposer un régime spécifique, techniquement complexe, de saisie de données informatiques. L'objectif est d'instituer un régime légal qui reste le plus proche possible de celui des saisies traditionnelles d'objets corporels et qui consacre et précise dans les textes les pratiques actuelles.

Le système envisagé s'inspire des mesures prévues dans le projet de loi relatif à la criminalité informatique actuellement débattu en Belgique, même si les mécanismes proposés sont moins complexes et s'inscrivent dans la logique des saisies traditionnelles d'objets corporels.

A cet effet, le projet de loi prévoit de compléter l'article 66 actuel du Code d'instruction criminelle par un nouvel article 66-1, qui consacre expressément le droit du juge d'instruction de saisir les données informatiques et d'opérer, à cet effet, la saisie de leur support matériel ou de les copier sur un autre support. Il est encore indiqué de préciser que le juge d'instruction peut interdire l'accès aux données saisies ou les retirer du système.

En vue d'assurer à ce type de saisie la plus grande portée possible, il est précisé que les données susceptibles de saisie sont celles stockées, traitées ou transmises dans un système informatique.

Les pouvoirs reconnus au juge d'instruction par les deux premiers alinéas du nouvel article 66-1 doivent être étendus à l'officier de police judiciaire agissant à l'occasion d'un flagrant délit.

A cet effet est inséré un nouvel article 33-1 qui précise les pouvoirs de l'officier de police judiciaire de procéder à la saisie de données informatiques dans les mêmes termes que ceux prévus pour les saisies opérées par le juge d'instruction.

Ce texte se réfère, expressément, aux articles 31 et 33 relatifs aux saisies opérées sur le lieu du crime et au domicile des personnes qui paraissent être les auteurs de l'infraction.

Une des difficultés majeures auxquelles est confronté le juge d'instruction est celle de l'accès à des données cryptées ou protégées. Au regard de l'amélioration des mécanismes de cryptage et de protec-

tion, du recours de plus en plus fréquent à ces méthodes et des moyens de décryptage limités dont disposent les services de police judiciaire, il s'impose de prévoir un instrument juridique par lequel le juge d'instruction peut obliger une personne à lui donner accès à un système protégé ou à des données cryptées.

Le régime qu'il est proposé d'instituer, au troisième alinéa de l'article 66, doit constituer à la fois un instrument efficace entre les mains du juge d'instruction qui voudrait obtenir l'accès à des données protégées ou cryptées et sauvegarder les principes fondamentaux de l'instruction relatifs aux droits de la défense.

Le juge d'instruction peut ordonner à une personne qu'il désigne qu'elle lui donne accès au système saisi ou aux données qu'il contient ainsi qu'à la compréhension des données saisies protégées ou cryptées. Pour pouvoir désigner une personne, le juge d'instruction doit considérer qu'elle a une connaissance particulière du système informatique ou des mécanismes de protection ou de cryptage. Le texte précise que la personne désignée a l'obligation de prêter son concours. Cette obligation légale est sanctionnée par une amende que le juge d'instruction impose en cas de refus de collaboration.

Pour garantir que cet instrument dont disposera le juge d'instruction ne puisse conduire à des violations de certains principes fondamentaux de l'instruction contradictoire, un certain nombre de garanties sont prévues.

- Notons d'abord, même s'il s'agit d'une évidence, que seul le juge d'instruction peut recourir à cette mesure, à l'exclusion de l'officier de police judiciaire en cas de flagrant délit.
- Le juge d'instruction procède par ordonnance motivée, ce qui implique une obligation de justifier la mesure d'instruction, notamment au regard de l'identité de la personne désignée.
- Peut uniquement être désignée une personne dont le juge d'instruction considère qu'elle dispose des connaissances techniques permettant l'accès aux données.
- L'inculpé ne pouvant être forcé de fournir des preuves à sa charge, ne peut pas non plus être obligé de prêter son concours.
- Ne peuvent pas davantage faire l'objet d'une ordonnance du juge d'instruction les personnes protégées par les articles 72, 73 et 76 du Code d'instruction criminelle, à savoir les personnes nommément visées par une plainte avec constitution de partie civile, les personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de culpabilité et les enfants au-dessous de 15 ans.
- Enfin, garantie essentielle, le texte s'applique sous la réserve expresse des cas où la personne visée est obligée de garder secrets les renseignements lui confiés dans le cadre de son activité professionnelle.

L'amende qui sanctionne le refus de collaboration est celle comminée par l'article 77 (2) pour le refus de témoigner.

Il est proposé de relever le taux de cette amende à 100.000.– francs pour souligner l'importance de l'obligation de témoigner ou de donner accès à des données informatiques protégées ou cryptées.

Il est intéressant de noter que le projet de loi relative à la criminalité informatique élaboré en Belgique prévoit d'instituer un mécanisme similaire, même si les références aux dispositions sur les dépositions testimoniales sont moins prononcées.

Pour terminer, il convient de relever qu'une adaptation des articles 88-1 et suivants du Code d'instruction criminelle relatifs aux mesures spéciales de surveillance ne s'impose pas. En effet, les textes actuels sont formulés de façon suffisamment large pour permettre la surveillance de moyens de communication informatique si de telles méthodes de surveillance devaient être techniquement possibles.

4) Des communications commerciales

Les communications commerciales sont essentielles pour le financement des services de la société de l'information et le développement d'une large variété de nouveaux services gratuits. L'expression „communications commerciales“¹ couvre toutes formes de publicité, de marketing direct, de par-

¹ *Livre vert sur les communications commerciales dans le marché intérieur*, novembre 1992, voir site de la DGXV, rubrique „communications commerciales“, <http://www.europa.eu.int>, VT4 5 juin 1997 C-56/96 pt 19.

rainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services.

La référence à la promotion directe ou indirecte vise à empêcher les cas de contournement de l'interdiction de faire de la communication commerciale pour certains produits ou services.

Dans l'intérêt des consommateurs et de la loyauté des transactions, les communications commerciales, y compris les jeux promotionnels et les offres, doivent respecter un certain nombre d'obligations relatives à la transparence et ces obligations doivent être sans préjudice de la législation relative à la protection des consommateurs¹ et à la protection des données personnelles.

L'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées peut être inopportun pour les consommateurs et pour les fournisseurs de services de la société de l'information et susceptible de perturber le bon fonctionnement des réseaux interactifs. Le Luxembourg autorise l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées car cela constitue un avantage indéniable pour le développement des PME.

Comme le précisait déjà la directive 97/7/CE on ne peut envoyer des communications commerciales non sollicitées sans le consentement du consommateur² c'est-à-dire **sans opposition manifeste de sa part** et cela est précisé à l'article 59 § 2 qui vise tout destinataire donc tout utilisateur³.

Ainsi que l'utilisateur exprime son consentement ou son absence de consentement, il existe deux systèmes: l'opt out et l'opt in. Nous avons opté pour le système de l'opt out qui offre plus de souplesse pour les opérateurs. Le système d'opt out revient à autoriser les communications commerciales non autorisées (spamming) sauf opposition expresse du destinataire qui peut, à cet effet, s'inscrire sur une liste d'opt out que les opérateurs devront consulter.

L'opt in revient à interdire le spamming sauf autorisation expresse de la part du destinataire; or nous n'avons pas choisi ce système car il se révèle rigide et sa mise en application est difficile d'un Etat membre de l'Union européenne.

En tout état de cause, les communications commerciales non sollicitées doivent être clairement identifiables en tant que telles afin d'améliorer la transparence. En pratique, la communication commerciale non sollicitée doit faire l'objet d'une mention particulière sur „l'enveloppe“ afin que celui qui reçoit un tel courrier puisse immédiatement identifier qu'il s'agit de la communication commerciale sans avoir à l'ouvrir⁴.

La mise en place de listes d'opt out par les entreprises établies au Luxembourg est encouragée.

5) Des contrats conclus par voie électronique

En l'état actuel, le droit luxembourgeois protège les consommateurs dans le seul cadre des contrats conclus par correspondance (article 7 de la loi du 25 août 1983), la loi n'ayant pas encore été étendue aux ventes et prestations de services à distance. La directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant les contrats à distance n'a pas encore été transposée en droit luxembourgeois mais va l'être très prochainement. A cet égard nous faisons déjà figurer dans le projet de loi certaines dispositions de protection du consommateur. L'objet du projet de loi sur le commerce électronique n'est pas de transposer intégralement cette directive dont la portée dépasse largement celle des contrats conclus par voie électronique, mais de retenir certaines dispositions jugées utiles dans le contexte du commerce électronique.

Voici donc le cadre législatif qui a été mis en place, précisons toutefois que ce titre ne contient pas que des dispositions protectrices du consommateur mais aussi des dispositions protectrices des utilisateurs.

En premier lieu, est déterminé le champ d'application du texte en matière de contrats par voie électronique. Une liste des contrats exclus du champ d'application du titre V est dressée et comprend les

¹ Notamment la future législation qui va transposer la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144 du 4 juin 1997, p.19.

² Art.10 de la directive.

³ Et pas uniquement le consommateur.

⁴ Par exemple par email mention de courrier électronique comme objet du message. Cette exigence figure déjà dans l'article 12 § 2 de la directive 97/66/CE du Parlement et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

contrats emprunts d'un formalisme important tels que les contrats de transfert de droits immobiliers, le cautionnement¹. Par contre, les contrats portant sur des services financiers ne sont pas exclus afin de bénéficier du texte de loi qui vise à assurer la sécurité juridique et la confiance des opérateurs et des consommateurs.

En second lieu, certaines règles de base en matière contractuelle et par voie électronique sont introduites dans le Titre V et s'inspirent de la position commune sur le commerce électronique mais où la future directive laisse des options, nous exerçons des choix. Ainsi le projet de loi choisit-il de fixer, en univers électronique, le moment de conclusion du contrat alors que la future position commune ne parle que du „moment de passation de la commande“. Or il nous semble impératif de clarifier ce point afin d'apporter toute la sécurité juridique nécessaire. En effet, c'est à partir de ce délai que naissent les droits du cocontractant, que les délais courent (droit de rétractation ...).

En troisième lieu, l'introduction dans le présent projet de certaines dispositions dont l'intérêt dépasse le seul cadre du commerce électronique, a été rendue nécessaire pour remédier temporairement à l'absence de règles générales régissant précisément toutes les formes de commerce à distance.

Ce titre suit la logique suivante: le projet part du général pour aller au particulier. Le premier chapitre traite des dispositions communes à tous les contrats conclus par voie électronique et le second chapitre ne traite que des dispositions propres aux contrats conclus avec des consommateurs.

Pour le premier chapitre, une obligation d'information générale est due à tout utilisateur (art. 62) et le moment de conclusion du contrat est déterminé afin d'apporter toute la sécurité juridique nécessaire.

Pour le second chapitre, une obligation d'information est exigée pour la protection du consommateur (art. 64) et le professionnel est tenu d'une obligation de confirmation concernant notamment les conditions contractuelles, le contenu de la transaction (art. 65) et les conditions d'exercice du droit de rétractation. A cet égard, le droit de rétractation du consommateur figure à l'article 66 et il possède un régime particulier en ce qui concerne certains services financiers (art. 66 § 4). Par ailleurs, en cas d'exercice du droit de rétractation, le consommateur a droit à la restitution des sommes qu'il a déjà versées ce qui est prévu dans l'article 67.

6) De la responsabilité des prestataires intermédiaires

Si la responsabilité de l'éditeur d'un contenu fait l'objet d'un consensus, la question de la responsabilité de ces intermédiaires reste une question controversée généralement liée au débat sur le contrôle des informations diffusées sur Internet.

Compte tenu de la connaissance limitée que ces intermédiaires ont des informations qu'ils transmettent ou stockent sur les réseaux, la difficulté est de déterminer l'étendue de leur responsabilité par rapport à la responsabilité des personnes ayant mis ces informations en ligne.

Aux Etats-Unis, la loi dite „Digital Millenium Act“² contient notamment des dispositions spécifiques sur la responsabilité des prestataires techniques en matière de contrefaçon. Le DCMA limite la responsabilité des fournisseurs techniques à certaines conditions. Les fournisseurs remplissant les conditions posées pour être exonérés ne peuvent se voir réclamer aucun dommage et intérêts ou toute autre sanction pécuniaire pour contrefaçon. La limitation de responsabilité est appréciée en fonction du type d'activité exercée et non en fonction du statut de l'opérateur. Les exonérations de responsabilité prévues peuvent donc non seulement être invoquées par les fournisseurs d'accès commerciaux, mais également par les universités, les entreprises ou toute autre entité, dès lors qu'elle exerce des activités décrites dans la loi.

La future position commune s'est inspirée du DCMA³ pour le titre VI consacré à la responsabilité des prestataires intermédiaires.

Cette future position commune sur le commerce électronique dans le marché intérieur⁴ contient des dispositions prévoyant une limitation de la responsabilité des prestataires de trois types particuliers de

1 On sait combien ce contrat est formel notamment pour protéger la caution.

2 Du 28 octobre 1998, texte complet du DMCA pouvant être consulté depuis le site web du Copyright Office américain à l'adresse: <http://lcweb.loc.gov/copyright>.

3 Voir in Colloque du CRID des 8, 9 et 10 nov.1999 à Namur, *Vers un nouveau droit des technologies de l'information*, **Lisa Peets**, Covington et Burling, *Summary of US DMCA service provider provisions*.

4 Doc No14263/99 ECO 419 CONSOM 80 CODEC 826.

service intermédiaire: le „simple transport“ (art. 12, mere conduit), la forme de stockage dit „caching“ (art. 13) et „l’hébergement“ (art. 14). En ce qui concerne l’article 14 du projet de directive, les prestataires de services (fournisseurs d’hébergement) ne peuvent bénéficier de cette limitation de leur responsabilité que lorsque qu’ils n’ont pas connaissance du fait que l’activité ou l’information hébergée était illicite. Ce test de connaissance n’a pu être étendu aux activités de simple transport et de caching car ils ne peuvent en avoir connaissance, c’est techniquement impossible. Les rendre responsables serait les empêcher d’exercer toute activité sur Internet, choisir de rendre responsables des opérateurs qui sont des intermédiaires techniques et donc refuser de rechercher les véritables coupables, les éditeurs de contenu. De plus cela aboutirait à la délocalisation de ces intermédiaires hors Union européenne.

En revanche, un prestataire de service qui collabore délibérément avec l’un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de „simple transport“ ou de „caching“ et il ne peut alors pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d’activités.

Cependant, les évolutions technologiques futures pourraient conférer aux intermédiaires la possibilité de surveiller les données qu’ils transmettent, une absence de responsabilité pourrait ne plus être appropriée c’est pourquoi il faudra réexaminer le projet de directive.

L’article 15 du projet de directive interdit aux Etats membres d’imposer aux prestataires intermédiaires des obligations générales de surveillance sur les informations qu’ils transmettent ou stockent, ni aucun devoir général de procéder à une recherche active de faits ou de circonstances indiquant des activités illicites. Cet article est dans la logique des trois articles précédents. En effet, les prestataires ne peuvent voir leur responsabilité limitée et ensuite avoir une obligation de surveillance large car qui dit obligation dit possibilité d’agir en justice pour manquement à son obligation. Par ailleurs, techniquement ces intermédiaires ne peuvent surveiller les milliers voire millions de données qu’ils transportent chaque jour.

Le projet de loi s’est inspiré de ce projet de directive afin de rédiger le titre VI du projet de loi (articles 71 à 74) ainsi assura-t-il la sécurité juridique nécessaire aux prestataires intermédiaires qui veulent s’installer au Luxembourg afin de ne pas se voir imposer une obligation de filtrage ou ce que l’on nomme une obligation de surveillance passive. De plus, ils se verront confiants d’avoir une responsabilité limitée, qu’elle soit civile ou pénale. Il faudra prouver, selon l’activité, qu’ils n’ont pas rempli ou respecté certaines conditions et que leur responsabilité est engagée¹.

Le système de limitation de responsabilité institué a vocation à s’appliquer aussi bien en matière de concurrence déloyale, de publicité trompeuse, de contrefaçon, diffamation et concerne aussi bien la responsabilité civile que pénale. Cependant, ce système de limitation de responsabilité est sans préjudice de la possibilité d’actions en cessation de différents types².

Ultérieurement, comme le Parlement européen et la Commission européenne, une réflexion devra être apportée pour une législation propre à la responsabilité des moteurs de recherche³ (par exemple yahoo, altavista ... c’est-à-dire instruments qui permettent de faire de la recherche sur Internet par mot clé ou autre procédé) et des fournisseurs d’hyperliens (liens sur lesquels vous cliquez sur une page et vous allez sur une autre page web). Mais l’urgence était de réglementer les trois activités traitées qui ont donné lieu à de nombreux litiges chez nos voisins⁴.

7) Des paiements électroniques

Avant tout, il a fallu définir certaines notions et faire des choix. En effet, les définitions issues de la recommandation européenne du 30 juillet 1997 relative aux opérations effectuées au moyen d’instru-

1 Que ce soit en matière de responsabilité civile ou pénale.

2 Ces actions peuvent revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d’autorités administratives exigeant qu’il soit mis un terme à toute violation ou que l’on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l’accès à ces dernières impossible.

3 Voir par exemple, **A. STROWEL**, *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l’Internet, à propos des hyperliens*, Auteurs et Médias, 1998, p. 296.

4 Affaire française Estelle Hallyday du 9 juin 1998 où un fournisseur d’hébergement a été déclaré coupable car il n’a pas voulu révéler l’identité de l’éditeur de contenu; Le juge des référés a considéré que pesait sur le fournisseur d’hébergement un devoir actif de vérification du contenu des sites hébergés, v. *Revue Expertises*, octobre 1998, p. 319; v. aussi **V. SEDALLIAN**, *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique*, <http://www.juriscom.net> janvier 1999.

ments de paiement électronique¹, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, nécessitaient des adaptations.

L'emploi du terme „*instrument de transfert électronique de fonds*“ a été préféré à celui d'„*instrument de paiement électronique*“, en tout état de cause le contenu est le même².

Quant au terme d'instrument de monnaie électronique, nous avons préféré employer le terme plus neutre d'instrument rechargeable et là aussi, l'esprit est le même. Ainsi, le législateur luxembourgeois aura le soin de définir dans un autre texte le terme de monnaie électronique³.

Ce texte fait suite à deux autres recommandations, l'une du 8 décembre 1987 portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique, et l'autre du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de carte. La Commission y affirme clairement sa volonté de susciter la confiance des utilisateurs en leur assurant un degré de protection élevé dans l'utilisation des moyens de paiement électroniques.

Dans le but de promouvoir le commerce électronique, il paraît opportun d'envisager des mesures tendant à protéger les utilisateurs de moyens de paiements électroniques contre une utilisation frauduleuse de ceux-ci. Par ailleurs, le développement des instruments rechargeables permettra de les utiliser plus tard sur Internet et ainsi de ne courir que très peu de danger puisque ce type d'instruments est détaché du compte bancaire contrairement aux cartes bancaires⁴.

Bien que les mesures envisagées soient destinées au premier chef aux transactions conclues par voie électronique, il convient d'observer que le champ d'application du texte proposé dépasse largement le cadre du commerce électronique dans la mesure où ces règles ont vocation à s'appliquer à tout type de transaction, dès lors que le mode de paiement utilisé fait appel à une technique électronique. En effet, par exemple, la définition d'un instrument de transfert électronique de fond mentionne bien que sont visés les systèmes permettant d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique certaines opérations.

*

1 JOCE L 208/52 du 2.8.1997.

2 Puisque les mêmes opérations sont visées: transferts de fonds, retraits d'argent liquide ...

3 Définition à laquelle il sera procédé dans la législation qui transposera la future directive relative à l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice, position commune en date du 29 novembre 1999, doc. No 12004/2/99 REV2EF36, ECOFIN 190 CODEC 577.

4 Voir **G. VACHER**, *E-commerce: les cartes de crédit virtuelles ont-elles un avenir?*, <http://www.zdnet.fr/actu/busi/a0011395.htm>.

PARTIE B

TEXTE DU PROJET DE LOI

TITRE I

DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1.– Définitions

Au sens de la présente loi, on entend par:

„Services de la société de l'information“, tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Aux fins de la présente définition, on entend par:

les termes „à distance“: un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes;

„par voie électronique“: un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques;

„à la demande individuelle d'un destinataire de services“: un service fourni par transmission de données sur demande individuelle;

Cette définition est volontairement large afin de couvrir des services innovants tels que les journaux en ligne et tous les nouveaux métiers liés à Internet tels que yahoo. En effet, elle ne se limite pas aux contrats électroniques ni à la publicité mais à des activités incluant des moteurs de recherche par exemple. Les services de la société de l'information s'arrêtent là où la voie électronique s'arrête.

Cette définition des services de la société de l'information est reprise de l'art. 2 a) de l'accord politique en vue de la position commune arrêtée par le Conseil le 7 décembre relative à la future directive „sur le commerce électronique“. Cette définition est issue des art. 49 et 50 (art. 59 et 60 ancienne numérotation) du Traité de Rome. Cette dernière recouvre une multitude d'activités économiques très diverses qui peuvent être faites en ligne. Il peut s'agir de services d'entreprise à entreprise ou d'entreprise à consommateurs, de services de vente aussi bien que de services gratuits, de services permettant de faire des transactions électroniques en ligne pour acheter des marchandises comme le téléachat interactif, de journaux électroniques.

Nous envisageons le commerce électronique au sens large comme couvrant l'ensemble des services de la société de l'information.

prestataire: toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information.

Cette définition est directement inspirée de l'article 2 b) de la position commune arrêtée en vue de l'adoption de la directive „commerce électronique“. Cette définition repose sur les articles 59 et 60 du Traité de Rome. Cette dernière, avec celle de prestataire établi constitue un des piliers de cette proposition de directive.

prestataire établi: prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies utilisées pour fournir le service ne constituent pas en tant que tel un établissement du prestataire.

Cette définition est directement inspirée de l'article 2 c) de la position commune en vue de l'adoption de la directive „sur le commerce électronique“. Cette définition constitue l'un des piliers du dispositif mis en place par ce texte. Cette définition fixe le critère qu'il faut prendre en compte pour déterminer la loi applicable. La définition proposée repose sur la jurisprudence de la Cour qui a eu l'occasion de préciser que „la notion d'établissement, au sens des articles 52 et suivants du traité, comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre Etat membre pour une durée indéterminée“. Cette définition repose sur des critères qualitatifs de l'effectivité et de la stabilité de l'activité économique et non sur des critères formels (simple boîte aux lettres) ou technologiques (emplacement des moyens techniques ...) qui permettent facilement aux opérateurs d'échapper à tout contrôle.

Ne constituera pas, par exemple, un établissement au Luxembourg, l'hébergement de pages web ou d'un site au Luxembourg d'une entreprise établie dans un autre Etat membre.

„destinataire du service“: toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher ou pour rendre accessible de l'information;

Ce terme couvre tout type d'utilisateur, que se soit un professionnel ou un consommateur.

Ainsi, le considérant 9bis de la future position commune en vue de l'adoption de la directive sur le commerce électronique précise que la définition du destinataire de service couvre tous les types d'utilisation des services de la société de l'information tant par les personnes qui fournissent l'information sur les réseaux ouverts tels que l'Internet, que par celles qui recherchent des informations sur l'Internet pour des raisons privées ou professionnelles.

Par exemple, une personne qui utilise un service consistant à organiser un forum de discussion et qui y dépose un message.

Nous n'avons pas repris la définition de consommateur issue de l'art. 2 e) de la future position commune en vue de l'adoption de la directive sur le commerce électronique car elle ferait double emploi avec la définition issue de la directive 97/7/CE relative à la vente à distance qui va être transposée.

Art. 2.– Champ d'application

§ 1.– La présente loi ne s'applique pas:

- à la fiscalité, sans préjudice des dispositions de l'article 16 de la présente loi;
- aux accords ou pratiques régis par la législation relative aux ententes.

Ce paragraphe 2, deuxième alinéa vise à empêcher que les prestataires de service échappent au droit de la concurrence en ayant des activités sur Internet, notamment des activités commerciales.

§ 2.– Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux activités suivantes:

- les activités de notaires ou de professions équivalentes dans la mesure où ils supposent un lien direct et spécifique avec l'exercice d'une autorité publique;
- la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux;

Quant au § 2, il est largement inspiré de l'article 1er § 4 d) de l'accord politique en vue de la position commune, pour le premier tiré sont seulement visés les actes authentiques, l'activité de notaire en tant qu'officier public. Par contre, nous n'avons pas repris l'exception qui vise les jeux d'argent, nous ne voulons pas que les jeux d'argent soient exclus du projet de loi mais seulement qu'ils soient une exception au principe du pays d'origine. En effet, il serait utile que ce type de jeux soit soumis aux exigences de certains articles du projet (obligation d'information générale, art. 5, informations précontractuelles, art.61, responsabilité des intermédiaires, art. 66 à 69) afin de garantir certaines exigences minimales notamment aux consommateurs.

§ 3.– Les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice des dispositions relatives à la protection des données personnelles.

Ce § 3 vise à préciser que cette loi est d'application horizontale, elle n'empêche pas que la législation relative à la protection des données personnelles issue de la très prochaine transposition des directives 95/46/CE et 97/66/CE s'applique au commerce électronique.

§ 4.– Les prestataires de services de la société de l'information établis au Luxembourg et les services qu'ils prestent ne sont tenus que par la présente loi.

§ 5.– Il est fait exception au principe de l'application de la loi du lieu d'établissement du prestataire:

- pour les activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, ce qui comprend les loteries et les transactions portant sur des paris.
- pour les obligations contractuelles de contrats conclus avec des consommateurs.

Cet article s'inspire de l'article 3 de l'accord politique en vue de la position commune „commerce électronique“ qui pose le principe du pays d'origine. Cet article permet de déterminer la loi applicable, ainsi les prestataires qui ont leur établissement au Luxembourg ne relèvent que de la loi luxembourgeoise même s'ils fournissent des services de la société de l'information dans les autres pays de l'Union européenne. Ce principe du pays d'origine figure aussi dans l'article 4 de la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques¹. Ainsi l'article 4 dispose-t-il que „chaque Etat membre applique les dispositions nationales qu'il adopte aux prestataires de service de certification établis sur son territoire et aux services qu'ils fournissent.“

¹ Du 13 décembre 1999, op. cit.

Quant à l'exception concernant les jeux d'argent, elle signifie que ces activités ne se voient pas appliquer le principe de libre circulation des services ni celui du principe du pays d'origine. Ainsi, les Etats membres peuvent légitimement restreindre ou interdire la libre prestation de services en matière de jeux d'argent sur leur territoire.

L'idée de ne pas exclure totalement les jeux d'argent du champ d'application de la proposition de directive, est pertinente car cette dernière fournit une certaine sécurité juridique dans le marché intérieur sur plusieurs points:

- l'obligation de transparence de tous les acteurs: lieu d'établissement de la société qui organise les loteries, son numéro d'inscription au registre du commerce ...;
- l'identification claire des communications commerciales (publicité, parrainage ...).

Le § 2 est issu de l'annexe (dérogations à l'article 3 qui pose le principe du pays d'origine) de l'accord politique en vue de la future position commune relative au commerce électronique afin de protéger les consommateurs, cette exception fait référence à l'article 5 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹. Au préalable précisons que nous visons précisément les obligations contractuelles et non, plus largement les contrats conclus avec les consommateurs. Ainsi, les règles de formalisme juridique, les conditions générales de vente relèvent de la législation du pays d'origine.

L'article 5 de la Convention de Rome dispose que le choix par les parties de la loi applicable au contrat ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection des dispositions impératives de la loi du pays où il a sa résidence habituelle sous trois conditions:

- la conclusion du contrat ait été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

Art. 3.– De l'usage de la cryptographie

L'usage des techniques de cryptographie est libre.

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

Art. 4.– De l'accès à l'activité de prestataires de services

L'accès à l'activité de prestataire ne fait, en tant que telle, l'objet d'aucune autorisation préalable spécifique.

L'objectif de cet article est de favoriser le développement des activités de prestation de services sur Internet. La disposition s'explique par la volonté du Luxembourg de ne pas ajouter aux dispositions déjà existantes pour certaines professions des contraintes réglementaires pour l'utilisation des nouvelles potentialités des autoroutes de l'information pour l'offre de services de la société de l'information. En d'autres termes, conformément aux dispositions de la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement Européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le Marché intérieur² (article 8), il s'agit de poser le principe général suivant lequel la mise sur site d'activités commerciales ne fait l'objet d'autres réglementations que celles déjà existantes et non spécifiques à la société de l'information.

En outre, il va de soi que la disposition ne préjudicie en rien à l'application de la loi luxembourgeoise de 1988 sur l'accès à la profession et des régimes de notification ou de licence prises en application de la directive 97/13/CE du 15 décembre 1997. En d'autres termes, le commerçant qui souhaite offrir ses services via Internet devra satisfaire aux conditions éventuellement imposées sur base de la loi d'accès à la profession de 1988 mais ne pourra se voir imposer des obligations supplémentaires du fait de l'utilisation d'Internet pour l'exploitation de ses services. De plus, cette disposition de non-autorisation préalable n'affecte pas les régimes d'accréditation volontaire, notamment pour les prestataires de services de signature électronique et de certification.

Art. 5.– De l'obligation générale d'information des destinataires

§ 1.– Le prestataire de services de la société de l'information doit permettre aux destinataires des services et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes:

- a) son nom,

¹ Version consolidée JO No C 027 du 26 janvier 1998, pp. 34-46.

² „Directive sur le commerce électronique“, doc. No 14263 ECO 419 CONSOM 80 CODEC 826.

- b) l'adresse géographique où il est établi;
- c) les coordonnées permettant de le contacter rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui, y compris son adresse de courrier électronique;
- d) le cas échéant, son titre professionnel et les références de l'ordre professionnel auquel il adhère, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, son numéro d'identification à la TVA et l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation.

L'idée est reprise de l'article 5 de la future position commune pour l'adoption de la directive „commerce électronique“ qui crée une obligation générale de transparence à la charge des prestataires de services de la société de l'information, quelle que soit leur activité dès l'instant qu'il s'agit d'une activité de la société de l'information. Elle ne fait pas double emploi avec les dispositions reprises dans le chapitre sur la conclusion des contrats électroniques dans la mesure où elle vise tous les sites web même si l'installation de ces sites ne conduit pas à des propositions transactionnelles en ligne. Elle permet à l'internaute et à l'administration de connaître qui se cache derrière un site web.

Nous avons adopté la terminologie „numéro d'identification à la TVA“ car cette dernière est reprise à la fois dans la 6ème directive TVA et dans la loi luxembourgeoise TVA du 12 février 1979.

§ 2.– Lorsque les services de la société de l'information font mention de prix et conditions de vente ou de réalisation de la prestation, ces derniers doivent être indiqués de manière précise et non équivoque. Il doit aussi être indiqué si toutes les taxes et frais additionnels sont compris dans le prix. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice de la législation sur la protection des consommateurs.

Cette disposition est directement inspirée de l'article 5 § 2 de la future position commune sur le commerce électronique¹. Elle marque une volonté de transparence tarifaire afin de protéger les destinataires de services et plus particulièrement les consommateurs.

Par ailleurs, il est très important pour le consommateur de savoir si le prix indiqué par le prestataire établi au Luxembourg inclut ou pas les taxes luxembourgeoises ou étrangères, en l'occurrence la TVA, ainsi que les frais additionnels.

*

TITRE II

DE LA PREUVE ET DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

Chapitre I. – De la preuve littérale

Art. 6.–

„Signature“

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

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

Elle peut être manuscrite ou électronique.

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

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

Les suggestions faites ci-dessus s'inspirent directement de ces travaux afin que notre régime probatoire reste, sur cette question fondamentale, en concordance étroite avec celui en vigueur en France et en Belgique.

N'ayant fait l'objet que de retouches mineures depuis 1804, les dispositions consacrées par les codes civils luxembourgeois, français et belge à la preuve des actes juridiques (chapitre VI du titre III du livre

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

troisième du code civil) demeurent aujourd'hui, pour l'essentiel, identiques. Le juriste luxembourgeois y trouve l'immense avantage de pouvoir se référer non seulement à la jurisprudence abondante des tribunaux français et belge mais aussi aux travaux et opinions de la doctrine universitaire de ces deux pays.

L'approche préconisée dans la présente étude consiste dès lors à se rattacher le plus étroitement possible aux solutions qui se dessinent sur ce point en France et en Belgique.

Il est prévu dans le projet de loi français portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique déposé au Sénat le 1er septembre¹, d'introduire dans le code civil une définition de la signature (après l'article 1322-1 du code civil, il est inséré un article 1322-2). Le projet de nouvel article 1322-2 du code civil est ainsi rédigé: „la signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose et manifeste son consentement aux obligations qui découlent de l'acte.“

Un consensus s'est formé en France et en Belgique qu'il convient de ne lier la définition de la signature ni au mode d'expression de la signature, ni à son support. Celle-ci doit être caractérisée à travers ses deux fonctions essentielles: l'identification du signataire et son adhésion au contenu de l'acte. Mise en évidence depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence, la double fonction d'identification et de validation de l'acte apparaît, en effet, comme la qualité indispensable de toute signature.

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

Le deuxième alinéa de l'article précise que la signature manuscrite n'est plus la seule forme de signature admissible. Le dernier alinéa entend répondre à un risque lié spécifiquement à sa dématérialisation, celui de voir l'acte auquel elle se rapporte modifié en dehors du consentement du signataire. Ainsi, la signature électronique n'est reconnue que si elle remplit la condition supplémentaire d'être liée de façon indissociable à l'acte et d'en garantir l'intégrité.

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

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

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

a) Nouvelle conception de l'originalité

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

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

L'article 8 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique préconise cette approche en disposant qu'il est satisfait à l'exigence de forme originale s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information, à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre. De la sorte on adopte une vue élargie de l'originalité (par opposition à une vision qui ramenait la question de l'originalité à la nature du support). Cette approche permet de rendre compte de ce que la technique informatique autorise la reproduction d'un document tout en assurant l'originalité de l'information contenue. Tel est le cas par exemple pour la technique de signature digitale qui permet de figer le document et d'assurer ainsi son intégrité.

En dehors de l'hypothèse du maintien de l'originalité du document électronique par la maîtrise et la garantie de l'intégrité du document, on aurait uniquement à faire à des copies, reproductions auxquelles l'article 1334 actuel associe une moindre force probante. La copie rend compte d'un document original mais sans que l'intégrité de l'information originale puisse être contrôlée. Si toutefois ces

¹ Projet adopté par le Sénat le 8 février et accessible sur le site du Sénat français: <http://www-senat.fr/leg/pjl98-488.html>.

copies ont été effectuées dans le respect des conditions fixées par le règlement grand-ducal de 1986, alors une force probante égale à celle de l'original peut leur être reconnue.

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

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

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

les mots „signée et paraphée“ sont remplacés par „signée et, en cas de signature manuscrite, paraphée“.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de

celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Cette mention doit être écrite de sa main ou être revêtue spécifiquement d'une signature électronique; si elle est indiquée également en chiffres, en cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur."

Afin de permettre qu'un engagement unilatéral puisse être pris tant sous forme papier que sous forme électronique, il est suggéré pour les derniers une protection équivalente à celle résultant de la mention manuscrite de la somme de l'engagement. L'apposition d'une signature distincte sur l'indication du montant de l'engagement, qui suppose d'appliquer spécifiquement le dispositif de création de signature à ce montant, devrait retenir suffisamment l'attention du signataire afin de lui éviter de s'obliger de façon inconsciente ou irréfléchie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le contenu de l'article 1334 actuel est repris à l'article 1333. Il est remplacé par celui de l'article 1348, alinéa 2 actuel, relatif aux copies d'actes sous seing privé avec destruction de l'original. Cette disposition doit en effet trouver sa place parmi celles consacrées aux copies plutôt que comme une exception au principe de l'article 1341 du Code civil.

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

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

- *il est préférable de ne pas faire état dans le Code civil de techniques spécifiques qui risquent de devenir rapidement obsolètes.*
- *l'article 1334 deviendrait ainsi le pendant de l'article 1333: tous deux seraient relatifs aux copies, l'un avec destruction de l'original, l'autre avec conservation de l'original.*

- un tel amendement ne fait pas obstacle à l'application du règlement grand-ducal existant (s'il est préférable de ne pas parler de techniques particulières dans le Code civil, rien n'empêche d'en faire état dans un règlement).
- enfin, il fait écho au fait que ce sont les copies qui doivent être réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie (et non les originaux qui doivent être détruits dans le cadre d'une telle méthode).

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

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

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

Art. 14.– L'Article 1348, alinéa 2 du Code civil est supprimé.

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

Art. 15.– Les deux premiers alinéas de l'article 11 du Code de commerce sont remplacés par l'alinéa suivant: „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 sous forme de copie. Ces copies ont la même valeur probante que les originaux dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par un règlement grand-ducal.“

L'article 11 du code de commerce tel que formulé n'est guère satisfaisant. Il doit être modifié de façon à traiter des copies en général et non plus seulement de la conservation en micrographie ou sur support informatique.

Par ailleurs l'article 11 tel que formulé actuellement exige notamment que les reproductions ou enregistrements correspondent au contenu et qu'ils soient disponibles, ce qui est une évidence, surtout à la lecture du règlement grand-ducal auquel l'article 11 fait référence.

Enfin, l'article 11 dispose que les reproductions et enregistrements doivent être disponibles sous une forme „directement lisible“. Cette expression est source d'ambiguïté dans le contexte électronique.

Art. 16.– Toute personne à charge de laquelle la loi prévoit l'obligation de délivrer ou de communiquer des documents et données à la requête d'un agent d'une administration fiscale doit, lorsque ces documents et données n'existent que sous forme électronique, les délivrer ou communiquer, sur requête d'un agent d'une administration fiscale, dans une forme lisible et directement intelligible, certifiée conforme à l'original, sur support papier ou, par dérogation, suivant toutes autres modalités techniques que l'administration fiscale détermine.

Constitue un manquement à l'obligation de délivrance ou de communication le fait, pour la personne à laquelle la délivrance ou la communication incombent légalement, de ne pas se conformer aux requêtes et instructions d'une administration fiscale visées à l'alinéa précédent.

Concernant la perception et le contrôle des impôts et taxes dus d'après la législation fiscale en vigueur, et la lutte contre la fraude fiscale en particulier, les administrations compétentes doivent avoir la possibilité de vérifier sur support papier les détails d'une transaction commerciale, même si elle est effectuée sous forme électronique. En plus, les principes de neutralité et de l'équité fiscale, confirmées dernièrement par l'OCDE et l'UE en matière de commerce électronique, exigent que des transactions fonctionnellement équivalentes soient imposées et contrôlées de la même façon, quel que soit le support des données transmises. Ainsi, bien que les techniques cryptographiques, qui sont destinées à garantir l'authentification des parties, l'intégrité, la non-répudiation, de même que la confidentialité des messages, ont l'avantage, d'un côté, d'assurer la confiance des consommateurs et commerçants dans les transactions numériques, elles peuvent, d'un autre côté, faire obstacle à la vérification par les services fiscaux de l'exacte perception de la taxe ou de l'impôt dû.

Finalement, les administrations établiront des règles techniques normatives permettant d'éviter que, sur le plan du contrôle des pièces à transmettre par les contribuables en vertu d'obligations légales existantes, les administrations fiscales ne soient techniquement dans l'impossibilité de remplir leur mission.

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

Section 1. Définitions et effets juridiques de la signature électronique

Art. 17.– Définitions

„Signataire“, toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d’une personne physique ou morale qu’elle représente.

Cette définition, directement issue de la directive du 13 décembre 1999 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, nous semble plus précise que celle adoptée lors du précédent projet de loi No 4554 puisqu’elle parle de détention du dispositif de création de signature. La notion de signataire a été définie dans le but de préciser qu’une signature peut émaner tant d’une personne physique que d’une personne morale.

„Dispositif de création de signature“, un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat qualifié.

Nous renvoyons à un règlement grand-ducal afin de rester technologiquement neutre sinon nous réduirions la portée de la loi à la signature digitale et nous ne couvririons pas les évolutions technologiques.

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

„Dispositif de vérification de signature“, un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat.

„Certificat qualifié“, un certificat qui satisfait aux exigences de l’article 25 de la présente loi.

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

Le terme qualifié est préféré à celui d’agréé car ce dernier renvoie à des procédures d’approbation qui ne sont pas visées ici.

„Prestataire de service de certification“, toute personne, physique ou morale, qui délivre et gère des certificats ou fournit d’autres services liés aux signatures électroniques.

Ce terme est repris de la directive sur les signatures électroniques.

Le prestataire de service de certification, ayant pour mission la création, la délivrance et la gestion de certificats peut aussi bien être une personne physique que morale. A sa demande le prestataire de service de certification crée un certificat. Une fois ce certificat créé, il le délivre à la personne qui en a fait la demande et l’inscrit, après consentement du titulaire, dans le registre électronique créé à cet effet. En cas de nécessité, il procède à sa suspension ou à sa révocation. Le prestataire de service de certification n’est pas tenu d’assurer seul toutes les étapes du processus de certification. En effet, il peut se référer, pour la collecte des informations, aux renseignements détenus par les autorités d’enregistrement. Toutefois, il répond, à l’égard des utilisateurs des certificats, du dommage qui est la conséquence des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la présente loi et des règlements grand-ducaux.

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

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

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

La notion de titulaire de certificat est distincte de la notion de détenteur du dispositif de création de signature, qui est une notion plus matérielle. En effet le dispositif de création de signature sera souvent stocké sur un support matériel telle qu’une carte à puce. Or le titulaire du certificat peut être mais ne sera pas toujours détenteur du dispositif de création de signature. Par exemple une personne morale est titulaire de certificat mais ne sera pas détentrice du dispositif de création de signature car n’existant pas

matériellement, elle n'est pas capable de détenir ce dispositif (cette carte à puce). Une personne physique (habilitée à représenter la société) sera donc nécessairement détentrice du dispositif de création de signature.

Le concept se trouve défini, à côté de celui de „signataire“ dans la mesure où le titulaire assume en cette seule qualité certaines obligations. Le signataire est, quant à lui détenteur du dispositif de création de signature.

„Accréditation“, procédure par laquelle un organisme faisant autorité reconnaît formellement qu'un organisme ou un individu est compétent pour effectuer des tâches spécifiques.

Définition d'après la norme EN 45020, in Normalisation et activités connexes, vocabulaire général, février 1998, „Guide ISO/CEI 2: 1996“.

La directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques définit l'accréditation volontaire or cela ne nous semble pas nécessaire de reprendre cette définition puisque nous précisons plus loin dans le texte que l'accréditation est volontaire ou plutôt le système d'accréditation est volontaire.

„Système d'accréditation“ système ayant des propres règles de procédure et de gestion et destiné à procéder à l'accréditation.

Définition d'après le „Guide ISO/CEI 2: 1996“.

„L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance“, est le Ministère de l'Economie qui dirige et gère un système d'accréditation et qui prononce l'accréditation.

Un projet est en cours d'élaboration sur l'accréditation.

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

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

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

§ 3. Nul ne peut être contraint de signer électroniquement.

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

Deux hypothèses méritent d'être envisagées:

- *Si la signature employée a été créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qu'elle est combinée à un certificat qualifié, émis par un prestataire de service de certification, elle a une force probante équivalente à une signature manuscrite au sens de l'article 1322-1 du code civil. Cela se justifie eu égard au niveau de sécurité requis.*
- *Si, en revanche, la signature électronique ne satisfait pas aux exigences du § 1 de l'article 18 de la présente loi, la directive sur les signatures électroniques contient une clause de non-discrimination à l'article 5 § 2 que nous avons repris dans le § 2 de l'article 18.*

Comme le précise toutefois le § 2, elle ne saurait être rejetée par le juge pour cette seule raison (cf. article 5 § 2 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques). Il appartient à la personne qui s'en prévaut d'apporter la preuve de la fiabilité de la technique utilisée afin d'établir que la signature répond aux critères posés par l'article 1322-1 du Code civil. Ainsi, l'acte auquel elle est attachée servira de commencement de preuve par écrit ou d'indice.

L'approche fonctionnelle de la signature préconisée à l'article 1322-1 du Code civil permet de la sorte une très large reconnaissance des signatures électroniques.

Le dispositif sécurisé et le certificat qualifié sont définis à l'article 17 du projet de loi qui renvoie à des règlements grand-ducaux afin de garder la neutralité technique dans le corps du texte.

Précisons aussi que le recours à un prestataire accrédité n'a aucune incidence juridique, en effet, la signature électronique possède des effets juridiques si elle est dotée d'un certificat qualifié qu'il provienne d'un prestataire accrédité ou pas.

Section 2. Des prestataires de service de certification

Sous-Section 1. Des prestataires de service de certification

Il s'agit ici des prestataires qui n'émettent pas des certificats qualifiés, ces derniers sont soumis, en vertu de la directive à certaines obligations moins nombreuses que les prestataires émettant des certificats qualifiés. Quant à la responsabilité, la directive ne prévoit un régime de responsabilité spécifique que pour les prestataires émettant des certificats qualifiés (article 6). Cette sous-section contient des obligations auxquelles sont soumis tous les prestataires, qu'ils émettent ou non des certificats qualifiés, qu'ils soient ou non accrédités. En tout état de cause, les prestataires n'émettant pas de certificats qualifiés sont, pour le reste, soumis au droit commun.

Art. 19.– De l'obligation de secret professionnel

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

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

§ 3. L'obligation de secret n'existe pas à l'égard de l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance agissant dans le cadre de ses compétences légales.

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

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

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

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

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

Le § 3 énonce le principe selon lequel il n'existe pas d'obligation de secret à l'égard de l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, laquelle doit être en mesure d'assurer la surveillance des prestataires de service de certification placés sous son contrôle. (Mais attention ce principe ne serait valable qu'à l'égard des prestataires accrédités.)

Le § 4 impose la même obligation de secret professionnel à l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance ainsi qu'aux personnes liées à elle et qui pourraient être amenées à connaître des informations confidentielles dans le cadre de leurs activités.

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

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

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

Art. 20.– De la protection des données à caractère personnel

§ 1.– L'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance et les prestataires de service de certification sont tenus au respect des dispositions légales régissant le traitement de données à caractère personnel.

§ 2.– Le prestataire de service de certification qui délivre des certificats à l'intention du public ne peut recueillir des données à caractère personnel que directement auprès de la personne qui demande un certificat, ou avec le consentement explicite de celle-ci, auprès de tiers. Le prestataire ne collecte les données que dans la seule mesure où ces dernières sont nécessaires à la délivrance et à la conservation du certificat. Les données ne peuvent être recueillies ni traitées à d'autres fins sans le consentement explicite de la personne intéressée.

§ 3. Lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification qu'avec le consentement du titulaire, et dans les cas prévus à l'article 19 § 2.

Le § 1 vise à assurer qu'en matière de signature électronique, l'autorité nationale d'accréditation et les prestataires de service de certification satisfont aux exigences de la directive 95/46, directive-cadre en matière de protection des données personnelles.

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

Le titulaire ne désirant pas que son nom apparaisse sur le certificat peut choisir un pseudonyme. Cette disposition s'inspire également de la directive sur les signatures électroniques. Les effets juridiques donnés aux pseudonymes relèvent de la législation nationale.

Il convient toutefois de souligner que, bien que l'anonymat soit garanti, le signataire est identifié auprès du prestataire de service de certification. La véritable identité du titulaire ne pourra être révélée par le prestataire de service de certification que si le titulaire a marqué son consentement et que cette révélation est autorisée ou imposée en vertu des dispositions du code pénal et du code d'instruction criminelle.

Art. 21.– Des obligations du titulaire de certificat

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

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

§ 3. En cas de doute quant au maintien de la confidentialité du dispositif de création de signature ou de perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titulaire est tenu de faire suspendre, voire de révoquer immédiatement le certificat conformément aux articles 26 et 27 de la présente loi.

§ 4. Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance, a été suspendu ou révoqué, son titulaire ne peut plus utiliser les données afférentes à la création de signature correspondantes pour signer ou faire certifier ces données par un autre prestataire de service de certification.

Le titulaire doit assurer la confidentialité et l'intégrité de son dispositif de création de signature.

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

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

Pour de multiples raisons, il pourrait se faire que la confidentialité du dispositif de création de signature soit compromise ou que le titulaire de certificat craigne qu'il en soit ainsi.

Deux procédures, l'une de suspension (article 26), l'autre de révocation (article 27), sont prévues par la présente loi afin de parer à cette éventualité. Le titulaire du certificat doit les mettre en œuvre au moindre doute relatif au maintien de la confidentialité du dispositif. Les procédures de suspension ou de révocation sont également applicables dans l'hypothèse où l'une des mentions certifiées ne serait plus conforme à la réalité.

Sous-Section 2.— Des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés

La directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques prévoit de nombreuses obligations à la charge des prestataires émettant des certificats qualifiés (annexe II).

Art. 22.— De l'obligation d'information

§ 1.— Préalablement à toute relation contractuelle avec une personne demandant un certificat qualifié ou à la demande d'un tiers qui se prévaut d'un tel certificat, le prestataire de service de certification procure, sur un support durable et dans une langue aisément compréhensible, les informations nécessaires à l'utilisation correcte et sûre de ses services.

Ces informations se rapportent au moins:

- a) à la procédure à suivre afin de créer et de vérifier une signature électronique;
- b) aux modalités et conditions précises d'utilisation des certificats, y compris les limites imposées à leur utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers;
- c) aux obligations qui pèsent, en vertu de la présente loi, sur le titulaire du certificat et le prestataire de service de certification;
- d) à l'existence d'un régime volontaire d'accréditation;
- e) aux conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification;
- f) aux procédures de réclamation et de règlement des litiges.

§ 2.— Le prestataire de service de certification fournit un exemplaire du certificat au candidat titulaire.

Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

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

- *la procédure à suivre pour produire et vérifier une signature électronique.*
- *la nécessité de signer au moyen d'un nouveau dispositif de création de signature les messages de données signés électroniquement avant que la durée du certificat ne soit écoulée. Dans le cadre de la cryptographie asymétrique, la paire de clés et le certificat n'ont qu'une „durée de vie“ limitée. Après une certaine période, on considère que cette paire de clés n'a plus un niveau de sécurité suffisant car le risque de découvrir la clé privée à partir de la clé publique augmente. L'utilisateur devra donc se doter d'une nouvelle paire de clés et se voir attribuer un nouveau certificat pour signer les messages antérieurs et les nouveaux messages.*
- *les obligations qui pèsent sur le prestataire de service de certification (obligation de vérification des informations avant d'émettre un certificat, obligation de délivrer un certificat avec un contenu minimum, obligation de tenir un registre électronique, obligation de protéger la confidentialité et d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs lorsqu'elle génère des dispositifs de création et de vérification de signature, règles relatives à la suspension et à la révocation des certificats, dispositions relatives à la vie privée, régime de responsabilité, ...).*
- *les obligations qui pèsent sur le titulaire de certificat (obligation de garder secret le dispositif de création de signature, pleine responsabilité de l'utilisation de celui-ci, obligation de demander la suspension ou révocation en cas de perte de la confidentialité ou perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, ...) et sur le destinataire du message signé électroniquement (obligation de vérifier la signature électronique, de consulter le registre électronique de certificats, confiance).*
- *Quand au d) du § 1, il paraît nécessaire de préciser au titulaire du certificat que ce dernier a été délivré par un prestataire accrédité car même si cela n'a pas d'effet juridique, il s'agit d'un label de qualité qui pourra jouer sur le marché.*

- les conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification.
- les procédures de réclamation et de règlement des litiges.

Le paragraphe 2 provient du k) de l'annexe II de la directive sur les signatures électroniques. Elle étend l'obligation d'information aux tiers sous réserve de l'acceptation du titulaire du certificat. Nous l'avons réadapté en effet, l'information aux tiers est faite par inscription du certificat dans l'annuaire électronique prévu dans un règlement grand-ducal.

Art. 23.– § 1. Le contenu et la publication d'un certificat sont soumis au consentement de son titulaire.

§ 2. Le prestataire de service de certification conserve un annuaire électronique comprenant les certificats qu'il délivre et le moment de leur expiration. Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

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

Le titulaire est invité par ailleurs à accepter la publication du certificat. Dans le souci du respect de l'anonymat, il peut s'opposer à cette publication. A défaut, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans un registre public accessible à tous les utilisateurs.

Le prestataire de service de certification a l'obligation de conserver un annuaire électronique. Pour plus de détails se rapporter au règlement grand-ducal relatif aux exigences concernant les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés.

Art. 24.– De l'obligation de vérification

§ 1. Préalablement à la délivrance d'un certificat, le prestataire de service vérifie la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de signature.

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

Le prestataire de service de certification atteste que toutes les informations visées dans le certificat qu'il délivre sont exactes. Le contenu du certificat qualifié est précisé dans un règlement grand-ducal.

Il est tenu de vérifier le lien entre le candidat titulaire et son dispositif de vérification de signature et de le confirmer. C'est l'existence et la véracité de ce lien qui constituent l'essence du certificat.

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

Art. 25.– De l'émission et du contenu des certificats qualifiés

§ 1. Seuls les prestataires de service de certification qui satisfont aux exigences de sécurité et de fiabilité déterminées par règlement grand-ducal peuvent émettre des certificats qualifiés.

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

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

§ 4. Un certificat qualifié peut être délivré tant par un prestataire de service de certification que par un prestataire de service de certification non accrédité pour autant que celui-ci remplit les conditions requises par la loi et les règlements grand-ducaux pris pour son application.

Conformément à l'article 2 § 10 de la directive sur les signatures électroniques, un certificat ne peut être considéré comme un certificat qualifié qu'à condition, d'une part, qu'il soit émis par un prestataire de service de certification qui satisfait à certaines exigences (annexe II de la directive) et, d'autre part, qu'il comporte un contenu minimum (annexe I de la directive). Bien entendu ces annexes sont transposées dans des règlements grand-ducaux.

Conditions d'émission du certificat:

Un certificat qualifié peut être délivré tant par un prestataire de service de certification accrédité que par un prestataire de service de certification non accrédité pour autant que celui-ci satisfait aux exigences arrêtées par voie de règlement grand-ducal (Cf. annexe II de la directive). Une signature électronique reposant sur un certificat qualifié émis par un prestataire de service de certification et un dispositif sécurisé de signature aura la même force probante qu'une signature manuscrite conformément à l'article 18 du projet, et ce en raison de l'environnement extrêmement sécurisé qui entoure sa création. Ceci ne veut pas dire qu'une signature électronique ne reposant pas sur un certificat qualifié émis par un prestataire de service de certification mais satisfaisant néanmoins aux exigences du règlement grand-ducal (Cf. annexe II de la directive) ne puisse pas bénéficier de cette reconnaissance juridique. Dans les deux cas il faudra prouver devant le juge que les conditions exigées dans l'article 18 sont réunies, de même il existe une procédure de vérification d'écriture pour la signature manuscrite.

L'ancien § 4 relatif à la signature électronique du prestataire de service de certification du certificat qualifiée a été supprimé, puisque cette condition figure dans un règlement grand-ducal avec les autres conditions relatives à un certificat qualifié. Tout ceci afin de demeurer cohérent.

Art. 26.– De la suspension des certificats

§ 1. A la demande de son titulaire, le prestataire de service de certification suspend le certificat qualifié immédiatement. Il lève cette suspension dans les mêmes conditions.

§ 2. Le prestataire de service de certification suspend également le certificat qualifié lorsqu'il existe des raisons sérieuses pour admettre que le certificat a été délivré sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité, que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée, ou que le certificat a fait l'objet d'une utilisation frauduleuse.

§ 3. Le prestataire de service de certification informe le titulaire du certificat de la suspension en motivant sa décision.

La suspension doit être levée immédiatement lorsqu'un examen plus approfondi démontre le caractère correct de l'information ou la non-violation de la confidentialité du dispositif de création de signature.

Afin d'être fiable, la fonction de certification exige, outre la délivrance de certificats, la gestion de ceux-ci. Celle-ci suppose que le prestataire de service de certification procède à la suspension ou à la révocation du certificat dans les conditions et selon la procédure prévues par le présent projet.

La suspension vise à interrompre jusqu'à nouvel ordre l'usage d'un certificat. Elle empêche le titulaire d'utiliser le certificat et évite que les tiers puissent s'y fier.

La suspension est assurée par le prestataire de service de certification qui a délivré le certificat, soit à la demande de son titulaire, soit d'office.

Lorsqu'elle a lieu à la demande du titulaire, que cette demande soit ou non motivée, le prestataire de service de certification a l'obligation de procéder immédiatement à l'exécution de l'ordre de suspension. Il lève cette suspension dans les mêmes conditions.

Lorsque la suspension du certificat a lieu à l'initiative du prestataire de service de certification, celui-ci a l'obligation d'en avertir immédiatement le titulaire et de motiver sa décision. Elle ne peut avoir lieu que s'il existe des raisons sérieuses pour admettre soit que le certificat a été délivré sur la base d'informations erronées ou falsifiées, soit que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à réalité, soit que la confidentialité du dispositif de création de signature a été violée.

La suspension du certificat constitue une mesure transitoire et ne pourrait par conséquent constituer une étape ultime dans le processus de certification. C'est pourquoi, lorsqu'il a procédé d'office à la suspension d'un certificat, le prestataire de service de certification a l'obligation de procéder à un examen plus approfondi afin de déterminer s'il y a lieu de lever la suspension ou de procéder à la révocation du certificat conformément à l'article 27.

Art. 27.– De la révocation des certificats

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

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

- a) après suspension, un examen plus approfondi démontre que le certificat a été constitué sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus

conformes à la réalité, ou que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée ou que le certificat a été utilisé frauduleusement;

- b) lorsqu'elle est informée du décès de la personne physique ou de la dissolution de la personne morale qui en est le titulaire.

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

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

§ 4. La révocation d'un certificat qualifié est définitive.

§ 5. Immédiatement après la décision de révocation, le prestataire de service de certification inscrit la mention de la révocation du certificat dans l'annuaire électronique visé à l'article 23.

La révocation devient opposable aux tiers dès son inscription dans l'annuaire électronique.

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

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

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

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

La décision de révocation est définitive et donc irréversible.

La suspension et la révocation sont opposables au titulaire et aux tiers à partir de sa publication au registre. En effet, dès cette publication, le titulaire de certificat et le prestataire de service de certification pourront se prévaloir du fait que le certificat est suspendu ou révoqué vis-à-vis des tiers, et particulièrement du destinataire du message signé électroniquement qui est tenu de vérifier que le certificat n'est ni suspendu ni révoqué.

Lorsqu'il est appelé à suspendre ou à révoquer un certificat à la demande du titulaire, le prestataire de service doit procéder immédiatement à l'inscription de cette information sur le registre, en indiquant clairement que le certificat a fait l'objet de suspension ou de révocation. Notons que le terme „immédiatement“ aura une valeur temporelle différente suivant qu'il s'agit d'une demande de suspension ou de révocation. En effet, avant de procéder à la suspension ou à la révocation, le prestataire de service de certification est tenu d'identifier la personne qui effectue la demande. Cette identification prendra un certain temps. Toutefois ce laps de temps doit nécessairement être extrêmement court en cas de demande de suspension. La suspension suppose que l'on veuille agir vite et bloquer rapidement le certificat afin d'éviter toute utilisation frauduleuse. Le prestataire de service de certification pourra donc se contenter de procéder à une identification succincte voire tout à fait superficielle. On estime, dans ce cas, que les inconvénients qui résulteraient de la non-suspension immédiate sont supérieurs à ceux qui découleraient d'une suspension demandée par une personne mal intentionnée qui se ferait passer pour le titulaire du certificat. Par contre, une demande de révocation a des conséquences plus graves qu'une demande de suspension, notamment de par le fait qu'une révocation ne peut être levée. Il est dès lors indispensable que le prestataire de service de certification identifie de manière certaine la personne qui effectue la demande de révocation pour s'assurer qu'il est le véritable titulaire du certificat, même si cette identification peut prendre du temps. Dans ce cas, il existe peu de risques car toute révocation peut être précédée d'une suspension.

Art. 28.– De la responsabilité des prestataires de service de certificats qualifiés

§ 1.– A moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se fie raisonnablement:

- à l'exactitude des informations contenues dans le certificat qualifié à dater de sa délivrance;
- l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;

- l'assurance que le dispositif de création de signature et le dispositif de vérification de signature fonctionnent ensemble de façon complémentaire, au cas où le prestataire a généré les deux dispositifs.

§ 2.– A moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se prévaut raisonnablement du certificat, pour avoir omis de faire enregistrer la suspension ou la révocation du certificat.

§ 3.– Le prestataire de service de certification n'est pas responsable du préjudice résultant de l'usage abusif d'un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées à son utilisation ou la valeur limite des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, pour autant que ces limites soient inscrites dans le certificat.

§ 4.– Toute convention contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite.

Ces dispositions sont directement inspirées de la directive relative aux signatures électroniques du 13 décembre 1999.

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

Au regard du degré de spécialisation technique que l'on est en droit d'attendre de tout prestataire de service de certification ainsi que de la confiance qu'un régime de certification est censé susciter, la responsabilité du prestataire est engagée dès lors que l'émission de certificats entraîne un dommage. Le régime mis en place est fondé sur la présomption simple de responsabilité du prestataire de service de certification. Celui-ci pourrait toutefois réfuter cette présomption en démontrant qu'il n'a commis aucune négligence, que la personne qui se fie au certificat est de mauvaise foi ou que le dommage résulte du non-respect des restrictions posées à l'utilisation du certificat pour autant que celles-ci soient indiquées dans le certificat. La responsabilité du prestataire de service de certification est également engagée lorsqu'il n'a pas suspendu ou révoqué un certificat alors qu'il aurait dû le faire en application des articles 26 et 27 de la présente loi.

Enfin, un prestataire de service de certification peut émettre des restrictions à l'utilisation d'un certificat pour autant qu'elles ne violent pas les dispositions de la présente loi. Il doit toutefois en informer les utilisateurs. Dans ce cas, le prestataire de service de certification ne pourrait être tenu responsable des dommages résultant de l'usage contre-indiqué d'un certificat.

Donc il est ici organisé un système de responsabilité à double détente, les prestataires voient leur responsabilité engagée mais il existe des limites liées au montant et à l'utilisation du certificat.

Cette responsabilité est engagée si la personne se fie „raisonnablement“, ce qui signifie que certaines informations sont très difficiles à vérifier par le prestataire par exemple la qualité de signataire donc elles sont probablement sûres à 99%.

La bonne foi n'a pas besoin d'être précisée puisqu'elle est présumée.

Les données afférentes à la création de signature et les données afférentes à la vérification de signature sont définies dans un règlement grand-ducal.

Quant au paragraphe 4, il répute nulles les clauses contraires aux trois paragraphes précédents, c'est-à-dire qu'il 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.

Art. 29.– De la reconnaissance des certificats de pays tiers

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

- a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées par la présente loi et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi par un Etat membre de l'Union européenne; ou
- b) si un prestataire de service de certification établi dans un Etat membre de l'Union européenne garantit ces certificats; ou
- c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral entre le Luxembourg et des pays tiers ou dans le cadre d'un accord multilatéral entre l'Union européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

Afin de revêtir une réelle utilité, toute infrastructure de certification adoptée à un niveau national doit être envisagée dans une perspective internationale. L'article 21 du projet, en traitant de la reconnaissance des certificats communautaires et des certificats de pays tiers, font écho à cette préoccupation. Ils sont directement inspirés de l'article 7 de la directive relative aux signatures électroniques.

De la reconnaissance des certificats étrangers: par cette disposition, le Grand-Duché de Luxembourg entend susciter la confiance des utilisateurs et ouvrir ses portes au commerce international.

Toutefois, les certificats émis par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne auront uniquement la même valeur que ceux délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg, pour autant qu'ils répondent à une des trois conditions visées à l'article 21.

L'article 7 de la directive sur les signatures électroniques est étroitement liée à l'article 5 § 1 et § 2. En effet, l'art. 7 a) remplit les conditions de l'art. 5 § 1 donc la signature électronique possède les effets juridiques d'une signature manuscrite. Pour le b) il va de soi puisque l'article 5 § 2 établit un principe de non-discrimination.

Sous-Section 3. Des prestataires de service de certification accrédités

Art. 30.– L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance

L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance veille au respect par les prestataires de service de certification de la présente loi et des règlements qui s'imposent à eux.

Plus particulièrement, elle a pour missions:

- d'octroyer et de retirer les accréditations;
- de coordonner l'application cohérente et transparente des principes et procédures d'accréditation en application de la présente loi et des règlements.

L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance exerce une mission de surveillance générale des prestataires de service de certification.

A cet effet, elle vérifie si un prestataire de service de certification non accrédité ne fait pas croire qu'il est accrédité. (Elle peut aussi, en cas de litige, être chargé comme expert de vérifier qu'un prestataire de service de certification non accrédité respecte les exigences de l'annexe II de la directive sur un cadre communautaire relatif aux signatures électroniques.) Elle vérifie également que les prestataires de service de certification accrédités se conforment aux conditions d'accréditation ainsi qu'aux dispositions stipulées par ou en vertu de la loi. Elle peut procéder à la suspension ou au retrait de l'accréditation si nécessaire.

Le Ministère de l'Economie est désigné comme Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance.

Art. 31.– De l'accréditation

§ 1. Les prestataires de service de certification sont libres de demander ou non une accréditation.

§ 2. L'accréditation couvre la délivrance de certificats relatifs à l'identité, éventuellement à la profession ou tout autre attribut durable du titulaire du certificat, ainsi qu'à toute autre mention pouvant être certifiée.

§ 3. Le prestataire de service de certification peut demander l'accréditation pour un ou plusieurs de ces éléments et pour une ou plusieurs catégories de titulaires.

Le § 1er consacre un principe de liberté, celui de se faire accréditer ou pas. Il peut ainsi coexister sur le marché des prestataires de service de certification accrédités et non accrédités.

Si un prestataire de service de certification désire obtenir une accréditation, il pourra introduire sa demande auprès de l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance. L'accréditation ne sera accordée et maintenue que si le prestataire de service de certification répond aux conditions d'accréditation stipulées par ou en vertu de la loi (article 32), et appréciées par l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance. Ces conditions ont pour objectif de garantir un ensemble d'impératifs de nature à accroître la confiance dans les prestataires de service de certification accrédités. L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance exerce la surveillance du respect de ces conditions (Règlement grand-ducal concernant la procédure, la suspension et le retrait de l'accréditation).

Les §§ 2 et 3 consacrent le principe de la variabilité du contenu des accréditations. La loi donne la possibilité pour un prestataire de service de certification de demander une accréditation plus ou moins étendue en fonction des personnes auxquelles il souhaite délivrer des certificats.

Un prestataire de service de certification peut demander une accréditation large qui couvre la délivrance de certificats à la fois à des personnes physiques et morales (de droit privé ou de droit public) ou à certaines catégories de personnes seulement. Par exemple, un prestataire de service de certification peut se spécialiser dans la certification de la profession d'avocat ou de médecin: il sera donc qualifié pour certifier une personne physique ayant l'attribut d'avocat ou de médecin mais ne pourra pas se prévaloir de son statut pour les autres catégories de personnes physiques (notaire, architecte, ...) ni pour les personnes morales. Toutefois, le prestataire de service de certification pourra délivrer un certificat à toute personne physique ne se prévalant d'aucun attribut particulier.

La variabilité du domaine des accréditations permet d'alléger les exigences requises à l'égard d'un prestataire de service de certification qui désire se spécialiser dans la certification d'un attribut précis. Admettre au contraire un système d'accréditation uniforme aurait pour conséquence d'obliger le prestataire de service de certification:

- à mettre en place un système capable de délivrer des certificats à tout type de personne et tout type d'attribut c'est-à-dire un processus contraignant mais superflu de vérification des informations;*
- à engager des coûts non négligeables pour obtenir une accréditation qu'il n'exploiterait que partiellement;*
- à faire l'objet d'un audit plus astreignant que ce qui est nécessaire.*

Art. 32.– Des conditions d'obtention de l'accréditation

§ 1. Les conditions d'obtention et de conservation de l'accréditation sont fixées par un règlement grand-ducal.

§ 2. Un règlement grand-ducal détermine:

- a) la procédure de délivrance, d'extension, de suspension et de retrait des accréditations;
- b) les frais d'examen et de suivi des dossiers;
- c) les délais d'examen des demandes;
- d) le montant et les modalités de la garantie financière;
- e) les conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification et l'interconnexion des registres de certificats;
- f) les règles relatives à l'information que le prestataire de service de certification est tenu de conserver concernant ses services et les certificats délivrés par lui;
- g) les garanties d'indépendance que les prestataires de service de certification doivent offrir aux utilisateurs du service;
- h) la durée de conservation des données.

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

§ 4. La décision sur la suspension ou le retrait de l'accréditation peut être déferée, dans le délai d'un mois, sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge de fond.

L'article 28 fixe les conditions qui doivent impérativement être remplies par un prestataire de service de certification pour obtenir et conserver une accréditation.

Le § 1er renvoie à un règlement grand-ducal pour fixer les conditions de l'accréditation. Ce règlement est aussi visé au § 2. En répondant à ces conditions, un prestataire de service de certification démontre la crédibilité et la confiance que les utilisateurs peuvent avoir en lui.

S'agissant tout d'abord des garanties d'intégrité, de disponibilité et de sécurité, le prestataire de service de certification doit notamment utiliser un système informatique fiable. Cela implique que le prestataire de service de certification tienne un registre électronique accessible en permanence à toute personne et qu'il soit protégé contre toute modification non autorisée. En outre le prestataire de service de certification doit faire en sorte de protéger de manière adéquate la confidentialité de son dispositif de création de signature utilisé afin de signer les certificats qu'il émet. Il doit ensuite posséder l'expertise nécessaire pour assurer ses activités de certification. A cette fin, les employés du prestataire de service de certification doivent posséder des qualités professionnelles en matière de certification ou dans un domaine connexe. Ils doivent par ailleurs justifier de leur intégrité (absence de condamnation pour fraude, faux en écriture ...). Le prestataire de service de certification doit utiliser des procédures et méthodes administratives et de gestion adaptées et conformes à des normes reconnues. Enfin, il doit offrir des garanties financières suffisantes pour exercer ses activités et, le cas échéant, indemniser les

utilisateurs ayant subi un dommage à la suite de l'inexécution des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la loi. Pour ce faire, il souscrira utilement une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle.

Le prestataire de service de certification doit se conformer aux exigences de fiabilité technique posées par l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance ou par règlement grand-ducal. En effet, l'article 22 impose à tout prestataire de service de certification d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs.

Le règlement grand-ducal visé au § 2 fixe les modalités techniques relatives à la délivrance de l'accréditation et précise les conditions stipulées au § 1er. Il pourrait déterminer par ailleurs le niveau d'indépendance dont les prestataires de service de certification accrédités devraient bénéficier vis-à-vis des utilisateurs de leurs services.

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

Art. 33.– De l'arrêt et du transfert des activités

§ 1. Le prestataire de service de certification accrédité informe dans un délai raisonnable l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance de son intention de mettre fin à ses activités ou, le cas échéant, de son incapacité de poursuivre ses activités. Il s'assure de la reprise de celles-ci par un autre prestataire de service de certification accrédité, dans les conditions décrites au § 2 du présent article, ou, à défaut, prend les mesures requises au § 3 du présent article.

§ 2. Le prestataire de service de certification accrédité peut transférer à un autre prestataire tout ou partie de ses activités. Le transfert des certificats est opéré aux conditions suivantes:

- a) le prestataire de service de certification avertit chaque titulaire de certificat encore en vigueur qu'il envisage de transférer les certificats à un autre prestataire de service de certification au moins un mois avant le transfert envisagé;
- b) il précise l'identité du prestataire de service de certification auquel le transfert de ces certificats est envisagé;
- c) il indique à chaque titulaire de certificat leur faculté de refuser le transfert envisagé, ainsi que les délais et modalités dans lesquels il peut le refuser. A défaut d'acceptation expresse du titulaire au terme de ce délai, le certificat est révoqué.

§ 3. Tout prestataire de service de certification accrédité qui cesse ses activités sans que celles-ci ne soient reprises par un autre prestataire de service de certification accrédité, révoque les certificats un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des données conformément à l'article 28.

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

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

Si un prestataire de service de certification met fin volontairement ou non à ses activités, il est tenu d'en avertir l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance dans un délai raisonnable pour lui permettre de contrôler l'opération. En vue d'assurer la continuité du service, le prestataire de service de certification doit tout mettre en œuvre pour que ses activités soient reprises par un autre prestataire de service de certification accrédité conformément aux conditions fixées par le § 2. S'il ne trouve pas de repreneur, il procède à la révocation des certificats un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour que les données soient conservées.

Le § 4 énumère les cas principaux de cessation d'activité.

Art. 34.– Du contrôle

§ 1.– Lorsque l'Autorité Nationale d'Accréditation constate qu'un prestataire de service de certification accrédité ne se conforme pas aux prescriptions de la présente loi et des règlements, elle fixe un délai pour régulariser la situation et éventuellement, suspend l'accréditation.

§ 2.— Si, après l'écoulement de ce délai, le prestataire de service de certification accrédité n'a pas régularisé sa situation, la même autorité procède au retrait de l'accréditation.

§ 3.— Le prestataire de service de certification est tenu de mentionner immédiatement dans son annuaire électronique le retrait de l'accréditation et d'en informer sans délai les titulaires de certificat.

Puisque l'Administration est chargée de la surveillance des prestataires de service de certification accrédités, il convient de lui fournir les moyens d'agir dans les cas où elle constaterait l'irrespect des prescriptions de la loi.

Si l'Administration constate qu'un prestataire de service de certification accrédité ne se conforme pas aux prescriptions de la loi, elle peut fixer un délai pour régulariser, ce délai est fixé discrétionnairement par l'Administration en fonction du cas d'espèce. Elle peut éventuellement suspendre.

Par sécurité juridique, le prestataire de service de certification est tenu de mentionner immédiatement dans son annuaire le retrait de l'accréditation (sauf si le titulaire s'est opposé à cette publication) et d'en informer immédiatement les titulaires de certificat.

Sous-section 4. Du recommandé électronique

Art. 35.— Le message signé électroniquement sur base d'un certificat qualifié dont l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception, sont certifiés par le prestataire conformément aux conditions fixées par règlement grand-ducal constitue un envoi recommandé.

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

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

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

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

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

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

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

*

TITRE III

DISPOSITIONS PENALES

Section 1. Des sanctions pénales

Art. 36.— L'article 196 du code pénal est modifié comme suit:

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

Soit par fausses signatures,

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

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

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

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

La signature électronique, définie dans le nouvel article 1322-1 du Code civil, revêt la même valeur que la signature manuscrite traditionnelle; dès lors, sa contrefaçon doit être sanctionnée de manière identique. A cet effet, il est proposé d'étendre le champ d'application de l'article 196 sur le faux en écritures aux „écritures électroniques“.

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

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

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

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

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

Art. 37.– L'article 197 du code pénal est modifié comme suit:

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

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

Art. 38.– L'article 213 du code pénal est modifié comme suit:

„L'application des peines portées contre ceux qui auront fait usage des monnaies, effets, coupons, billets, sceaux, timbres, poinçons, marques, dépêches télégraphiques et écrits y compris électroniques contrefaits, fabriqués, falsifiés ou altérés, n'aura lieu qu'autant que ces personnes auront fait usage du faux, dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire.“

Le terme écrit figurant dans cette disposition est complété par la précision que l'écrit peut être électronique.

Le terme de chose fausse est remplacé par celui de faux, objet de l'infraction.

Art. 39.– L'article 240 du code pénal est modifié comme suit:

„Sera puni de la réclusion de cinq à dix ans tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public, qui aura détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers ou biens incorporels qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge.

Si le détournement n'excède pas le cautionnement, le coupable sera puni d'un emprisonnement d'un mois à six mois."

Il s'agit de compléter le texte de l'article 240 en précisant que le détournement opéré par le fonctionnaire peut porter sur des biens incorporels.

Art. 40.– L'article 461 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol.

Est également coupable de vol quiconque s'est frauduleusement rendu maître d'un bien incorporel qui ne lui appartient pas.

Est assimilé au vol, le fait de soustraire frauduleusement un véhicule automoteur ou un cycle appartenant à autrui en vue d'un usage momentané et avec l'intention de le restituer."

Pour les raisons plus amplement développées dans la partie générale de l'exposé des motifs, il est proposé de sanctionner l'atteinte aux biens incorporels qui, au regard de leur valeur économique, entrent dans le patrimoine de leur propriétaire.

Ainsi qu'il est expliqué ci-dessus, le terme de bien incorporel est repris de certains arrêts de la Cour de cassation française.

Au niveau de sa formulation, le nouveau deuxième alinéa, qu'il est proposé d'ajouter à l'article 461, reste le plus près possible de la terminologie et du style du 1er alinéa.

Par la formule introductive „Est également coupable de vol“, il est précisé que la mainmise frauduleuse sur un bien incorporel d'autrui constitue un vol et n'est pas seulement assimilé à un vol au sens du nouveau troisième alinéa visant le vol d'usage.

Le nouveau deuxième alinéa s'écarte de la terminologie retenue pour le vol d'un objet corporel en ce qu'il omet toute référence à la „soustraction“. Au terme de „soustraire“, qui implique, selon une certaine doctrine, une exclusivité dans la possession „animo domini“, est préféré celui de „se rendre maître“ qui couvre le cas de figure où un bien est appréhendé par le voleur qui en obtient la disposition au même titre que le propriétaire légitime.

Art. 41.– L'article 467 du code pénal est modifié comme suit:

„Le vol sera puni de la réclusion de cinq à dix ans:

S'il a été commis à l'aide d'effraction, d'escalade ou de fausses clefs, y compris électroniques;

S'il a été commis par un fonctionnaire public à l'aide de ses fonctions;

Si les coupables, ou l'un d'eux, ont pris le titre ou les insignes d'un fonctionnaire public ou ont allégué un faux ordre de l'autorité publique."

L'informatique peut non seulement être l'objet, mais également l'instrument d'une infraction.

L'utilisation de fausses clés, qui constitue une circonstance aggravante du vol, doit être étendue aux clés électroniques.

Art. 42.– L'article 469 du code pénal est modifié comme suit:

„Est assimilé au vol commis à l'aide de violences ou de menaces le cas où le voleur surpris en flagrant délit, a exercé des violences ou fait des menaces, soit pour se maintenir en possession des objets soustraits ou des biens incorporels dont il s'est rendu maître, soit pour assurer sa fuite.“

La modification de ce texte consiste dans l'ajout à la notion „d'objets soustraits“ des termes de „biens incorporels dont il s'est rendu maître“, en concordance avec la modification proposée pour l'article 461.

Art. 43.– L'article 470 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura extorqué, par violences ou menaces, soit la remise de fonds, valeurs ou objets mobiliers, soit la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'une pièce quelconque contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge ou d'un bien incorporel sera puni des peines portées aux articles 468, 471, 472, 473, 474 et 475, d'après les distinctions qui y sont établies.

Quiconque, à l'aide de la menace écrite ou verbale de révélations ou d'imputations calomnieuses ou diffamatoires, aura extorqué, soit la remise de fonds, valeurs ou objets mobiliers, soit la signature ou la remise des écrits énumérés ci-dessus, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 francs à 1.200.000 francs.

La tentative de ce dernier délit sera punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 10.001 à 400.000 francs."

L'objet de l'infraction d'extorsion doit, comme celui du vol, être étendu aux biens incorporels.

Art. 44.– L'article 471 du code pénal est modifié comme suit:

Le vol commis à l'aide de violences ou de menaces dans une maison habitée ou ses dépendances, sera puni de la réclusion de dix à quinze ans:

S'il a été commis avec effraction, escalade ou fausses clefs, y compris électroniques;

S'il a été commis par un fonctionnaire public à l'aide de ses fonctions;

Si les coupables, ou l'un d'eux, ont pris le titre ou les insignes d'un fonctionnaire public ou ont allégué un faux ordre de l'autorité publique;

S'il a été commis la nuit par deux ou plusieurs personnes;

Si des armes ont été employées ou montrées.

Il sera puni de la réclusion de quinze à vingt ans, s'il a été commis avec deux des circonstances précitées.

Art. 45.– L'article 487 du code pénal est modifié comme suit:

„Sont qualifiées fausses clefs:

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

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

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

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

Art. 46.– L'article 488 du code pénal est modifié comme suit:

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

Dans la logique de la modification de l'article 467, il y a lieu de compléter les articles 471, 487 et 488 par une référence aux fausses clés électroniques.

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

Art. 47.– L'article 491 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura frauduleusement soit détourné, soit dissipé au préjudice d'autrui, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge ou des biens incorporels et qui lui avaient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs.

Quiconque, dans une intention frauduleuse, se sera fait servir des boissons ou des aliments qu'il aura consommés sur place en tout ou en partie, ou se sera fait donner un logement dans les établissements à ce destinés, ou se sera fait transporter sur les voies publiques par un voiturier qui fait du transport de personnes sa profession, ou aura rempli ou fait remplir, à une station exploitée par un professionnel de la distribution, les réservoirs d'un véhicule ou d'autres réservoirs, en tout ou en partie, de carburants ou lubrifiants, et sans avoir payé le prix, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs. Les délits prévus au présent alinéa ne pourront être poursuivis que sur la plainte de la personne lésée. L'action publique sera éteinte par le paiement de la dette ou par le désistement de la partie plaignante.

Le coupable pourra, de plus, être condamné à l'interdiction, conformément à l'article 24."

Toujours dans la logique de l'adaptation des dispositions sur le vol, il y a lieu de prévoir que l'abus de confiance peut avoir pour objet un bien incorporel.

Art. 48.– L'article 496 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque, dans le but de s'approprier une chose ou un bien incorporel appartenant à autrui, se sera fait remettre ou délivrer ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, meubles, obligations, quittances, décharges, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, ou pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 10.001 francs à 1.200.000 francs. Le coupable pourra de plus être condamné à l'interdiction, conformément à l'article 24."

Tout comme le vol, l'extorsion ou l'abus de confiance, l'escroquerie peut porter sur un bien incorporel.

Art. 49.– L'article 498 du code pénal est modifié comme suit:

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

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

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

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

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

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

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

Art. 50.– L'article 505 du code pénal est modifié comme suit:

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

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

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

Art. 51.– Le premier alinéa de 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 un an et d'une amende de 20.000 francs à 1.000.000 francs ou de l'une de ces deux peines.“

L'article 509-1 ainsi que les articles 509-2 et 509-3 du code pénal relatifs à certaines infractions en matière informatique sont modifiés afin de les adapter au commerce électronique. En effet, le commerce électronique représente une réalité technologique plus vaste que l'informatique. Il part des ordinateurs où l'information est traitée, reçue, envoyée, conservée, pour aller sur les réseaux et notamment sur la „toile d'Internet“.

Art. 52.– L'article 509-2 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, entravé ou faussé le fonctionnement d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 20.000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines.“

Art. 53.– L'article 509-3 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement ou de transmission automatisé de données ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leurs modes de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 20.000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines.“

Section 2. De l'instruction

Art. 54.– Un nouvel article 33-1 rédigé comme suit, est inséré dans le code d'instruction criminelle:

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

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

Art. 55.– Un nouvel article 66-1 rédigé comme suit, est inséré dans le code d'instruction criminelle:

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

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

Le juge d'instruction peut, par ordonnance motivée, enjoindre à une personne, hormis l'inculpé, dont il considère qu'elle a une connaissance particulière du système informatique ou du mécanisme de protection ou de cryptage, qu'elle lui donne accès au système saisi ou aux données saisies contenues dans ce système ainsi qu'à la compréhension de données saisies protégées ou cryptées. Sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessous et des cas où la personne est obligée de garder secrets les renseignements lui confiés dans le cadre de son activité professionnelle, la personne désignée est tenue de prêter son concours. En cas de refus, le juge d'instruction peut la condamner à l'amende prévue à l'article 77 (2)."

Art. 56.– L'article 77 du code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(1) Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer, sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessus et de l'article 458 du Code pénal.

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

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

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

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

*

TITRE IV

DES COMMUNICATIONS COMMERCIALES

Art. 57.– *Définition*

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

Ne constituent pas en tant que tel des communications commerciales:

- les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de cette entreprise, organisation ou personne notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,
- les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière.

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

L'alinéa 2 de l'article 57 contient une définition négative des communications commerciales qui est issue de l'article 2 f) de l'accord politique en vue de la position commune relative au commerce électronique. Le premier tiret peut être illustré par un exemple: sur un site X sur la vente de vins on trouve le nom de domaine Y qui renvoie à son site pour des promotions portant sur des téléphones mobiles, or la mention de ce nom de domaine ne constitue pas de la communication commerciale car la publicité n'est pas directe mais elle sera faite sur le site de Y. Le second tiret peut être illustré par un autre exemple: sur un site on mentionne la possibilité de comparer les prix et la qualité des produits, le site offre un système de tests comparatifs, il ne s'agit pas de communication commerciale car elle n'est pas faite de manière indépendante et pas dans l'intérêt direct des entreprises visées, il s'agit de ce que l'on pourrait appeler de la communication critique.

Art. 58.– Obligation de transparence

La communication commerciale doit respecter les conditions suivantes:

- a) la communication commerciale doit être clairement identifiable en tant que telle;
- b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable;
- c) les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Les communications commerciales sont en passe de devenir une immense source de richesse sur Internet. Elles couvrent toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques. De même que toute l'utilisation qui est faite de ces outils de communication par tous les secteurs de biens et de services, les organismes publics et semi-publics, et les organisations caritatives et politiques. Ces dispositions s'inspirent directement de l'article 6 sur les communications commerciales de la future position commune en vue de l'adoption de la directive sur le commerce électronique. Cet article énonce le principe de l'identification claire de la communication commerciale comme telle. En effet, il est essentiel que le consommateur sache qui procède à cette communication commerciale, que l'opérateur commercial ne soit pas caché. Cette identification claire passe, par exemple, par une adresse de retour de celui qui a fait la communication commerciale.

Selon la future position commune, dans son article 6, les offres promotionnelles, si elles sont autorisées par la législation luxembourgeoise, peuvent faire l'objet de communications commerciales par les sociétés établies au Luxembourg, ce qui ne semble pas être le cas pour le moment (selon les articles 16 à 20 de la loi du 27 novembre 1986 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale telle qu'elle a été modifiée par loi du 14 mai 1992) aussi n'avons-nous pas introduit la disposition suivante:

les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme tels et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque. Par contre, les sociétés établies dans les autres Etats membres peuvent faire de la communication commerciale sur ces offres au Luxembourg puisque c'est le principe du pays d'origine qui s'applique. Ces sociétés seront alors soumises à cette obligation de transparence conformément à la législation de leur pays.

De plus, la personne pour le compte de laquelle cette communication est faite doit être identifiable, imaginons par exemple le cas des ventes pyramidales.

Art. 59.– Des communications commerciales non sollicitées

§ 1.– La communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée en tant que telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire.

§ 2.– L'envoi de communications commerciales par courrier électronique par un prestataire de service de la société de l'information à un destinataire n'est possible qu'en cas d'absence d'opposition manifeste de sa part.

§ 3.– Les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées doivent consulter régulièrement les registres „opt out“ où les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces personnes. Dans le cas contraire, les autorités compétentes peuvent prendre des sanctions contre ces prestataires. Les autorités compétentes et les sanctions seront déterminées par règlement grand-ducal.

§ 1: Directement inspirée par l'article 7 de la future position commune en vue de l'adoption de la directive sur le commerce électronique, l'obligation d'identifier clairement les communications commerciales non sollicitées trouverait également sa place dans un texte général sur la publicité de manière à imposer le respect de cette exigence, non seulement aux opérateurs dont les messages sont diffusés par voie électronique, mais aussi aux acteurs économiques utilisant des techniques publicitaires rédactionnelles par voie de presse.

Le § 2 consacre la technique de opt out qui vise à interdire toute communication commerciale par courrier électronique en cas d'opposition manifeste du destinataire du service, consommateur ou utilisateur.

La future position commune relative au commerce électronique n'exige pas explicitement que les Etats membres mettent en place des registres d'opt out dans le § 2 de l'art. 7 consacré aux communications commerciales non sollicitées mais elle les y incite. Ces registres conféraient à tout destinataire du service de la société l'information le droit de s'opposer, sur simple demande et gratuitement, à la réception de communications commerciales. La reconnaissance de ce droit suppose, en pratique, que les professionnels mettent en place ou adhèrent à des structures destinées à centraliser les refus exprimés par les destinataires des communications commerciales. Comme la future position commune précitée le précise, il est exigé que les Etats membres prennent des mesures pour assurer que les prestataires de services procédant à des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement et respectent les registres d'opt out dans lesquels les personnes physiques qui ne veulent pas recevoir de telles communications s'inscrivent.

*

TITRE V

DES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUE

Chapitre I. – Dispositions communes

Art. 60.– Définitions

Support durable: tout instrument qui permet au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées.

Cette définition est directement issue de la proposition modifiée de directive relative aux ventes à distance de services financiers et du document du Conseil du 29 octobre 1999 No 12383/99.

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

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

Il est proposé de se référer à l'ensemble des services fournis par les établissements de crédit, les autres professionnels du secteur financier, et les entreprises d'assurance et de réassurance. Ainsi dispose-t-on d'une définition large et donc adaptable à la future évolution de la proposition de directive relative aux contrats négociés à distance de services financiers.

Art. 61.– Champ d'application

§ 1.– Le présent titre s'applique aux contrats conclus par voie électronique entre professionnels, et entre professionnels et consommateurs, à l'exception des contrats suivants:

- les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location;
- les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;
- les contrats de caution et de garantie fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;
- les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

§ 2.– Les dispositions des articles 64 à 70 s'appliquent uniquement entre professionnels et consommateurs.

Cette liste est directement inspirée de l'article 9 § 2 de l'accord politique en vue de la position commune relative au commerce électronique. Ces contrats sont exclus car ils présentent un formalisme trop important et protecteur, pour être conclus par voie électronique.

Le § 2 précise que les articles 64 à 70 visent à protéger plus spécifiquement les consommateurs et ne s'appliquent pas entre professionnels alors que les articles 62 et 63 s'appliquent entre professionnels et entre consommateurs et professionnels.

Cela provient du fait que les articles 64 à 70 intègrent des articles issus de la directive relative aux ventes à distance, directive de protection des consommateurs alors que les articles 62 et 63 intègrent des dispositions provenant de l'accord politique en vue de la position commune relative au commerce électronique.

Art. 62.– Informations techniques générales à fournir

§ 1.– Sans préjudice de l'obligation générale d'information de l'article 5 de la présente loi et, sauf si les parties sont des professionnels et en ont convenu autrement, les modalités de formation d'un contrat par voie électronique doivent être transmises par le prestataire de manière claire et non équivoque et préalablement à la conclusion du contrat. Les informations à fournir doivent porter notamment sur:

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;
- b) l'archivage ou non du contrat par le prestataire une fois celui-ci conclu et son accessibilité;
- c) les moyens techniques pour l'identification et la correction des erreurs figurant dans les données introduites avant que le contrat ne soit conclu;
- d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

§ 2.– Les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être fournies au destinataire du service de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire.

Cet article est directement inspiré de l'article 10 (§ 1 et § 2 a)) de la future position commune relative au commerce électronique. Elle a pour but un consentement éclairé et complet des parties dans les différentes étapes à suivre pour la conclusion d'un contrat.

Ces informations sont à fournir indépendamment de la volonté de conclure un contrat ou pas. Il s'agit ici de la formation du contrat.

Les dispositions de l'alinéa c) permettent d'éviter la conclusion d'un contrat par erreur ou d'autres erreurs dans la conclusion du contrat lui-même.

§ 3.– Les deux premiers paragraphes du présent article ne s'appliquent pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes.

Ce § 3 est directement inspiré du § 3 de l'article 10 de la future position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects

juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Elle vise à ne pas imposer aux prestataires de service des charges techniques trop lourdes quand les contrats sont passés par simple email. Cependant, cette future position commune¹ contient un nouveau considérant qui précise bien que „les exceptions relatives aux contrats passés exclusivement au moyen d'un échange de messages électroniques ou au moyen de communications commerciales équivalentes ...”, en ce qui concerne les informations à fournir et les obligations relatives à la conclusion d'un contrat, ne sauraient avoir comme conséquence de permettre le contournement de ces dispositions par les prestataires de services de la société de l'information“.

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

§ 1.– Sauf si les parties qui sont des professionnels en ont convenu autrement, dans les cas où il est demandé à un destinataire du service d'exprimer son consentement en utilisant des moyens technologiques, pour accepter l'offre du prestataire, le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service.

- a) L'accusé de réception de l'acceptation est considéré comme étant reçu lorsque le destinataire du service peut y avoir accès,
- b) le prestataire est tenu d'envoyer immédiatement l'accusé de réception de l'acceptation.

Afin d'assurer la sécurité juridique pour les contrats conclus sur Internet, il est indispensable de déterminer le moment de conclusion du contrat. La détermination du moment de conclusion du contrat correspond à la proposition modifiée de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur du 30 août 1999². Si on ne détermine pas ce moment il le sera selon les règles de droit commun de droit civil qui risqueraient d'être difficiles à transposer en univers électronique.

Ce moment est donc celui où le destinataire reçoit du prestataire un accusé de réception de l'acceptation du destinataire. Et à partir de la date où le contrat est considéré comme conclu commencent à courir tous les délais, par exemple le délai de rétractation pour un consommateur.

Comme moyens technologiques pour manifester son acceptation il y a par exemple le fait de cliquer sur un icône.

L'accusé de réception par un prestataire peut être constitué par la fourniture en ligne d'un service payé.

§ 2.– Les dispositions du premier paragraphe du présent article ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de messages électroniques ou au moyen de communications commerciales équivalentes.

Ce paragraphe 2 atteste de la même préoccupation que le § 3 de l'article 62.

Chapitre II. – Des contrats conclus avec les consommateurs

Ce chapitre contient des dispositions spécifiques à la protection des consommateurs qui sont inspirées de la directive 97/7 relative à la vente à distance et sont ensuite adaptées au commerce électronique puisqu'un texte plus général sur la vente à distance va être élaboré.

Art. 64.– Informations préalables à fournir au consommateur

§ 1. Sans préjudice de l'obligation générale d'information de l'article 5 de la présente loi et des obligations d'information spécifiques aux services financiers, en temps utile avant la conclusion du contrat, le prestataire a l'obligation de fournir au consommateur, les informations suivantes:

- les coordonnées du prestataire de service de certification le cas échéant accrédité auprès duquel ce dernier a obtenu un certificat;
- les caractéristiques essentielles du produit ou du service proposé;
- la monnaie de facturation;
- la durée de validité de l'offre et du prix;

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

² Dossier interinstitutionnel No 98/0325(COD), doc. No 10644/99 ECO 280, CONSOM 48 CODEC 462.

- les modalités et modes de paiement, les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des engagements du prestataire;
- le cas échéant, les conditions de crédit proposées;
- l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation;
- le mode de remboursement des sommes versées le cas échéant par le consommateur en cas de rétractation de sa part;
- le coût de l'utilisation du service de la société de l'information lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base;
- les conditions des garanties commerciales et du service après-vente existants;
- l'absence d'une confirmation des informations, le cas échéant;
- pour les contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service, la durée minimale du contrat.

§ 2. Ces informations doivent être fournies par tout moyen adapté au service de la société de l'information utilisé, et accessibles à tout stade de la transaction.

Lorsqu'il est en mesure de le faire, le prestataire doit mettre en place un service de la société de l'information permettant au consommateur de dialoguer directement avec lui.

§ 3. Pour les produits et services qui ne sont pas soumis à un droit de rétractation conformément à l'article 66 § 4, les informations additionnelles suivantes doivent être fournies au consommateur:

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

Dans les articles 64 à 70 propres à la protection du consommateur, nous utilisons une terminologie différente sur un point:

nous parlons de prestataire de services de la société de l'information au lieu de fournisseur, terme utilisé dans la directive relative aux ventes à distance. Le terme de prestataire de services pouvant couvrir certains prestataires qui ne fournissent pas forcément un service contre rémunération directement par le client ou le consommateur.

L'information complète du consommateur avant la conclusion du contrat est une condition essentielle de la validité de la convention future et de la qualité du consentement des contractants. L'obligation d'information mise à la charge du prestataire revêt en matière de commerce électronique une importance d'autant plus considérable qu'il n'existe par définition aucun contact physique possible entre prestataire et consommateur. Dans cette perspective, l'information préalable et complète du consommateur apparaît comme une condition indispensable, non seulement à la protection des consommateurs, mais aussi à la confiance des utilisateurs (destinataires de services de la société de l'information) de ces nouvelles formes de communication et corrélativement au développement du commerce électronique. Bien évidemment, l'article 5 du projet, qui prévoit une obligation générale d'information à la charge du prestataire et envers tout destinataire, bénéficie aussi au consommateur. Il est en effet utile pour le consommateur d'avoir par exemple l'adresse électronique et géographique du prestataire. De plus, les obligations d'information figurant dans les textes luxembourgeois existants et susceptibles de s'appliquer aux services de la société de l'information s'appliquent toujours. Par ailleurs le projet relatif à la transposition de la future directive relative aux services financiers à distance contiendra aussi des dispositions sur l'obligation d'information en cette matière.

§ 1er: Usant de la faculté laissée aux Etats membres d'offrir si nécessaire aux consommateurs une protection plus étendue que celle qui résulterait d'une transposition stricte de la norme communautaire, la liste proposée à l'article 64 précise ou complète parfois le contenu de l'obligation d'information, dont le principe et les contours d'application ont été fixés par la directive communautaire relative aux ventes à distance.

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

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

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

En ce qui concerne l'information préalable portant sur les conditions contractuelles, le présent article en renforce légèrement le contenu en faisant obligation au prestataire d'informer le consommateur d'une part de l'absence de confirmation des conditions de la transaction lorsque l'opération est réalisée au moyen d'un service de la société de l'information, et d'autre part de l'existence mais aussi de l'absence du droit de rétractation selon les cas prévus par le présent chapitre.

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

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

Les informations préalables doivent être fournies au consommateur „en temps utile avant la conclusion du contrat“. Cette rédaction est issue de l'article 4 § 1 de la directive 97/7/CE.

§ 2: Afin de tirer pleinement avantage des possibilités offertes par les techniques de communication modernes, il est prévu d'obliger le prestataire à garantir au consommateur un accès en ligne aux informations à tout stade de la transaction (par le biais par exemple d'un lien hypertexte).

Le dialogue direct entre le consommateur et le prestataire est également encouragé, dans la mesure toutefois où les moyens nécessaires pour établir ce dialogue sont à la portée du prestataire. Nous avons supprimé le terme interactif car un service de la société de l'information est interactif puisqu'il est à la demande du destinataire du service qui est actif.

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

Art. 65.– De la confirmation et de l'enregistrement des informations

§ 1. Le consommateur doit recevoir, au plus tard lors de la livraison du produit ou de l'exécution de la prestation de service, sur un support durable à sa disposition et auquel il a accès, la confirmation des informations mentionnées à l'article 64 et, quand il y a lieu, les conditions d'exercice du droit de rétractation.

§ 2. Le § 1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'un service de la société de l'information, dès lors que ces services sont fournis en une seule fois et qu'ils sont facturés par le prestataire.

§ 3. Le prestataire doit permettre au consommateur d'obtenir, dans les meilleurs délais après la conclusion du contrat, sur support durable le contenu de la transaction précisant notamment la date et l'heure de la conclusion du contrat.

§ 1: Conformément à l'article 5 de la directive 97/7, le texte pose le principe d'une confirmation obligatoire des informations données par le professionnel, nous ne visons ici que le prestataire de services de la société de l'information car sinon on pourrait entraîner une confusion et croire que l'on vise aussi le destinataire de services puisque celui-ci peut aussi être un professionnel(utilisateur).

Dans un souci de simplification, cette confirmation porte exactement sur les mêmes informations que celles qui doivent être fournies avant la conclusion du contrat (articles 62 et 64), outre l'indication des conditions d'exercice du droit de rétractation.

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

§ 2: Par exception, les informations délivrées ne sont soumises à aucune confirmation obligatoire lorsque le contrat porte sur un service dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'un service de la société de l'information, à condition que le service soit fourni en une seule fois, et qu'il soit facturé par le prestataire. Toutefois, on trouve une obligation d'information à ce sujet au stade des informations préalables: le prestataire doit informer le consommateur de l'absence de confirmation des informations pour ce type de services (article 64 § 1, 11ème tiret).

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

§ 3: A des fins probatoires, le consommateur doit être en mesure d'obtenir un enregistrement exhaustif des éléments sur lesquels il a donné son accord, et qui font l'objet de la transaction. La précision de la date et de l'heure de la transaction revêtent une importance indiscutable en terme de preuve mais aussi en terme de sécurité juridique, à la fois pour le consommateur et aussi pour le prestataire.

Art. 66.– Du droit de rétractation du consommateur

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

Toutefois, si le consommateur n'a pas reçu la confirmation prévue à l'article 65, le délai de rétractation est de 3 mois.

Le délai de rétractation est porté à 30 jours pour les contrats relatifs aux polices d'assurance sauf les polices visées au § 4 g) du présent article, et aux opérations de pension.

Ces délais courent:

- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat.
- pour les produits, à compter de la réception du produit.

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

§ 3. Le consommateur exerce son droit de rétractation sur tout support durable.

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

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

- a) de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétraction de quatorze jours prévu au § 1;
- b) de fournitures de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent pas être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;
- c) de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés ou téléchargés par le consommateur;
- d) de fourniture de journaux, périodiques et de magazines;
- e) de services de paris et de loteries;
- f) de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier en dehors du contrôle du prestataire, qui peuvent survenir durant la période de rétractation, tels que les services relatifs:
 - aux opérations de change;

- aux instruments du marché monétaire;
 - aux valeurs mobilières et autres titres négociables;
 - aux OPCVM et autres systèmes de placement collectif;
 - aux contrats à terme (*futures*) et options;
 - aux contrats à terme sur taux d'intérêt (FRA);
 - aux contrats d'échange (*swaps*) sur taux d'intérêt, sur devises ou aux contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (*equity swaps*);
 - aux options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente liste, y compris les contrats à terme et options;
- g) les polices d'assurance de moins d'un mois;
- h) les contrats dont l'exécution est entièrement terminée avant que le consommateur n'exerce son droit de rétractation.

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

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

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

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

§ 3: Le consommateur exerce son droit de rétractation sur tout support durable, notion définie par l'article 60 de la présente loi.

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

L'alinéa f) du § 4: L'exercice de la faculté de rétractation est exclu pour deux types de contrats : les contrats portant sur des produits financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché que le prestataire n'est pas en mesure de contrôler, les contrats portant sur les assurances de moins d'un mois.

La première exclusion vise à empêcher des manœuvres spéculatives sur de tels produits. Dans le second cas, la survenance rapide du terme permet au consommateur de se tourner presque aussitôt vers un autre prestataire, sans qu'il soit besoin de lui accorder un délai pour se rétracter.

§ 5: Ce texte entend régler le sort d'un crédit affecté à une opération particulière lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation et renonce ainsi à l'opération ayant motivé la demande de crédit.

Art. 67.– Du paiement du service financier fourni avant la rétractation

§ 1.– Quand le consommateur exerce son droit de rétractation conformément à l'article 66, il ne peut être tenu qu'au paiement de la partie du prix proportionnellement au service financier effectivement fourni par le prestataire.

Ce montant ne saurait être en aucun cas interprété comme une pénalité.

§ 2.– Le prestataire ne peut exiger du consommateur un paiement sur la base du § 1 s'il n'a pas rempli son obligation d'information prévue à l'article 64, ni s'il a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation sans que le consommateur ait expressément donné son consentement à cette exécution.

§ 3.– Le prestataire renvoie, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les 30 jours, au consommateur toutes sommes qu'il a reçues de ce dernier en accord avec le contrat conclu, excepté le montant à payer au §1 du présent article.

Cette période débutera du jour où le prestataire a reçu la notification de la rétractation.

§ 4.— Le consommateur renvoie au prestataire toute somme ou propriété qu'il a reçue du prestataire, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours. Cette période débute du jour où le consommateur envoie la notification de la rétractation.

Ces dispositions sont inspirées de la proposition modifiée de directive relative aux contrats à distance de services financiers dans sa version du 19 novembre 1999¹.

§ 1 et § 2: Cette hypothèse permet de couvrir des situations où le service serait entièrement fourni avant la fin du délai de rétractation, situation dans laquelle le prestataire risque d'être dans l'impossibilité de remettre les choses en l'état. Dans ce cas, l'exécution du contrat est cependant soumise à l'acceptation expresse du consommateur.

§ 3: Le prestataire restitue au consommateur les sommes qu'il a reçues en exécution du contrat excepté le coût du service rendu par le prestataire entre le moment de la conclusion du contrat et la rétractation.

§ 4: Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, il peut être tenu de restituer le bien ou les sommes reçues par le prestataire entre le moment de conclusion du contrat et la rétractation.

Art. 68.— De la fourniture non demandée

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

§ 2.— Le consommateur n'est tenu à aucun engagement relatif aux fournitures de biens ou de services qu'il n'a pas expressément demandées, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

Ce texte vise à empêcher les prestations de services imposées, par exemple, un consommateur souscrit un abonnement sur Internet et le prestataire en profite pour lui facturer des produits qu'il n'a pas demandés. Il met en œuvre les dispositions de l'article 9 de la directive 97/7. Le consommateur n'a ni l'obligation de payer le prix, ni l'obligation de retourner le produit.

Art. 69.— De la charge de la preuve

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

La charge de la preuve des conditions de conclusion du contrat incombe au prestataire, en effet faire peser une telle charge sur le consommateur serait trop lourd. De plus, c'est le prestataire qui met en ligne ces informations sur Internet.

Art. 70.— Exemptions

Les articles 64, 65 et 66 ne s'appliquent pas:

- aux contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile d'un consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail;
- aux contrats de fourniture de services d'hébergement, de transports, de restauration, de loisirs, lorsque le prestataire s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée.

Ces dispositions sont directement inspirées de l'article 3.2 de la directive relative aux ventes à distance. Elles sont tout à fait applicables aux services de la société de l'information, en effet, on peut commander par exemple des pizzas sur Internet, réserver une chambre d'hôtel or il serait incohérent de soumettre ce genre de transactions à une obligation de confirmation (art. 65), à de nombreuses informations préalables (art. 64), au droit de rétractation (66).

*

¹ Doc. No 12932/99 CONSOM 70 ECOFIN 238 CODEC 684.

TITRE VI

DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES INTERMEDIAIRES

Ce titre V donne une sécurité juridique absolument indispensable aux opérateurs afin qu'ils ne craignent pas d'être poursuivis en permanence dès que des informations illicites circulent sur Internet. Si l'on posait le principe de responsabilité des intermédiaires, on ignorait le véritable problème, à savoir qui est à l'origine du contenu illicite et donc qui est réellement responsable.

Art. 71.– Simple transport („mere conduit“)

§ 1.– Le prestataire de service de la société de l'information qui transmet sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service ou qui fournit un accès au réseau de communications ne peut voir sa responsabilité engagée pour les informations transmises à condition:

- a) qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission;
- b) qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et
- c) s'il sélectionne et modifie les informations faisant l'objet de la transmission.

§ 2.– Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises à condition que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communications et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Ces dispositions sont directement inspirées de l'article 12 de la future position commune sur le commerce électronique. Elle régit la responsabilité des intermédiaires dans trois articles 12, 13 et 14. Elle cible des activités très précises et reste neutre technologiquement. Pour ces trois types d'activités bien précises, les prestataires de services sont, pour le simple transport et le caching, irresponsables, et pour l'hébergement, la responsabilité est limitée. Les conditions de cette exonération de responsabilité ou de sa limitation sont énumérées limitativement.

Dans les articles 71 à 73 du projet de loi, le principe est celui de l'irresponsabilité des intermédiaires uniquement quant à l'activité de transport et son corollaire le stockage éphémère. En effet, techniquement pour transporter des informations d'un point A à un point B il faut faire des copies techniques, ces copies sont automatiques et disparaissent rapidement. Mais le texte est très précis, il s'agit d'un stockage automatique, intermédiaire et transitoire. Ce stockage ne doit pas être confondu avec le caching visé à l'article suivant du projet de loi.

Pour bénéficier d'une exonération de responsabilité, trois conditions doivent être remplies cumulativement. Le fait qu'un prestataire procède automatiquement à une transmission à la demande d'un destinataire de son service ne doit pas avoir pour conséquence qu'il soit considéré comme à l'origine de la transmission par exemple.

Quant au stockage éphémère visé au paragraphe 2 du présent article, sont visées uniquement les activités de stockage permettant l'exécution de la transmission de l'information. Ces activités de stockage n'incluent pas les copies que fait le prestataire dans le but de mettre les informations à la disposition d'utilisateurs ultérieurs. Ces activités de stockage font l'objet de l'article 72.

Précisons que la durée du stockage des informations ne doit pas dépasser le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Il est clair qu'un prestataire qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de „simple transport“ ou de „caching“ et que, dès lors, il ne peut bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d'activités.

Art. 72.– Le „caching“

Le prestataire qui fournit un service de la société de l'information consistant dans la transmission sur un réseau de communications des informations fournies par un destinataire du service ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service à condition:

- a) qu'il ne modifie pas l'information;
- b) qu'il se conforme aux conditions d'accès de l'information;

- c) qu'il se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquée d'une manière largement reconnue et utilisée par l'industrie;
- d) qu'il n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information, et
- e) qu'il agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible, dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information a été retirée là où elle se trouvait initialement sur le réseau, ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné le retrait de l'information ou interdit son accès.

Le caching fait en permanence des copies automatiques et temporaires selon un processus non surveillé donc sans accès au contenu.

Le caching est seul visé ici et il est important seulement parce qu'il rend plus efficace la transmission. Il y a stockage uniquement dans un but d'accélération de la transmission.

On entend dans l'alinéa b) par conditions d'accès à l'information tout ce qui a pour objectif de rendre l'accès conditionnel à un site par exemple. Il s'agit de systèmes techniques pour protéger l'intérêt économique de la personne qui a mis en place le service.

On vise dans l'alinéa c) les pratiques technologiques pour les mises à jour utilisées par les professionnels.

Dans l'alinéa d) il s'agit de protéger les accès conditionnels. Par exemple, il existe des technologies dans des sites qui permettent de savoir combien il y a de visiteurs par jour or l'intermédiaire qui fait du caching ne doit pas interférer dans ces techniques.

Dans l'alinéa e), on met comme condition de l'irresponsabilité le fait que le prestataire retire des sites miroirs (caching) les informations copiées automatiquement si elles ont été retirées d'un site ou rendues inaccessibles sur ce site. Si techniquement le prestataire ne les retire pas qu'il rende l'accès impossible à ces informations si cela a été fait pour le site „principal“.

Pour pouvoir être exempté d'une responsabilité qui pourrait éventuellement lui être opposée pour ce type de stockage, le prestataire de service doit donc respecter certaines conditions.

Art. 73.– Hébergement

§ 1.– Le prestataire qui fournit un service de la société de l'information consistant dans le stockage des informations fournies par un destinataire du service, ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour les informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance que l'activité ou l'information est illicite et, en ce qui concerne une action en dommages, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information sont vraisemblablement illicites; ou
- b) le prestataire, dès le moment où il en a une telle connaissance, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

§ 2.– Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

Cet article est directement inspiré de la future position commune sur le „commerce électronique“, plus précisément l'article 14. Il instaure une limite de responsabilité en ce qui concerne l'activité de stockage des informations fournies par les destinataires du service, stockage effectué à leur demande (par exemple, fourniture d'un espace serveur pour le site web d'une entreprise ou d'un particulier, un forum ...).

L'exonération de responsabilité concerne la responsabilité tant civile que pénale.

Le principe posé dans le paragraphe 1 est le suivant: dès que le prestataire a connaissance de faits illicites il doit agir vite et ainsi ne voit pas sa responsabilité engagée.

Donc en cas de connaissance effective le prestataire a sa responsabilité engagée s'il reste inactif mais cela se révélera parfois difficile à prouver. Dans tous les cas où l'activité est apparemment illicite il peut aussi voir sa responsabilité engagée car il aura eu suffisamment d'indices et n'aura pas averti les autorités, il aura commis une négligence. Ensuite c'est au droit commun de fixer les conditions de cette négligence (fautive ou responsabilité sans faute ...).

Le prestataire doit donc prendre rapidement des mesures pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Ce principe énoncé au b) du § 1 constitue une base sur laquelle les différentes parties intéressées peuvent effectivement mettre en place des procédures permettant de notifier au prestataire de services des informations qui est à l'origine d'une activité illicite, et obtenir le retrait de ces informations ou une interdiction d'accès (procédures parfois appelées „procédures de notification et

de retrait“, „notice and take down procedures“). Néanmoins, ces procédures ne se substituent pas aux voies de recours judiciaires existantes.

Le paragraphe 2 vise les cas où le prestataire fournit plus que de l'hébergement donc il ne peut pas invoquer son irresponsabilité. Par exemple, un fournisseur d'hébergement ouvre un service de ragots et passe pour cela un contrat avec un journaliste. Si des propos diffamatoires sont rapportés par le journaliste le prestataire qui l'héberge ne pourra pas prétendre à l'irresponsabilité car il aura fait plus que de l'hébergement, il se sera rapproché d'une activité éditoriale.

Art. 74.– Absence d'obligation en matière de surveillance

§ 1.– Pour la fourniture des services visés aux articles 71 à 73, les prestataires ne sont pas tenus d'une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni d'une obligation générale de rechercher des faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

§ 2.– Le paragraphe 1 du présent article est sans préjudice de toute activité de surveillance, ciblée ou temporaire, demandée par les autorités judiciaires luxembourgeoises lorsque cela est nécessaire pour sauvegarder la sûreté, la défense, la sécurité publique et pour la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales.

Cet article est inspiré de l'article 15 de la future position commune sur le commerce électronique.

Le principe est donc l'absence d'obligation générale de surveillance, néanmoins, les autorités judiciaires peuvent demander aux prestataires de les informer s'ils soupçonnent des activités illégales. Les cas où cette information est requise sont à la discrétion de ces autorités. Cependant le principe de non-surveillance demeure.

*

TITRE VII

DES PAIEMENTS ELECTRONIQUES

Les définitions de ce titre VI et son champ d'application sont inspirées 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 titulaire¹. Il était essentiel pour tous les acteurs du commerce électronique de créer un environnement juridique sécurisant.

Cette sécurité passe tout d'abord, par les définitions du paiement électronique, de l'émetteur, du titulaire et du champ d'application. Ensuite, l'émetteur voit peser sur lui certaines obligations, et enfin le titulaire a certaines obligations juridiques notamment celle de notifier la perte ou le vol de son instrument de paiement. Enfin, le titulaire ne peut révoquer ses instructions de paiement car cela donnerait lieu à des contestations.

Art. 75.– Définitions

Pour l'application du présent titre, il faut entendre par:

§ 1.– „instrument de transfert électronique de fonds“: tout système permettant d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique, les opérations suivantes:

- a) des transferts de fonds,
- b) des retraits et dépôts d'argent liquide;
- c) l'accès à distance à un compte;
- d) le chargement et le déchargement d'un instrument de paiement rechargeable.

§ 2.– „instrument rechargeable“: tout instrument de transfert électronique de fonds sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement.

§ 3.– „émetteur“: une personne, qui dans le cadre de son activité commerciale, met un instrument de transfert électronique de fonds à la disposition d'une autre personne conformément à un contrat conclu avec celle-ci.

§ 4.– „titulaire“: une personne qui, en vertu d'un contrat qu'elle a conclu avec un émetteur, détient un instrument de transfert électronique de fonds.

¹ JO No L 208 du 2 août 1997, pp. 52-58.

La définition de l'instrument de transfert électronique de fonds se veut plus simple que celle de la recommandation de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique qui comprend une définition du paiement électronique qui d'une part, renvoie au champ d'application (opérations visées) et d'autre part, contient une autre définition, celle d'instrument de paiement d'accès à distance. Or ces deux définitions (instrument de paiement électronique et instrument de paiement d'accès à distance) peuvent être regroupées.

L'instrument rechargeable représente la même chose que l'instrument de monnaie électronique issue de la recommandation mais nous avons voulu éviter la confusion avec d'autres textes qui définissent la monnaie électronique, notamment la position commune arrêtée par le Conseil le 29 novembre 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 établissements¹. De plus, en déterminant que l'instrument rechargeable est un instrument de transfert électronique de fonds cela sous-tend que l'instrument rechargeable permet de procéder aux opérations visées au § 1.

Les instruments rechargeables sont par exemple des cartes prépayées ou une mémoire d'ordinateur sur lesquelles des unités de valeur sont stockées électroniquement, en Belgique par exemple la carte Proton. Au Luxembourg, le porte-monnaie électronique miniCASH émis par un certain nombre d'institutions financières et géré par le CETREL.

Art. 76.– Champ d'application

Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas:

- a) aux transferts électroniques de fonds réalisés par chèque et aux fonctions de garantie des transferts de fonds réalisés par chèque.
- b) aux transferts électroniques de fonds réalisés au moyen d'instruments rechargeables sans accès direct à un compte pour le chargement et le déchargement, et qui ne sont utilisables qu'auprès d'un seul vendeur de produits ou de services.

Ce que l'on cherche à protéger à travers l'instrument rechargeable c'est le compte en banque qui y est relié. De plus, certaines cartes sont rechargeables sans accès à un compte comme les cartes de photocopies par exemple. Par ailleurs, les cartes monoprestataires n'ont pas besoin d'être couvertes.

Bien évidemment, seuls les transferts de fonds sont réalisés par chèque, non le chargement et le déchargement d'un instrument de paiement rechargeable.

Art. 77.– La preuve des paiements effectués

L'émetteur doit conserver un relevé interne des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, pendant une période d'au moins cinq ans à compter de l'exécution des opérations.

Cette disposition est directement inspirée de l'article 7 c) de la recommandation de la Commission du 30 juillet 1997. Il est essentiel que les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds fassent l'objet d'un enregistrement afin d'en garder la trace et de pouvoir rectifier les erreurs éventuelles.

Art. 78.– La charge de la preuve

L'émetteur doit, en cas de contestation d'une opération effectuée à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, apporter la preuve que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée, et n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance.

La charge de la preuve, lorsqu'il s'agit d'établir qu'une transaction a été dûment enregistrée et inscrite dans les comptes et n'a pas été affectée par un incident technique ou tout autre dysfonctionnement, doit incomber à l'émetteur. Cette disposition est inspirée de l'article 7 alinéa e) de la recommandation. Il est évident que la charge de la preuve ne saurait reposer sur le titulaire, en effet, c'est l'émetteur qui détient l'équipement technique qui permet d'utiliser l'instrument de transfert électronique de fonds.

Art. 79.– Des risques liés à l'utilisation d'un instrument de transfert électronique de fonds

§ 1. Le titulaire d'un instrument de transfert électronique de fonds a l'obligation de notifier à l'émetteur – ou à l'entité désignée par lui – dès qu'il en a connaissance la perte ou le vol de cet instrument ou des moyens qui en permettent l'utilisation, ainsi que toute utilisation frauduleuse; ainsi que la perte ou le vol de l'instrument rechargeable.

¹ No 12004/2/99 REV 2 EF36, ECOFIN, 190, CODEC 577.

L'émetteur d'un instrument de transfert électronique de fonds doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer cette notification.

§ 2. Hormis le cas où il s'est rendu coupable d'une fraude ou de négligence grave, le titulaire d'un instrument de transfert électronique de fonds visé à l'article 75 § 1 a), b) et c):

- assume jusqu'à la notification prévue au paragraphe précédent les conséquences liées à la perte, au vol ou à son utilisation frauduleuse par un tiers, à concurrence d'un montant fixé par règlement grand-ducal.

Par dérogation à l'alinéa 1 du paragraphe 2 du présent article, l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la valeur stockée sur l'instrument rechargeable, lorsque celle-ci est la conséquence de l'utilisation de celui-ci par un tiers non autorisé, même après la notification prévue dans le présent article.

- est dégagé de toute responsabilité de l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds visé à l'article 75 § 1 a), b) et c) après la notification.

§ 3. En toute hypothèse, l'utilisation d'un instrument de transfert électronique de fonds sans présentation physique de celui-ci ou identification électronique, n'engage pas la responsabilité de son titulaire.

Le partage de responsabilité entre le titulaire et l'émetteur de l'instrument de transfert électronique de fonds repose sur la notification de sa perte, de son vol ou de son utilisation frauduleuse par un tiers. Ces dispositions ne s'appliquent pas à l'utilisation d'un instrument rechargeable c'est pourquoi l'on précise qu'il s'agit d'un instrument de transfert électronique de fonds visé à l'article 75 § 1 a), b) et c).

Jusqu'à la notification, le titulaire n'assume en principe les risques d'une utilisation frauduleuse de l'instrument de transfert électronique de fonds qu'à concurrence d'un montant déterminé par voie de règlement grand-ducal. Ce montant pourrait être différent selon que le titulaire s'est rendu coupable ou non d'une faute ou d'une négligence grave.

De même, la situation est différente en matière d'instrument rechargeable puisque même après notification l'émetteur n'est pas responsable de la valeur stockée sur l'instrument puisque cet instrument est sans relation avec le compte bancaire et que la valeur stockée sera d'un montant limité.

Après la notification, les risques sont entièrement supportés par l'émetteur.

Le dernier paragraphe vise en particulier les paiements effectués par simple transmission du numéro apparent d'une carte de crédit pour lesquels la responsabilité du titulaire se trouve dégagée. Autre précision, la seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout élément d'identification similaire n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du titulaire. En effet, rien ne prouve que le titulaire ait communiqué son code secret dans le cas de l'utilisation par un tiers non autorisé de l'instrument de transfert électronique de fonds avec le code secret.

Art. 80.– Irrévocabilité des instructions de paiement

Le titulaire ne peut révoquer une instruction qu'il a donnée au moyen de son instrument de transfert électronique de fonds, à l'exception de celle dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée.

Cette disposition est inspirée de l'article 5 d) de la recommandation du 30 juillet 1997 et du considérant No 10. Elle est essentielle afin d'éviter de nombreuses contestations.

*

TITRE VIII

DISPOSITIONS FINALES

Art. 81.– Le Ministre de l'Economie est autorisé à procéder à l'engagement pour les besoins de l'Autorité d'Accréditation et de Surveillance de deux agents de la carrière supérieure de l'Etat, à occuper à titre permanent et à tâche complète. Les engagements définitifs de personnel au service de l'Etat se feront par dépassement de l'effectif total du personnel et en dehors du nombre d'engagements de renforcement déterminé dans la loi du 21 décembre 1998 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 1999.

Art. 82.– § 1.– Par règlement grand-ducal il peut être créé un comité „commerce électronique“ regroupant des utilisateurs tant du secteur public que du secteur privé. Un règlement grand-ducal fixe la composition de ce comité.

§ 2.– Ce comité aura pour objectif d’accompagner l’application de la présente loi, de diffuser des informations sur le commerce électronique et de produire des avis pour le Ministère compétent.

*

PARTIE C

ANNEXES

REGLEMENT GRAND-DUCAL (CERTIFICAT QUALIFIE ET EXIGENCES POUR LES DISPOSITIFS SECURISES DE CREATION DE SIGNATURE ELECTRONIQUE)

**du xx yy 2000 concernant l’exécution concernant de l’article (17) et
de l’article 25 de la loi du xx yy 2000 relatif au commerce électro-
nique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile et le
code de commerce, 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**

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau;

Vu la loi du xx yy 2000 relatif au commerce électronique modifiant le Code civil, le Nouveau code de procédure civile et le Code de commerce et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et de la directive 93/13/CEE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, et notamment son article 38 § 2;

Vu l’avis de la Chambre de Commerce;

Notre Conseil d’Etat entendu;

Sur le rapport de notre Ministre de l’Economie et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Art. 1.– Définitions

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

Disposition directement issue de l’article 2.4 de la directive sur les signatures électroniques. Cette définition est technique, elle fait directement appel à la technique de la cryptographie c’est pourquoi nous l’avons placée dans un règlement. Ainsi le projet de loi reste-t-il neutre d’un point de vue technologique.

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

Cette nouvelle définition est issue de la directive sur les signatures électroniques. Elle est plus simple et plus claire.

„Dispositif sécurisé de création de signature“, dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences prévues à l’article 3 du présent règlement grand-ducal.

Cette nouvelle définition est issue de l’annexe III de la directive sur les signatures électroniques. Les conditions posées à l’annexe III constituent un minimum, elles ne suffisent peut-être pas à la transmission de documents importants ou pour un montant important.

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

De même que pour les données afférentes à la création de signature, la notion de données afférentes à la vérification de signature clarifie la question.

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

Cette définition, plus simple, est issue de la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Les concepts de „dispositif de création de signature“, de „dispositif sécurisé de signature“ et de „dispositif de vérification de signature“ sont directement empruntés à la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Bien qu'à l'heure actuelle seule la technologie de la cryptographie asymétrique paraît satisfaire aux conditions posées par le projet de loi, l'insertion de ces concepts dans un règlement permettra de les adapter à d'autres techniques ou de changer de concepts.

Les codes ou clés utilisés par le signataire sont nécessairement uniques, de même qu'est unique la signature manuscrite d'une personne. Il incombera donc au prestataire de service de certification (voir définition ci-dessous) de vérifier que telle clé ou tel code n'a pas déjà été attribué. Il est évident que la fiabilité et la sécurité de la signature électronique supposent qu'à un dispositif de création donné ne corresponde qu'un seul dispositif de vérification. Toutefois ce dernier sera destiné à être rendu public et utilisé par chaque destinataire de message signé électroniquement.

„certificat“, une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne.

Cette définition est plus simple, elle est issue de la directive sur les signatures électroniques, dans l'article 2.9.

La notion de „certificat“ est fondamentale dans le contexte de la certification électronique puisque celui-ci établit le lien entre une personne (c'est-à-dire son identité) et son dispositif de vérification de signature. Par l'émission du certificat, le prestataire de service de certification „certifie“, c'est-à-dire affirme publiquement l'exactitude des informations qu'il contient. Les informations seront sécurisées par la signature électronique du prestataire de service de certification qui l'émet. La directive „signatures électroniques“ emploie le terme électronique et non plus numérique.

„certificat qualifié“ un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'article 2 du présent règlement et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences de l'article 1 du règlement grand-ducal relatif aux exigences relatives aux prestataires émettant des certificats qualifiés.

Le certificat qualifié est essentiel car il constitue l'un des éléments nécessaires pour conférer des effets juridiques à la signature électronique. Il contient des garanties même si ces dernières sont minimales. Elles sont minimales dans un objectif de souplesse. Quant aux exigences propres à tout certificat qualifié il est important de noter qu'y figurent l'identification et la localisation du prestataire de service de certification ainsi que sa signature. Quant aux exigences propres aux prestataires délivrant les certificats elles sont aussi bien de nature technique telle que la fiabilité, la sécurité, que de nature financière et juridique telle que l'obligation d'information d'une personne demandant un certificat et l'obligation de stockage dans certaines conditions.

„produit de signature électronique“, tout produit matériel ou logiciel, ou élément spécifique de ce produit destiné à être utilisé par un prestataire de service de certification pour la fourniture de services de signature électronique ou destiné à être utilisé pour la création ou la vérification de signatures électroniques.

Art. 2.– Tout certificat qualifié doit contenir les informations suivantes:

- a) une mention spécifiant qu'il s'agit d'un certificat qualifié;
- b) l'identification du prestataire de service de certification, ainsi que son lieu d'établissement;
- c) les nom et prénom ou, sur demande, un pseudonyme ne prêtant pas à confusion et identifié comme tel de la personne physique, respectivement tout renseignement pertinent permettant d'identifier la personne morale titulaire du certificat;
- d) le cas échéant, tout attribut spécifique et durable du titulaire, certifié à sa demande, tel que sa profession, son adresse, le fait d'être mandaté pour agir au nom d'une entreprise, sa solvabilité, l'existence d'une garantie bancaire, son numéro d'identification à la TVA ou d'identification fiscale, le fait d'être titulaire de permis ou de licences particuliers;
- e) des données afférentes à la vérification de signature qui correspondent aux données pour la création de signature sous le contrôle du signataire;

- f) le dispositif de vérification de signature du titulaire correspondant au dispositif de création de signature utilisé par le titulaire pour la signature électronique certifiée;
- g) la date d'émission et la date d'expiration du certificat;
- h) le code d'identification unique du certificat;
- i) la signature électronique du prestataire de service de certification qui délivre le certificat;
- j) le cas échéant, l'étendue et les limites éventuelles à sa responsabilité; l'accréditation du prestataire de service de certification;
- k) le cas échéant, les limites à l'utilisation du certificat, ainsi que la valeur des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé.

Exiger que le certificat comporte la signature électronique du prestataire de service de certification nous paraît être une exigence essentielle de crédibilité et de sécurité du dispositif de certification.

Art. 3.– Les dispositifs sécurisés de création de signature

§ 1.– Les dispositifs sécurisés de création de signature doivent garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que:

- a) les données utilisées pour la création de la signature ne puissent se rencontrer qu'une seule fois et que leur confidentialité soit raisonnablement assurée;
- b) l'on puisse avoir l'assurance suffisante que les données utilisées pour la création de la signature ne puissent être trouvées par déduction et que la signature soit protégée contre toute falsification par les moyens techniques actuellement disponibles;
- c) les données utilisées pour la création de la signature puissent être protégées de manière fiable par le signataire légitime contre leur utilisation par d'autres.

§ 2.– Les dispositifs sécurisés de création de signature ne doivent pas modifier les données à signer ni empêcher que ces données soient soumises au signataire avant le processus de signature.

Ce règlement est directement inspiré de l'annexe III de la directive sur les signatures électroniques. Doivent être sécurisés c'est-à-dire à l'abri de toute falsification, de toute usurpation, que leur confidentialité soit assurée; en effet, le dispositif de création de signature représente la clé privée du signataire que lui seul connaît.

Le paragraphe 2 signifie que le futur signataire voit ce qu'il signe.

La directive relative aux signatures électroniques contient une annexe IV contenant une liste de recommandations pour la vérification sécurisée de la signature.

Art. 4.– Notre Ministre de l'Economie est chargé de l'exécution du présent règlement qui sera publié au Mémorial.

Palais de Luxembourg, le xx yy 2000

Le Ministre de l'Economie,
Henri GRETHEN

Pour le Grand-Duc:
Son Lieutenant-Représentant
HENRI
Grand-Duc Héréditaire

*

**REGLEMENT GRAND-DUCAL
(EXIGENCES CONCERNANT LES PRESTATAIRES DE SERVICE
DE CERTIFICATION DELIVRANT DES CERTIFICATS QUALIFIES ET LES
PRESTATAIRES ACCREDITES)**

**du xx yy 2000 concernant l'exécution de l'article 25 et 32 de la loi du
xx yy 2000 relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le
nouveau code de procédure civile et le code de commerce et transpo-
sant 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 con-
clus avec les consommateurs**

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau;

Vu la loi du xx yy 2000 relatif au commerce électronique modifiant le Code civil, le Nouveau code de procédure civile et le Code de commerce et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et de la directive 93/13/CEE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, et notamment son article 38 § 2;

Vu l'avis de la Chambre de Commerce;

Notre Conseil d'Etat entendu;

Sur le rapport de notre Ministre de l'Economie et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Art. 1.– Prestataires de service de certification

Un prestataire de service de certification doit:

- a) présenter des garanties d'intégrité, de disponibilité, de sécurité pour exercer ses activités de certification;
- b) conformément à l'article 23 de la présente loi, conserver un annuaire électronique comprenant les certificats qu'il délivre et le moment de leur expiration. Le fonctionnement de ce service d'annuaire doit être rapide, sûr et accessible en permanence à toute personne par voie électronique;
- c) veiller à ce que la date et l'heure d'émission et de révocation d'un certificat puissent être déterminés avec précision;
- d) vérifier, par des moyens appropriés et conformes au droit luxembourgeois, l'identité et, le cas échéant, les qualités spécifiques de la personne à laquelle un certificat qualifié est délivré;
- e) employer du personnel ayant des connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture des services et, plus particulièrement, des compétences au niveau de la gestion des connaissances spécialisées en technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées; ils doivent également appliquer des procédures et méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues;
- f) utiliser des systèmes et des produits fiables qui sont protégés contre les modifications et qui assurent la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assument;
- g) prendre des mesures contre la contrefaçon des certificats et, dans les cas où le prestataire de service de certification génère des données afférentes à la création de signature, garantir la confidentialité au cours du processus de génération de ces données;
- h) disposer des ressources financières suffisantes pour fonctionner conformément aux exigences prévues par la loi et les règlements grand-ducaux, en particulier pour endosser la responsabilité de dommages, en pouvant contracter une assurance appropriée;
- i) enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant le délai de vingt ans, à dater de sa délivrance, en particulier, pour pouvoir fournir une preuve de la certification en justice. Ces enregistrements peuvent être effectués par des moyens électroniques;

- j) ne pas stocker ni copier les données afférentes à la création de signature de la personne à laquelle le prestataire de service de certification a fourni des services de gestion de clés;
- k) cet annuaire est constitué par des systèmes fiables pour stocker les certificats sous une forme vérifiable de telle sorte que:
 - seules les personnes autorisées puissent introduire et modifier des données,
 - l'information puisse être contrôlée quant à son authenticité,
 - les certificats ne soient disponibles au public pour des recherches que dans les cas où le titulaire du certificat a donné son consentement, et
 - toute modification technique mettant en péril ces exigences de sécurité soit apparente pour l'opérateur.

Cet article transpose fidèlement l'annexe II de la directive sur les signatures électroniques, elle se rapporte aux exigences concernant les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés.

Par exemple, le prestataire de service de certification a l'obligation de conserver un annuaire électronique qui énumère au moins:

- les certificats délivrés (à l'exception de ceux pour lesquels le titulaire n'a pas accepté à la publication);
- le moment de leur expiration;
- le moment de leur suspension ou de leur révocation.

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

Art. 2.– Prestataires de service de certification accrédités

Un prestataire de service de certification obtient et conserve l'accréditation aux conditions suivantes:

- a) respecter les exigences fixées par ou en vertu de la présente loi et celles fixées par l'article 1er du présent règlement;
- b) se conformer aux exigences de fiabilité technique arrêtées par règlement grand-ducal et précisées, le cas échéant par l'Autorité Nationale d'Accréditation;
- c) présenter un plan de sécurité précis qui répond aux exigences fixées à l'alinéa b du présent règlement. Ce plan est examiné et vérifié par l'Autorité Nationale d'Accréditation;
- d) se conformer aux conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification, en particulier l'interconnexion des registres de certificats; et à assurer l'échange de données indispensables entre les prestataires de certification accrédités;
- e) disposer d'une gestion indépendante par rapport aux utilisateurs du service;

Cette disposition du e) est essentielle puisque le prestataire est le tiers qui garantit l'identité d'une personne, le titulaire du certificat.

- f) souscrire une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle;
- g) respecter les normes minimales relatives à la confidentialité et à l'intégrité des informations procurées par le titulaire du certificat.

Sont visés aussi bien les prestataires accrédités que non accrédités.

L'article 2 mentionne des exigences propres aux prestataires accrédités ce qui leur fournit un label de qualité.

Palais de Luxembourg, le xx yy 2000

Le Ministre de l'Economie,
Henri GRETHEN

Pour le Grand-Duc:
Son Lieutenant-Représentant
HENRI
Grand-Duc Héritier

*

**REGLEMENT GRAND-DUCAL
(PROCEDURE, SUSPENSION ET RETRAIT DE L'ACCREDITATION)**

Règlement grand-ducal du xx yy 2000 concernant l'exécution de l'article 31 de la loi du xx yy 2000 relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile et le code de commerce et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers et la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau;

Vu la loi du xx yy 2000 relatif au commerce électronique modifiant le Code civil, le Nouveau code de procédure civile et le Code de commerce et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives et notamment son article 38 § 2,

Vu l'avis de la Chambre de Commerce;

Notre Conseil d'Etat entendu;

Sur le rapport de notre Ministre de l'Economie et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Art. 1.– De la procédure d'accréditation

L'accréditation est délivrée aux prestataires de service de certification sur demande écrite et après instructions portant sur les conditions exigées par la présente loi.

La durée de l'accréditation est de [2, 3, 5 ... ans].

La demande de l'accréditation doit être accompagnée de tous les renseignements nécessaires à son appréciation.

Une accréditation est de même requise avant toute modification des services de certification offerts ou d'un élément de certificats délivrés.

La décision prise par l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance sur une demande d'accréditation doit être motivée et notifiée au demandeur dans les (six) mois de la réception de la demande ou, si celle-ci est incomplète, dans les (six) mois de la réception des renseignements nécessaires à la décision. Il est en tout cas statué dans les (douze) mois de la réception des renseignements nécessaires à la demande, faute de quoi l'absence de décision équivaut à la notification d'une décision de refus. La décision peut être déferée, dans un délai d'(un) mois sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge de fond.

Art. 2.– De la suspension et du retrait de l'accréditation

L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance qui constate qu'un prestataire de service de certification accrédité ne se conforme pas aux conditions et obligations qui s'imposent à lui octroie un délai pour régulariser sa situation.

Si, au terme de ce délai, le prestataire de service de certification accrédité ne s'est pas conformée aux conditions et obligations prescrites, l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, procède à la suspension ou au retrait de l'accréditation.

Le prestataire de service de certification est tenu de mentionner, dans le registre qu'il tient, conformément à l'article 23, la suspension ou le retrait de son accréditation et d'en informer sans délais les titulaires de certificats délivrés par lui.

L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance étant chargée de la surveillance des prestataires de service de certification accrédités, il est nécessaire de lui procurer les moyens d'agir dans les cas où elle constate le non-respect des conditions et obligations prescrites par ou en vertu de la loi.

Le cas échéant, elle commence par mettre en demeure le prestataire de service de certification de se conformer à ses obligations.

Si, au terme d'un délai, fixé discrétionnairement par l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance en fonction du cas d'espèce, le prestataire de service de certification n'a pas rétabli sa situation, l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance procède à la suspension ou au retrait de l'accréditation.

Dans ce cas, le prestataire de service de certification est tenu de mentionner, dans le registre électronique, la suspension ou le retrait de son accréditation et d'en informer sans délai les titulaires de certificats délivrés par lui.

Pour éviter tout préjudice aux titulaires de certificat, l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance devrait pouvoir ordonner au prestataire de service de certification la suspension voire la révocation de certificats lorsque soit le processus de délivrance et de conservation des certificats ne satisfait pas à un niveau de sécurité adéquat soit la non-conformité par le prestataire de service de certification accrédité à ses obligations compromet la fiabilité des certificats.

Palais de Luxembourg, le xx yy 2000

Le Ministre de l'Economie,
Henri GRETHEN

Pour le Grand-Duc:
Son Lieutenant-Représentant
HENRI
Grand-Duc Héritier

4641/01

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. 4554⁴*).

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 (*Jurisclasseur 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

4641/02

N° 4641²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 1999-2000

PROJET DE LOI

relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et le code d'instruction criminelle et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers et la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

* * *

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

(27.6.2000)

Monsieur le Président,

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

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

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

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

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

Jean SPAUTZ

Président de la Chambre des Députés

*

ANNEXE

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

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

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

Article 1er:

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

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

Article 2:

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

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

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

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

Dans le paragraphe 5, ajouter un troisième tiret:

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

Le nouveau paragraphe 6 s'écrit comme suit:

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

Article 4:

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

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

Sous-section 1 du chapitre I du titre II:

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

Article 13:

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

Article 14:

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

Article 17:

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

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

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

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

Article 18:

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

Article 19:

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

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

Article 20:

Supprimer le paragraphe 1.

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

Article 21:

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

Article 23:

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

Intervertir les articles 23 et 24.

Article 25:

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

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

Article 26:

Cet article est supprimé.

Article 28:

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

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

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

Nouvel article 30 intitulé „la surveillance“:

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

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

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

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

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

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

Article 30 (nouvel article 31):

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

Article 32 (nouvel article 33):

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

Article 33 (nouvel article 34):

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

Articles 36 à 56:

Ces articles relatifs aux dispositions pénales sont supprimés.

Article 59 (nouvel article 60):

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

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

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

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

Article 61 (nouvel article 62):

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

Article 62 (nouvel article 63):

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

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

Article 64:

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

Article 66 (nouvel article 67):

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

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

Dans le paragraphe 4 supprimer l'alinéa h).

Article 67 (nouvel article 68):

Dans le paragraphe 1 supprimer la dernière phrase.

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

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

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

Article 71 (nouvel article 72):

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

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

Article 72 (nouvel article 73):

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

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

Article 73 (nouvel article 74):

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

Article 75 (nouvel article 76):

Supprimer les paragraphes 3 et 4.

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

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

Article 77 (nouvel article 78):

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

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

Article 78 (nouvel article 79):

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

Article 79 (nouvel article 80):

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

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

Idem paragraphe 2.

Idem paragraphe 3.

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

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

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

Article 80 (nouvel article 81):

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

Article 81 (nouvel article 82):

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

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

Nouvel Article 84:

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

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

Intitulé du projet de loi:

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

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

Article 2:

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

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

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

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

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

Article 4:

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

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

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

Article 13:

Rectification d'une erreur matérielle.

Article 14:

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

Article 17:

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

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

Article 18:

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

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

Article 19:

Un changement de terminologie a été rendu nécessaire.

Article 20:

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

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

Article 21:

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

Article 25:

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

Article 26:

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

Article 28:

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

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

Nouvel article 30:

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

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

Article 33:

Rectification d'une erreur matérielle.

Articles 36 à 56:

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

Article 59:

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

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

Article 61:

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

Article 62:

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

Article 64:

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

Article 66:

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

Article 67:

La dernière phrase du paragraphe 1 est superfétatoire.

Article 71:

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

Article 72:

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

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

Article 73:

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

Article 75:

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

Articles 75 à 80:

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

Article 77:

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

Article 79:

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

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

Article 81:

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

Nouvel article 84:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tableau: Champ d'application des directives communautaires

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

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

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

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

• Rectifications concernant la forme:

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

• Amendements concernant le fond:

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

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

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

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

c) Autres modifications

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

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

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

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

L'article 2 §1 premier tiret est maintenu.

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

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

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

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

L'article 1er reste inchangé.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Questions en matière de droit civil

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

Les articles 6 à 16 sont maintenus.

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

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

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

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

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

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

¹ Article 5 §2 de la Convention de Rome.

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

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

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

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

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

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

Eu égard à ces considérations le texte reste inchangé.

9. Dispositions pénales

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

Les articles 36 à 56 sont supprimés.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainsi le texte reste-t-il inchangé.

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

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

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

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

Le texte demeure inchangé.

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

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

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

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

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

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

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

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

Les articles 71 à 74 ne sont pas modifiés.

15. Le paiement électronique (articles 75 à 80)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les amendements proposés tiennent compte de cette opposition.

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

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

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

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

4641/03

N° 4641³**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

* * *

**TEXTE COORDONNE ADOPTE PAR LA COMMISSION DE L'ECONOMIE,
DE L'ENERGIE, DES POSTES ET DES TRANSPORTS**

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(30.6.2000)

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous faire parvenir ci-joint à titre d'information complémentaire un texte coordonné du projet de loi sous objet que la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports se propose de soumettre au vote de la Chambre des Députés.

Vous trouverez également ci-après une version rectifiée des points A et B de l'annexe à ma lettre du 27 juillet 2000, vu que suite à une erreur matérielle, les renvois à des articles du projet de loi qui figurent dans ces amendements, ne tiennent pas compte de la nouvelle numérotation des articles qui découle de la suppression des dispositions pénales dans le projet de loi.

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

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma très haute considération.

Jean SPAUTZ

Président de la Chambre des Députés

*

**TEXTE COORDONNE DU PROJET DE LOI RELATIF
AU COMMERCE ELECTRONIQUE**

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~~

TITRE I

DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1.– Définitions

Au sens de la présente loi, on entend par:

„Services de la société de l'information“, tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Aux fins de la présente définition, on entend par:

les termes „à distance“: un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes;

„par voie électronique“: un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques;

„à la demande individuelle d'un destinataire de services“: un service fourni par transmission de données sur demande individuelle;

prestataire: toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information.

prestataire établi: prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies utilisées pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire.

„*destinataire du service*“: toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher ou pour rendre accessible une information.

Art. 2.– Champ d'application

§ 1. La présente loi ne s'applique pas:

- à la fiscalité, sans préjudice des dispositions de l'article 16 de la présente loi;
- aux accords ou pratiques régis par la législation relative aux ententes.

§ 2. Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux activités suivantes:

- les activités de notaires ~~ou de professions équivalentes dans la mesure où ils supposent un lien direct et spécifique avec l'exercice d'une autorité publique;~~
- la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux.

§ 3. Les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice des dispositions relatives à la protection des données personnelles.

§ 4. La loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestatent.

§ 5. Il peut être fait exception au principe de l'application de la loi du lieu d'établissement du prestataire:

- pour les activités de jeux d’argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, ce qui comprend les loteries et les transactions portant sur des paris.
- pour les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs.
- la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.

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

Art. 3.– De l’usage de la cryptographie

L’usage des techniques de cryptographie est libre.

Art. 4.– De l’accès à l’activité de prestataires de services

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

Art. 5.– De l’obligation générale d’information des destinataires

§ 1. Le prestataire de services de la société de l’information doit permettre aux destinataires des services et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes:

- a) son nom;
- b) l’adresse géographique où il est établi;
- c) les coordonnées permettant de le contacter rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui, y compris son adresse de courrier électronique;
- d) le cas échéant, son titre professionnel et les références de l’ordre professionnel auquel il adhère, son numéro d’immatriculation au registre du commerce, son numéro d’identification à la TVA et l’autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité ainsi que les coordonnées de l’autorité ayant donné cette autorisation.

§ 2. Lorsque les services de la société de l’information font mention de prix et conditions de vente ou de réalisation de la prestation, ces derniers doivent être indiqués de manière précise et non équivoque. Il doit aussi être indiqué si toutes les taxes et frais additionnels sont compris dans le prix. Ces dispositions s’appliquent sans préjudice de la législation sur la protection des consommateurs.

*

TITRE II

DE LA PREUVE ET DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

Chapitre I. – De la preuve littérale

Art. 6.–

„Signature“

Après l’article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-1 ainsi rédigé:

„La signature nécessaire à la perfection d’un acte sous seing privé identifie celui qui l’appose et manifeste son adhésion au contenu de l’acte.

Elle peut être manuscrite ou électronique.

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

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

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

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

les mots „signée et paraphée“ sont remplacés par „signée et, en cas de signature manuscrite, paraphée“.

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

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

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

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

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

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

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

Art. 14.– L’Article 1348, alinéa 2 du Code civil est supprimé. Le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, pris en exécution de l’article 1348 du code civil, continue à produire ses effets sur la base de l’article 13 de la présente loi.

Art. 15.– Les deux premiers alinéas de l’article 11 du Code de commerce sont remplacés par l’alinéa suivant: „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 sous forme de copie. Ces copies ont la même valeur probante que les originaux dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu’elles ont été réalisées dans le cadre d’une méthode de gestion régulièrement suivie et qu’elles répondent aux conditions fixées par un règlement grand-ducal.“

Art. 16.– Toute personne à charge de laquelle la loi prévoit l’obligation de délivrer ou de communiquer des documents et données à la requête d’un agent d’une administration fiscale doit, lorsque ces documents et données n’existent que sous forme électronique, les délivrer ou communiquer, sur requête d’un agent d’une administration fiscale, dans une forme lisible et directement intelligible, certifiée conforme à l’original, sur support papier ou, par dérogation, suivant toutes autres modalités techniques que l’administration fiscale détermine.

Constitue un manquement à l’obligation de délivrance ou de communication le fait, pour la personne à laquelle la délivrance ou la communication incombent légalement, de ne pas se conformer aux requêtes et instructions d’une administration fiscale visées à l’alinéa précédent.

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

Section 1. Définitions et effets juridiques de la signature électronique

Art. 17.– Définitions

„Signataire“, toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d’une personne physique ou morale qu’elle représente.

„Dispositif de création de signature“, un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat qualifié.

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

„Dispositif de vérification de signature“, un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat.

„Certificat qualifié“, un certificat qui satisfait aux exigences fixées sur base de l’article 25 de la présente loi.

„Prestataire de service de certification“, toute personne, physique ou morale, qui délivre et gère des certificats ou fournit d’autres services liés aux signatures électroniques.

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

„Accréditation“, procédure par laquelle un organisme faisant autorité reconnaît formellement qu’un organisme ou un individu est compétent pour effectuer des tâches spécifiques.

„Système d’accréditation“ système ayant des propres règles de procédure et de gestion et destiné à procéder à l’accréditation.

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

„L’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance“, est le ministre ayant dans ses attributions l’Economie qui dirige et gère, par ses services, un système d’accréditation et qui se prononce sur l’accréditation.

- qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques qui émettent des certificats qualifiés.
- qui dirige et gère par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques qui émettent des certificats qualifiés.

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

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

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

§ 3. Nul ne peut être contraint de signer électroniquement.

Section 2. Des prestataires de service de certification

Sous-Section 1. Dispositions communes

Art. 19.– De l’obligation de secret professionnel

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

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

§ 3. L’obligation de secret n’existe pas à l’égard de l’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance agissant dans le cadre de ses compétences légales.

§ 4. Toute personne exerçant ou ayant exercé une activité pour l’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance, ainsi que les auditeurs mandatés par l’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance, sont tenus au secret professionnel et passibles des peines prévues à l’article 458 du Code pénal en cas de violation de ce secret.

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

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

Art. 20.– De la protection des données à caractère personnel

~~§ 1. L’Autorité nationale d’accréditation et de surveillance et les prestataires de service de certification sont tenus au respect des dispositions légales régissant le traitement de données à caractère personnel.~~

§ 1. Le prestataire de service de certification qui délivre des certificats à l’intention du public ne peut recueillir des données à caractère personnel que directement auprès de la personne qui demande un certificat, ou avec le consentement explicite de celle-ci, auprès de tiers. Le prestataire ne collecte les données que dans la seule mesure où ces dernières sont nécessaires à la délivrance et à la conservation du certificat. Les données ne peuvent être recueillies ni traitées à d’autres fins sans le consentement explicite de la personne intéressée.

§ 2. Lorsqu’un pseudonyme est utilisé, l’identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification qu’avec le consentement du titulaire ou dans les cas prévus à l’article 19 § 2.

Art. 21.– Des obligations du titulaire de certificat

§ 1. Dès le moment de la création des données afférentes à la création de signature, le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité et de l’intégrité des données afférentes à la création de signature qu’il utilise. Toute utilisation de celui-ci est réputée, sauf preuve contraire, être son fait.

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

§ 3. En cas de doute quant au maintien de la confidentialité du dispositif de création de signature ou de perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titulaire est tenu de faire ~~suspendre, voire de~~ révoquer immédiatement le certificat conformément à l'article 26 de la présente loi.

§ 4. Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance, a été suspendu ou révoqué, son titulaire ne peut plus utiliser les données afférentes à la création de signature correspondantes pour signer ou faire certifier ces données par un autre prestataire de service de certification.

Sous-Section 2. Des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés

Art. 22.– De l'obligation d'information

§ 1. Préalablement à toute relation contractuelle avec une personne demandant un certificat qualifié ou à la demande d'un tiers qui se prévaut d'un tel certificat, le prestataire de service de certification procure, sur un support durable et dans une langue aisément compréhensible, les informations nécessaires à l'utilisation correcte et sûre de ses services.

Ces informations se rapportent au moins:

- a) à la procédure à suivre afin de créer et de vérifier une signature électronique;
- b) aux modalités et conditions précises d'utilisation des certificats, y compris les limites imposées à leur utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers;
- c) aux obligations qui pèsent, en vertu de la présente loi, sur le titulaire du certificat et le prestataire de service de certification;
- d) à l'existence d'un régime volontaire d'accréditation;
- e) aux conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification;
- f) aux procédures de réclamation et de règlement des litiges.

§ 2. Le prestataire de service de certification fournit un exemplaire du certificat au candidat titulaire.

Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

Art. 23.– ~~(article 24)~~ De l'obligation de vérification

§ 1. Préalablement à la délivrance d'un certificat, le prestataire de service vérifie la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de signature.

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

Art. 24.– ~~(article 23)~~ De l'acceptation des certificats

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

§ 2. Le prestataire de service de certification conserve un annuaire électronique comprenant les certificats qu'il délivre et le moment de leur expiration. Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

Art. 25.– De l'émission et du contenu des certificats qualifiés

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

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

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

§ 4. Un certificat qualifié peut être délivré tant par un prestataire de service de certification accrédité que par un prestataire de service de certification non accrédité pour autant que celui-ci remplit les conditions requises par la loi et les règlements grand-ducaux pris pour son application.

Art. 26. — ~~De la suspension des certificats~~

~~§ 1. A la demande de son titulaire, le prestataire de service de certification suspend le certificat qualifié immédiatement. Il lève cette suspension dans les mêmes conditions.~~

~~§ 2. Le prestataire de service de certification suspend également le certificat qualifié lorsqu'il existe des raisons sérieuses pour admettre que le certificat a été délivré sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité, que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée, ou que le certificat a fait l'objet d'une utilisation frauduleuse.~~

~~§ 3. Le prestataire de service de certification informe le titulaire du certificat de la suspension en motivant sa décision.~~

~~La suspension doit être levée immédiatement lorsqu'un examen plus approfondi démontre le caractère correct de l'information ou la non-violation de la confidentialité du dispositif de création de signature.~~

Art. 26. — (article 27) De la révocation des certificats

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

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

- a) après suspension, un examen plus approfondi démontre que le certificat a été constitué sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité, ou que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée ou que le certificat a été utilisé frauduleusement;
- b) lorsqu'elle est informée du décès de la personne physique ou de la dissolution de la personne morale qui en est le titulaire.

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

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

§ 4. La révocation d'un certificat qualifié est définitive.

§ 5. Immédiatement après la décision de révocation, le prestataire de service de certification inscrit la mention de la révocation du certificat dans l'annuaire électronique visé à l'article 23.

La révocation devient opposable aux tiers dès son inscription dans l'annuaire électronique.

Art. 27. — (article 28) De la responsabilité des prestataires de service de certificats qualifiés

§ 1. A moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se fie raisonnablement:

- à l'exactitude des informations contenues dans le certificat qualifié à dater de sa délivrance;
- à l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;

- à l’assurance que le dispositif de création de signature et le dispositif de vérification de signature fonctionnent ensemble de façon complémentaire, au cas où le prestataire a généré les deux dispositifs.

§ 2. A moins qu’il ne prouve n’avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l’intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se prévaut raisonnablement du certificat, pour avoir omis de faire enregistrer la suspension ou la révocation du certificat.

§ 3. Le prestataire de service de certification n’est pas responsable du préjudice résultant de l’usage abusif d’un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées à son utilisation ou la valeur limite des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, pour autant que ces limites soient inscrites dans le certificat et discerables par les tiers.

§ 4. Les dispositions des paragraphes 1 à 3 sont sans préjudice de la loi du 25 août 1983 relative à la protection du consommateur modifiée par la loi du 26 mars 1997.

Art. 28.– (~~article 29~~) De la reconnaissance des certificats de pays tiers

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

- a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées par la présente loi et a été accrédité dans le cadre d’un régime volontaire d’accréditation établi par un Etat membre de l’Union européenne; ou
- b) si un prestataire de service de certification établi dans un Etat membre de l’Union européenne garantit ces certificats; ou
- c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d’un accord bilatéral entre le Luxembourg et des pays tiers ou dans le cadre d’un accord multilatéral entre l’Union européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

Art. 29.– La surveillance

„§ 1. L’autorité nationale d’accréditation et de surveillance veille au respect par les prestataires de services émettant des certificats qualifiés des exigences contenues dans les articles 19 à 27 de la présente loi et dans les règlements grand-ducaux pris en application.

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

§ 3. L’autorité nationale tient un registre des notifications.

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

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

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

Sous-Section 3. Des prestataires de service de certification accrédités

Art. 30.– L’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance

L’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance veille au respect par les prestataires de service de certification de la présente loi et des règlements qui s’imposent à eux.

Plus particulièrement, elle a pour missions:

- d’octroyer et de retirer les accréditations;
- de coordonner l’application cohérente et transparente des principes et procédures d’accréditation en application de la présente loi et des règlements.

~~Le Ministère de l’Economie est désigné comme Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance.~~

Art. 31.– De l’accréditation

§ 1. Les prestataires de service de certification sont libres de demander ou non une accréditation.

§ 2. L’accréditation couvre la délivrance de certificats relatifs à l’identité, éventuellement à la profession ou tout autre attribut durable du titulaire du certificat, ainsi qu’à toute autre mention pouvant être certifiée.

§ 3. Le prestataire de service de certification peut demander l’accréditation pour un ou plusieurs de ces éléments et pour une ou plusieurs catégories de titulaires.

Art. 32.– Des conditions d’obtention de l’accréditation

§ 1. Les conditions d’obtention et de conservation de l’accréditation sont fixées par un règlement grand-ducal.

§ 2. Un règlement grand-ducal détermine:

- a) la procédure de délivrance, d’extension, de suspension et de retrait des accréditations;
- b) les frais d’examen et de suivi des dossiers;
- c) les délais d’examen des demandes;
- d) le montant et les modalités de la garantie financière;
- e) les conditions visant à assurer l’interopérabilité des systèmes de certification et l’interconnexion des registres de certificats;
- f) les règles relatives à l’information que le prestataire de service de certification est tenu de conserver concernant ses services et les certificats délivrés par lui;
- g) les garanties d’indépendance que les prestataires de service de certification doivent offrir aux utilisateurs du service;
- h) la durée de conservation des données.

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

§ 4. La décision sur la suspension ou le retrait de l’accréditation peut être déférée, dans le délai d’un mois, sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge de fond.

Art. 33.– De l’arrêt et du transfert des activités

§ 1. Le prestataire de service de certification accrédité informe dans un délai raisonnable l’Autorité Nationale d’Accréditation et de Surveillance de son intention de mettre fin à ses activités ou, le cas échéant, de son incapacité de poursuivre ses activités. Il s’assure de la reprise de celles-ci par un autre prestataire de service de certification accrédité, dans les conditions décrites au § 2 du présent article, ou, à défaut, prend les mesures requises au § 3 du présent article.

§ 2. Le prestataire de service de certification accrédité peut transférer à un autre prestataire tout ou partie de ses activités. Le transfert des certificats est opéré aux conditions suivantes:

- a) le prestataire de service de certification avertit chaque titulaire de certificat encore en vigueur qu’il envisage de transférer les certificats à un autre prestataire de service de certification au moins un mois avant le transfert envisagé;
- b) il précise l’identité du prestataire de service de certification auquel le transfert de ces certificats est envisagé;

- c) il indique à chaque titulaire de certificat leur faculté de refuser le transfert envisagé, ainsi que les délais et modalités dans lesquels il peut le refuser. A défaut d'acceptation expresse du titulaire au terme de ce délai, le certificat est révoqué.

§ 3. Tout prestataire de service de certification accrédité qui cesse ses activités sans que celles-ci ne soient reprises par un autre prestataire de service de certification accrédité, révoque les certificats un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des données conformément à l'article 25.

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

Art. 34.– Du contrôle

§ 1. Lorsque l'Autorité Nationale d'Accréditation constate qu'un prestataire de service de certification accrédité ne se conforme pas aux prescriptions de la présente loi et des règlements, elle fixe un délai pour régulariser la situation et éventuellement, suspend l'accréditation.

§ 2. Si, après l'écoulement de ce délai, le prestataire de service de certification accrédité n'a pas régularisé sa situation, la même autorité procède au retrait de l'accréditation.

§ 3. Le prestataire de service de certification est tenu de mentionner immédiatement dans son annuaire électronique le retrait de l'accréditation et d'en informer sans délai les titulaires de certificat.

Sous-section 4. Du recommandé électronique

Art. 35.– Le message signé électroniquement sur base d'un certificat qualifié dont l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception, sont certifiés par le prestataire conformément aux conditions fixées par règlement grand-ducal constitue un envoi recommandé.

*

TITRE III (IV)

DES COMMUNICATIONS COMMERCIALES

Art. 36.– (~~article 57~~) Définition

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

Ne constituent pas en tant que tel des communications commerciales:

- les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de cette entreprise, organisation ou personne notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,
- les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière.

Art. 37.– (~~article 58~~) Obligation de transparence

La communication commerciale doit respecter les conditions suivantes:

- a) la communication commerciale doit être clairement identifiable en tant que telle;
- b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable;
- c) les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Art. 38.– (~~article 59~~) Des communications commerciales non sollicitées

§ 1. La communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée en tant que telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire.

§ 2. L'envoi de communications commerciales par courrier électronique par un prestataire de service de la société de l'information à un destinataire n'est possible qu'en cas d'absence d'opposition manifeste de sa part.

§ 3. Les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées doivent consulter régulièrement les registres „opt out“ désignés par règlement grand-ducal où les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces personnes. L'inscription des personnes physiques sur un ou plusieurs registres d'opt out se fait sans frais pour ces personnes.

Est puni d'une amende de dix mille un à deux cent mille francs, tout prestataire n'ayant pas respecté le souhait des personnes inscrites sur un ou plusieurs registres d'opt out. L'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la personne lésée.

*

TITRE IV (V)

DES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUE

Chapitre I. – *Dispositions communes*

Art. 39.– (~~article 60~~) Définitions

Support durable: tout instrument qui permet au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées.

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

Art. 40.– (~~article 61~~) Champ d'application

§ 1. Le présent titre s'applique aux contrats conclus par voie électronique entre professionnels, et entre professionnels et consommateurs, à l'exception des contrats suivants:

- les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location;
- les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;
- les contrats de sûretés et les garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;
- les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

§ 2. Les dispositions des articles 43 à 49 s'appliquent uniquement entre professionnels et consommateurs.

Art. 41.– (~~article 62~~) Informations „techniques“ générales à fournir

§ 1. Sans préjudice de l'obligation générale d'information de l'article 5 de la présente loi et, sauf si les parties sont des professionnels et en ont convenu autrement, les modalités de formation d'un contrat par voie électronique doivent être transmises par le prestataire de manière claire et non équivoque et préalablement à la conclusion du contrat. Les informations à fournir doivent porter notamment sur:

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;
- b) l'archivage ou non du contrat par le prestataire une fois celui-ci conclu et son accessibilité;
- c) les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu;
- d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

§ 2. Les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être fournies au destinataire du service de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire.

§ 3. Les deux premiers paragraphes du présent article ne s'appliquent pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes.

Art. 42.– (~~article 63~~) Du moment de la conclusion du contrat

§ 1. Sauf si les parties qui sont des professionnels en ont convenu autrement, dans les cas où il est demandé à un destinataire du service d'exprimer son consentement en utilisant des moyens technologiques, pour accepter l'offre du prestataire, le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service.

- a) L'accusé de réception de l'acceptation est considéré comme étant reçu lorsque le destinataire du service peut y avoir accès,
- b) le prestataire est tenu d'envoyer immédiatement l'accusé de réception de l'acceptation.

§ 2. Les dispositions du premier paragraphe du présent article ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de messages électroniques ou au moyen de communications commerciales équivalentes.

Chapitre II. – Des contrats conclus avec les consommateurs

Art. 43.– (~~article 64~~) Informations préalables à fournir au consommateur

§ 1. Sans préjudice de l'obligation générale d'information de l'article 5 de la présente loi et des obligations d'information spécifiques aux services financiers, en temps utile avant la conclusion du contrat, le prestataire a l'obligation de fournir au consommateur, de manière claire et compréhensible les informations suivantes:

- les coordonnées du prestataire de service de certification le cas échéant accrédité auprès duquel ce dernier a obtenu un certificat;
- les caractéristiques essentielles du produit ou du service proposé;
- la monnaie de facturation;
- la durée de validité de l'offre et du prix;
- les modalités et modes de paiement, les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des engagements du prestataire;
- le cas échéant, les conditions de crédit proposées;
- l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation;
- le mode de remboursement des sommes versées le cas échéant par le consommateur en cas de rétractation de sa part;
- le coût de l'utilisation du service de la société de l'information lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base;
- les conditions des garanties commerciales et du service après-vente existants ;
- l'absence d'une confirmation des informations, le cas échéant;
- pour les contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service, la durée minimale du contrat.

§ 2. Ces informations doivent être fournies par tout moyen adapté au service de la société de l'information utilisé, et accessibles à tout stade de la transaction.

Lorsqu'il est en mesure de le faire, le prestataire doit mettre en place un service de la société de l'information permettant au consommateur de dialoguer directement avec lui.

§ 3. Pour les produits et services qui ne sont pas soumis à un droit de rétractation conformément à l'article 45 § 4, les informations additionnelles suivantes doivent être fournies au consommateur:

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

Art. 44.— (~~article 65~~) De la confirmation et de l'enregistrement des informations

§ 1. Le consommateur doit recevoir, au plus tard lors de la livraison du produit ou de l'exécution de la prestation de service, sur un support durable à sa disposition et auquel il a accès, la confirmation des informations mentionnées à l'article 44 et, quand il y a lieu, les conditions d'exercice du droit de rétractation.

§ 2. Le § 1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'un service de la société de l'information, dès lors que ces services sont fournis en une seule fois et qu'ils sont facturés par le prestataire.

§ 3. Le prestataire doit permettre au consommateur d'obtenir, dans les meilleurs délais après la conclusion du contrat, sur support durable le contenu de la transaction précisant notamment la date et l'heure de la conclusion du contrat.

Art. 45.— (~~article 66~~) Du droit de rétractation du consommateur

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

Toutefois, si le consommateur n'a pas reçu la confirmation prévue à l'article 44, le délai de rétractation est de 3 mois.

Le délai de rétractation est porté à 30 jours pour les contrats relatifs aux polices d'assurance sauf les polices visées au § 4 g) du présent article, et aux opérations de pension.

Ces délais courent:

- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat.
- pour les produits, à compter de la réception du produit.

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

§ 3. Le consommateur exerce son droit de rétractation sur tout support durable.

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

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

- a) de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétractation de sept jours prévu au § 1;
- b) de fournitures de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent pas être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;
- c) de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés ou téléchargés par le consommateur;
- d) de fourniture de journaux, périodiques et de magazines;
- e) de services de paris et de loteries;
- f) de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier en dehors du contrôle du prestataire, qui peuvent survenir durant la période de rétractation, tels que les services relatifs:
 - aux opérations de change;
 - aux instruments du marché monétaire;
 - aux valeurs mobilières et autres titres négociables;

- aux OPCVM et autres systèmes de placement collectif;
 - aux contrats à terme (*futures*) et options;
 - aux contrats à terme sur taux d'intérêt (FRA);
 - aux contrats d'échange (*swaps*) sur taux d'intérêt, sur devises ou aux contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (*equity swaps*);
 - aux options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente liste, y compris les contrats à terme et options;
- g) les polices d'assurance de moins d'un mois;
- h) ~~les contrats dont l'exécution est entièrement terminée avant que le consommateur n'exerce son droit de rétractation.~~

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

Art. 46. – ~~(article 67)~~ Du paiement du service financier fourni avant la rétractation

§ 1. Quand le consommateur exerce son droit de rétractation conformément à l'article 45, il ne peut être tenu qu'au paiement de la partie du prix proportionnellement au service financier effectivement fourni par le prestataire.

~~Ce montant ne saurait être en aucun cas interprété comme une pénalité.~~

§ 2. Le prestataire ne peut exiger du consommateur un paiement sur la base du § 1 s'il n'a pas rempli son obligation d'information prévue à l'article 43, ni s'il a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation sans que le consommateur ait expressément donné son consentement à cette exécution.

§ 3. Le prestataire renvoie, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les 30 jours, au consommateur toutes sommes qu'il a perçues de ce dernier en accord avec le contrat conclu, excepté le montant à payer au §1 du présent article.

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

§ 4. Le consommateur renvoie au prestataire toute somme ou propriété qu'il a reçue du prestataire, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours. Cette période débute du jour où le consommateur envoie la notification de la rétractation.

Art. 47 ~~(article 68)~~ De la fourniture non demandée

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

§ 2. Le consommateur n'est tenu à aucun engagement relatif aux fournitures de biens ou de services qu'il n'a pas expressément demandées, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

Art. 48. – ~~(article 69)~~ De la charge de la preuve

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

Art. 49. – ~~(article 70)~~ Exemptions

Les articles 43, 44 et 45 ne s'appliquent pas:

- aux contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile d'un consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail;

- aux contrats de fourniture de services d’hébergement, de transports, de restauration, de loisirs, lorsque le prestataire s’engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée.

*

TITRE V (~~VI~~)

DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES INTERMEDIAIRES

Art. 50.– (~~article 71~~) Simple transport (~~,mere conduit~~)

§ 1. Le prestataire de service de la société de l’information qui transmet sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service ou qui fournit un accès au réseau de communications ne peut voir sa responsabilité engagée pour les informations transmises à condition:

- a) qu’il ne soit pas à l’origine de la transmission;
- b) qu’il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et
- c) qu’il ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l’objet de la transmission.

§ 2. Les activités de transmission et de fourniture d’accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises à condition que ce stockage serve exclusivement à l’exécution de la transmission sur le réseau de communications et que sa durée n’excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Art. 51.– (~~article 72~~) Forme de stockage dite caching

Le prestataire qui fournit un service de la société de l’information consistant dans la transmission sur un réseau de communications des informations fournies par un destinataire du service ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l’information à la demande d’autres destinataires du service à condition:

- a) qu’il ne modifie pas l’information;
- b) qu’il se conforme aux conditions d’accès de l’information;
- c) qu’il se conforme aux règles concernant la mise à jour de l’information, indiquée d’une manière largement reconnue et utilisée par l’industrie;
- d) qu’il n’entrave pas l’utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l’industrie, dans le but d’obtenir des données sur l’utilisation de l’information, et
- e) qu’il agisse promptement pour retirer l’information qu’il a stockée ou pour rendre l’accès à celle-ci impossible, dès qu’il a effectivement connaissance du fait que l’information a été retirée là où elle se trouvait initialement sur le réseau, ou du fait que l’accès à l’information a été rendu impossible, ou du fait qu’une autorité judiciaire ou administrative a ordonné le retrait de l’information ou interdit son accès.

Art. 52.– (~~article 73~~) Hébergement

§ 1. Le prestataire qui fournit un service de la société de l’information consistant dans le stockage des informations fournies par un destinataire du service, ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour les informations stockées à la demande d’un destinataire du service à condition que:

- a) le prestataire n’ait pas effectivement connaissance que l’activité ou l’information est illicite et, en ce qui concerne une action en dommages, 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; ou
- b) le prestataire, dès le moment où il en a une telle connaissance, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l’accès à celles-ci impossible.

§ 2. Le paragraphe 1 ne s’applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l’autorité ou le contrôle du prestataire.

Art. 53.– ~~(article 74)~~ Absence d’obligation en matière de surveillance

§ 1. Pour la fourniture des services visés aux articles 50 à 52, les prestataires ne sont pas tenus d’une obligation générale de surveiller les informations qu’ils transmettent ou stockent, ni d’une obligation générale de rechercher des faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

§ 2. Le paragraphe 1 du présent article est sans préjudice de toute activité de surveillance, ciblée ou temporaire, demandée par les autorités judiciaires luxembourgeoises lorsque cela est nécessaire pour sauvegarder la sûreté, la défense, la sécurité publique et pour la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d’infractions pénales.

*

TITRE VI (VII)

DES PAIEMENTS ELECTRONIQUES

Art. 54.– ~~(article 75)~~ Définitions

Pour l’application du présent titre, il faut entendre par:

§ 1. „*instrument de paiement électronique*“: tout système permettant d’effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique, les opérations suivantes:

- a) des transferts de fonds,
- b) des retraits et dépôts d’argent liquide;
- c) l’accès à distance à un compte;
- d) le chargement et le déchargement d’un instrument de paiement rechargeable.

§ 2. „*instrument de paiement électronique rechargeable*“: tout instrument de paiement électronique sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement.

§ 3. „*émetteur*“: ~~une personne, qui dans le cadre de son activité commerciale, met un instrument de transfert électronique de fonds à la disposition d’une autre personne conformément à un contrat conclu avec celle-ci.~~

§ 4. „*titulaire*“: ~~une personne qui, en vertu d’un contrat qu’elle a conclu avec un émetteur, détient un instrument de transfert électronique de fonds.~~

Art. 55.– ~~(article 76)~~ Champ d’application

Les dispositions de la présente loi ne s’appliquent pas:

- a) aux transferts électroniques de fonds réalisés par chèque et aux fonctions de garantie des transferts de fonds réalisés par chèque.
- b) aux transferts électroniques de fonds réalisés au moyen d’instruments rechargeables sans accès direct à un compte pour le chargement et le déchargement, et qui ne sont utilisables qu’auprès d’un seul vendeur de produits ou de services.

Art. 56.– ~~(article 77)~~ La preuve des paiements effectués

L’émetteur doit conserver un relevé interne des opérations effectuées à l’aide d’un instrument de paiement électronique, pendant une période de trois ans à compter de l’exécution des opérations.

Art. 57.– ~~(article 78)~~ La charge de la preuve

L’émetteur doit, en cas de contestation d’une opération effectuée à l’aide d’un instrument de paiement électronique, apporter la preuve que l’opération a été correctement enregistrée et comptabilisée, et n’a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance.

Art. 58.– ~~(article 79)~~ Des risques liés à l’utilisation d’un instrument de paiement électronique

§ 1. Le titulaire d’un instrument de paiement électronique a l’obligation de notifier à l’émetteur – ou à l’entité désignée par lui – dès qu’il en a connaissance la perte ou le vol de cet instrument ou des

moyens qui en permettent l'utilisation, ainsi que toute utilisation frauduleuse; ainsi que la perte ou le vol de l'instrument de paiement électronique rechargeable;

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

§ 2. Sauf dans les cas où il s'est rendu coupable d'une fraude ou de négligence grave, le titulaire d'un instrument de paiement électronique visé à l'article 54 § 1 a), b) et c):

- assume jusqu'à la notification prévue au paragraphe précédent les conséquences liées à la perte, au vol ou à son utilisation frauduleuse par un tiers, à concurrence d'un montant fixé par règlement grand-ducal. Ce montant ne peut dépasser 150 euros.

Par dérogation à l'alinéa 1 du paragraphe 2 du présent article, l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la valeur stockée sur l'instrument de paiement électronique rechargeable, lorsque celle-ci est la conséquence de l'utilisation de celui-ci par un tiers non autorisé, même après la notification prévue dans le présent article.

- est dégagé de toute responsabilité de l'utilisation de l'instrument de paiement électronique visé à l'article 54 § 1 a), b) et c) après la notification.

§ 3. En toute hypothèse, l'utilisation d'un instrument de paiement électronique sans présentation physique de celui-ci ou identification électronique, n'engage pas la responsabilité de son titulaire.

Art. 59.– ~~(article 80)~~ Irrévocabilité des instructions de paiement

Le titulaire ne peut révoquer une instruction qu'il a donnée au moyen de son instrument de paiement électronique, à l'exception de celle dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée.

*

TITRE VII ~~(VIII)~~

DISPOSITIONS FINALES

Art. 60.– ~~(article 81)~~

Le Ministre de l'Economie est autorisé à procéder à l'engagement pour les besoins de l'Autorité d'Accréditation et de Surveillance de trois agents de la carrière supérieure de l'Etat, à occuper à titre permanent et à tâche complète. Les engagements définitifs de personnel au service de l'Etat se feront par dépassement de l'effectif total du personnel et en dehors du nombre d'engagements de renforcement déterminé dans la loi du 21 décembre 1998 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2000.

Art. 61.– ~~(article 82)~~

§ 1. Par règlement grand-ducal il peut être créé un comité „commerce électronique“ regroupant des utilisateurs tant du secteur public que du secteur privé. Un règlement grand-ducal fixe la composition de ce comité.

§ 2. Ce comité aura pour objectif d'accompagner l'application de la présente loi, de diffuser des informations sur le commerce électronique et de produire des avis pour le Ministère compétent.

Art. 62.–

Dans toute dispositions 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“.

*

**A. AMENDEMENTS AU PROJET DE LOI PROPOSES PAR
LA COMMISSION DE L'ECONOMIE, DE L'ENERGIE, DES POSTES ET
DES TRANSPORTS (SUITE A L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT)**

Intitulé du projet de loi:

Il convient de supprimer la référence à la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Article 1er:

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

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

Article 2:

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

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

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

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

Dans le paragraphe 5, ajouter un troisième tiret:

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

Le nouveau paragraphe 6 s'écrit comme suit:

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

Article 4:

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

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

Sous-section 1 du chapitre I du titre II:

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

Article 13:

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

Article 14:

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

Article 17:

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

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

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

In fine rajouter un 2e tiret à la définition de l'Autorité nationale d'Accréditation et de Surveillance:

„– qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques qui émettent des certificats qualifiés“.

Article 18:

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

Article 19:

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

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

Article 20:

Supprimer le paragraphe 1.

Dans le paragraphe 3 remplacer „lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de services de certification qu'avec le consentement du titulaire et dans les cas prévus à l'article 19 § 2“ par „lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de services de certification qu'avec le consentement du titulaire ou dans les cas prévus à l'article 19 § 2“.

Article 21:

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

In fine remplacer „celui-ci“ par „celles-ci“. Dans le paragraphe 3 supprimer „suspendre voire de“ et remplacer „conformément aux articles 26 et 27“ par „conformément à l'article 26“.

Article 23:

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

Intervertir les articles 23 et 24.

Article 25:

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

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

Article 26:

Cet article est supprimé.

Article 28 (nouvel article 27):

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

| Dans le paragraphe 2 supprimer „la suspension ou“.

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

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

Nouvel article 29 intitulé „la surveillance“:

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

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

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

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

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

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

Article 30:

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

Article 32:

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

Article 33:

| Au paragraphe 3 remplacer „conformément à l'article 28“ par „conformément à l'article 25“.

Articles 36 à 56 relatifs aux dispositions pénales:

Ces articles sont supprimés.

En conséquence les articles 57 à 82 sont renumérotés et deviennent les articles 36 à 61.

Article 59 (nouvel article 38):

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

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

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

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

Article 61 (nouvel article 40):

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

└ Dans le paragraphe 2, la référence aux „articles 64 à 70“ est remplacée par la référence aux „articles 43 à 49“.

Article 62 (nouvel article 41):

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

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

Article 64 (nouveau article 43):

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

└ Dans le paragraphe 3, la référence à „l'article 66 § 4“ est remplacée par la référence à „l'article 45 § 4“.

Article 65 (nouvel article 44):

└ Dans le paragraphe 1 remplacer la référence à l'article 64 par la référence à l'article 44.

Article 66 (nouvel article 45):

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

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

Dans le paragraphe 4 supprimer l'alinéa h).

└ Dans le paragraphe 1 remplacer la référence à „l'article 65“ par la référence à „l'article 44“.

Article 67 (nouvel article 46):

Dans le paragraphe 1 supprimer la dernière phrase.

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

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

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

└ Dans le paragraphe 1 la référence à „l'article 66“ est remplacée par la référence à „l'article 45“.

└ Dans le paragraphe 2 la référence à „l'article 64“ est remplacée par la référence à „l'article 43“.

Article 70 (nouvel article 49):

└ La référence aux „articles 64, 65 et 66“ est remplacée par la référence aux „articles 43, 44 et 45“.

Article 71 (nouvel article 50):

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

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

Article 72 (nouvel article 51):

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

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

Article 73 (nouvel article 52):

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

Article 74 (nouvel article 53):

Remplacer, dans le paragraphe 1, la référence aux „articles 71 à 73“ par la référence aux „articles 50 à 52“.

Article 75 (nouvel article 54):

Supprimer les paragraphes 3 et 4.

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

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

Article 77 (nouvel article 56):

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

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

Article 78 (nouvel article 57):

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

Article 79 (nouvel article 58):

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

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

Idem paragraphe 2.

Idem paragraphe 3.

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

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

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

Dans le paragraphe 2 remplacer la référence à „l'article 75 § 1a), b) et c)“ par la référence à „l'article 54 § 1 a), b) et c)“. Idem dans le paragraphe 2, 2e tiret.

Article 80 (nouvel article 59):

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

Article 81 (nouvel article 60):

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

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

Nouvel Article 62:

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

*

B. COMMENTAIRE DES ARTICLES DU TEXTE AMENDE (SUITE A L’AVIS DU CONSEIL D’ETAT)

Intitulé du projet de loi:

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

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

Article 2:

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

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

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

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

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

Article 4:

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

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

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

Article 13:

Rectification d’une erreur matérielle.

Article 14:

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

Article 17:

Il convenait de définir l’autorité chargée de la surveillance des prestataires de services de certification.

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

Article 18:

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

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

Article 19:

Un changement de terminologie a été rendu nécessaire.

Article 20:

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

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

Article 21:

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

Article 25:

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

Article 26:

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

Article 28 (nouvel article 27):

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

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

Nouvel article 29:

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

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

Article 33:

Rectification d'une erreur matérielle.

Articles 36 à 56:

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

Article 59 (nouvel article 38):

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

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

Article 61 (nouvel article 40):

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

Article 62 (nouvel article 41):

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

Article 64 (nouvel article 43):

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

Article 66 (nouvel article 45):

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

Article 67 (nouvel article 46):

La dernière phrase du paragraphe 1 est superflue.

Article 71 (nouvel article 50):

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

Article 72 (nouvel article 51):

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

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

Article 73 (nouvel article 52):

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

Article 75 (nouvel article 54):

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

Articles 75 à 80 (nouveaux articles 54 à 59):

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

Article 77 (nouvel article 56):

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

Article 79 (nouvel article 58):

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

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

Article 81 (nouvel article 60):

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

Nouvel article 62:

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

Service Central des Imprimés de l'Etat

4641/04

N° 4641⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

PROJET DE LOI

relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(7.7.2000)

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

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

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

*

Dans les considérations générales développées par la Commission, il est dit que le projet de loi „fixe un cadre qui permet de reconnaître cette nouvelle forme de commerce. Il représente une étape vers un cadre global et doit être apprécié dans le contexte législatif plus large (ventes à distance, protection des données nominatives, monnaie électronique ...)“.

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

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

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

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

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

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

*

EXAMEN DES AMENDEMENTS

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

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

Article 2:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„La loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.“

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

„L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance visée à l'article 17 peut restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre lorsque ledit service représente un risque sérieux et grave d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection des consommateurs, en observant par ailleurs les exigences posées par le droit communautaire à l'exercice de cette faculté.“

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

„L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance“, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie,

- qui dirige et gère, par ses services, un système d'accréditation et qui se prononce sur l'accréditation;
- qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques, et plus particulièrement de ceux qui émettent des certificats qualifiés.“

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

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

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

*

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

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

Les auteurs proposent d'amender l'article 27 nouveau à l'effet de dire au paragraphe 4 que „Les dispositions des paragraphes 1 à 3 sont sans préjudice de la loi du 25 août 1983 relative à la protection du consommateur modifiée par la loi du 26 mars 1997“. Le nouveau libellé n'est pas autrement explicité, mais le Conseil d'Etat suppose que les auteurs des amendements ont entendu laisser au prestataire la possibilité d'aménager conventionnellement sa responsabilité, sous réserve de ce que ces clauses ne doivent pas être abusives au sens de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord au nouveau texte proposé. Il y a toutefois lieu de citer correctement l'intitulé de la loi et de ne pas se référer à une loi déterminée ayant modifié la loi du 25 août 1983. Il convient donc d'écrire:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„§1.– ... ()

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aux articles 41 et 42 nouveaux, les auteurs des amendements maintiennent inchangés les paragraphes 3 respectifs, qui excluent du champ d'application des deux articles les contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique. A l'appui, ils invoquent le considérant 18 de la future directive dite „commerce électronique“ dans la teneur de la position commune (CE) 22/2000 arrêtée par le Conseil le 28 février 2000. Le Conseil d'Etat constate que ledit considérant énonce que „l'utilisation

du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes, n'est pas un service de la société de l'information". Le Conseil d'Etat n'est nullement convaincu que le texte des paragraphes 3 respectifs des deux articles sous examen dit bien ce que les auteurs des amendements veulent lui faire dire. Pour le moins faudrait-il alors ajouter à chaque fois: „les contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles conclus exclusivement ...“

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

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

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

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

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

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

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

Les auteurs des amendements, en relation avec le titre du projet de loi consacré aux paiements électroniques (*articles 54 à 59 nouveaux*), font valoir que „l'objet du projet de loi était d'assurer la protection des consommateurs en intégrant des dispositions issues de la recommandation de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique. Le projet se limite à certaines dispositions permettant cette protection“.

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

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

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

*

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

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 juillet 2000.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Raymond KIRSCH

4641/06

N° 4641⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

PROJET DE LOI

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

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(7.7.2000)

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

*

1. REMARQUES PRELIMINAIRES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

2. CONSIDERATIONS GENERALES

Défis juridiques

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

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

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

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

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

Education et emploi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aspects particuliers

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

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

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

Autorégulation

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

*

3. COMMENTAIRE DES ARTICLES

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

TITRE I

Dispositions générales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concernant l'article 1er

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concernant l'article 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concernant l'article 4

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

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

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

Concernant l'article 5

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

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

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

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

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

TITRE II

De la preuve et de la signature électronique

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Chapitre 1 – De la preuve littérale

Concernant l'article 6

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

Concernant l'article 10

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

Concernant les articles 11 à 13

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

Concernant l'article 16

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

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

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

Concernant l'article 17

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

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

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

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

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

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

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

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

Concernant l'article 18

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concernant l'article 19

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

Concernant l'article 20

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

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

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

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

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

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

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

Concernant l'article 21

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

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

Concernant l'article 22

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

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

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

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

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

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

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

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

Concernant l'article 23

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

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

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

Concernant l'article 24

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

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

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

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

Concernant l'article 25

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

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

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

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

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

Concernant les articles 26 et 27

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

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

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

Concernant l'article 28

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

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

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

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

Concernant l'article 29

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

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

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

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

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

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

Concernant les articles 30 à 34

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

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

Concernant l'article 35

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

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

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

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

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

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

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

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

TITRE III

Dispositions pénales

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

L'article 36 du projet de loi se prête à certaines réflexions de fond au sujet du faux et de *l'usage de faux*.

Le texte français relatif à l'infraction de faux, tel qu'il se trouve actuellement dans le Nouveau Code Pénal (NCP), entré en vigueur au 1er mars 1994, a modifié la définition du faux, sous certains aspects et notamment en ce qui concerne la nature du support du document pouvant donner lieu à l'établissement d'un faux. Il est assurément utile de citer le texte en question:

Article 441-1 (Nouveau Code pénal français): „Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 300.000.- francs d'amende."

A part la généralisation de la définition du support sur laquelle l'expression de la pensée peut être retenue et à part les autres éléments constitutifs sur lesquels il conviendra de revenir, il est utile de noter que les peines qu'il est prévu d'infliger au faussaire et à celui qui fait usage d'un faux ont été conséquemment abaissées.

Contrairement à l'idée du législateur luxembourgeois, qui estime que la peine doit être sévère afin de bien montrer le sérieux avec lequel il entend faire poursuivre l'infraction et plus particulièrement le faux, le législateur français a suivi une voie diamétralement opposée en tenant bien compte de l'évolution des mœurs et de l'économie et en adaptant la législation aux données actuelles du monde moderne. En effet si les rédacteurs du Code Napoléonien de 1810 et du Code Pénal Luxembourgeois, datant de 1879 et inspiré du Code Pénal Belge de 1867, sont assurément dans le vrai en considérant la

confection d'un écrit, même sous seing privé, comme étant une démarche sacramentelle et peu fréquente, la plus grande partie de la population n'ayant pas un usage habituel de l'écrit, il est évident que depuis lors et surtout depuis quarante ans, il y a eu une prolifération de l'usage de l'écrit par l'ensemble de la population, de sorte que l'écrit a été banalisé. Laisser le faux intellectuel, la simulation, même un document non signé telle une facture à même niveau de sanction qu'un crime de sang ne correspond plus aux données actuelles du monde moderne.

Aussi est-il intéressant de se référer à l'évolution en France au sujet du faux et de citer Wilfried JEANDIDIER¹:

„Les faux sont des infractions relativement fréquentes et l'augmentation sensible des condamnations a été en grande partie déterminée par l'abaissement de la répression depuis 1958. Il y a eu par exemple près de 3500 condamnations pour faux et usage de faux en écritures privées en 1990 alors qu'il y en avait eu près de 1500 en 1984.

L'adoucissement de la répression est notable, du moins au niveau de l'emprisonnement puisque l'ancien article 150 du Code Pénal prévoyait un maximum de cinq ans, l'amende étant quant à elle plafonnée à 120.000.- francs. Avant 1958 le faux en écriture privée, de commerce ou de banque était un crime.“

L'auteur met en avant la constatation reconnue depuis fort longtemps en criminologie que la sévérité de la répression n'est pas l'élément déterminant pour retenir les auteurs potentiels, mais que c'est bel et bien l'efficacité et la fréquence de la répression qui est l'élément déterminant.

De plus, garder le faux au niveau des crimes de sang tout en le décriminalisant dans toutes les affaires, aucune exception n'étant connue, n'est assurément pas la démarche la plus efficace et génère des lourdeurs de procédure purement bureaucratiques.

Par contre une approche française consistant à abaisser la sanction et à simplifier la poursuite sera certainement l'approche la plus efficace dans la lutte contre le délit de faux.

Le texte actuel du Code Pénal Luxembourgeois est par ailleurs assez peu opérant alors qu'il s'appuie toujours sur la distinction traditionnelle entre le faux matériel et le faux intellectuel. Venant du fond des âges, le poids a été mis plutôt sur le faux matériel, mais le faux commis dans le contenu même du texte devant faire foi n'a pas été vraiment envisagé au départ. Une reformulation, tenant compte de l'évolution de la jurisprudence, à l'instar de la démarche française paraît donc absolument indiquée.

Depuis l'introduction du Nouveau Code Pénal en France, l'écrit n'est plus le support exclusif de l'incrimination de faux, toutes les autres expressions sont visées, à supposer qu'elles aient une valeur probatoire. Ainsi bandes magnétiques, films, disquettes d'ordinateurs sont désormais concernés de même que la transmission via Internet.

Dans l'ensemble de ce contexte, il est essentiel de se référer également à la Section VI, introduite au Chapitre II du Titre IX du Code Pénal Luxembourgeois par la loi du 15 juillet 1993, traitant de certaines infractions en matière informatique et intitulé: *„De certaines infractions en matière informatique.“*

Ces nouveaux textes formant l'article 509-1 à 509-7 incriminent notamment:

- le maintien frauduleux dans tout système de traitement automatisé de données ainsi que la suppression ou la modification de données contenues dans un tel système respectivement une altération du fonctionnement de ce système (509-1);
- l'entrave ou le fait de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données (509-2);
- l'introduction, la modification ou la suppression, intentionnelles et au mépris des droits d'autrui, de données dans un système de traitement automatisé (509-3);
- la falsification de documents informatisés, de nature à causer un préjudice à autrui (509-4);
- l'usage de ces mêmes documents falsifiés (509-5);
- la tentative de l'ensemble des délits (509-6);
- et l'association formée en vue de perpétrer les infractions visées aux articles 509-1 à 509-5 (509-7).

Il est tout d'abord intéressant de noter que, pour la falsification de documents informatisés, le législateur impose une peine d'emprisonnement et érige l'infraction en simple délit. Cette démarche n'est

¹ Droit Pénal des Affaires par Wilfried JEANDIDIER, Dalloz 1996 No 24.

guère étonnante alors que l'infraction en question a été directement inspirée, suite aux remarques du Conseil d'Etat, de la législation française en la matière, à savoir les articles 462-2 à 462-9 du Code Pénal français, y introduits par la loi No 88-19 du 5 janvier 1988. Le législateur français, en érigeant en délit le faux informatique, est ainsi resté logique avec lui-même en ce que le crime de faux avait été décriminalisé pour être qualifié de délit dès 1958. Par contre, le législateur luxembourgeois, en recopiant mot à mot le texte de loi français de 1988, n'est pas resté logique avec lui-même en ce que la sanction n'a pas été abaissée pour ce qui est de l'article 196 du Code Pénal de 1879, lequel érige le faux en crime.

Dans la mesure où le législateur luxembourgeois devait se décider à prendre inspiration dans le texte du Nouveau Code Pénal français qui est un texte ouvert vers l'avenir et vers les technologies nouvelles, le nouveau texte proposé fera double emploi avec les articles 509-4 et 509-5 du Code Pénal actuel qui pourront être supprimés. Le législateur français a en tout état de cause procédé à une telle refonte lors de la mise en place du Nouveau Code Pénal (NCP entré en vigueur le 1er mars 1994). Ainsi le texte correspondant à nos articles 509-4 et 509-5, à savoir les articles 462-5 et 462-6 du CP français ne se retrouvent plus dans les articles 323-1 à 323-3 du NCP et c'est bien en connaissance de cause que ce texte a été omis comme étant englobé dans les dispositions de l'article 441-1 NCP.

En définitive, le faux informatique tomberait dans la mesure où serait reprise la définition du faux telle qu'elle est renfermée dans le texte de loi français.

Les articles 509-4 et 509-5 étant à abroger, les articles 509-6 et 509-7 deviennent les articles 509-4 et 509-5.

Les textes relatifs au vol, l'abus de confiance, à l'escroquerie et à la tromperie et au recel n'inspirent pas de commentaires au-delà de ce qui a été exprimé ci-dessus.

Quant aux règles de procédure pénale, la section 2 du projet de loi, intitulée „De l'instruction“ et formée par les articles 54 et 55 visant à modifier certaines dispositions du Code d'Instruction Criminelle, mérite un commentaire.

Au regard de la spécificité de la matière, il y a lieu de distinguer entre les données stockées et les données en mouvement.

Les données stockées peuvent être assimilées à des informations disponibles en un endroit précis, en dehors de toute transmission, tandis que les données en mouvement peuvent être assimilées à une transmission d'informations via téléphone, télégraphe, télex, fax ou courrier envoyé par la poste et bien entendu via Internet.

En ce qui concerne les données stockées, il convient d'abord de revenir sur la levée du secret professionnel, qui s'opère de deux manières qu'il convient de bien distinguer.

- Dans la mesure où les données relatives aux affaires sont normalement stockées sur un support généralement quelconque, la levée se fait de manière absolument contraignante moyennant perquisition et saisie. La perquisition est en effet subie par celui qui en est l'objet respectivement par celui qui est détenteur des objets recherchés. Il n'a aucune possibilité d'appréciation au regard de la démarche des autorités d'enquête.
- Il est toujours possible par ailleurs de citer le détenteur d'informations lié à un secret professionnel comme témoin. Dans cette approche, il devra nécessairement et obligatoirement avoir la possibilité d'apprécier en son âme et conscience s'il dépose ou s'il entend invoquer son secret. Ce choix doit revenir au seul détenteur du secret professionnel et lui seul doit pouvoir apprécier. Il convient de garder à l'esprit que cette obligation au secret ne s'applique pas uniquement en matière financière, mais à bien d'autres professions. Même s'il est difficile de concevoir qu'un médecin consulte via Internet, les avocats, réviseurs, experts-comptables envoient des documents couverts par le secret par Internet. Des dossiers médicaux cheminent à n'en pas douter également par ce canal.

Il est donc crucial d'être très clair sur ce point en ce que la personne qui peut être astreinte à assister la justice, sans possibilité d'invoquer son secret, ne saurait être que la personne en charge des aspects techniques du cryptage ou de la transmission et ne saurait d'aucune manière être un témoin par rapport au contenu des informations transmises ou stockées. La législation actuelle en cette matière continuera à s'appliquer pleinement sous les garanties actuellement en place. Aussi et afin d'éviter tout risque d'équivoque est-il suggéré de ne pas procéder par renvoi à l'article 77 (2) du Code d'instruction criminelle pour définir la peine, mais d'énoncer l'amende in fine de l'article 66-1 du même code.

Le rôle dévolu à cette personne, pouvant être contrainte par le juge à agir dans le contexte du nouvel article 66-1, doit être également précisé pour d'autres motifs de cohérence. S'il est certes justifié que le

juge puisse ordonner à une personne de procéder au décryptage des données ainsi qu'à des mesures utiles pour obtenir l'accès aux données en question, il n'en reste pas moins que cette personne ne devra pas assumer le rôle d'expert.

Dans la mesure où la police judiciaire dispose de personnes qualifiées, cette opération en tant que telle rentre dans les attributions de cet organe, qui procédera par délégation.

Dans la mesure où la personne qui assume la gestion des documents possède les capacités techniques et est suffisamment fiable pour rentrer dans le système et pour permettre ainsi l'accès du juge aux données, la démarche proposée à l'article 66-1 dernier alinéa ne prête pas flanc à critique.

Dans l'hypothèse cependant où les travaux demandés par le juge vont bien au-delà de cette démarche purement technique, la mission confiée peut remplir les caractéristiques d'une expertise, il est assurément utile de renvoyer aux textes réglementant cette matière afin de fournir à l'inculpé toute garantie en la matière. Même si la ligne de partage peut paraître peu précise, il n'en reste pas moins que les textes légaux en la matière, ensemble avec la jurisprudence ont dégagé les critères permettant de définir cette ligne de partage. En toute hypothèse il ne paraît pas opportun d'introduire une nouvelle distinction pour cette matière.

Au regard des commentaires ci-dessus, les articles 54 et 55 du projet de loi (articles 33-1 et 66-1 du Code d'instruction criminelle) seront reformulés ci-après.

La question des données en mouvement est analysée à la lumière des articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle qui traitent des écoutes téléphoniques.

Le législateur, au début des années 80¹, après bien des avatars judiciaires et policiers, et recours devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme, a finalement décidé d'introduire deux bases légales d'interception des communications téléphoniques et postales² généralement quelconques. Ce n'est que par ordonnance spécialement motivée du juge d'instruction, dans des affaires d'une gravité particulière, qu'une écoute téléphonique ou mesure assimilée, telle que l'interception du courrier ou d'un fax, peuvent être ordonnées. Cette loi a donné lieu à une élaboration particulièrement soignée, dénotant la sensibilité sociale et politique toute particulière du problème posé³. La Chambre des députés avait même – fait rarissime – institué une commission spéciale devant veiller à l'élaboration du texte en question. Ainsi, l'interception des transmissions postales généralement quelconques est bien plus restrictivement réglementée que la perquisition. Par ailleurs, se trouvent réglementées dans ce texte les écoutes et interceptions de correspondances par les instances politiques.

Il n'y a assurément aucune raison de déroger à ces protections particulières et de loger à un niveau de protection moins favorable les transmissions électroniques que les transmissions postales connues en 1982. Ainsi la pratique judiciaire a-t-elle assimilé le fax, inconnu en 1982, au secret des lettres. Assurément le projet de loi en discussion n'est pas le projet qui peut être utilement mis en avant pour réréglementer la matière en question, mais il conviendra de modifier le texte proposé pour le mettre à niveau avec les textes existant actuellement.

Il convient de noter au passage que la formulation de l'article 88-1 alinéa 4 du Code d'instruction criminelle n'interdit pas l'interception des communications bancaires, même si le banquier est lié par un secret professionnel.

Il est donc proposé de reformuler les articles 33-1 et 66-1 du Code d'instruction criminelle (articles 54 et 55 du projet de loi) en omettant la référence aux données transmises, matière qui continuera à être régie par les articles 88-1 à 88-4:

Article 33-1: „L'officier de police judiciaire peut, dans les conditions prévues aux articles 31 et 33, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

A cet effet, il peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.“

Article 66-1: „Le juge d'instruction peut dans les conditions prévues à l'article 66, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

1 Loi du 26 novembre 1982 introduisant les articles 88-1 à 88-4 au CICr.

2 Il est intéressant de noter que la législation ne tient pas compte de la libéralisation des services offerts en son temps exclusivement par la Poste.

3. Cf. travaux parlementaires 2516 à 2516⁴.

A cet effet, le juge d'instruction peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.

Le juge d'instruction peut par ordonnance motivée, enjoindre à une personne, hormis l'inculpé, dont il considère qu'elle a une connaissance particulière du système informatique ou du mécanisme de protection ou de cryptage, qu'elle lui donne accès au système saisi ou aux données saisies contenues dans ce système ainsi qu'à la compréhension de données saisies protégées ou cryptées. Dans la mesure où la mission confiée est susceptible de constituer une mission d'expert les dispositions des articles 87 et 88 relatives à l'expertise s'appliquent. Sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessous et des cas où la personne est obligée de garder secret les renseignements lui confiés dans le cadre de son activité professionnelle, la personne désignée est tenue de prêter son concours. En cas de refus, le juge d'instruction peut la condamner à une amende de 10.001 à 100.000 francs."

Même si la démarche peut paraître superfétatoire, alors que les articles 88-1 à 88-4 parlent de: „... toutes formes de communication ...", il semble néanmoins utile, afin d'éviter toute équivoque, surtout au regard du projet actuellement sous discussion d'adjoindre les termes: „ ... toutes formes de communication, même électroniques ..."

L'article 77 n'étant modifié que pour ce qui est du taux de l'amende, il a semblé opportun de profiter de l'occasion pour reformuler le renvoi en matière de secret professionnel contenu au premier alinéa, alors que l'article 77-1 ne tient pas compte des secrets professionnels autonomes institués par plusieurs lois spéciales.

Article 77: „1) Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer, sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessus et des dispositions relatives au secret professionnel."

Concernant l'article 48

Il ya lieu d'insérer le mot „de“ après „persuader“.

Concernant l'article 56

Il y a lieu de remplacer le terme de „procureur d'Etat“ par „procureur de l'Etat“ au point (2) de l'article 77 du code d'instruction criminelle, modifié par l'article 56 du projet de loi.

TITRE IV

Des communications commerciales

Le projet de loi introduit un titre spécifique aux **communications commerciales**, qui ne semble toutefois pas se justifier. Il aurait été plus logique d'insérer ces dispositions dans le titre V dont l'objet vise l'ensemble des relations commerciales effectuées par voie électronique. Les communications commerciales, bien qu'elles soient indépendantes de l'existence d'une relation contractuelle, sont un instrument de promotion des ventes et sont de ce fait souvent à la base d'un contrat. De plus, sur un plan international, les communications commerciales ne sont pas exemptes d'effets juridiques. En particulier, le fait pour un contrat d'avoir été conclu à la suite d'une publicité peut avoir des conséquences sur le droit applicable.

Les articles 58 et 59 sont quelque peu redondants. L'article 58 impose une obligation de transparence à charge des personnes qui envoient des communications commerciales. Quant à l'article 59, il traite plus particulièrement des communications commerciales non sollicitées en réitérant, au paragraphe 1, la même obligation de transparence. Dans la mesure où les communications commerciales ne sont habituellement pas sollicitées, les dispositions des articles 58 et 59 devraient être fusionnées. (*Voir l'article 60 paragraphe 1 du texte annexé*)

Quant au paragraphe 3 de l'article 59, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il y a lieu d'en revoir la rédaction et de l'adapter en remplaçant l'anglicisme que l'article contient („optout“). Il ya également lieu de préciser les modalités de création et de fonctionnement du registre dont il est fait mention. Conformément au souhait du Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, il convient de prévoir que l'Autorité nationale de surveillance soit chargée de la mise en place et de la gestion du registre électro-

nique d'opposition, de sorte que la gratuité du service soit assurée. (*Voir les articles 26 et 60 paragraphe 2 du texte annexé*)

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a exprimé son opposition formelle au fait que le projet de loi entend confier au pouvoir exécutif le soin de déterminer les autorités compétentes pour contrôler le respect par les professionnels des obligations résultant de l'article 59 et de déterminer les sanctions pouvant leur être appliquées. A cet égard, le projet de loi doit, dans son dispositif, prévoir les sanctions qui seront applicables en cas de non-respect de ces obligations. La Chambre de Commerce propose à cet effet qu'il soit offert au consommateur la possibilité d'exercer un certain nombre de recours à l'encontre du professionnel. (*Voir l'article 66 du texte annexé*)

TITRE V

Des contrats conclus par voie électronique

Le titre V concernant les contrats conclus par voie électronique comporte deux chapitres: le premier intitulé „*Dispositions communes*“ et le second „*Des contrats conclus avec les consommateurs*“. Le terme de „*Dispositions communes*“ ne convient pas. Un chapitre ayant pour objet les relations entre professionnels et entre professionnels et consommateurs aurait dû être intitulé „*Dispositions générales*“.

Toutefois, on aurait pu se dispenser d'un tel chapitre contenant des dispositions applicables aussi bien aux relations entre professionnels qu'aux relations entre professionnels et consommateurs. En effet, les règles des articles 62 et 63 peuvent être écartées par les professionnels, puisqu'elles ne s'imposent que „*si les professionnels n'en ont pas convenu autrement*“. Il aurait en définitive été plus simple de prévoir que ces règles ne s'imposent qu'aux relations entre professionnels et consommateurs, plutôt que d'obliger les professionnels à y déroger de manière expresse dans leurs relations contractuelles s'ils ne souhaitent pas y être assujettis. Il importe que les relations entre professionnels restent régies par le principe de liberté contractuelle. Les dispositions de ce titre doivent donc avoir pour seul objectif de régir les relations entre professionnels et consommateurs dans un but de protection de ces derniers, puisque l'objet des dispositions du titre V est précisément celui-là. (*Voir l'article 59 du texte annexé*)

Il est à noter que, sur le plan sémantique, il aurait été plus clair d'uniformiser l'emploi des termes „*professionnel*“ et „*consommateur*“ dans l'ensemble du titre V. Parfois, le projet de loi utilise, au lieu de ces derniers, les termes „*prestataire*“ et „*destinataire du service*“. Les notions de „*destinataire de service*“ et de „*consommateur*“ se recoupent pour ce qui est des relations commerciales. La notion de consommateur recouvre toute personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Il peut s'agir tout aussi bien de rechercher, acquérir ou utiliser des produits ou des services pour un usage personnel. En outre, les définitions du consommateur et du professionnel sont interdépendantes, celui qui n'est pas consommateur étant professionnel et inversement. Par ailleurs, l'utilisation du terme „*prestataire*“ renvoie à la prestation de service ce qui semble exclure la fourniture de biens qui doit pourtant bien être incluse dans le champ d'application du projet de loi. A l'inverse, la notion de professionnel inclut celle de prestataire. C'est donc bien de „*professionnel*“ qu'il convient de parler dans le projet de loi.

En ce qui concerne le champ d'application du projet de loi, il résulte des articles 60 et 61 que les **services financiers** sont inclus. La Chambre de Commerce se félicite de l'extension du champ d'application de ce texte par rapport à l'ancien projet No 4554. Toutefois, la façon dont les dispositions relatives aux services financiers ont été intégrées au chapitre concernant les contrats conclus par voie électronique n'est pas satisfaisante. En effet, ces dispositions ont été mêlées aux dispositions de portée générale, ce qui ne permet pas de prendre en compte la spécificité des services financiers.

Il aurait été plus correct de prévoir, à l'intérieur du titre V, trois chapitres: le premier, „*Dispositions communes*“, concernant les dispositions applicables à la commercialisation de tout bien ou service par voie électronique; le second contenant des dispositions relatives aux contrats autres que portant sur des services financiers; le troisième relatif à la conclusion de contrats portant sur des services financiers.

Une telle présentation se justifierait principalement pour deux raisons:

- En premier lieu, des règles particulières doivent être prévues du fait notamment que le prix du service proposé peut fluctuer, ou que certaines informations relatives au service proposé ne sont pas toujours

connues au moment de la conclusion du contrat et/ou peuvent varier dans le temps. Il s'ensuit en particulier que l'exercice du droit de rétractation doit obéir à des règles spécifiques.

- En second lieu, dans le cadre des services financiers à distance, la Commission européenne adopte jusqu'à présent une approche d'harmonisation maximale qui a pour conséquence que les Etats ne pourront pas adopter de règles plus strictes que ce qui sera prévu dans le texte communautaire pour les domaines harmonisés par celui-ci. Le texte aura pour objectif d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs dans l'ensemble des Etats membres et de favoriser la libre circulation des services financiers, ce qui justifie le fait de ne laisser aux Etats qu'une marge de manoeuvre relativement réduite.

En mêlant les dispositions relatives aux services financiers aux dispositions de portée plus générale, le projet de loi ne se conforme pas à cette optique communautaire.

Certes, l'application de certaines règles aux services financiers ne pose pas de problème en raison de la permanence de celles-ci, quelque soit le bien ou le service proposé par voie électronique. Il en est ainsi en particulier des dispositions relatives aux communications commerciales, à la fourniture de services non demandée, à la récapitulation de la transaction, au moment de la conclusion du contrat et à la charge de la preuve. L'ensemble de ces dispositions pourrait alors être intégré dans un chapitre intitulé „Dispositions communes“. (Voir les articles 58 à 66 du texte annexé)

Il n'en est pas de même de certaines dispositions spécifiques aux services financiers. Le fait de les intégrer dans des dispositions de portée générale emporte deux conséquences rendant le projet de loi incohérent.

- D'une part, l'extension des règles spécifiques aux services financiers à la commercialisation de tout type de bien ou de service tend, dans certaines hypothèses, à annihiler tout effet au droit de rétractation (voir ci-dessous, les remarques relatives à l'article 66).
- D'autre part, le projet de loi n'opère qu'une transposition partielle et entend se référer à une autre loi en ce qui concerne le problème particulier de l'information du consommateur dans le cadre de contrats portant sur des services financiers. Le contenu de l'obligation d'information prévu par la proposition de directive n'a en effet pas été intégré à l'article 64. Le projet de loi envisage uniquement les informations à fournir par le professionnel au consommateur pour ce qui est des biens et services en général. Ainsi, alors que l'objet d'une loi-cadre relative au commerce électronique est précisément de permettre aux professionnels de trouver dans un seul texte toutes les règles relatives à cette forme particulière de commerce, il n'en est pas ainsi des informations qu'il doit transmettre au consommateur. La justification d'une telle méthode est difficile à percevoir, d'autant plus que tous les autres aspects de la proposition de directive sur les services financiers ont été intégrés au projet de loi.

La Chambre de Commerce présume que le fait que le texte communautaire soit encore en état de préparation, a été à l'origine de la démarche adoptée. Afin de parer à cette éventualité, il aurait sans doute été plus simple, plutôt que de contraindre le législateur à adopter une nouvelle loi, de prévoir qu'un règlement grand-ducal pourrait, le cas échéant, venir compléter le contenu de l'obligation d'information à charge des professionnels. (Voir l'article 72 paragraphe 2 du texte annexé)

Concernant l'article 60

Comme précisé ci-dessus, la Chambre de Commerce est d'avis que la définition du „support durable“ doit être insérée à l'article 1er, du fait qu'il est fait référence à cette notion dès l'article 22. Elle pense par ailleurs qu'il y a lieu de revoir la définition donnée. Bien qu'inspirée de la proposition de la directive relative aux services financiers à distance, elle mériterait d'être simplifiée, mais également reformulée. La définition qui figure dans le projet de loi dispose qu'on entend par „support durable“, „tout instrument qui permet au consommateur de stocker des informations (...)“. La portée de cette notion a été ainsi volontairement limitée au consommateur. Ceci ne semble toutefois pas correct. En effet, le concept d'informations transmises et stockées sur support durable s'applique indifféremment au consommateur et au professionnel. Il en est notamment ainsi lorsque le projet de loi requiert du consommateur qu'il „exerce son droit de rétractation sur tout support durable“ (article 66), ce qui implique ici que c'est le professionnel qui devra être capable de conserver et reproduire l'information concernée. Il convient en conséquence de remplacer les mots „au consommateur“ par „à une personne“.

Par ailleurs, le support durable est sans doute principalement conçu pour permettre aux informations d'être conservées, mais il permet en premier lieu aux informations d'être portées à la connaissance d'une personne. Cela n'apparaît pas dans la présente définition.

Le mot „*personnellement*“ est superfétatoire. Cette exigence résulte logiquement des mots „*qui lui sont adressés*“, ainsi que de l'obligation d'information du consommateur qui sous-entend que le consommateur ait personnellement accès aux informations visées.

Enfin, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il y a lieu de reformuler le texte proposé et suggère une nouvelle définition. (*Voir l'article 1er du texte annexé*)

Il conviendrait par ailleurs d'ajouter à cette liste de définitions celles de „*consommateur*“ et de „*professionnel*“, absentes du projet de loi. (*Voir l'article 58 du texte annexé*)

Concernant l'article 61

Alors que la directive sur le commerce électronique laisse aux Etats le libre choix de l'étendue du champ d'application de leur loi sur le commerce électronique, le texte proposé reprend toutes les exceptions possibles – et facultatives – présentées par le texte communautaire dans son article 9. Cette approche semble trop restrictive, alors que l'objectif de la loi sera de favoriser le développement du commerce électronique et de faire du Luxembourg une place à vocation internationale en la matière, ce qui doit impliquer pour le législateur une approche la plus libérale possible. En pratique, il n'est certes pas possible à l'heure actuelle de conclure par voie électronique certains des contrats visés dans cet article. Cette limite provient notamment de la difficulté matérielle de conclure des actes authentiques par cette voie. Une telle difficulté ne doit pas obliger le législateur à interdire formellement dans un texte de loi la conclusion de tels contrats. La rapidité des évolutions technologiques permettra sans doute un jour, dans un avenir peut-être plus proche qu'on ne le pense, la conclusion de tels actes de manière tout aussi sûre qu'il en est de manière traditionnelle. Eu égard à ces constatations, la Chambre de Commerce pense qu'il est inopportun, sinon contraire à l'objectif affiché de la loi d'exclure d'ores et déjà ces éventualités du champ d'application de la loi. Ainsi, la Chambre de Commerce attire notamment l'attention sur le fait que la loi française, adoptée le 13 mars 2000, tient compte de ces éventualités. Il conviendrait donc de supprimer les 1er, 2ème et 4ème tirets, qui sont d'ailleurs redondants entre eux.

Quant au 3ème tiret du paragraphe 1, il exclut du champ d'application de la loi les actes de cautionnement. La Chambre de Commerce rend attentif au fait que cette disposition rend le projet de loi incohérent puisque l'article 10 du projet de loi modifie certains termes de l'article 1326 du Code civil précisément pour permettre la formation d'actes de cautionnement par voie électronique. Le 3ème tiret est donc également à supprimer selon l'avis de la Chambre de Commerce.

Il y a lieu de noter enfin que chaque exclusion du champ d'application de la loi sera à justifier auprès de la Commission européenne en vertu de l'article 9 paragraphe 3 de la directive sur le commerce électronique. Les raisons motivant ces exclusions, présentées dans le commentaire de l'article 61, paraissent à cet égard insuffisamment convaincantes aux yeux de la Chambre de Commerce. En plus, l'article 9 paragraphe 3 exige un rapport justificatif des Etats membres tous les 5 ans sur les raisons expliquant le maintien de l'exception.

En définitive, la Chambre de Commerce suggère vivement de revoir le champ d'application du titre V en tenant compte des commentaires faits ci-dessus. (*Voir l'article 59 du texte annexé*)

Concernant l'article 62

L'article 62 énonce une série d'obligations à charge des professionnels en matière d'informations à transmettre à la personne avec laquelle il contracte. Or, l'article 64 énonce également d'autres obligations en matière d'information. Il conviendrait, par souci de cohérence, de fusionner ces deux articles. Comme il a été dit ci-avant, le seul intérêt de la distinction entre les articles 62 et 64 réside dans le fait que les dispositions de l'article 62 s'imposent aux professionnels, sauf s'ils en ont convenu autrement, alors que l'article 64 ne s'impose que dans les relations entre professionnels et consommateurs.

Sur le plan terminologique, le paragraphe 1 utilise à la fois les termes „*professionnel*“ et „*prestataire*“. Comme il a été dit ci-avant, le vocabulaire mériterait d'être uniformisé.

Quant au contenu de l'obligation d'information, la Chambre de Commerce constate une fois de plus que la directive sur le commerce électronique a purement et simplement été copiée sans avoir été adaptée. Ainsi, le point b) semble suggérer que le contrat pourrait ne pas avoir été archivé par le professionnel. En réalité, compte tenu des obligations légales en ce domaine, il devrait plutôt être fait réf-

rence ici aux modalités d'accès par le consommateur au contrat archivé par le professionnel. (*Voir l'article 67 du texte annexé*)

Quant au point c), le projet de loi No 4554 comportait, en son article 62, une disposition plus explicite et plus sûre pour le consommateur. En effet, si le consentement du consommateur doit être libre et éclairé, il convient d'assurer l'application pratique de ce principe général dans les transactions commerciales conclues par voie électronique en donnant au consommateur la possibilité de vérifier ses choix avant la conclusion du contrat. L'article 62 du projet No 4554 visait à faire échec aux engagements intempestifs en imposant une récapitulation des transactions avant que le consommateur ne donne son consentement définitif. Ainsi, le professionnel devait mettre en place une procédure qui, dans un premier temps, présenterait les choix du consommateur (biens ou services sélectionnés, quantité, prix, caractéristiques, mode de paiement, etc.), et, dans un second temps, offrirait au consommateur la possibilité de vérifier ses choix et éventuellement de les corriger, voire de renoncer à la commande. La Chambre de Commerce ne voit pas pour quelles raisons cette disposition a été changée, d'autant plus qu'une telle procédure permettrait de se conformer aux exigences découlant de la directive sur le commerce électronique (article 10 paragraphe 1c). (*Voir l'article 62 du texte annexé*)

En ce qui concerne le paragraphe 2, les modalités selon lesquelles les conditions contractuelles doivent être communiquées font en réalité référence au support durable. Cette notion étant préalablement définie, il serait plus cohérent de préciser que l'ensemble des informations communiquées au consommateur, y compris les conditions contractuelles, doivent être communiquées sur support durable. (*Voir l'article 67 paragraphe 1 du texte annexé*)

L'exclusion précisée au paragraphe 3 et concernant les contrats conclus par échange de courrier électronique est issue de la directive sur le commerce électronique adoptée le 4 mai 2000, mais aurait pu être rédigée de manière identique dans les articles 62 et 63, alors que la différence de terminologie employée risque de créer des incertitudes quant aux champs d'application respectifs des articles 62 paragraphe 3 et 63 paragraphe 2. Ce risque serait évité en regroupant ces deux dispositions en une seule. (*Voir l'article 65 du texte annexé*)

Concernant l'article 63

L'application de cette disposition aux professionnels dans leurs relations avec d'autres professionnels suscite les mêmes remarques telles que formulées ci-dessus.

Le texte de l'article 63 paragraphe 1 est repris d'une des versions de travail de la proposition de directive sur le commerce électronique. Il était alors prévu que la formation du contrat résultait d'un certain nombre d'échanges entre le professionnel et le consommateur. C'est de cette version intermédiaire que s'inspire le projet de loi, alors que la version définitive a changé sur ce point. Ainsi, selon le projet de loi, la formation du contrat suppose que:

1. le professionnel adresse une offre au consommateur,
2. le consommateur accepte cette offre,
3. le professionnel, qui reçoit cette offre, envoie un accusé de réception au consommateur,
4. enfin, le contrat est conclu lorsque le consommateur a reçu cet accusé de réception.

Par ailleurs, en ce qui concerne la formulation grammaticale de cet article, il n'y a pas de lien entre la phrase du paragraphe 1 et les points a) et b).

La conclusion du contrat est ici soumise à l'envoi et à la réception d'un accusé de réception. Cette solution présente deux inconvénients majeurs.

D'une part, elle n'est pas conforme à la dernière version de la directive sur le commerce électronique qui, certes requiert du professionnel qu'il envoie un accusé de réception, mais ne donne aucun effet juridique à cet envoi, les Etats membres étant seulement tenus à veiller que le prestataire accuse réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique (article 11.1).

D'autre part, une telle solution, outre sa grande complexité, semble remettre en cause la théorie de la réception traditionnellement admise par la jurisprudence des tribunaux luxembourgeois.

Le fait d'exiger des échanges d'accusés de réception entre le professionnel et le consommateur tend à considérer que le courrier électronique serait moins sûr que le courrier postal. Or, à la différence du courrier postal où les délais d'acheminement peuvent parfois varier d'un à quelques jours et où aucun problème juridique n'a été soulevé à cet égard, il semblerait, selon le projet de loi, que le commerce électronique doive être plus sécurisé que le commerce par correspondance ordinaire, alors même que,

dans cette dernière hypothèse, le consommateur n'a qu'une connaissance approximative du moment de conclusion du contrat. Au contraire, dans le cadre du commerce électronique, le consommateur peut, avec un degré de certitude très élevé, considérer que son message a été reçu du professionnel le jour même où il l'a envoyé. Cela est d'autant plus vrai que le professionnel est considéré comme ayant reçu le message lorsqu'il peut y avoir accès, et non au moment où il lit effectivement le message. Dans de telles conditions, il n'y a aucun intérêt à déroger en ce qui concerne le commerce électronique, à la théorie de la réception en matière de formation des contrats.

Par contre, pour se conformer à la directive sur le commerce électronique et afin de permettre au consommateur d'être informé, il est souhaitable de prévoir que le professionnel lui enverra un accusé de réception dans les meilleurs délais, lui confirmant que le contrat est bien conclu et l'informant du moment précis de la conclusion de ce contrat (date et heure), sans toutefois que cet accusé de réception ait un quelconque effet juridique. *(Voir l'article 63 paragraphes 1 et 2 du texte annexé)*

En ce qui concerne le deuxième paragraphe, le terme de „*communications commerciales équivalentes*“ employé est incorrect. Le terme correct serait „*communications individuelles équivalentes*“.

Concernant l'article 64

Cet article ne vise que les informations à caractère général et omet les informations spécifiques aux services financiers, comme il en a été fait état ci-avant. Ainsi, plutôt que de reporter ces dispositions à une future loi, il conviendrait, dans un chapitre spécifique d'établir une liste particulière, et exhaustive, d'informations à transmettre au consommateur, ce qui aurait pour intérêt de permettre au professionnel d'éviter de devoir se référer à plusieurs textes pour connaître les obligations qui lui sont applicables. *(Voir l'article 72 du texte annexé)*

La remise en cause du système d'accréditation conduit à modifier le 1er point de la liste en requérant, le cas échéant, les coordonnées du prestataire de service de certification auprès duquel le professionnel a obtenu un certificat qualifié.

Enfin, la liste omet de préciser que le prix du produit ou du service doit être communiqué, cette information étant pourtant fondamentale.

En ce qui concerne la deuxième phrase du deuxième paragraphe, le bout de phrase „*Lorsqu'il est en mesure de le faire ...*“ donne lieu à interprétation. Par ailleurs, la Chambre de Commerce est d'avis que l'emploi du terme de „*service de la société de l'information*“, déjà critiqué auparavant, rend la lecture du texte particulièrement indigeste dans le cadre de cet article.

Concernant l'article 65

Deux conditions supplémentaires relatives à la notion de support durable sont ici ajoutées, à savoir 1°) être à la disposition du consommateur, et 2°) que le consommateur puisse y avoir accès. Il est difficile de percevoir pourquoi ces deux conditions sont imposées spécifiquement dans le cadre de la confirmation des informations. La notion de support durable devrait être identique dans l'ensemble du projet de loi. S'il y a lieu, cette précision pourrait être apportée dans la définition même figurant dans les dispositions liminaires du projet de loi. Toutefois, ces deux conditions résultent logiquement de la définition donnée de ce terme à l'article 60, car si le consommateur n'a pas accès à ce support durable ou s'il n'est pas à sa disposition, il ne lui sera pas possible, par ce moyen, de prendre connaissance d'informations qui lui sont adressées, de les conserver et, le cas échéant, de les reproduire. La Chambre de Commerce en conclut qu'elles sont en fait superflues.

En outre, le projet de loi No 4554 contenait quelques dispositions concernant spécifiquement la fourniture de services ou de produits numérisés. Ce type de produits ou services est bien celui qui est le plus approprié à être commercialisé par Internet étant donné que la particularité de ces produits ou services est qu'ils peuvent être vendus sans distribution „physique“. Ce type nouveau de commercialisation suppose quelques règles particulières. A titre d'exemple, dans le cas d'un produit à télécharger, il est important pour le consommateur de pouvoir au préalable s'assurer de la compatibilité du produit ou service avec son système d'exploitation. Des échantillons devraient être préalablement fournis à cet effet. *(Voir l'article 67 paragraphe 3 du texte annexé)*

Il en est de même de la confirmation des informations qui, en cas de fourniture de ce type de biens ou de services, doit pouvoir être adressée pendant l'exécution du contrat si celle-ci a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin de la période de rétractation. *(Voir l'article 68 paragraphe 1 du texte annexé)*

Le paragraphe 3 de l'article 65 est inutile en l'état, dans la mesure où les articles 64 et 65 paragraphe 1 permettent déjà au consommateur d'obtenir les informations relatives à la transaction, soit avant la conclusion du contrat (article 64), soit lors de la livraison du produit ou de l'exécution de la prestation de service (article 65 paragraphe 1). Par ailleurs, la confirmation de la date et de l'heure de la conclusion du contrat pourra être obtenue en vertu de l'article 63 du texte proposé.

Enfin, il convient de remarquer que l'exigence d'une confirmation des informations, imposée par la directive 97/7/CE, n'existe pas dans la proposition de directive sur les services financiers. Il conviendra donc de traiter les services financiers de manière séparée. En effet, l'inclusion des services financiers dans le champ d'application de cet article 65 rendra le projet de loi vraisemblablement non conforme au texte communautaire à venir, puisque les Etats ne pourront, dans ce domaine, imposer plus d'exigences aux professionnels que ce qui sera contenu dans le texte communautaire, étant donné que la Commission européenne poursuit dans ce domaine une politique d'harmonisation maximale.

Concernant l'article 66

La Chambre de Commerce approuve le fait que les auteurs du projet aient choisi de prévoir un délai de rétractation de 7 jours pour les contrats à distance autres que ceux portant sur des services financiers.

Toutefois, en ce qui concerne le délai de rétractation, le projet de loi suscite quelques interrogations. En premier lieu, le paragraphe 1 mentionne un délai de sept jours alors que toutes les autres dispositions du projet de loi se réfèrent à un délai de quatorze jours. Cette erreur de forme rend le texte incohérent.

Le fait d'imposer un délai de rétractation de sept jours pour les contrats financiers à distance, alors que la proposition de directive relative aux services financiers à distance prévoit un délai d'au moins quatorze jours, risque de rendre le projet de loi non conforme au texte communautaire à venir. Par ailleurs, le délai de trois mois mentionné dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 66 est transposé de la directive 97/7/CE relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (non financiers), mais n'est nullement prévu dans le cadre de la proposition de directive sur les services financiers. Il en résulte que le projet de loi risque, à ce titre également, d'être non conforme au texte communautaire.

En ce qui concerne les contrats portant sur des services financiers à distance, parmi lesquels figurent les contrats d'assurance et de pension, la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers impose aux Etats membres d'instaurer un délai de rétractation de 14 à 30 jours. La Chambre de Commerce est opposée à prévoir un délai de 30 jours pour ce type de contrats et suggère de limiter ce délai à 14 jours pour l'ensemble des contrats portant sur des services financiers à distance. Il ne lui semble en effet pas utile d'allonger le délai de quatorze jours, qui est déjà suffisamment long pour protéger les intérêts du consommateur.

En guise de conclusion, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il ya lieu de prévoir un délai de rétractation de 7 jours pour les contrats autres que ceux portant sur des services financiers et de prévoir un délai de rétractation de 14 jours pour les contrats portant sur des services financiers.

La liste établie au paragraphe 4 détermine les cas dans lesquels le consommateur ne dispose pas d'un droit de rétractation. Le point h) précise l'hypothèse dans laquelle l'exécution du contrat a été entièrement achevée avant que le consommateur n'exerce son droit de rétractation. Il importe à cet égard de spécifier que le consommateur doit avoir expressément donné son accord à cette exécution, sous peine de vider de son contenu le droit de rétractation. Il y a lieu à cet égard de préciser que le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 mai 2000, s'est formellement opposé à cette disposition. Non seulement elle rend illusoire le droit de rétractation, mais en outre elle est en contradiction avec le point a) du paragraphe 4 de l'article 66. C'est pourquoi, outre le fait de préciser que le consommateur doit avoir donné son accord à l'exécution, cette disposition doit figurer dans un article consacré aux services financiers. En effet, cette disposition vise à anticiper la transposition d'une disposition de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers. Cependant, la rédaction de cette disposition tend à faire croire qu'elle s'applique à la fourniture de biens aussi bien que de services. Or, l'application de cette disposition à la fourniture de produits conduit à refuser au consommateur tout droit de rétractation, puisque le contrat est entièrement exécuté dès la livraison du bien. Le délai de rétractation qui, selon l'article 66 paragraphe 1, court à partir de la réception du produit, commence et s'achève au même instant, ce qui dénie au consommateur tout droit de rétractation. Cette erreur est due au fait que les services financiers ont été inclus dans le chapitre relatif aux contrats conclus par voie électronique.

Pour toutes les raisons spécifiées ci-dessus et pour remédier aux nombreuses erreurs, la Chambre de Commerce recommande vivement de créer un chapitre spécifique aux contrats portant sur des services financiers, et d'y prévoir une disposition particulière au droit de rétractation. *(Voir l'article 73 du texte annexé)*

La Chambre de Commerce voudrait encore faire remarquer que l'exception au droit de rétractation prévue au point a) du quatrième paragraphe est prévue par la directive No 97/7/CE pour les contrats autres que ceux portant sur des services financiers. Une disposition pareille n'est pas prévue par la proposition de directive relative aux contrats portant sur des services financiers. Néanmoins, ce point intéresse au plus haut degré le secteur des assurances et la Chambre de Commerce se demande s'il n'y a pas lieu d'inclure une disposition dans le présent projet de loi. Une telle démarche se justifierait en effet au regard des points suivants:

- le risque supporté par l'assureur est maximal dès l'entrée en vigueur du contrat et la contrepartie de l'assuré doit représenter l'étendue totale de la couverture, quelle que soit la durée de la garantie; un prorata de prime en fonction de la durée de fait, au bon vouloir de l'assuré, et non de la durée convenue, détruit l'équilibre du contrat;
- outre ses conséquences sur le montant des primes, cette mesure se traduirait dans la pratique par des effets négatifs pour les preneurs d'assurance, les assureurs pouvant être amenés à refuser des garanties immédiates;
- les risques de litiges entre assurés et assureurs seraient multipliés, de même que les tentations de fraude à l'assurance, objet d'une préoccupation croissante des assureurs.

La Chambre de Commerce voudrait encore exprimer son souhait de voir ajouter les produits d'assurance-vie liés à des fonds d'investissement ainsi que les produits d'assurance à taux majoré à la liste des contrats de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier et qui sont exceptés du droit de rétractation, étant donné que ces produits dépendent des dites fluctuations du marché. Elle est consciente du fait que ces produits ne figurent pas parmi ceux mentionnés par la proposition de directive relative aux contrats portant sur des services financiers.

En tout état de cause, la Chambre de Commerce demande au gouvernement d'intervenir en ce sens dans les discussions communautaires afin d'inclure des dispositions reprenant ses deux soucis également dans la proposition de directive.

Il y a encore lieu d'attirer l'attention sur le fait que l'article 100 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance prévoit un délai de renonciation de 30 jours pour les preneurs d'un contrat d'assurance-vie individuelle d'une durée supérieure à six mois et un délai de renonciation de 15 jours pour les preneurs d'un contrat d'assurance sur la vie ayant pour objet de garantir le remboursement d'un prêt consenti par un établissement de crédit en cas de décès de l'emprunteur.

Enfin, le paragraphe 5 entend régler le sort d'un crédit affecté à une opération particulière lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation et renonce ainsi à l'opération ayant motivé la demande de crédit. Toutefois, en matière de services financiers, d'autres contrats peuvent avoir été conclus par le professionnel lui-même avec des tiers. Il est de ce fait important de préciser d'une manière plus générale que, lorsque le contrat principal est assorti d'un contrat accessoire, l'exercice du droit de rétractation par le consommateur en ce qui concerne le contrat principal doit porter des effets similaires à l'égard du contrat accessoire. Le texte serait de cette manière conforme à la dernière version de la proposition de directive communautaire sur la commercialisation à distance de services financiers. *(Voir l'article 73 paragraphe 5 du texte annexé)*

Concernant l'article 67

Conformément à l'avis du Conseil d'Etat du 2 mai 2000, le paragraphe 1 de l'article 67 devrait être rédigé dans les termes de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers. De même, la dernière phrase du paragraphe 1 est superflue.

Les articles 66 paragraphe 3 et 67 paragraphe 3 sont redondants. L'article 66 paragraphe 3 se suffit à lui-même, sans qu'il soit nécessaire de le répéter dans l'article suivant.

Il y a par ailleurs lieu d'insérer le mot „prévu“ à la première phrase du paragraphe 3 après „à payer“.

Le paragraphe 4 de cet article dispose que le consommateur doit retourner au professionnel „toute somme ou propriété“. Il semble ici plus correct de parler de „toute somme et/ou avoirs“ que le profes-

sionnel lui aura remis. Il convient en outre de préciser que le délai qui est visé en l'occurrence court à compter de la notification de la rétractation. *(Voir l'article 73 paragraphes 3 et 4 du texte annexé)*

Concernant l'article 68

Le fait de préciser, dans le paragraphe 2, que l'absence de réponse ne vaut pas consentement est inutile aux yeux de la Chambre de Commerce pour deux raisons. D'une part, la règle selon laquelle le silence ne vaut pas consentement est un principe de droit commun qu'il n'est dès lors pas utile de rappeler spécifiquement. D'autre part, le fait de préciser que le consommateur doit avoir expressément demandé le service ou le bien en question est en soi une traduction de ce principe. *(Voir l'article 61 du texte annexé)*

Concernant l'article 69

Le projet de loi No 4554 complétait cette disposition par un paragraphe 2 qui prévoyait que la charge de la preuve à établir par le professionnel pouvait être apportée par un mécanisme de certification de qualité. Ce mécanisme attesterait que les obligations dont le professionnel est redevable ont bien été respectées. Les modalités d'un tel système seraient à déterminer par voie de règlement grand-ducal. Alors que la charge de la preuve pourrait être équitablement répartie entre le professionnel et le consommateur, le fait de la faire reposer uniquement sur le professionnel peut s'avérer lourde. Le mécanisme prévu aurait pour avantage d'alléger cette charge et, par voie de conséquence, de rendre plus acceptable le fait que la preuve incombe exclusivement au professionnel. De plus, un tel système offre une sécurité accrue pour le consommateur, dans la mesure où le certificat n'est délivré qu'aux professionnels dont le sérieux a été dûment constaté. *(Voir l'article 64 du texte annexé)*

Par ailleurs, le projet de loi aurait pu prévoir de responsabiliser le professionnel en cas de non-conformité de ses pratiques commerciales avec les dispositions de la loi. *(Voir l'article 70 du texte annexé)*

Enfin, le projet de loi omet de prévoir des sanctions en cas de non-respect par le professionnel des dispositions légales. A cet égard, la directive 97/7/CE et la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers requièrent des Etats membres qu'ils „veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour faire respecter les dispositions (de la directive) dans l'intérêt des consommateurs". Afin de se conformer au texte communautaire et d'assurer l'application effective des dispositions de la loi, et conformément à ce que requiert le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, il importe de prévoir que le consommateur pourra, dans un certain nombre d'hypothèses, demander la réparation du dommage qu'il aurait subi, réclamer le remboursement des sommes versées, ou encore demander la résolution du contrat. Il pourra en être ainsi en particulier si le professionnel a manqué à ses obligations en matière d'information et/ou de loyauté des relations commerciales. *(Voir l'article 66 du texte annexé)*

TITRE VI

De la responsabilité des prestataires intermédiaires

En ce qui concerne le régime de la **responsabilité des intermédiaires (Titre VI)**, le projet de loi reste perfectible. Le régime de responsabilité prévu par le projet de loi permet certes une exonération de la responsabilité de ces prestataires, qui est en tant que telle souhaitable, mais l'affirmation pure et simple d'une irresponsabilité tous azimuts ne respecte pas l'ordre juridique luxembourgeois dans lequel ces dispositions doivent s'insérer. Ainsi ne semble-t-il pas possible de faire l'amalgame des responsabilités pénale, contractuelle et délictuelle.

Les dispositions du projet de loi (articles 71 à 74), visant à transposer les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique, ont été copiés en l'état sans rechercher si d'autres lois en vigueur sont susceptibles de s'appliquer à ces prestataires. La recherche mérite pourtant d'être faite pour de tels prestataires dont le rôle est principalement de distribuer des informations. La question doit se poser en premier lieu pour ce qui est de la législation sur la presse qui fait supporter la responsabilité „éditoriale" pour les délits de presse aux auteurs, coauteurs et complices. L'auteur d'une infraction de presse n'est pas automatiquement l'auteur de l'oeuvre au sens de la législation protégeant les droits d'auteurs. Peuvent être auteurs d'un délit de presse, tous ceux qui y ont contribué. L'imprimeur, l'éditeur et le distributeur ne sont mis hors cause que si le véritable auteur a été identifié. Il en découle que, sur un

réseau de communication électronique, l'hébergeur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme coauteur ou complice puisqu'ils ont contribué à rendre possible le délit. Le Conseil d'Etat français, dans son rapport „*Internet et les réseaux numériques*“ a de même considéré qu'il serait inadéquat de transposer au monde de l'Internet le régime de la responsabilité éditoriale.

En second lieu, la rédaction des dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires doit prendre en compte la législation protégeant les droits d'auteurs. Celle-ci donne à l'auteur d'une oeuvre – en ce compris des programmes informatiques – un droit de propriété incorporelle qui est protégé contre toute atteinte par la sanction frappant le délit de contrefaçon. Dans le contexte des communications par voie électronique, le serveur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme les contrefacteurs d'une oeuvre qu'ils ont aidé à reproduire et à diffuser. Ils encourent un risque civil pour la réparation du dommage causé, un risque pénal et même la confiscation de leur matériel.

Enfin, personne n'échappe aux articles 1382 et suivants du Code civil qui obligent à réparer les dommages dont on doit répondre. Là encore l'hébergeur et le fournisseur d'accès sont susceptibles d'être considérés comme ayant contribué à causer un dommage.

Ainsi, dans les situations dans lesquelles les prestataires ne sont que des intermédiaires techniques, il convient de limiter leur responsabilité de sorte à éviter qu'à défaut de pouvoir localiser ou appréhender l'auteur d'un dommage, les intermédiaires chargés de la transmission sur ou de l'accès à un réseau de communication du type Internet ne soient systématiquement pris à partie. *(Voir l'article 77 du texte annexé)* Ils ne deviennent pas totalement irresponsables pour autant. Le cadre de l'exonération de responsabilité doit être étroitement défini. *(Voir l'article 78 du texte annexé)* Même dans ce cadre, ils restent soumis aux obligations qu'ils ont conventionnellement accepté de prendre. Ainsi la responsabilité contractuelle de quelqu'un qui s'est engagé à fournir certaines informations peut-elle rester entière.

Parallèlement, il convient de réfléchir à l'application à ces prestataires des règles relatives au secret des communications, plus couramment connues en droit luxembourgeois sous la terminologie utilisée par l'article 28 de la Constitution qui traite de l'inviolabilité du secret des lettres. La terminologie restrictive des textes d'origine luxembourgeoise fait craindre que le principe pourrait être limité au courrier postal. Il paraît utile de clairement appliquer le principe du secret des communications aux services de communication à travers un réseau tel qu'Internet. Interdire de façon non équivoque aux prestataires de services intermédiaires de violer le secret des communications revient aussi à les dégager de toute obligation de surveillance systématique des messages par voie électronique ce qui les dégage dès lors de toute responsabilité quant au contenu. *(Voir l'article 76 du texte annexé)*

Cette solution est d'ailleurs conforme à la directive communautaire relative aux aspects juridiques du commerce électronique qui prescrit qu'aucune obligation générale de surveillance ne doit être exigée des prestataires intermédiaires. Dès lors que le principe d'une absence d'obligation générale de surveillance est admis, les Etats membres ne peuvent imposer aux prestataires quelque obligation que ce soit en terme de recherche active d'activités illicites qui s'imposerait à tous les prestataires vis-à-vis de l'ensemble des informations qui ne font que „transiter“ par eux. Néanmoins, les autorités judiciaires, dans le cadre de leur mission légale, peuvent toujours demander aux prestataires intermédiaires de procéder à une surveillance spécifique et de les informer. C'est ce que requiert la directive, qui précise dans son exposé des motifs que l'interdiction d'imposer une obligation de surveillance ne concerne pas les obligations applicables à un cas spécifique.

Par contre, une obligation de détecter des contenus illégaux ne saurait être imposée de manière générale sur tous les sites Web, même si cette obligation était limitée à certains types d'activités illicites, sous peine de voir notre législation déclarée non conforme au droit communautaire. Il est d'ailleurs impossible en pratique d'imposer aux fournisseurs d'hébergement une obligation de détecter certains contenus illégaux dans tous les sites, dans la mesure où le contenu de ceux-ci peut à tout moment être modifié, non seulement par la personne qui est à l'origine de l'information, mais également par toute personne en particulier dans le cadre des forums de discussion. Une telle obligation reviendrait à imposer une obligation de surveillance permanente de la totalité des informations qui transitent par le prestataire.

A l'instar de ce que le Conseil d'Etat français a exposé dans son rapport „*Internet et les réseaux numériques*“, il conviendrait d'exclure la responsabilité des contenus que les prestataires n'ont pas conçus et qu'ils se limitent à héberger. Le Conseil d'Etat français précise toutefois qu'il doit peser sur le fournisseur d'accès un devoir de vigilance sur les contenus qu'il lui est proposé de mettre en ligne, ce que la plupart des professionnels ne contestent pas.

L'absence d'obligation de surveillance ne dispense alors pas les prestataires d'agir avec diligence dès lors qu'ils ont connaissance d'une activité illicite. Ainsi que le préconise le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, le prestataire qui a connaissance d'une activité illicite mais n'a pas agi pour retirer les informations concernées ou pour rendre l'accès à celles-ci impossible, encourt en tout état de cause une responsabilité pénale. (*Voir l'article 78 paragraphe 3*)

En pratique donc, un intermédiaire ne pourra pas impunément héberger un site dont l'objet et le contenu sont manifestement racistes. Par contre, il n'a pas à rechercher sur l'ensemble des sites qu'il héberge des informations particulières dont il juge qu'elles contreviennent à la législation sur le racisme dans le but d'y exercer sa censure.

Finalement, la Chambre de Commerce propose d'employer des termes français au lieu des anglicismes „mere conduit“ et „caching“.

TITRE VII

Des paiements électroniques

Un dernier titre du projet de loi est consacré aux paiements électroniques. Dans le but de promouvoir le commerce électronique, il paraît certes opportun d'envisager des mesures tendant notamment à protéger les utilisateurs de moyens de paiements électroniques contre une utilisation frauduleuse de ceux-ci. A cet effet, la Commission a émis le 30 juillet 1997 une recommandation qui a servi de base aux dispositions qui figurent dans le projet de loi. Toutefois, le champ d'application du texte communautaire dépasse largement le cadre du commerce électronique dans la mesure où les règles proposées ont vocation à s'appliquer à tout type de transaction, dès lors que le mode de paiement utilisé fait appel à une technique électronique. Il est à remarquer que cette technique s'est généralisée pour les achats qui sont effectués sur le lieu même d'un commerce. Or ceci ressort du commerce traditionnel et non du commerce électronique. C'est la raison pour laquelle il est difficile de percevoir pourquoi des dispositions d'une portée aussi générale devraient être contenues dans une loi spéciale. Il en est ainsi des dispositions des articles 76, 77 et 78. Il conviendrait donc de traiter de ces questions dans un texte de portée plus générale que le projet de loi sous avis.

L'article 79, relatif aux risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique, pourrait néanmoins être maintenu dans le projet de loi afin de sécuriser les échanges, ainsi que de se conformer à la directive 97/7/CE qui requiert que les Etats adoptent des mesures en ce domaine. Il est toutefois à préciser que la référence à un „instrument rechargeable“ est superflue dans la mesure où cette notion est incluse dans celle d'„instrument de paiement électronique“. A cet égard, ce dernier terme est préféré à celui d'„instrument de transfert électronique de fonds“, le premier terme permettant d'évoquer la notion de „paiement“ et se conformant aux termes de la directive 97/7/CE. (*Voir l'article 74 du texte annexé*)

Par ailleurs, il conviendrait d'offrir la possibilité d'effectuer des paiements de manière anonyme. La présence d'une disposition en ce sens dans la loi tendrait à renforcer le droit à l'anonymat des consommateurs. Cette possibilité devrait être limitée à l'achat de biens ou de services d'un montant maximal afin d'éviter qu'une telle disposition ne puisse être détournée au profit d'opérations de blanchiment. La Chambre de Commerce est sensible aux efforts de lutte contre le blanchiment mais elle est toutefois d'avis que ne devrait pas être interdit en matière de commerce électronique ce qui est permis à tout un chacun dans le cadre de ses achats journaliers. (*Voir l'article 75 du texte annexé*)

TITRE VIII

Dispositions finales

En ce qui concerne les **Dispositions finales**, l'article 81 prévoit le recrutement de deux agents de l'Etat „pour les besoins de l'Autorité d'Accréditation et de Surveillance“. La Chambre de Commerce se permet de rendre attentif à ne pas sous-estimer les besoins en personnel extrêmement spécialisé que requerront les tâches d'un tel organe.

Il est par ailleurs à noter que la référence au budget pour l'exercice 1999 sera à modifier par une référence au budget de l'exercice 2000.

La Chambre de Commerce propose de remplacer le terme d'„utilisateurs“ dans l'article 82 par celui, plus approprié, de „représentants“.

En raison de l'ampleur des modifications suggérées, la Chambre de Commerce, comme elle l'a déjà annoncé, joint au présent avis une proposition de texte tenant compte de ses remarques. La Chambre de Commerce, après consultation de ses ressortissants, ne peut marquer son accord au projet de loi sous rubrique que dans la mesure où il sera tenu compte de ses propositions.

*

PROPOSITION ALTERNATIVE DE LOI DE LA CHAMBRE DE COMMERCE avec commentaire des articles intégré

Plan

TITRE I	Dispositions générales
Article 1	Définitions
Article 2	De l'usage de la cryptographie
Article 3	Du droit à l'anonymat
Article 4	De l'accès à la profession
Article 5	De l'obligation d'information des utilisateurs
TITRE II	De la preuve et de la signature électronique
Chapitre I.	<i>De la preuve littérale</i>
Chapitre II.	<i>Des services de certification</i>
<i>Section 1.</i>	<i>Définitions et principes généraux</i>
Article 17	Définitions
Article 18	Des effets juridiques de la signature électronique
<i>Section 2.</i>	<i>Des prestataires de service de certification</i>
<i>Sous-Section 1.</i>	<i>Des missions et obligations des prestataires de service de certification</i>
Article 19	De l'obligation d'information
Article 20	De la garantie de fiabilité technique et de sécurité
Article 21	De l'acceptation des certificats
Article 22	De l'obligation de secret professionnel
Article 23	De la protection des données à caractère personnel
<i>Sous-Section 2.</i>	<i>De la révocation des certificats</i>
Article 24	De la révocation des certificats
<i>Sous-Section 3.</i>	<i>De la responsabilité des prestataires de service de certification</i>
Article 25	De la responsabilité des prestataires de service de certification
<i>Section 3.</i>	<i>La surveillance</i>
Article 26	L'autorité compétente
Article 27	La finalité de la surveillance
Article 28	Les moyens de la surveillance
Article 29	Les tableaux officiels
Article 30	Des modalités du contrôle

<i>Section 4.</i>	<i>Les relations entre l'autorité nationale de surveillance et les réviseurs d'entreprises</i>
Article 31	De la nécessité d'un agrément
Article 32	De l'agrément
Article 33	Des conditions d'octroi de l'agrément
Article 34	Le devoir d'information des réviseurs d'entreprises
<i>Section 5.</i>	<i>Des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés</i>
<i>Sous-section 1.</i>	<i>Des obligations des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés</i>
Article 35	De l'obligation de se soumettre à un contrôle
Article 36	Des exigences requises pour l'émission d'un certificat qualifié
Article 37	De l'obligation de délivrance
Article 38	De l'obligation de vérification
Article 39	De la génération des données afférentes à la création et à la vérification de signature par le prestataire de service de certification
<i>Sous-Section 2.</i>	<i>De l'arrêt des activités</i>
Article 40	De l'arrêt des activités
<i>Section 6.</i>	<i>Des certificats qualifiés</i>
Article 41	Du contenu des certificats qualifiés
<i>Section 7.</i>	<i>Des dispositifs sécurisés de création de signature</i>
Article 42	Des dispositifs sécurisés de création de signature
<i>Section 8.</i>	<i>Des obligations des titulaires de certificat</i>
Article 43	Des obligations des titulaires de certificat
<i>Section 9.</i>	<i>Des certificats délivrés par un prestataire de service de certification étranger</i>
Article 44	De la reconnaissance des certificats communautaires
Article 45	De la reconnaissance des certificats de pays tiers
<i>Section 10.</i>	<i>Des sanctions pénales</i>
Article 46	Des sanctions pénales
<i>Section 11.</i>	<i>Du recommandé électronique</i>
Article 47	Du recommandé électronique
Chapitre III.	Dispositions pénales
<i>Section 1.</i>	<i>Des sanctions pénales</i>
<i>Section 2.</i>	<i>De l'instruction</i>
TITRE III	Des contrats conclus par voie électronique
Chapitre I.	Dispositions communes
Article 58	Définitions
Article 59	Champ d'application

Article 60	Des communications commerciales
Article 61	De la fourniture non demandée
Article 62	De la récapitulation de la transaction
Article 63	Du moment et du lieu de la conclusion du contrat
Article 64	De la charge de la preuve
Article 65	Des contrats conclus par simple courrier électronique
Article 66	Des sanctions
Chapitre II.	<i>Des contrats conclus par voie électronique autres que ceux portant sur des services financiers</i>
Article 67	Des informations préalables au consommateur
Article 68	De la confirmation des informations
Article 69	Du droit de rétractation
Article 70	Des pratiques non conformes
Chapitre III.	<i>Des contrats portant sur des services financiers conclus par voie électronique</i>
Article 71	Champ d'application
Article 72	Des informations préalables au consommateur
Article 73	Du droit de rétractation après la conclusion du contrat
TITRE IV	Des paiements électroniques
Article 74	Des risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique
Article 75	Des paiements anonymes
TITRE V	De la responsabilité des prestataires intermédiaires
Article 76	Du secret des communications et de l'absence d'obligation de surveillance
Article 77	De l'exonération de responsabilité
Article 78	Des services visés aux articles 76 et 77

*

TITRE I

DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1.– Définitions

1. Au sens de la présente loi, on entend par:

„*Commerce électronique*“, toute utilisation d'une technique de communication électronique, pour le commerce de produits et de services, à l'exclusion des contrats conclus par le biais d'une communication téléphonique orale ou d'une télécopie;

„*Technique de communication électronique*“, tout moyen électronique qui, sans présence physique simultanée des parties, peut être utilisé pour la conclusion du contrat;

„*Opérateur de technique de communication électronique*“, toute personne physique ou morale, publique ou privée, dont l'activité professionnelle consiste à mettre à la disposition des fournisseurs une ou plusieurs techniques de communication électronique;

„*Services électroniques*“, tout service à distance fourni par voie électronique à la demande individuelle d'un utilisateur.

Cette définition est reprise de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, qui elle-même reprend la définition des „services de la société de l'information“ de la directive 98/34/CE.

L'expression „services électroniques“ est employée à dessein plutôt que celle de service de commerce électronique, notion utilisée dans le chapitre protection des consommateurs et plus étroite. Sont visées ainsi également des services tels par exemple des services proposés par l'administration ou par des écoles.

Des définitions spécifiques sont proposées dans les titres consacrés à la signature électronique et aux contrats conclus par voie électronique.

„Utilisateur“, toute personne physique ou morale, publique ou privée ou groupement de fait utilisant des services électroniques;

„Support durable“ tout instrument permettant à une personne, professionnel ou consommateur, de prendre connaissance d'informations qui lui sont adressées, de les conserver de sorte à pouvoir s'y référer ultérieurement et de les reproduire sans qu'aucune modification ne soit possible.

L'apparition de la notion juridique de „support durable“ est étroitement liée à l'avènement des nouvelles techniques de communication et de la société de l'information. Nombreux sont les textes communautaires qui utilisent désormais ce concept en vue de reconnaître la validité de nouvelles formes de communication susceptibles de remplacer l'écrit traditionnel. Ces nouvelles formes de communication peuvent valablement se substituer à un écrit pourvu que l'instrument utilisé présente des garanties de fiabilité suffisantes, et que son destinataire puisse prendre connaissance sans difficulté des informations ainsi diffusées.

La directive 97/7 fait référence à la notion de support durable, mais n'en fournit aucune définition. A la lecture de ce texte, il apparaît cependant que le consommateur doit être en mesure non seulement d'accéder à des données fiables, mais aussi de les conserver sans que les informations délivrées puissent être altérées.

La proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers à distance auprès des consommateurs définit en revanche le support durable; sont notamment des supports durables les disquettes informatiques, les CD-ROM, ainsi que le disque dur de l'ordinateur du consommateur stockant des courriers électroniques (art. 2 f). Par ailleurs, la proposition de directive insiste sur le fait que les données stockées sur support durable doivent être accessibles, c'est-à-dire que leur destinataire doit être en mesure d'en prendre connaissance aisément et de les conserver.

2. Les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice d'autres lois relatives à la protection des données personnelles et à la protection des consommateurs.

Ce paragraphe 2 vise à préciser que cette loi est d'application horizontale. Il en résulte que la législation relative à la protection des données personnelles issue de la transposition des directives 95/46/CE et 97/66/CE s'appliquera au commerce électronique. Il est pris note que le Gouvernement entend traiter de la protection des données personnelles dans une loi particulière. C'est d'ailleurs ce que demande instamment le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000.

Il en est de même pour les dispositions protectrices du consommateur dans la législation relative aux ventes à distance qui transpose la directive 97/7/CE et la future directive ventes à distance de services financiers) et dans toute autre législation protectrice des consommateurs (législation à venir sur les prix).

Art. 2.– De l'usage de la cryptographie

L'usage des techniques de cryptographie est libre.

Pour promouvoir le commerce électronique, cet article souligne le principe de liberté quant à l'application de la cryptographie aux fins du commerce électronique, contrairement à d'autres pays où l'utilisation de la cryptographie est interdite ou restreinte.

Art. 3.– Du droit à l'anonymat

L'utilisateur de techniques de communication électronique a droit à l'anonymat.

Cet article se place dans le contexte de la protection de la vie privée qui est une idée maîtresse du projet. Son idée exprime un principe général qui se trouve traduit par plusieurs règles spécifiques comme la validité d'une signature sous pseudonyme, la libre utilisation des techniques de cryptographie ou le droit à faire certains paiements de façon anonyme. Il s'agit de contrecarrer l'identification tous azimuts des personnes et la traçabilité de tous les actes de l'individu, même les plus anodins. En fait ce principe est aujourd'hui un principe de droit commun, puisque les actes quotidiens et toutes les transactions en monnaie fiduciaire se font sans identification. L'utilisation des moyens électroniques ne doit pas sournoisement enlever à l'individu cette liberté simple, mais importante qui réduit fortement le risque pour les personnes de se voir dresser à leur insu un profil de consommation ou même un profil de leurs activités et de leurs intérêts.

Art. 4.– De l'accès à la profession

Sans préjudice des dispositions notamment de la loi d'établissement, l'accès à l'activité de prestataire de services électroniques ne fait, en tant que telle, pas l'objet d'une autorisation préalable.

L'objectif de cet article est de favoriser le développement des activités de prestation de services sur Internet. La disposition s'explique par la volonté du Luxembourg de ne pas ajouter aux dispositions déjà existantes pour certaines professions des contraintes réglementaires pour l'utilisation des nouvelles potentialités des autoroutes de l'information pour l'offre de services électroniques. En d'autres termes, conformément aux dispositions de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, il s'agit de poser le principe général suivant lequel la mise sur site d'activités commerciales ne fait l'objet d'autres réglementations que celles déjà existantes et non spécifiques à la société de l'information.

En outre, il va de soi que la disposition ne porte pas préjudice à l'application de la loi luxembourgeoise de 1988 sur l'accès à la profession et des régimes de notification ou de licence prises en application de la directive 97/13/CE du 15 décembre 1997. En d'autres termes, le commerçant qui souhaite offrir ses services via Internet devra satisfaire aux conditions éventuellement imposées sur base de la loi d'accès à la profession de 1988 mais ne pourra se voir imposer des obligations supplémentaires du fait de l'utilisation Internet pour l'exploitation de ses services.

Art. 5.– De l'obligation d'information des utilisateurs

Le prestataire de services électroniques permet aux utilisateurs et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes:

- a) son nom, son adresse et les coordonnées permettant de le contacter, y compris par voie électronique,
- b) le cas échéant, son titre professionnel, les références de l'ordre professionnel auquel il adhère, ainsi que des règles professionnelles qui lui sont applicables, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, son numéro d'identification à la TVA, l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité, l'activité couverte par cette autorisation ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation.

L'idée est reprise de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur. Elle ne fait pas double emploi avec les dispositions reprises dans le chapitre sur la conclusion des contrats à distance dans la mesure où elle vise tous les sites web même si l'installation de ces sites ne conduit pas à des propositions transactionnelles par voie électronique. Elle permet à l'internaute et à l'administration de connaître qui se cache derrière un site web.

*

TITRE II

DE LA PREUVE ET DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

Chapitre I. De la preuve littérale

Art. 6.– Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-1 ainsi rédigé:

„La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui auquel il est opposé et manifeste son adhésion au contenu de l'acte.

Elle peut être manuscrite ou électronique.

La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa premier du présent article.“

La doctrine française et belge, aussi bien que les études menées dans ces deux pays en vue de l'adaptation de leur législation aux besoins de la société de l'information sont unanimes à reconnaître que l'admission de nouvelles formes de signatures à côté de la signature manuscrite passe par une définition de la „signature“.

Le projet s'inspire directement de ces travaux afin que le régime probatoire luxembourgeois reste, sur cette question fondamentale, en concordance étroite avec celui en vigueur en France et en Belgique.

N'ayant fait l'objet que de retouches mineures depuis 1804, les dispositions consacrées par les codes civils luxembourgeois, français et belge à la preuve des actes juridiques (chapitre VI du titre III du Livre troisième du Code civil) demeurent aujourd'hui, pour l'essentiel, identiques. Le juriste luxembourgeois y

trouve l'immense avantage de pouvoir se référer non seulement à la jurisprudence abondante des tribunaux français et belges, mais aussi aux travaux et opinions de la doctrine universitaire de ces deux pays.

L'approche préconisée ici consiste dès lors à s'inspirer des solutions qui se dessinent actuellement sur ce point en France et en Belgique.

Outre le fait qu'il est prévu dans les deux pays d'introduire une définition de la signature sous l'article 1322 du Code civil, un consensus s'y est formé qu'il ne convient de lier cette définition ni au mode d'expression de la signature, ni à son support mais que celle-ci doit être caractérisée à travers ses deux fonctions essentielles: l'identification du signataire et son adhésion au contenu de l'acte. Mise en évidence depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence, la double fonction d'identification et de validation de l'acte apparaît, en effet, comme la qualité indispensable de toute signature.

L'absence de toute référence aux possibles formes que celle-ci peut revêtir permet d'ouvrir le concept au procédés d'authentification les plus divers offerts par les nouvelles technologies (signatures digitales, biométriques ...). Elle évite aussi l'imprécision et partant l'insécurité inhérentes à toute définition matérielle de la signature, telle qu'elle avait été envisagée lors de la réforme de 1986.

Le deuxième alinéa de l'article lève toute hésitation sur l'admissibilité de la signature électronique. En ce qui concerne cette dernière, le texte entend cependant répondre à un risque lié spécifiquement à sa dématérialisation, celui de voir l'acte auquel elle se rapporte modifié en dehors de tout consentement du signataire. Ainsi, la signature électronique n'est reconnue que si elle remplit la condition supplémentaire d'être liée de façon indissociable à l'acte et d'en garantir l'intégrité.

A travers ces précisions, l'article proposé répond aux exigences posées par la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. La directive prévoit, en effet, qu'une signature électronique dite avancée (art. 2-2), doit permettre d'identifier le signataire et être liée uniquement à un signataire – ce qui n'est, pour l'essentiel, qu'une condition impliquée par la précédente – qu'elle doit être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée – condition directement reprise dans la définition proposée – et, enfin, qu'elle soit créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif – condition dont il est rendu compte à propos des modalités de reconnaissance des signatures électroniques (Cf. infra article 18).

La directive comporte, par ailleurs, une définition moins contraignante de signature électronique ordinaire (art. 2-1) envisagée comme „une donnée sous forme numérique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification". Outre la référence à la sécurité du dispositif de création de la signature qui, pour la signature dite avancée doit demeurer sous le contrôle exclusif du signataire, les deux types de signatures se distinguent essentiellement par le fait que la signature ordinaire est conçue comme une méthode d'authentification sans devoir satisfaire, en tant que telle, à la fonction d'identification du signataire. La distinction paraît pour le moins subtile et difficilement compatible avec notre conception traditionnelle de la signature qui, en tout état de cause, suppose que celle-ci puisse identifier le signataire. Elle ne semble, par ailleurs, pas indispensable dans la mesure où la directive ne lui attache, en définitive, que des effets limités au niveau des modalités de reconnaissance des signatures électroniques (article 5 du projet). Aussi convient-il de ne pas l'intégrer telle quelle à ce stade mais de prévoir la différenciation nécessaire à propos des modes de reconnaissance (article 18 du projet). L'esprit autant que la lettre de la directive sont à cet égard parfaitement respectés.

Observons enfin que la définition retenue de la signature électronique ne paraît pas impliquer de modification des articles 1323 et 1324 du Code civil alors que certaines retouches aux articles 289 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile (anciens articles 193 et s.) semblent utiles.

Art. 7.– Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-2 ainsi rédigé:

„L'acte sous seing privé électronique vaut comme original lorsqu'il présente des garanties fiables quant au maintien de son intégrité à compter du moment où il a été créé pour la première fois sous sa forme définitive.“

-a) Nouvelle conception de l'originalité

L'article 1322-2 concerne la notion d'original. Celle-ci reçoit une description fonctionnelle. Classiquement, la distinction original-copie s'appuie sur une différenciation relative à la nature du support. A cette différenciation correspond un traitement juridique différent. L'information contenue sur le support original se voit reconnaître une force probante supérieure à celle apparaissant sur la copie.

L'avènement de l'informatique remet en question la notion même de support, du moins de support matériel. Il n'en reste pas moins que la notion d'originalité d'un document reste primordiale. Cette originalité ne se ramène pas, comme par le passé, à une absence de modification du support, mais cette originalité découle de ce que l'intégrité d'une information puisse être établie de son origine à nos jours.

L'article 8 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique préconise cette approche en disposant qu'il est satisfait à l'exigence de forme originale s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information, à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme

définitive en tant que message de données ou autre. De la sorte on adopte une vue élargie de l'originalité (par opposition à une vision qui ramenait la question de l'originalité à la nature du support). Cette approche permet de rendre compte de ce que la technique informatique autorise la reproduction d'un document tout en assurant l'originalité de l'information contenue. Tel est le cas par exemple pour la technique de signature digitale qui permet de figer le document et d'assurer ainsi son intégrité.

En dehors de l'hypothèse du maintien de l'originalité du document électronique par la maîtrise et la garantie de l'intégrité du document, on aurait uniquement à faire à des copies, reproductions auxquelles l'article 1334 actuel associe une moindre force probante. La copie rend compte d'un document original mais sans que l'intégrité de l'information originale puisse être contrôlée. Si toutefois ces copies ont été effectuées dans le respect des conditions fixées par le règlement grand-ducal de 1986, alors une force probante égale à celle de l'original peut leur être reconnue.

-b) Nouvelle problématique posée par l'archivage d'un document électronique signé numériquement

Un problème nouveau apparaît en ce qui concerne l'archivage d'un document électronique signé numériquement. En effet, la paire de clés utilisée pour signer un document par la technique du cryptage et le certificat émis par un prestataire de service de certification (Cf. infra chapitre II relatif aux services de certification) n'a qu'une „durée de vie“ limitée. Après une certaine période, on considère que cette paire de clés n'a plus un niveau de sécurité suffisant car le risque de découvrir la clé privée au départ de la clé publique augmente. L'utilisateur devra donc recréer une nouvelle paire de clés et un nouveau certificat pour signer les messages antérieurs et les nouveaux messages. Dès lors que l'on signe à nouveau un message antérieurement signé, il est indispensable que celui-ci garde la même valeur juridique que le message initialement signé. Cela ne semble pas poser de problème s'il s'agit des mêmes parties qui signent une nouvelle fois. Mais on peut également imaginer que les parties confient à un tiers de confiance (un prestataire de service de certification ou une autre entité) la tâche de signer lui-même le document tout en maintenant à celui-ci une valeur identique. C'est le problème de l'archivage électronique, qui dépasse certainement notre propos, mais mériterait qu'on s'y intéresse par la suite.

Art. 8.– L'article 292 du Nouveau Code de procédure civile est modifié comme suit:

A l'article 292 du N.C.P.C. les mots „signée et paraphée“ sont remplacés par „signée et, le cas échéant, paraphée“.

A l'article 294, le mot „paraphée“ est remplacé par le mot „signée“.

A l'article 308, le mot „paraphée“ est remplacé par le mot „signée“.

Modifications suggérées aux dispositions du N.C.P.C. relatives à la procédure de vérification des écritures:

A la lecture des articles 289 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile (anciens articles 193 et s. du Code de procédure civile), il semble que la procédure telle qu'elle est décrite peut s'appliquer, sans difficulté, à la signature électronique, sous réserve de quelques légères modifications.

A l'article 291, le terme „vérification“ peut rester. En effet, on peut vérifier tant une signature manuscrite qu'électronique, l'idée étant de vérifier si la signature émane ou pas de la personne qui la dénie. Sans doute, la vérification s'opérera de manière différente de celle utilisée pour la signature manuscrite. Le juge se référera non à un graphologue mais à un spécialiste en cryptographie ou à un audit de sécurité pour mesurer notamment la robustesse des clés ou détecter des manipulations informatiques.

A l'article 292, les mots „pièce à vérifier“ ne doivent pas être modifiés. La pièce peut viser à la fois un document papier signé de manière manuscrite et un document électronique signé électroniquement (un fichier qui peut être stocké sur une disquette par exemple).

En revanche, les mots „signée et paraphée“ posent problème. Le verbe „signer“ peut être interprété largement, surtout avec la nouvelle définition de la signature, et viser tant la signature manuscrite que la signature électronique. Par contre, le paraphe s'envisage plus dans l'environnement papier. Il a essentiellement pour vocation d'être apposé sur toutes les pages (papier) dans le but d'assurer l'intégrité du document sans contraindre le signataire à signer chacune de ces pages, la signature n'étant apposée que sur la dernière page. Dans l'environnement électronique, ce paraphe n'est pas nécessaire puisque la fonction d'intégrité est assurée par la signature électronique elle-même, qui porte par définition sur tout le document. Aussi est-il proposé d'ajouter les mots suivants en italique „signée et, le cas échéant, paraphée ...“.

Aux articles 296, 297 et 298, les mots „pièces de comparaison“ peuvent rester. La pièce de comparaison peut être un document signé de manière manuscrite mais aussi un document signé électroniquement.

A l'article 302, les mots „corps d'écritures“ peuvent s'interpréter largement. On peut défendre qu'il s'agit de tous les éléments jugés utiles par les experts pour effectuer leur travail de vérification, éléments qui peuvent varier suivant que l'on est dans l'environnement papier ou électronique.

Art. 9.– L'article 1325 du Code civil est complété par l'alinéa suivant:

„Le présent article ne s'applique pas aux actes sous seing privé revêtus d'une signature électronique.“

Par nature, les actes sous seing privé électronique peuvent être établis et conservés en plusieurs exemplaires originaux. Il a donc paru utile d'écarter à leur propos l'obligation de les dresser en un nombre d'exemplaires déterminé et surtout celle de devoir indiquer sur chacun d'eux le nombre exact d'originaux.

Art. 10.– L'article 1326 du Code civil est modifié comme suit:

„L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Cette mention doit être écrite par lui-même; si elle est indiquée également en chiffres, en cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.“

Afin de permettre qu'un engagement unilatéral puisse être pris tant sous forme papier que sous forme électronique, il convient de supprimer l'exigence de la formalité de la mention manuscrite. Il est ici proposé de substituer aux mots „de sa main“ les mots „par lui-même“. Cette modification se base sur le projet de loi français et présente de ce fait l'utilité d'une interprétation à l'identique dans les deux pays.

Par ailleurs, suivant une recommandation faite par la Cour Supérieure de Justice dans son avis du 5 juillet 1985, une légère correction est proposée dans la rédaction de l'article 1326 pour faire apparaître, sans ambiguïté, que la partie de phrase „en toutes lettres“ se rapporte non seulement à la quantité mais aussi à la somme.

Art. 11.– A la section première du Chapitre VI du Titre III du Livre III du Code civil, l'intitulé du Paragraphe III est remplacé par l'intitulé suivant: „Des copies des actes sous seing privé.“

Le paragraphe III, déjà abrogé depuis la loi du 22 décembre 1986, est destiné à contenir deux articles nouveaux. Le premier est relatif à la valeur des copies, lorsque le titre original subsiste (nouvel article 1333 reprenant le contenu de l'article 1334 actuel); le second a trait à la valeur des copies lorsque le titre original n'existe plus (nouvel article 1334 reprenant le contenu de l'article 1348, alinéa 2 actuel).

Le nouveau paragraphe ne contient aucune disposition novatrice, mais, de par son contenu, permet de traiter de la problématique des copies de façon plus systématique. En effet, l'article 1348, alinéa 2 traitant de la valeur des copies lorsque l'original n'existe plus, a davantage sa raison d'être sous la section 1 consacrée à la preuve littérale, et plus spécifiquement sous un paragraphe consacré aux copies, que sous la section 2 relative à la preuve testimoniale. Par ailleurs, mieux vaut traiter de la problématique des copies par le biais de principes généraux plutôt que par le biais d'exceptions (tel que c'est actuellement le cas pour l'article 1348, alinéa 2).

Art. 12.– L'Article 1333 du Code civil est réintroduit avec le libellé suivant: „Les copies, lorsque l'acte original ou un acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu à cet acte, dont la représentation peut toujours être exigée.“

Le nouvel article 1333 du Code civil reprend les termes de l'article 1334 actuel du Code civil. Celui-ci prévoit que „les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée“.

De par sa situation dans le Code civil (sous le paragraphe consacré aux copies d'actes sous seing privé), il ne peut être contesté que cette disposition concerne uniquement les actes sous seing privé.

Une modification, sous forme de rajout, a cependant été apportée à cette disposition, afin de l'étendre expressément aux actes faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2.

Art. 13.– L'article 1334 du Code civil est inséré au paragraphe III et est remplacé par la disposition suivante: „Lorsque l'acte original ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 n'existe plus, les copies effectuées à partir de celui-ci, sous la responsabilité de la personne qui en a la garde, ont la même valeur probante que les écrits sous seing privé dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal.“

Le contenu de l'article 1334 actuel est repris à l'article 1333. Il est remplacé par celui de l'article 1348, alinéa 2 actuel, relatif aux copies d'actes sous seing privé avec destruction de l'original.

Cette disposition doit en effet trouver sa place parmi celles consacrées aux copies plutôt que comme une exception au principe de l'article 1341 du Code civil.

Cette disposition complète la précédente. Elle est relative aux copies qui ont été réalisées selon les conditions fixées par règlement grand-ducal et dont l'original n'existe plus.

Le contenu de l'article 1348, alinéa 2 a été légèrement remanié. Il ne traite plus seulement des reproductions micrographiques et des enregistrements informatiques, mais bien des copies en général. Une telle modification est justifiée pour les raisons suivantes:

- il est préférable de ne pas faire état dans le Code civil de techniques spécifiques qui risquent de devenir rapidement obsolètes.*
- l'article 1334 deviendrait ainsi le pendant de l'article 1333: tous deux seraient relatifs aux copies, l'un avec destruction de l'original, l'autre avec conservation de l'original.*
- un tel amendement ne fait pas obstacle à l'application du règlement grand-ducal existant (s'il est préférable de ne pas parler de techniques particulières dans le Code civil, rien n'empêche d'en faire état dans un règlement).*
- enfin, il fait écho au fait que ce sont les copies qui doivent être réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie (et non les originaux qui doivent être détruits dans le cadre d'une telle méthode).*

Il conviendrait de modifier le règlement grand-ducal pris en application de l'article 1348, alinéa 2 actuel. L'article 1 devrait faire écho à la modification du Code civil.

** article 1, a) Les copies visées à l'article 1334 du Code civil ...*

** „... est réputée durable toute reproduction indélébile du document original et tout enregistrement qui entraîne une modification irréversible du support“ pour qu'ainsi cette phrase n'entre pas en contradiction avec l'approche fonctionnelle de la notion d'original (voir article 7 du présent projet de loi). En parlant de „document original“, c'est bien le premier support que l'on vise.*

Art. 14.– A la section première du Chapitre VI du Titre III du Livre III du Code civil, l'intitulé du Paragraphe IV est remplacé par l'intitulé suivant: „Des copies des actes authentiques“

L'intitulé du paragraphe IV de la section première du Chapitre VI du Code civil est modifié de façon à rendre compte du fait qu'il ne traite que des copies d'actes authentiques. L'objectif de cette modification est d'éviter que l'article 1335 du Code civil ne soit vidé de son sens du fait qu'une signification fonctionnelle est donnée à la notion d'original (voir article 7 du présent projet). Les termes „original“ et „titre original“ au sens de l'article 1335 du Code civil se réfèrent à l'acte authentique d'origine, c'est-à-dire à la fixation sur un premier support. Toute reproduction ultérieure sur un autre support de cet acte authentique est considérée comme une copie.

Art. 15.– A l'article 1335 du Code civil sont apportées les modifications suivantes:

- 1°) les mots „Lorsque le titre original n'existe plus“ sont remplacés par les mots „lorsque l'acte authentique d'origine n'existe plus“;
- 2°) dans le 1°, les mots „l'original“ sont remplacés par les mots „d'acte authentique d'origine“;
- 3°) dans le 2°, les mots „l'original“ sont remplacés par les mots „d'acte authentique d'origine“;
- 4°) l'alinéa suivant est inséré après l'alinéa premier: „Les copies, lorsque l'acte authentique d'origine subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu à l'acte authentique d'origine, dont la représentation peut toujours être exigée.“

Cet article fait écho aux soucis exprimés à l'article 14 du présent texte. Il s'agit surtout de limiter la portée de l'article 1335 aux seuls actes authentiques.

Art. 16.– L'Article 1348, alinéa 2 du Code civil est supprimé.

Puisque son contenu est repris par le présent projet de loi à l'article 1334 du Code civil, il convient de supprimer l'alinéa 2 de l'article 1348 du Code civil.

Chapitre II. Des services de certification

Section 1. Définitions et principes généraux

Art. 17.– Définitions

Aux fins de la présente loi on entend par:

„Signataire“, toute personne, physique ou morale, qui crée une signature électronique.

La notion de signataire a été définie dans le but de préciser qu'une signature peut émaner tant d'une personne physique que d'une personne morale, même si bien entendu dans le second cas, celle-ci agit nécessairement par l'intermédiaire d'une personne physique habilitée à l'engager. Dès lors, les conséquences juridiques attachées à la signature sont identiques, que la signature émane d'une personne physique ou morale.

„Données afférentes à la création de signature“, des données uniques, telles que des codes ou des clés cryptographiques privées ou toutes autres données utilisées par le signataire pour créer une signature électronique.

„Données afférentes à la vérification de signature“, des données telles que des codes ou des clés cryptographiques publiques ou toutes autres données utilisées pour vérifier la signature électronique.

„Dispositif de création de signature“, un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature.

„Dispositif sécurisé de création de signature“, un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences fixées par règlement grand-ducal.

„Dispositif de vérification de signature“, un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la vérification de signature.

Les concepts de „dispositif de création de signature“, de „dispositif sécurisé de création de signature“ de „dispositif de vérification de signature“, de „données afférentes à la création de signature“ et de „données afférentes à la vérification de signature“ sont directement empruntés à la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Bien qu'à l'heure actuelle seule la technologie de la cryptographie asymétrique paraît satisfaire aux conditions posées par le texte, le recours aux concepts susvisés permettra, le cas échéant, l'emploi d'autres technologies ne reposant pas nécessairement sur l'utilisation de clés, mais répondant aux conditions de la définition.

Les codes ou clés utilisés par le signataire sont nécessairement uniques, de même qu'est unique la signature manuscrite d'une personne. Il incombera donc au prestataire de service de certification (voir définition ci-dessous) de vérifier que telle clé ou tel code n'a pas déjà été attribué. Il est évident que la fiabilité et la sécurité de la signature électronique supposent qu'à telle clé privée ne corresponde qu'une seule clé publique. Toutefois cette dernière sera destinée à être rendue publique et utilisée par chaque destinataire de message signé électroniquement.

„Certificat“, une attestation électronique, sécurisée par la signature électronique d'un prestataire de service de certification, par laquelle celui-ci certifie une ou plusieurs informations constatées par lui, et notamment le lien entre des données afférentes à la vérification de signature et une personne déterminée ainsi que l'identité de cette dernière.

La notion de „certificat“ est fondamentale dans le contexte de la certification électronique puisque celui-ci établit le lien entre une personne (c'est-à-dire son identité) et les données afférentes à la vérification de signature qui lui sont propres. Par l'émission du certificat, le prestataire de service de certification „certifie“ c'est-à-dire affirme publiquement l'exactitude des informations qu'il contient. Les informations seront sécurisées par la signature électronique du prestataire de service de certification qui l'émet.

La condition selon laquelle le certificat doit être sécurisé par la signature électronique du prestataire de service de certification s'impose afin d'assurer la sécurité des transactions, bien que cette exigence ne soit imposée, dans la directive, qu'aux seuls certificats qualifiés.

„Certificat qualifié“, un certificat qui satisfait aux exigences déterminées par règlement grand-ducal.

Conformément à la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, un certificat n'est considéré comme qualifié qu'à la condition, d'une part, qu'il ait été émis dans des conditions sûres et, d'autre part, qu'il contienne un minimum d'informations.

„Prestataire de service de certification“, toute personne, physique ou morale, qui crée, délivre et gère des certificats ou fournit d'autres services liés à l'utilisation d'une signature électronique.

Ce terme est repris de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Le prestataire de service de certification, ayant pour mission la création, la délivrance et la gestion de certificats peut aussi bien être une personne physique que morale. Sur demande d'une personne physique ou morale, le prestataire de service de certification crée un certificat. Une fois ce certificat créé, il le délivre à la personne qui en a fait la demande et l'inscrit, après consentement du titulaire, dans le registre électronique créé à cet effet. En cas de nécessité, il procède à sa révocation. Le prestataire de service de certification n'est pas tenu d'assurer seul toutes les étapes du processus de certification. En effet, il peut se référer, pour la collecte des informations, aux renseignements détenus par les autorités d'enregistrement.

Toutefois, il répond à l'égard des utilisateurs des certificats, du dommage qui est la conséquence des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la présente loi.

La fonction de prestataire de service de certification n'est pas limitée à la délivrance et à la gestion des certificats; il couvre également d'autres services connexes à l'utilisation des signatures électroniques (horodatage, archivage, etc.).

„Titulaire de certificat“, toute personne, physique ou morale, à laquelle un prestataire de service de certification a délivré un certificat.

Le titulaire de certificat est la personne identifiée dans le certificat, ce qui n'implique nullement que le certificat doit reprendre l'identité véritable de son titulaire. Celui-ci peut en effet demander à apparaître sur le certificat sous un pseudonyme afin que soit garanti l'anonymat. Soulignons en outre que toute personne peut faire certifier plusieurs données afférentes à la vérification de signature et devenir ainsi titulaire de plusieurs certificats.

La notion de titulaire de certificat ne doit pas être confondue avec la notion de détenteur des données afférentes à la création de signature (qui n'apparaît pas dans la loi), qui est une notion plus matérielle. En effet les données afférentes à la création de signature seront souvent stockées sur un support matériel telle qu'une carte à puce. Or le titulaire du certificat peut être – mais ne sera pas toujours – détenteur de ces données. Par exemple une personne morale est titulaire de certificat mais ne sera pas détentrice des données car n'existant pas matériellement, elle n'est pas capable de les détenir. Une personne physique (habilitée à représenter la société) sera donc nécessairement détentrice des données afférentes à la création de signature.

Le concept se trouve défini, à côté de celui de „signataire“ dans la mesure où le titulaire assume en cette seule qualité certaines obligations.

Art. 18.– Des effets juridiques de la signature électronique

1. Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil.

2. Une signature électronique ne peut être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

3. Nul ne peut être contraint d'utiliser une signature électronique.

L'article 18 précise les effets juridiques des signatures électroniques en se référant à la nouvelle rédaction de l'article 1322-1 du Code civil. L'objectif de la disposition est d'établir un lien entre, d'une part, la réforme des règles du Code civil relatives à la preuve, et plus précisément l'introduction de la définition ouverte et fonctionnelle du concept de signature, et, d'autre part, les principes édictés au présent chapitre.

Deux hypothèses méritent d'être distinguées, conformément à l'article 5 de la directive:

- *Si la signature employée a été créée par un dispositif que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif – et constitue donc une signature avancée au sens du projet de directive – et qu'au surplus elle est combinée à un certificat qualifié et a été créée par un dispositif sécurisé, elle est assimilée d'office à une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil. Eu égard aux niveaux de sécurité et de fiabilité respectés dans cette hypothèse, une telle signature doit être considérée comme équivalente à une signature manuscrite sans qu'un juge puisse remettre en cause sa valeur probante intrinsèque; ce qui n'interdit bien entendu pas à celui auquel elle est opposée de la contester de la même manière qu'une signature manuscrite.*
- *Si, en revanche, la signature électronique ne satisfait pas à ces exigences parce qu'elle n'a pas été créée par un dispositif sécurisé que le signataire pouvait garder sous son contrôle exclusif – signature électronique ordinaire au sens du projet de directive ou parce qu'elle n'est pas assortie d'un certificat qualifié, elle ne bénéficie plus de cette équivalence automatique. Comme le précise toutefois le paragraphe 2, elle ne saurait être rejetée par le juge pour cette seule raison (cf. article 5 paragraphe 2 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques). Il appartiendra à la personne qui s'en prévaut d'apporter la preuve de la fiabilité de la technique utilisée afin d'établir que la signature répond aux critères posés par l'article 1322-1 du Code civil. A défaut, l'acte auquel elle est attachée pourrait toujours servir de commencement de preuve par écrit ou d'indice à l'appui d'une preuve par présomption.*

L'approche fonctionnelle de la signature préconisée à l'article 1322-1 du Code civil permet de la sorte une très large reconnaissance des signatures électroniques à la seule condition que celles-ci en pré-

sentent les caractères essentiels d'identification du signataire, de validation et d'intégrité de l'acte. Sans retenir expressément la distinction entre signature ordinaire et signature avancée suggérée par la directive mais difficilement conciliable avec la conception traditionnelle de la signature, la solution proposée rencontre parfaitement les effets attachés à cette distinction et en particulier la clause de non-discrimination visée à l'article 5 paragraphe 2 de la directive.

Le paragraphe 3 consacre le principe selon lequel toute personne doit garder le libre choix d'utiliser sa signature manuscrite ou sa signature électronique.

Pour être qualifié de „sécurisé“, un dispositif de création de signature doit avoir été reconnu conforme aux dispositions réglementaires relatives aux dispositifs sécurisés de création de signature (Voir article 3 paragraphe 4 de la directive, et article 42 du présent projet de loi).

Il est rappelé ici que les actes authentiques ne font évidemment pas partie des contrats pouvant être valablement conclus par voie électronique, la signature électronique n'ayant été rendue possible, par le projet de loi, que pour les actes sous seing privé.

Section 2. Des prestataires de service de certification

Sous-Section 1. Des missions et obligations des prestataires de service de certification

Art. 19.– De l'obligation d'information

Préalablement à toute relation contractuelle avec une personne lui demandant un certificat à l'appui de sa signature électronique, ou à la demande d'un tiers qui se prévaut d'un certificat, le prestataire de service de certification procure, sur un support durable, les informations nécessaires à l'utilisation correcte et sûre des services qu'il propose en la renseignant notamment sur:

- a) la procédure que la personne doit suivre pour créer et vérifier une signature électronique;
- b) les modalités et conditions précises d'utilisation des signatures et des certificats, y compris les limites imposées à leur utilisation, ainsi que la nécessité de signer à nouveau les messages de données signés électroniquement avant que la durée du certificat ne soit écoulée;
- c) sa capacité ou non à émettre des certificats qualifiés, ainsi que les conséquences juridiques liées à l'utilisation d'un certificat qualifié;
- d) les obligations qui pèsent, en vertu de la présente loi, sur le titulaire du certificat et le prestataire de service de certification;
- e) les conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification;
- f) les procédures de réclamation et de règlement extrajudiciaire des litiges.

Dans la perspective de promouvoir la confiance nécessaire à l'utilisation des signatures électroniques il est prévu de mettre à la charge de tous les prestataires de service de certification une obligation d'information portant sur:

- la procédure à suivre pour produire et vérifier une signature électronique.
- la nécessité de signer à nouveau les messages de données signés électroniquement avant que la durée du certificat ne soit écoulée. Dans le cadre de la cryptographie asymétrique, la paire de clés et le certificat n'ont qu'une „durée de vie“ limitée. Après une certaine période, on considère que cette paire de clés n'a plus un niveau de sécurité suffisant car le risque de découvrir la clé privée à partir de la clé publique augmente. L'utilisateur devra donc recréer une nouvelle paire de clés, sur la base d'un nouveau certificat, pour signer les messages antérieurs et les nouveaux messages.
- les obligations qui pèsent sur le prestataire de service de certification (obligation de vérification des informations avant d'émettre un certificat, obligation de délivrer un certificat avec un contenu minimum, obligation de tenir un registre électronique, obligation de protéger la confidentialité et d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs lorsqu'elle génère des données afférentes à la création et à la vérification de signature, règles relatives à la révocation des certificats, dispositions relatives à la vie privée, régime de responsabilité, ...).
- les obligations qui pèsent sur le titulaire de certificat (obligation de garder secrètes les données afférentes à la création de signature, pleine responsabilité de l'utilisation de celui-ci, obligation de demander la révocation en cas de perte de la confidentialité ou perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, ...) et sur le destinataire du message signé électroniquement (obligation de vérifier la signature électronique, de consulter le registre électronique de certificats).

- les conséquences juridiques qui sont attachées à l'usage d'une signature électronique réalisée sur la base d'un certificat qualifié. Est principalement visée ici l'équivalence établie par l'article 18 entre la signature électronique réalisée sur base d'un certificat qualifié et l'article 1322-1 du Code civil (à condition également, bien sûr, que la signature soit créée par un dispositif sécurisé de signature).
- les conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification.
- les procédures de réclamation et de règlement des litiges.

Art. 20.– De la garantie de fiabilité technique et de sécurité

1. Le prestataire de service de certification est tenu d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs pour l'émission, la délivrance et la conservation des certificats. Il prend les mesures nécessaires contre la contrefaçon des certificats.

2. Un règlement grand-ducal détermine les conditions de fiabilité et de sécurité des moyens techniques.

Afin d'instaurer un climat de confiance, il est prévu d'obliger tous les prestataires de service de justifier de la fiabilité et de la sécurité des moyens techniques utilisés pour la certification des signatures. Cette obligation prend en considération les exigences issues de l'annexe 11 (points f et l) de la directive sur les signatures électroniques.

Art. 21.– De l'acceptation des certificats

1. Le contenu et la publication d'un certificat sont soumis au consentement de son titulaire.

2. Le prestataire de service de certification tient un registre des certificats dont les titulaires ont autorisé la publication. Ce registre est accessible en permanence par voie électronique et constamment tenu à jour. Il contient les certificats avec l'ensemble des mentions certifiées et indique, le cas échéant, le moment de leur révocation. Il doit être protégé contre toute modification non autorisée.

3. Les modalités de fonctionnement de ce registre sont définies par règlement grand-ducal.

Le prestataire de service de certification fournit un exemplaire du certificat au demandeur pour qu'il en vérifie le contenu et l'accepte. Une fois le certificat accepté le demandeur devient titulaire de certificat.

Le titulaire est invité par ailleurs à accepter la publication du certificat. Dans le souci du respect de l'anonymat, il peut s'opposer à cette publication. A défaut, le prestataire de service de certification inscrit et publie le certificat dans un registre accessible à tous les utilisateurs. Sont inscrits mais non publiés les certificats dont le titulaire s'oppose à la publication.

En toute hypothèse, le prestataire de service de certification a l'obligation de tenir un registre électronique qui énumère au moins:

- les certificats délivrés;
- le moment de leur expiration ;
- le cas échéant, le moment de leur révocation.

Le registre électronique doit impérativement:

- être tenu à jour;
- être accessible en permanence à toute personne, et ce par voie électronique;
- être protégé contre toute altération ou modification non autorisée.

Un règlement grand-ducal déterminera les modalités de fonctionnement du registre.

Art. 22.– De l'obligation de secret professionnel

1. Les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service d'un prestataire de service de certification, ainsi que tous ceux qui exercent eux-mêmes les fonctions de prestataire de service de certification, sont obligés de garder strictement secrets tous les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle, à l'exception de ceux dont le titulaire de certificat a accepté la publication ou la communication. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal.

2. L'obligation de secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi.

3. L'obligation de secret n'existe pas à l'égard de l'Autorité nationale de surveillance agissant dans le cadre de ses compétences légales.

4. Toute personne exerçant ou ayant exercé une activité pour l'Autorité nationale de surveillance, ainsi que les réviseurs et experts mandatés par l'Autorité nationale de surveillance, sont tenus au secret professionnel et passibles des peines prévues à l'article 458 du Code pénal en cas de violation de ce secret.

5. Sous réserve des règles applicables en matière pénale, les renseignements visés au paragraphe 1, une fois révélés, ne peuvent être utilisés qu'à des fins pour lesquelles la loi a permis leur révélation.

6. Quiconque est tenu à l'obligation de secret visée au paragraphe 1 et a légalement révélé un renseignement couvert par cette obligation, ne peut encourir de ce seul fait une responsabilité pénale ou civile.

La rédaction de cette disposition est directement inspirée de l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Le paragraphe 1 impose aux prestataires de service de certification une obligation de secret concernant les informations qui leur sont transmises dans le cadre de l'exercice de leurs activités. Cette obligation vise essentiellement le respect de l'anonymat lorsque le titulaire d'un certificat utilise un pseudonyme ou lorsqu'il n'a pas accepté la publication de son certificat. Ce secret professionnel est d'ordre public.

Le paragraphe 2 pose comme limite à l'obligation de secret les révélations autorisées ou imposées par ou en vertu d'une loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure au présent texte. Toute violation est sanctionnée par l'article 458 du Code pénal.

Le paragraphe 3 énonce le principe selon lequel il n'existe pas d'obligation de secret à l'égard de l'Autorité nationale de surveillance, laquelle doit être en mesure d'assurer la surveillance des prestataires de service de certification placés sous son contrôle.

Le paragraphe 4 impose la même obligation de secret professionnel à l'Autorité nationale de surveillance ainsi qu'aux personnes liées à elle et qui pourraient être amenées à connaître des informations confidentielles dans le cadre de leurs activités. Par personnes liées sont visées prioritairement, mais pas exclusivement, les réviseurs qui exercent le contrôle sur base de l'agrément qu'ils ont obtenu par l'Autorité nationale de certification en vertu de la section 4 de ce chapitre.

Le paragraphe 5 pose une limite générale à toute utilisation non autorisée de renseignements confidentiels qui ont pu être révélés.

Le paragraphe 6 protège celui qui aura révélé de bonne foi et en vertu d'une disposition légale un renseignement confidentiel contre d'éventuelles actions en responsabilité civile.

Pour le surplus, l'interprétation de la disposition pourra se référer utilement à celle de l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Art. 23.– De la protection des données à caractère personnel

1. Le prestataire de service de certification ne collecte des données à caractère personnel que directement auprès de la personne qui demande un certificat, ou, moyennant le consentement exprès de cette dernière, auprès de tiers. Il ne collecte les données que dans la seule mesure où ces dernières sont nécessaires à la délivrance et à la conservation d'un certificat. Les données ne peuvent être utilisées que dans le cadre des activités de certification, sauf consentement exprès de la personne qui en fait l'objet.

2. Lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification que dans les cas prévus à l'article 22 paragraphe 2.

Cette disposition est directement inspirée de l'article 8 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. La collecte d'informations nécessaire à la constitution du certificat ne peut se faire que directement auprès de la personne qui a introduit une demande de certificat et uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la délivrance et à la conservation du certificat. Moyennant le consentement exprès de l'intéressé, la collecte d'informations peut en outre avoir lieu auprès de tiers et notamment d'une autorité d'enregistrement, telle que l'ordre des avocats, des médecins, etc. Enfin, les données à caractère personnel ne peuvent, sauf consentement exprès du titulaire, être utilisées par les prestataires de service de certification que dans le cadre de leurs activités de certification.

Le titulaire ne désirant pas que son nom apparaisse sur le certificat peut choisir un pseudonyme. Cette disposition s'inspire également directement de la directive. Il convient toutefois de souligner que, bien que l'anonymat soit garanti, le signataire est identifié auprès du prestataire de service de certification. La véritable identité du titulaire ne pourra être révélée par le prestataire de service de certification que dans les cas prévus à l'article 22.

Sous-Section 2. De la révocation des certificats

Art. 24.– De la révocation des certificats

1. A la demande de son titulaire préalablement identifié, le prestataire de service de certification révoque immédiatement le certificat.

2. Le prestataire de service de certification révoque également un certificat immédiatement lorsque:

- a) il est démontré que le certificat a été délivré sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité, que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée, ou que le certificat a fait l'objet d'une utilisation frauduleuse;
- b) elle est informée du décès de la personne physique ou de la dissolution de la personne morale qui en est le titulaire.

3. Le prestataire de service de certification informe le titulaire de la révocation du certificat dans les meilleurs délais et motive sa décision.

Il prévient le titulaire de l'échéance du certificat au moins un mois à l'avance.

4. La révocation d'un certificat est définitive.

5. Immédiatement après la décision de révocation, le prestataire de service de certification inscrit la mention de la révocation du certificat dans le registre électronique visé à l'article 21. La révocation devient opposable aux tiers dès son inscription au registre.

Conformément à ce que requiert le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, les dispositions relatives à la révocation des certificats sont placées dans la section 2 relative à tous les prestataires de service de certification, afin d'assurer la cohérence des dispositions du présent projet de loi.

La révocation vise à mettre fin au certificat avant son terme. Elle est assurée par le prestataire de service de certification qui a délivré le certificat, soit à la demande de son titulaire, soit d'office.

Lorsqu'elle a lieu à la demande du titulaire, que cette demande soit ou non motivée, le prestataire de service de certification a l'obligation de procéder immédiatement à l'ordre de révocation.

Lorsque la révocation du certificat a lieu à l'initiative du prestataire de service de certification, celui-ci a l'obligation d'en avertir immédiatement le titulaire et de motiver sa décision. Elle ne peut avoir lieu que dans les conditions prévues au paragraphe 2.

Lorsque le certificat arrive à échéance, le prestataire de service de certification prévient le titulaire de l'échéance du certificat au moins un mois à l'avance.

La décision de révocation est définitive et donc irréversible.

La révocation est opposable au titulaire et aux tiers à partir de son inscription au registre. En effet, dès cette inscription, le titulaire de certificat et le prestataire de service de certification pourront se prévaloir du fait que le certificat est révoqué vis-à-vis des tiers, et particulièrement du destinataire du message signé électroniquement qui est tenu de vérifier que le certificat n'est pas révoqué.

Lorsqu'il est appelée à révoquer un certificat à la demande du titulaire, le prestataire de service doit procéder immédiatement à l'inscription de cette information sur le registre, en indiquant clairement que le certificat a fait l'objet de révocation. Notons que, avant de procéder à la révocation, le prestataire de service de certification est tenu d'identifier la personne qui effectue la demande. Cette identification prendra un certain temps. Une demande de révocation a des conséquences graves, notamment de par le fait qu'une révocation ne peut être levée. Il est dès lors indispensable que le prestataire de service de certification identifie de manière certaine la personne qui effectue la demande de révocation pour s'assurer qu'elle est le véritable titulaire du certificat, même si cette identification peut prendre du temps.

Sous-Section 3. De la responsabilité des prestataires de service de certification

Art. 25.– De la responsabilité des prestataires de service de certification

1. A moins qu'il prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification est responsable du préjudice subi par toute personne qui se fie au certificat qu'il a délivré ou qu'il garantit pour ce qui est:

- de l'exactitude des informations qu'il a certifiées, et, le cas échéant, la présence dans le certificat de toutes les données prescrites pour l'émission d'un certificat qualifié;
- de l'assurance que les données afférentes à la création de signature et les données afférentes à la vérification de signature fonctionnent ensemble de façon complémentaire, au cas où il a généré les deux types de données;
- le cas échéant, des informations attestées conformément à l'article 38 paragraphe 1.

2. A moins qu'il prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification est responsable du préjudice subi par toute personne du fait de la non-révocation d'un certificat conformément à l'article 24, ainsi que du fait du défaut d'inscription au registre de la révocation.

3. Le prestataire de service de certification n'est pas responsable du préjudice résultant du non-respect des restrictions posées à l'utilisation d'un certificat.

4. Un règlement grand-ducal fixe le montant minimal en deçà duquel les parties ne peuvent limiter la responsabilité d'un prestataire de service de certification.

5. Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite.

Le prestataire de service de certification répond du dommage qui est la conséquence de l'inexécution des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la présente loi et qui tendent toutes vers un même but: l'exactitude des informations certifiées; et vers une même fin: la sécurisation des échanges électroniques de données.

Au regard du degré de spécialisation technique que l'on est en droit d'attendre de tout prestataire de service de certification ainsi que de la confiance qu'un régime de certification est censé susciter, la responsabilité du prestataire est engagée dès lors que l'émission de certificats entraîne un préjudice. Le régime mis en place est fondé sur la présomption simple de responsabilité du prestataire de service de certification. Celui-ci pourrait toutefois réfuter cette présomption en démontrant qu'il n'a commis aucune négligence, que la personne qui se fie au certificat est de mauvaise foi ou que le dommage résulte du non-respect des restrictions posées à l'utilisation du certificat pour autant que celles-ci soient indiquées dans le certificat. La responsabilité du prestataire de service de certification est également engagée lorsqu'il n'a pas révoqué un certificat alors qu'il aurait dû le faire en application de l'article 24 de la présente loi.

Un prestataire de service de certification peut émettre des restrictions à l'utilisation d'un certificat pour autant qu'elles ne violent pas les dispositions de la présente loi, et que ces limites soient discernables par des tiers, selon la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Il doit en informer les utilisateurs. Dans ce cas, le prestataire de service de certification ne pourrait être tenu responsable des dommages résultant de l'usage contre-indiqué d'un certificat.

Enfin, conformément à l'avis du Conseil d'Etat (p. 26), le paragraphe 4 prévoit la possibilité pour les prestataires de restreindre leur responsabilité, mais dans certaines limites.

Section 3. La surveillance

Les dispositions qui suivent ont pour objet d'instaurer un régime de surveillance des prestataires de service de certification qui émettent des certificats qualifiés. En effet, comme l'a remarqué le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000, le projet de loi No 4641 ne résout pas la question des voies et moyens dont dispose l'Autorité nationale pour assurer le respect des dispositions légales et réglementaires en ce qui concerne les prestataires non accrédités.

Art. 26.– L'autorité compétente

Il est créé sous l'autorité du ministre de l'Economie une Autorité nationale de surveillance pour veiller à la bonne application de la présente loi.

L'Autorité nationale de surveillance est l'autorité compétente pour la surveillance des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés au sens de la présente loi.

L'Autorité nationale de surveillance tient un registre électronique d'opposition conformément à l'article 60 de la présente loi.

L'Autorité nationale de surveillance est compétente pour recevoir les réclamations des utilisateurs dans leurs relations avec des prestataires de service de certification et pour intervenir auprès de ces derniers, aux fins de régler à l'amiable ces réclamations.

Art. 27.– La finalité de la surveillance

L'Autorité nationale de surveillance exerce ses attributions exclusivement dans l'intérêt public. Si l'intérêt public le justifie, elle peut rendre ses décisions publiques. Elle veille à l'application par les personnes soumises à sa surveillance des conditions légales et réglementaires auxquelles est soumise l'émission de certificats qualifiés.

Art. 28.– Les moyens de la surveillance

L'Autorité nationale de surveillance exerce sa mission à l'aide de réviseurs d'entreprise spécialement agréés par elle. Les réviseurs ont la mission d'apprécier le respect par les prestataires de services de certification délivrant des certificats qualifiés des conditions prévues à cet effet.

Art. 29.– Les tableaux officiels

1. L'Autorité nationale de surveillance tient les tableaux officiels des prestataires de services de certification soumis à sa surveillance et des réviseurs d'entreprises agréés conformément aux articles 31 et 32. Les tableaux officiels sont établis et publiés au Mémorial au moins à chaque fin d'année.

2. Nul ne peut faire état à des fins commerciales de son inscription sur les tableaux officiels ou de sa soumission à la surveillance de l'Autorité nationale de surveillance.

Art. 30.– Des modalités du contrôle

1. Sur demande d'un prestataire de service de certification auprès d'un réviseur d'entreprise agréé de son choix, celui-ci vérifie et atteste que le prestataire respecte les conditions et obligations pour l'émission et la délivrance de certificats qualifiés fixées par ou en vertu de la présente loi.

2. L'Autorité nationale de surveillance peut demander au réviseur ayant effectué le contrôle d'un prestataire de service de certification de lui remettre un rapport détaillé concernant le respect des conditions fixées par ou en vertu de la présente loi. Elle peut lui demander de lui fournir des informations complémentaires et le charger de missions de contrôle spécifiques, le tout à la charge du prestataire de service de certification contrôlé.

3. Lorsque, sur rapport d'un réviseur, l'Autorité nationale de surveillance constate qu'un prestataire de service de certification ne respecte pas les dispositions légales ou réglementaires le concernant, elle lui enjoint de régulariser la situation dans le délai qu'elle fixe.

Si, au terme du délai fixé, la situation n'a pas été régularisée, l'Autorité nationale de surveillance peut procéder à la radiation du prestataire de service de certification du tableau officiel visé à l'article 29.

Section 4. Les relations entre l'Autorité nationale de surveillance et les réviseurs d'entreprises

Art. 31.– De la nécessité d'un agrément

Nul ne peut exercer l'activité de contrôle des prestataires de service de certification, s'il n'a pas préalablement obtenu un agrément de l'Autorité nationale de surveillance.

Art 32.– De l'agrément

1. L'agrément est accordé sur demande écrite et après instruction par l'Autorité nationale de surveillance portant sur les conditions exigées par l'article 33.

2. L'agrément est retiré si les conditions pour son octroi ne sont plus remplies.

3. La décision portant octroi, refus ou retrait de l'agrément peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif qui statue comme juge du fond. Le recours doit être exercé dans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision entreprise.

Art. 33.– Des conditions d'octroi de l'agrément

Les réviseurs d'entreprises, personnes physiques et morales, doivent, pour obtenir l'agrément, satisfaire aux conditions suivantes:

- avoir eux-mêmes ou employer du personnel ayant une qualification professionnelle adéquate ainsi que des connaissances et une expérience spécialisées dans le domaine des technologies des signatures électroniques;
- justifier de leur honorabilité professionnelle ou de celle de leurs administrateurs ou gérants. L'honorabilité s'apprécie sur la base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes visées jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable;
- présenter des garanties d'indépendance par rapport aux prestataires de service de certification qu'elles sont appelées à contrôler.

Art. 34.– Le devoir d'information des réviseurs d'entreprises

1. Le réviseur d'entreprises est tenu de signaler à l'Autorité nationale de surveillance rapidement tout fait ou décision dont il a pris connaissance dans l'exercice du contrôle annuel d'un prestataire de services de certification ou d'une autre mission légale, lorsque ce fait ou cette décision:

- concerne ce prestataire de services de certification et
- est de nature à:
 - a) constituer une violation grave des dispositions de la présente loi ou des dispositions réglementaires prises pour son exécution
 - ou
 - b) porter atteinte à la continuité de l'exploitation du prestataire de services de certification.

2. La divulgation de bonne foi à l'Autorité nationale de surveillance par un réviseur d'entreprises de faits ou décisions visés au paragraphe (1) ne constitue pas une violation du secret professionnel, ni une violation d'une quelconque restriction à la divulgation d'informations imposée contractuellement et n'entraîne de responsabilité d'aucune sorte pour le réviseur d'entreprises.

Conformément à l'article 3 paragraphe 3 de la directive relative aux signatures électroniques les sections 3 et 4 organisent la surveillance des prestataires de service de certification qui sont habilités à émettre des certificats qualifiés. Une Autorité nationale de surveillance exerce la mission de surveillance générale des prestataires de service de certification. Ce contrôle est normalement délégué par l'Autorité nationale de surveillance à des entités privées spécialement agréées. Ne peuvent être agréés que des réviseurs d'entreprises qui justifient des qualités requises d'honorabilité, de qualification et d'indépendance. Les réviseurs attestent au moins une fois par an que le prestataire de service de certification observe les conditions requises pour émettre des certificats qualifiés. L'Autorité nationale de surveillance peut ainsi vérifier, soit de façon générale, soit par enquête ciblée, si un prestataire de service de certification ne fait pas indûment croire qu'il répond aux conditions. Les réviseurs doivent aussi informer spontanément l'autorité de surveillance de faits particulièrement graves.

Enfin l'Autorité nationale de surveillance tient deux listes, à savoir celle des prestataires de services de certification qui détiennent l'attestation leur permettant d'émettre valablement des certificats qualifiés et celle des réviseurs qu'elle a agréés à établir de telles attestations.

*Section 5. Des prestataires de service de certification
délivrants des certificats qualifiés*

**Sous-section 1. Des obligations des prestataires de service
de certification délivrant des certificats qualifiés**

Art. 35.— De l'obligation de se soumettre à un contrôle

1. Aucun prestataire de service de certification ne peut délivrer, même accessoirement ou occasionnellement, de certificat qualifié sans avoir fait l'objet d'un contrôle préalable depuis moins d'un an. Celui-ci porte sur le respect des conditions et obligations prévues à l'article 36.

2. Le prestataire de service de certification délivrant des certificats qualifiés doit se soumettre annuellement à un contrôle.

3. Le contrôle ne peut être effectué que par des réviseurs d'entreprise agréés par l'Autorité nationale de surveillance, conformément aux articles 31 et 32.

Art. 36.— Des exigences requises pour l'émission d'un certificat qualifié

1. Tout prestataire de service de certification émettant ou délivrant des certificats qualifiés doit satisfaire aux exigences suivantes:

- a) présenter des garanties d'intégrité, de disponibilité, ainsi que des garanties financières suffisantes pour exercer ses activités de certification;
- b) se conformer aux exigences de sécurité et de fiabilité technique arrêtées par règlement grand-ducal;
- c) employer du personnel qui possède les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la prestation des services de certification et, en particulier, des compétences au niveau de la gestion, des connaissances spécialisées en technologie des signatures électroniques et une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées;
- d) appliquer des procédures et méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues;
- e) se conformer aux conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification, en particulier l'interconnexion des registres de certificats;
- f) veiller à ce que la date et l'heure d'émission et de révocation d'un certificat puissent être déterminées avec précision;
- g) souscrire une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle;
- h) respecter les exigences fixées par ou en vertu de la présente loi.

2. Un règlement grand-ducal détermine:

- a) le montant et les modalités de la garantie financière requise au paragraphe 1 du présent article;
- b) les conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification et l'interconnexion des registres de certificats;
- c) les garanties d'indépendance que les prestataires de service de certification doivent offrir aux utilisateurs du service;
- d) les règles relatives à l'information que le prestataire de service de certification est tenu de conserver concernant ses services et les certificats délivrés;
- e) la durée de conservation des données.

3. Des conditions complémentaires peuvent être fixées par règlement grand-ducal pour qu'un prestataire de service de certification soit habilité à délivrer des certificats à des personnes qui souhaitent utiliser une signature électronique dans leurs échanges avec les autorités publiques.

L'article 36 fixe les conditions qui doivent impérativement être remplies par un prestataire de service de certification pour pouvoir émettre des certificats qualifiés. Comme l'exprime d'ailleurs le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000 (p. 24), ces dispositions figurent de manière adéquate dans le projet de loi. Ainsi, ce texte détermine les principales exigences que devront satisfaire les prestataires de service de certification ici visé, le détail en étant précisé par voie de règlement grand-ducal.

Le paragraphe 1er détermine en termes généraux ces conditions. En répondant à ces conditions, un prestataire de service de certification démontre la crédibilité et la confiance que les utilisateurs peuvent avoir en lui.

Ces conditions seront d'une manière générale les suivantes. Le prestataire de service de certification devra présenter des garanties d'intégrité, de disponibilité et de sécurité. A cette fin, il devra notamment utiliser un système informatique fiable. Cela implique que le prestataire de service de certification tienne un registre électronique accessible en permanence à toute personne et qu'il soit protégé contre toute modification non autorisée. En outre le prestataire de service de certification doit faire en sorte de protéger de manière adéquate la confidentialité des données afférentes à la création de signature qu'il utilise afin de signer les certificats qu'il émet. Il doit ensuite posséder l'expertise nécessaire pour assurer ses activités de certification. A cette fin, les employés du prestataire de service de certification doivent posséder des qualités professionnelles en matière de certification ou dans un domaine connexe. Ils doivent par ailleurs justifier de leur intégrité (absence de condamnation pour fraude, faux en écriture ...). Le prestataire de service de certification doit utiliser des procédures et méthodes administratives et de gestion adaptées et conformes à des normes reconnues. Enfin, il doit offrir des garanties financières suffisantes pour exercer ses activités et, le cas échéant, indemniser les utilisateurs ayant subi un dommage à la suite de l'inexécution des obligations qui lui sont imposées par ou en vertu de la loi. Pour ce faire, il souscrira utilement une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle.

Le prestataire de service de certification doit se conformer aux exigences de fiabilité technique posées par règlement grand-ducal, et éventuellement précisées par l'Autorité nationale de surveillance. En effet, l'article 20 impose à tout prestataire de service de certification d'utiliser des moyens techniques fiables et sûrs.

Le règlement grand-ducal visé au paragraphe 2 précise les conditions stipulées au paragraphe 1er. Il pourrait déterminer par ailleurs le niveau d'indépendance dont les prestataires de service de certification devraient bénéficier vis-à-vis des utilisateurs de leurs services.

Le paragraphe 3 vise à tirer profit de la possibilité offerte par l'article 3 paragraphe 7 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques qui dispose que „Les Etats membres peuvent soumettre l'usage des signatures électroniques dans le secteur public à des exigences supplémentaires éventuelles. Ces exigences doivent être objectives, transparentes, proportionnées et non discriminatoires, et ne s'appliquent qu'aux caractéristiques spécifiques de l'application concernée. Ces exigences ne doivent pas constituer un obstacle aux services transfrontaliers pour les citoyens“.

Art. 37.– De l'obligation de délivrance

Les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés sont tenus de délivrer un ou plusieurs certificats à toute personne qui en fait la demande, sauf s'ils n'ont pas les moyens raisonnables leur permettant de procéder aux vérifications imposées par l'article 38.

L'inscription par l'Autorité nationale de surveillance d'un prestataire de service de certification sur le tableau officiel prévu à l'article 29 comporte logiquement l'obligation de délivrer un certificat à toute personne qui en fait la demande. Cette obligation n'est levée que dans l'hypothèse exceptionnelle où le prestataire de service de certification a de sérieux doutes quant à la véracité des informations qui lui sont fournies et ne peut les vérifier par des moyens raisonnables.

Art. 38.– De l'obligation de vérification

1. En émettant un certificat qualifié, le prestataire de service de certification garantit avoir procédé à toutes les vérifications nécessaires pour attester de manière non ambiguë:

- a) l'exactitude des informations certifiées contenues dans le certificat au moment où il a été délivré;
- b) la présence dans ce certificat de toutes les informations prescrites pour l'émission d'un certificat qualifié,
- c) le lien entre le titulaire de certificat et les données afférentes à la vérification de signature qui sont propres,
- d) l'assurance que le titulaire détenait, au moment de la délivrance du certificat, les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat,
- e) la complémentarité des données afférentes à la création de signature et des données afférentes à la vérification de signature du titulaire de certificat.

2. Lorsque qu'un certificat qualifié est délivré à une personne morale, le prestataire de service de certification vérifie préalablement l'identité et le pouvoir de représentation de la personne physique qui se présente à lui.

Le prestataire de service de certification atteste que toutes les informations visées dans le certificat qu'il délivre sont exactes.

Un prestataire de service de certification peut s'imposer des obligations plus strictes que les exigences légales. Dans ce cas, il inscrit sur le certificat qu'il atteste l'exactitude d'une ou plusieurs informations complémentaires. Le prestataire de service de certification engage alors sa responsabilité dans le cas où ces informations se révéleraient inexactes.

Il est tenu de vérifier le lien entre le titulaire et les données afférentes à la vérification de signature (sa clé publique ou son code) et de le confirmer. C'est l'existence et la véracité de ce lien qui constituent l'essence du certificat.

Préalablement à la délivrance du certificat, il est tenu de tester la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de signature et garantit ainsi l'existence du lien entre ces différentes données.

Si le certificat est délivré à une personne morale, le prestataire de service de certification, pour éviter les abus ou les fraudes, doit vérifier l'identité de la personne physique se présentant à lui et la validité de son pouvoir de représentation. Cependant, les informations relatives à l'identité et au pouvoir de représentation de la personne physique ne sont pas destinées à être inscrites sur le certificat.

Art. 39.– De la génération des données afférentes à la création et à la vérification de signature par le prestataire de service de certification

Lorsque le prestataire de service de certification génère lui-même les données afférentes à la création et à la vérification de signature, il doit en garantir la stricte confidentialité et ne peut ni les enregistrer, ni les conserver, ni les reconstituer.

Les données relatives à la création et à la vérification de signature peuvent être créées tant par le futur titulaire du certificat que par le prestataire de service de certification. Dans les deux cas, un système fiable tel que défini à l'article 20 doit être utilisé lors de la création de ces données afin d'assurer la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et l'utilisation légitime de celles-ci.

Lors de cette opération, le prestataire de service de certification doit éviter d'enregistrer ou de conserver une copie des données afférentes à la création de signature de façon à ne pas en devenir le détenteur ou le dépositaire non autorisé. Il ne doit pas non plus être en mesure de reconstituer les données afférentes à la création de signature à partir des données afférentes à la vérification de signature.

Sous-Section 2. De l'arrêt des activités

Art. 40.– De l'arrêt des activités

1. Tout prestataire de service de certification qui cesse ses activités révoque les certificats qualifiés un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des données conformément à l'article 21.

2. Le décès, l'incapacité, la faillite, la dissolution volontaire et la liquidation, ou tout autre motif involontaire d'arrêt des activités sont assimilés à une cessation d'activité au sens de la présente loi.

Les héritiers, tuteurs, curateurs et, le cas échéant, liquidateurs du prestataire de service de certification sont tenus des obligations posées par ou en vertu de la présente loi résultant de la cessation des activités du prestataire de service de certification.

Si un prestataire de service de certification met fin, volontairement ou non, à ses activités, il doit procéder à la révocation des certificats un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour que les données soient conservées.

Le paragraphe 2 détermine la notion de cessation d'activité au sens de la présente loi.

Section 6. Des certificats qualifiés

Art. 41.– Du contenu des certificats qualifiés

1. Tout certificat qualifié doit contenir les informations telles qu'arrêtées par règlement grand-ducal.

2. A la demande du titulaire, le certificat peut contenir d'autres informations, non certifiées par le prestataire de service de certification, en précisant qu'elles n'ont pas été vérifiées par ce dernier.

3. Le certificat qualifié est sécurisé par la signature électronique du prestataire de service de certification.

Conformément à l'article 2 paragraphe 10 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, un certificat ne peut être considéré comme un certificat qualifié qu'à condition, d'une part, qu'il soit émis par un prestataire de service de certification qui satisfait à certaines exigences et, d'autre part, qu'il comporte un contenu minimum. Il convient de préciser ces exigences par voie de règlement grand-ducal.

Section 7. Des dispositifs sécurisés de création de signature

Art. 42.– Des dispositifs sécurisés de création de signature

1. Un règlement grand-ducal précise l'objet et le niveau de sécurité des dispositifs de création de signature.

2. L'Autorité nationale de surveillance est chargée de vérifier la conformité des dispositifs sécurisés de création de signature aux exigences établies par règlement grand-ducal conformément au paragraphe 1 du présent article. Elle tient une liste, accessible au public, des dispositifs de création de signature respectant ces exigences.

3. Les dispositifs sécurisés de création de signature reconnus comme tels par un organisme compétent dans un autre Etat membre de l'Union européenne ont la même valeur au Luxembourg que ceux qui ont été reconnus comme tels par l'Autorité nationale de surveillance.

Conformément à l'article 3 paragraphe 4 de la directive, un contrôle est exercé concernant la conformité des dispositifs sécurisés de création de signature aux conditions posées par un règlement grand-ducal. Celui-ci aura pour objet de transposer l'annexe III de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Section 8. Des obligations des titulaires de certificat

Art. 43.– Des obligations des titulaires de certificat

1. Le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité et de l'intégrité des données afférentes à la création de signature qu'il utilise. Toute utilisation de celles-ci est réputée, sauf preuve contraire, être son fait.

2. Le titulaire du certificat est tenu, dans les meilleurs délais, de notifier au prestataire de service de certification toute modification des informations contenues dans celui-ci.

3. En cas de doute quant au maintien de la confidentialité des données afférentes à la création de signature ou de perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titulaire est tenu de faire révoquer immédiatement le certificat conformément à l'article 24 de la présente loi.

4. Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance, ou a été révoqué, son titulaire ne peut plus utiliser les données afférentes à la création de signature correspondante pour générer une signature électronique, et doit s'abstenir de faire certifier les données afférentes à la création et à la vérification de signature complémentaires par un autre prestataire de service de certification.

Le titulaire doit assurer la confidentialité et l'intégrité des données afférentes à la création de signature qui lui sont propres (sa clé privée ou son code confidentiel).

Lorsque la signature a pu être authentifiée par un certificat, le message assorti de cette signature est réputé émaner de son titulaire.

Le prestataire de service de certification étant responsable des informations qu'il aura certifiées, le titulaire est tenu de lui signaler toute modification de ces informations.

Pour de multiples raisons, il pourrait se faire que la confidentialité des données afférentes à la création de signature (la clé privée ou le code confidentiel) soit compromise ou que le titulaire de certificat craigne qu'il en soit ainsi.

La procédure de révocation est prévue par la présente loi afin de parer à cette éventualité. Le titulaire du certificat doit la mettre en oeuvre au moindre doute relatif au maintien de la confidentialité des données. La procédure de révocation est également applicable dans l'hypothèse où l'une des mentions certifiées ne serait plus conforme à la réalité.

*Section 9. Des certificats délivrés par un prestataire
de service de certification étranger*

Art. 44.– De la reconnaissance des certificats communautaires

Les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne, ont la même valeur au Luxembourg que les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg.

Art. 45.– De la reconnaissance des certificats de pays tiers

Les certificats, délivrés à titre de certificats qualifiés par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne, ont la même valeur au Luxembourg que les certificats qualifiés délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg

- a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions posées par ou en vertu de la législation d'un Etat membre de l'Union européenne prise en conformité avec la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil et est soumis au régime de contrôle institué par cet Etat conformément à la directive, ou
- b) si un prestataire de service de certification établi dans un Etat membre de l'Union européenne garantit ces certificats, ou
- c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral entre le Luxembourg et un pays tiers ou dans le cadre d'un accord multilatéral entre l'Union Européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

Afin de revêtir une réelle utilité, toute infrastructure de certification adoptée à un niveau national doit être envisagée dans une perspective internationale. Les articles 44 et 45 du projet, en traitant de la reconnaissance des certificats communautaires et des certificats de pays tiers, font écho à cette préoccupation. Ils sont directement inspirés de la directive (article 7).

De la reconnaissance des certificats étrangers: par cette disposition, le Grand-Duché de Luxembourg entend susciter la confiance des utilisateurs et ouvrir ses portes au commerce international. Toutefois, les certificats émis par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne auront uniquement la même valeur que ceux délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg, pour autant qu'ils répondent à une des trois conditions visées au paragraphe 2.

Section 10. Des sanctions pénales

Art. 46.– Des sanctions pénales

1. Sous peine d'une amende de X francs et d'un emprisonnement de X, l'émission et la délivrance de certificats qualifiés sont interdites à toute personne dont la capacité de respecter les exigences prévues par ou en vertu de la présente loi n'a pas été, préalablement et depuis moins d'un an, vérifiée et attestée par un réviseur agréé, conformément à l'article 30 et qui figure à ce titre sur la liste publiée par l'Autorité nationale de surveillance visée à l'article 29.

2. Sera puni d'une amende de X à X francs et d'un emprisonnement de ... à ... quiconque effectue le contrôle d'un prestataire de service de certification sans avoir obtenu d'agrément.

Section 11. Du recommandé électronique

Art. 47.– Du recommandé électronique

Le message signé électroniquement sur base d'un certificat qualifié dont l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception, sont certifiés par un prestataire de service de certification délivrant des certificats qualifiés constitue un envoi recommandé.

Le recommandé déposé électroniquement offre à l'instar de celui déposé matériellement la possibilité pour l'expéditeur d'un message signé par voie électronique de se constituer une preuve de l'envoi, de la date et, le cas échéant, de la réception de ce message.

Dans le contexte des échanges électroniques de données, effectués en temps réel, il est nécessaire de prévoir, en outre, une certification de temps.

Preuve de l'envoi: l'intérêt qu'offre le recommandé est celui pour l'expéditeur de se ménager une preuve de son envoi. Cette preuve pourra être réalisée, pour le recommandé électronique grâce au récépissé électronique qui lui sera remis lors du dépôt électronique.

Preuve de la date et de l'heure de l'envoi: la loi impose, dans certains cas, un délai pour l'envoi d'une lettre ou d'un document. Tout comme pour la preuve de l'envoi, le recommandé offre à l'expéditeur la possibilité de se ménager la preuve que les délais ont été respectés.

Preuve de la réception: grâce au recommandé avec accusé de réception, l'expéditeur peut prouver que le destinataire a reçu l'envoi et a été en mesure d'en prendre connaissance.

L'expéditeur du document est responsable des moyens techniques à mettre en oeuvre pour garantir efficacement le contenu du message contre les risques d'atteinte à l'intégrité et à la confidentialité de celui-ci.

La signature électronique et plus particulièrement la signature digitale permet de garantir le message contre les risques d'atteinte à son intégrité. Puisque cette fonction revêt une importance capitale dans le contexte électronique, il était nécessaire de faire de la signature digitale une condition de l'envoi recommandé. C'est la raison pour laquelle, cette disposition relative au recommandé électronique trouve sa place dans la présente loi.

Cette disposition a vocation à s'appliquer de manière générale, de sorte que tout envoi recommandé puisse indifféremment prendre la forme traditionnelle ou électronique.

Chapitre III. Dispositions pénales

Section I. Des sanctions pénales

Art. 48.– L'article 196 du Code pénal est modifié comme suit:

„Seront punies de réclusion de cinq à dix ans les autres personnes qui auront commis un faux en écritures authentiques et publiques, et toutes personnes qui auront commis un faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, en ce compris les écritures électroniques,

Soit par fausses signatures,

Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures,

Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans les actes,

Soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater.“

Un des objectifs du présent projet de loi est de conférer à la signature électronique la valeur juridique traditionnellement attachée à la signature manuscrite. A cet effet, sont proposées des modifications substantielles des articles 1322 et suivants du Code civil.

La signature électronique, définie dans le nouvel article 1322-1 du Code civil, revêt la même valeur que la signature manuscrite traditionnelle; dès lors, sa contrefaçon doit être sanctionnée de manière identique. A cet effet, il est proposé d'étendre le champ d'application de l'article 196 sur le faux en écritures aux „écritures électroniques“. L'emploi du terme d'„écritures“ est pertinent en l'occurrence, étant donné qu'on entend par là un écrit ayant une valeur probatoire. Le fait que l'écriture électronique n'ait de valeur probatoire que par la signature électronique reste dans la logique des écritures classiques qui ne se voient de même conférer une valeur probatoire que par l'apposition d'une signature. Par ailleurs, la proposition de texte prévoit également une ouverture possible pour une éventuelle introduction future des actes authentiques sous forme électronique.

Le texte actuel de l'article 196 vise, d'une façon générale, les écritures, même si, pour des raisons historiques évidentes, seul l'écrit traditionnel était à envisager.

Compte tenu de la formulation générale du texte, il suffit d'ajouter la précision que les écrits protégés peuvent également être de nature électronique. Apporter cette précision s'impose au regard de la concordance nécessaire des concepts entre le droit pénal et le droit civil dans cette matière.

L'article 441-1 du nouveau Code pénal français a opéré un élargissement identique du faux en visant „toute altération frauduleuse de la vérité ... dans un écrit ou tout autre support d'expression de la volonté“.

La formulation proposée dans le présent projet présente l'avantage de ne pas substituer aux termes anciens des dispositions nouvelles, de surcroît assez complexes, et de maintenir l'unité du concept d'écrit qui semble avoir été abandonnée dans le texte français.

Une modification de l'article 194 du Code pénal sur le faux en écritures publiques ne s'impose pas, les actes délivrés par les fonctionnaires ou officiers publics revêtant, pour l'heure, nécessairement une nature corporelle.

Art. 49.– L'article 197 du Code pénal est modifié comme suit:

„Dans tous les cas exprimés dans la présente section, celui qui aura fait usage du faux sera puni comme s'il était l'auteur du faux.“

Il s'agit d'une modification formelle qui consiste à remplacer les termes d'acte ou de pièce, qui pourraient suggérer un objet corporel, par le terme plus neutre de faux. Ce terme de faux est d'ailleurs utilisé dans le texte actuel en relation avec l'auteur de l'infraction.

Art. 50.– L'article 487 du Code pénal est modifié comme suit:

„Sont qualifiées fausses clefs:

Tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs imitées, contrefaites ou altérées, y compris électroniques;

Les clefs qui n'ont pas été destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux serrures, cadenas ou aux fermetures quelconques auxquelles le coupable les aura employées;

Les clefs perdues, égarées ou soustraites, y compris électroniques, qui auront servi à commettre le vol.

Toutefois, l'emploi de fausses clefs ne constituera une circonstance aggravante que s'il a eu lieu pour ouvrir des objets dont l'effraction eût entraîné une aggravation de peine.“

Art. 51.– 1. L'article 488 du Code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura frauduleusement contrefait ou altéré des clefs, y compris électroniques sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 10.001 francs à 80.000 francs.“

2. Le deuxième alinéa de l'article 488 du Code pénal est abrogé.

Il y a lieu de compléter les articles 487 et 488 par une référence aux fausses clés électroniques.

Le deuxième alinéa de l'article 488 sanctionnant la fabrication de fausses clés par un serrurier est à supprimer. Cette circonstance aggravante a perdu toute raison d'être, au regard de l'évolution des techniques et des professions, et ne peut d'ailleurs pas s'appliquer à la contrefaçon de clés électroniques.

Art. 52.– L'article 498 du Code pénal est modifié comme suit:

„Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 20.000 francs à 400.000 francs, ou d'une de ces peines seulement, celui qui aura trompé l'acheteur:

Sur l'identité du bien vendu, en livrant frauduleusement un bien autre que l'objet déterminé sur lequel a porté la transaction;

Sur la nature ou l'origine du bien vendu, en vendant ou en livrant un bien semblable en apparence à celui qu'il a acheté ou qu'il a cru acheter.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent aux biens mobiliers y compris incorporels et immobiliers.“

Les modifications proposées visent à sanctionner la tromperie sur la vente d'un bien incorporel.

A cet effet, il s'impose de remplacer le terme de „chose“, figurant aux deuxième et troisième alinéas actuels du texte, par la notion plus large de bien et de préciser, au troisième alinéa, que le texte s'applique aux biens mobiliers, y compris les biens incorporels, et aux biens immobiliers.

En effet, dans la distinction opérée par le droit civil entre droits immobiliers et mobiliers, les biens incorporels relèvent en principe des droits mobiliers.

Art. 53.– 1. L'article 505 du Code pénal est modifié comme suit:

„Ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses ou les biens incorporels enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs.

Ils pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 24.“

2. Il est ajouté un deuxième alinéa à l'article 505 du Code pénal dont la teneur est la suivante:

„Constitue également un recel le fait de sciemment bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit.“

Le vol, l'extorsion, l'abus de confiance ou l'escroquerie pouvant porter sur des biens incorporels, il y a lieu d'étendre, dans la même mesure, l'objet du recel.

Art. 54.- 1. Les articles 509-1 à 509-3 du Code pénal sont modifiés comme suit:

Art. 509-1: „Quiconque, frauduleusement, aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 20.000 F à 1 million de francs ou de l'une de ces deux peines.

Lorsqu'il en sera résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, l'emprisonnement sera de quatre mois à deux ans et l'amende de 50.000 F à 1.000.000 F.“

Art. 509-2: „Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, entravé ou faussé le fonctionnement d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 F ou de l'une de ces deux peines.“

Art. 509-3: „Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement ou de transmission automatisé ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leur mode de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 F ou de l'une de ces peines.“

2. Les articles 509-4 et 509-5 du Code pénal sont abrogés. Les articles 509-6 et 509-7 prennent respectivement la numérotation 509-4 et 509-5 et la teneur suivante:

Art. 509-4 : „La tentative des délits prévus par les articles 509-1 à 509-3 est punie des mêmes peines que le délit lui-même.“

Art. 509-5: „Quiconque aura participé à une association formée ou à une entente établie en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions prévues par les articles 509-1 à 509-3 sera puni des peines prévues pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée.“

Section 2. De l'instruction

Art. 55.- Un nouvel article 33-1 est inséré dans le Code d'instruction criminelle avec la teneur suivante:

„L'officier de police judiciaire peut, dans les conditions prévues aux articles 31 et 33, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

A cet effet, il peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.“

Art. 56.- Un nouvel article 66-1 est inséré dans le Code d'instruction criminelle avec la teneur suivante:

„Le juge d'instruction peut dans les conditions prévues à l'article 66, saisir des données stockées ou traitées dans un système informatique.

A cet effet, le Juge d'Instruction peut saisir le support matériel des données ou copier les données sur un autre support. Il peut interdire l'accès aux données saisies contenues dans le système ou retirer les données saisies du système.

Le Juge d'Instruction peut par ordonnance motivée, enjoindre à une personne, hormis l'inculpé, dont il considère qu'elle a une connaissance particulière du système informatique ou du mécanisme de protection ou de cryptage, qu'elle lui fournisse des informations sur le fonctionnement du système

saisi ou sur la manière d'accéder aux données saisies contenues dans ce système ainsi qu'à la compréhension de données saisies protégées ou cryptées. Dans la mesure où la mission confiée est susceptible de constituer une mission d'expert les dispositions des articles 87 et 88 relatives à l'expertise s'appliquent. Sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessous et des cas où la personne est obligée de garder secret les renseignements lui confiés dans le cadre de son activité professionnelle, la personne désignée est tenue de prêter son concours. En cas de refus, le juge d'instruction peut la condamner à une amende de 10.001 à 100.000 francs."

Art. 57.– L'article 77 du Code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(1) Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer, sous réserve des dispositions des articles 72, 73 et 76 ci-dessus et des dispositions relatives au secret professionnel.

(2) Si le témoin ne comparaît pas, le juge d'instruction peut, sur les réquisitions du procureur d'Etat, l'y contraindre par la force publique et le condamner à une amende de 10.001 à 100.000 francs. S'il comparaît ultérieurement, il peut toutefois, sur production de ses excuses et justifications, être déchargé de cette peine par le juge d'instruction, après réquisition du procureur d'Etat.

(3) La même peine peut, sur les réquisitions de ce magistrat, être prononcée contre le témoin qui, bien que comparaisant, refuse de prêter serment et de faire sa déposition.

(4) Le témoin condamné à l'amende en vertu des alinéas précédents peut interjeter appel de la condamnation dans les trois jours de ce prononcé; s'il était défaillant ce délai ne commence à courir que du jour de la notification de la condamnation. L'appel est porté devant la chambre du conseil de la Cour d'appel.

(5) La mesure de contrainte dont fait l'objet le témoin défaillant est prise par voie de réquisition. Le témoin est conduit directement et sans délai devant le magistrat qui a prescrit la mesure.

Au regard de la spécificité de la matière, il y a lieu de distinguer entre les données stockées et les données en mouvement.

Les données stockées peuvent être assimilées à des informations disponibles en un endroit précis, en dehors de toute transmission, tandis que les données en mouvement peuvent être assimilées à une transmission d'informations via téléphone, télégraphe, télex, fax ou courrier envoyé par la poste et bien entendu via net.

*En ce qui concerne les **données stockées**, il convient d'abord de revenir sur la levée du secret professionnel, qui s'opère de deux manières qu'il convient de bien distinguer.*

*– Dans la mesure où les données relatives aux affaires sont normalement stockées sur un support généralement quelconque, la levée se fait de manière absolument contraignante moyennant **perquisition et saisie**. La perquisition est en effet subie par celui qui en est l'objet respectivement par celui qui est détenteur des objets recherchés. Il n'a aucune possibilité d'appréciation au regard de la démarche des autorités d'enquête.*

*– Il est toujours possible par ailleurs de citer le détenteur d'informations lié à un secret professionnel comme **témoin**. Dans cette approche, il devra nécessairement et obligatoirement avoir la possibilité d'apprécier en âme et conscience s'il dépose ou s'il entend invoquer son secret. Ce choix doit revenir au seul détenteur du secret professionnel et lui seul doit pouvoir apprécier. Il convient de garder à l'esprit que cette obligation au secret ne s'applique pas uniquement en matière financière, mais à bien d'autres professions. Même s'il est difficile de concevoir qu'un médecin consulte via net, les avocats, réviseurs, experts-comptables envoient des documents couverts par le secret par le net. Des dossiers médicaux cheminent à n'en pas douter également par ce canal.*

La personne qui peut être astreinte à assister la justice, sans possibilité d'invoquer son secret, ne saurait être que la personne en charge des aspects techniques du cryptage ou de la transmission et ne saurait être aucune manière être un témoin par rapport au contenu des informations transmises ou stockées. La législation actuelle en cette matière continuera à s'appliquer pleinement sous les garanties actuellement en place. Aussi et afin d'éviter tout risque d'équivoque est-il suggéré de ne pas procéder par renvoi à l'article 77 (2) du Code d'instruction criminelle pour définir la peine, mais d'énoncer l'amende in fine de l'article 66-1 du même Code.

Le rôle dévolu à cette personne, pouvant être contraint par le juge à agir dans le contexte du nouvel article 66-1, doit être également précisé pour d'autres motifs de cohérence. S'il est justifié que le juge puisse ordonner à une personne de procéder au décryptage des données ainsi qu'à des mesures utiles

pour obtenir l'accès aux données en question, il n'en reste pas moins que cette personne ne devra pas assumer le rôle d'expert.

Dans la mesure où la police judiciaire dispose de personnes qualifiées, cette opération en tant que telle rentre dans les attributions de cet organe, qui procédera par délégation.

Dans la mesure où la personne qui assume la gestion des documents possède les capacités techniques et est suffisamment fiable pour rentrer dans le système et pour permettre ainsi l'accès du juge aux données, la démarche proposée à l'article 66-1 dernier alinéa peut s'appliquer.

Dans l'hypothèse cependant où les travaux demandés par le juge vont bien au-delà de cette démarche purement technique, la mission confiée peut remplir les caractéristiques d'une expertise, il est assurément utile de renvoyer aux textes réglementant cette matière afin de fournir à l'inculpé toute garantie en la matière. Même si la ligne de partage est fine, il n'en reste pas moins que les textes légaux en la matière, ensemble avec la jurisprudence ont dégagé les critères permettant de la définir. En toute hypothèse il ne paraît pas opportun d'introduire une nouvelle distinction pour cette matière.

Les articles 55 et 56 (articles 33-1 et 66-1 du Code d'Instruction Criminelle) ont été reformulés en conséquence.

La question des données en mouvement est analysée à la lumière des articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle qui traitent des écoutes téléphoniques.

Le législateur au début des années 80¹, après bien des avatars judiciaires et policiers, recours devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme, a décidé d'introduire deux bases légales d'interception des communications téléphoniques et postales² généralement quelconques. Ce n'est que par ordonnance spécialement motivée du juge d'instruction, dans des affaires d'une gravité particulière, qu'une écoute téléphonique ou mesure assimilée, telle que l'interception du courrier ou d'un fax, peuvent être ordonnées. Cette loi a donné lieu à une élaboration particulièrement soignée, dénotant la sensibilité sociale et politique toute particulière du problème posé³. La Chambre des députés avait institué une commission spéciale devant veiller à l'élaboration du texte en question. Ainsi, l'interception des transmissions postales généralement quelconques est bien plus restrictivement réglementée que la perquisition.

Par ailleurs, se trouvent réglementées dans ce texte les écoutes et interceptions de correspondances par les instances politiques.

Il n'y a aucune raison de déroger à ces protections particulières et de loger à un niveau de protection moins favorable les transmissions électroniques que les transmissions postales connues en 1982. Ainsi la pratique judiciaire a-t-elle assimilé le fax, inconnu en 1982, au secret des lettres. Assurément ce projet de loi n'a pas vocation de réréglementer la matière en question, mais il convient de mettre à niveau le texte proposé avec les textes existant actuellement.

Les articles 33-1 et 66-1 du Code d'Instruction Criminelle ont dès lors été reformulés en omettant la référence aux données transmises, matière qui continuera à être régie par les articles 88-1 à 88-4 qui traitent de: "... toutes formes de communication ...", y compris donc les formes électroniques.

L'article 77 n'étant modifié que pour ce qui est du taux de l'amende, il a semblé opportun de profiter de l'occasion pour reformuler le renvoi en matière de secret professionnel contenu au premier alinéa alors que l'article 77-1 ne tient pas compte des secrets professionnels autonomes institués par plusieurs lois spéciales.

*

1 Loi du 26 novembre 1982 introduisant les articles 88-1 à 88-4 au CICr.

2 Il est intéressant de noter que la législation ne tient pas compte de la libéralisation des services offerts en son temps exclusivement par la Poste.

3 Cf. travaux parlementaires 2516 à 2516⁴.

TITRE III

DES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUE

Chapitre I. Dispositions communes

Art. 58.– Définitions

Aux fins du présent titre, on entend par:

„Consommateur“: toute personne physique qui, dans les contrats visés à l'article 59, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle;

Plutôt que de se référer à la notion de consommateur final utilisée par la loi luxembourgeoise du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, il est suggéré de retenir la définition du consommateur proposée notamment par les directives concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, JOCE L 95 du 21 avril 1993), et les contrats à distance (Directive 97/7/CEE du 20 mai 1997, JOCE L 144 du 4 juin 1997), dont les conditions d'application sont plus précises.

Est considérée comme consommateur, toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Par agir, on entend aussi bien le fait de rechercher, acquérir ou utiliser des produits ou des services pour un usage personnel, familial ou domestique. En revanche, toute personne qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle n'est pas couverte par la définition: ainsi, un professionnel qui commande un bien ou un service à des fins professionnelles n'est pas considéré comme un consommateur au sens de la présente loi, même si l'opération en cause ne correspond pas à sa spécialité.

„Professionnel“: toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente loi, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle;

Le terme de professionnel a été substitué à celui de fournisseur, utilisé dans la directive sur la vente à distance et dans la future directive sur la commercialisation à distance de services financiers. Toutefois cette substitution terminologique n'emporte aucune conséquence juridique, la notion luxembourgeoise de professionnel d'une part et celle de fournisseur d'autre part retenue en droit communautaire étant en tous points identiques. En réalité, les définitions du consommateur et du professionnel sont interdépendantes, celui qui n'est pas consommateur étant professionnel et inversement.

„Communication commerciale“ toutes les formes de communication destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation, ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale.

La définition des communications commerciales est très directement inspirée de l'approche retenue par la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur (article 2e). (voir également le Livre vert „Les communications commerciales dans le marché intérieur“ Com (96) 192; Suivi du livre vert „Les communications commerciales dans le marché intérieur – Communication de la Commission“, <http://www.europa.eu.int/comm/dg15/fr/index.htm>, mars 1998 (page 7)). La Commission entend agir à plusieurs niveaux et de façon coordonnée sur „toutes les formes de publicités, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques, de même que sur l'utilisation faite des services de communications commerciales dans la conception des emballages, à l'exception de l'étiquetage (Suivi du livre vert „Les communications commerciales dans le marché intérieur – Communication de la Commission“ préc., p. 12). Concrètement, elle souhaite procéder dans les meilleurs délais à une évaluation complète de toutes les réglementations nationales qui influent sur la validité ou le développement des communications commerciales. Parallèlement, elle accélère le traitement des plaintes reçues en cette matière, et n'exclut pas de favoriser une harmonisation progressive de la législation applicable. Dans cette perspective, la Commission a affirmé son intention d'examiner, par priorité, les disparités entre les dispositions nationales portant notamment sur les réductions de prix, le couponnage, les cadeaux-primes, ou encore sur les concours et loteries commerciales. C'est dire si la nouvelle politique communautaire amorcée en matière de communications commerciales sera susceptible d'influer, dans un avenir proche, sur les cadres réglementaires nationaux, lesquels devront nécessairement évoluer vers une plus grande libéralisation.

„Service financier“ tout service fourni par un établissement de crédit, un autre professionnel du secteur financier ou une entreprise d'assurance et de réassurance.

La proposition de directive portant sur la fourniture à distance de services financiers comporte en annexe une liste indicative des services visés. Par souci de simplification, il est proposé de se référer à l'ensemble des services fournis par les établissements de crédit, les autres professionnels du secteur

financier, et les entreprises d'assurance et de réassurance, tels que définis par les lois modifiées du 5 avril 1993 relative au secteur financier et du 6 décembre 1991 portant sur le secteur des assurances.

Art. 59.– Champ d'application

Le présent titre s'applique aux contrats du commerce électronique entre un consommateur et un professionnel, à l'exception de ceux conclus lors d'une vente publique.

Le titre III s'applique aux contrats du commerce électronique conclus entre un consommateur et un professionnel, par le biais de l'utilisation d'une technique de communication électronique. Les communications téléphoniques orales et les télécopies sont exclues du commerce électronique en vertu de l'article 1 du projet.

Sont exclusivement visés les contrats dont la conclusion elle-même intervient par voie électronique: un contrat qui serait négocié par voie électronique mais dont la conclusion interviendrait en présence physique simultanée des cocontractants ne rentre donc pas dans le champ d'application du texte, pas plus que dans celui de la directive 97/7 (point 2-1).

Conformément à cette directive, les ventes publiques, soumises à une réglementation particulière, sont expressément exclues du champ d'application. En ce qui concerne les autres exclusions prévues par la directive 97/7, il n'y a pas lieu de les reprendre ici, dans la mesure où elles ressortissent plus du domaine de la loi générale portant sur les contrats à distance, que du commerce électronique à proprement parler.

Il est rappelé ici que les actes authentiques ne font évidemment pas partie des contrats pouvant être valablement conclus par la voie électronique, la signature électronique n'ayant été rendue possible, par le projet de loi, que pour les actes sous seing privé.

Art. 60.– Des communications commerciales

1. La communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée en tant que telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire, de même que doit être clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite.

2. L'utilisation par le professionnel de techniques de communication électronique pour l'envoi de communications commerciales individualisées au consommateur n'est possible qu'en l'absence d'opposition manifeste de sa part. Le consommateur exprime son opposition au moyen d'une inscription sur un registre électronique tenu par l'Autorité nationale de surveillance et rendu accessible aux professionnels qui le consultent chaque fois que nécessaire.

Paragraphe 1: Directement inspirée par l'article 6 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, l'obligation d'identifier clairement les communications commerciales trouverait également sa place dans un texte général sur la publicité de manière à imposer le respect de cette exigence, non seulement aux opérateurs dont les messages sont diffusés par voie électronique, mais aussi aux acteurs économiques utilisant des techniques publicitaires rédactionnelles par voie de presse.

Paragraphe 2: Est consacrée ici la technique de „l'opt-out“, qui vise à interdire toute communication commerciale individualisée par l'utilisation de techniques de communication électronique en cas d'opposition manifeste du consommateur.

Cette technique est retenue notamment par la directive 97/7/CEE précitée relative aux contrats à distance (son article 10-2 requiert des Etats membres l'adoption de mesures visant à ce que les techniques de communication à distance – autres que le système automatisé d'appel sans intervention humaine et le télécopieur – ne soient utilisés pour permettre une communication individuelle qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur), par l'article 7 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, ainsi que par l'article 10 de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers.

Les techniques de communication visées sont toutes les techniques de communication électronique telles que définies à l'article 1er du présent texte.

La technique de l'opt-in définie à l'article 10 paragraphe 1 de la directive contrats à distance (utilisation de la technique de communication à distance avec le consentement préalable de la personne concernée) n'a pas été reprise en raison de l'exclusion du champ d'application des techniques de communication de téléphonie orale et télécopie.

Cette disposition confère à tout consommateur le droit de s'opposer, sur simple demande et gratuitement, à la réception de communications commerciales. La directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique impose aux Etats de prévoir des mesures visant à garantir que les professionnels qui envoient des communications commerciales „consultent régulièrement les registres opt-out où les

personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire". Il convient de ce fait de mettre en place ce registre, de manière électronique, de sorte que chaque consommateur ait la possibilité de s'y inscrire simplement, et que les professionnels puissent le consulter chaque fois que nécessaire. La mise en place et la gestion de ce registre sont confiées à l'Autorité nationale de surveillance (article 26). Cette solution, qui assure la gratuité du service, répond aux demandes du Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000.

Art. 61.– De la fourniture non demandée

1. Sans préjudice des règles applicables en matière de reconduction tacite des contrats, la fourniture d'un produit ou d'un service non demandée par le consommateur est interdite, lorsqu'elle est assortie d'une demande de paiement.

2. Le consommateur n'est tenu d'aucun engagement relativement aux fournitures de biens ou de services qu'il n'a pas expressément demandées.

Ce texte vise à empêcher les ventes forcées de marchandises et les prestations de services imposées. Il met en oeuvre, pour les contrats conclus par voie électronique, les dispositions de l'article 9 de la directive 97/7, et de l'article 9 de la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. La sanction de l'interdiction prévue au paragraphe 1er est assurée par l'article 66 du présent projet.

S'agissant du paragraphe 2, la précision selon laquelle le consommateur doit avoir expressément demandé la fourniture des biens, produits ou services est destinée à traduire le principe de droit commun en vertu duquel le silence du contractant ne vaut pas consentement, sauf autres dispositions contractuelles contraires.

Art. 62.– De la récapitulation de la transaction

Avant la conclusion du contrat, le professionnel doit mettre en place une procédure de récapitulation finale de l'ensemble des choix opérés par le consommateur, et doit lui donner la possibilité de les confirmer, en toute connaissance de cause, ou de les modifier à sa convenance.

Le consentement du consommateur doit être libre et éclairé. Au-delà de ces exigences qui relèvent du droit commun, il convient d'assurer l'effectivité de ce principe général dans les transactions commerciales conclues par voie électronique en donnant au consommateur la possibilité de vérifier ses choix avant la conclusion du contrat.

La particularité du commerce électronique est d'offrir l'avantage de rapidité qui peut aussi se retourner contre le consommateur si celui-ci s'engage trop rapidement dans une transaction. Cette disposition vise précisément à faire échec aux engagements intempestifs en imposant une récapitulation des transactions avant que le consommateur ne donne son consentement définitif. Ainsi, le professionnel doit mettre en place une procédure qui, dans un premier temps, présente les choix du consommateur (biens ou services sélectionnés, quantité, prix, caractéristiques, mode de paiement, etc.), et, dans un second temps, offre au consommateur la possibilité de vérifier ses choix et éventuellement de les corriger, voire de renoncer à la commande.

Cette disposition se conforme aux exigences issues de la directive relative à certains aspects du commerce électronique (article 10 paragraphe 1c), ces exigences s'ajoutant à celles prévues par les autres directives communautaires, en particulier celles relatives à la vente à distance et à la commercialisation à distance de services financiers.

Art. 63.– Du moment et du lieu de la conclusion du contrat

1. Dans les cas où il est demandé à un consommateur d'exprimer son consentement en utilisant des techniques de communication électroniques pour accepter l'offre du professionnel, le contrat est conclu au moment où le professionnel reçoit l'acceptation du consommateur.

2. L'acceptation est présumée reçue lorsque le professionnel peut y avoir accès. Un accusé de réception doit être envoyé dans les meilleurs délais au consommateur lui confirmant que le contrat est conclu et précisant la date et l'heure de la conclusion du contrat.

3. La loi du lieu d'établissement du prestataire de services électroniques s'applique aux services prestés, sous réserve de l'application des règles de droit international privé de l'Etat du lieu d'établissement.

Le paragraphe 1 du présent article confirme la théorie de la réception traditionnellement admise par la jurisprudence luxembourgeoise, tout en permettant au consommateur d'avoir confirmation de l'instant

précis de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Il est à noter que la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans sa version antérieure à son adoption, avait prévu de régler le problème du moment de la conclusion du contrat en imposant de multiples échanges d'accusés de réception entre le professionnel et le consommateur. Cette solution, par trop compliquée, n'a pas été retenue dans la version finale du texte. Il importait en conséquence d'en tenir compte dans le présent projet.

Le paragraphe 2 est inspiré de l'article 11 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique qui établit certaines règles en ce qui concerne la passation d'une commande. La précision de la date et de l'heure de la transaction revêtent une importance indiscutable en terme de preuve mais aussi en terme de sécurité juridique, à la fois pour le consommateur et pour le professionnel.

Le paragraphe 3 tente de régler, dans la mesure du possible, le problème de la loi applicable, et prend en considération les observations exprimées par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai 2000. Entre professionnels, le principe de la liberté contractuelle prévaut, mais n'est pas là le cas d'application de cette partie de la loi. Entre un professionnel et un consommateur, par contre, les législations nationales veulent en règle générale protéger leurs ressortissants qui traitent avec des fournisseurs étrangers. Cela peut rendre difficile la vie des professionnels qui veulent traiter par voie électronique avec des clients privés d'un grand nombre d'Etats. Cette difficulté majeure du commerce électronique est sujette actuellement à des discussions animées, notamment dans le cadre de la future réforme de la convention de Rome sur la loi applicable. Il n'est pas réaliste, à ce stade, ni de vouloir anticiper les évolutions du droit international privé à cet égard, ni de stipuler purement et simplement que la loi luxembourgeoise peut s'appliquer à tous les contrats avec des professionnels luxembourgeois.

Art. 64.– De la charge de la preuve

1. La preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation des informations, du respect des délais, du consentement du consommateur à la conclusion du contrat, et, le cas échéant, à son exécution, incombe au professionnel. Toute clause contraire est considérée comme abusive au sens de l'article 1er de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.

2. La preuve des éléments énumérés au paragraphe 1 peut notamment être apportée par un mécanisme de certification de qualité du professionnel, dont les modalités seront fixées par voie de règlement grand-ducal.

La charge de la preuve des conditions de conclusion du contrat incombe au professionnel. Toutefois, le présent article, dans son paragraphe 2, encourage également le professionnel à recourir à un mécanisme de certification de qualité dont les modalités seront précisées par règlement grand-ducal. Une telle initiative ne peut, en outre, que renforcer la confiance des consommateurs, condition nécessaire au développement du commerce électronique.

Art. 65.– Des contrats conclus par simple courrier électronique

1. Lorsque le contrat est formé par simple courrier électronique, le professionnel n'est pas tenu de fournir les informations suivantes:

- a) les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat;
- b) les modalités d'accès au contrat archivé, lorsque le professionnel procède à l'archivage du contrat;
- c) les langues dans lesquelles le contrat peut être conclu;
- d) les codes de bonne conduite auxquels il est soumis.

2. Les articles 62 et 63 paragraphe 2 ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement par simple échange de courrier électronique.

Cet article vise à transposer les articles 10 paragraphe 3 et 11 paragraphe 3 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique, et permet de simplifier la conclusion de contrats simples qui peuvent être passés par courrier électronique.

Art. 66.– Des sanctions

En cas de non-respect par le professionnel des obligations qui lui incombent en vertu des articles 60, 61, 62, 67 et 72 de la présente loi, le consommateur peut, le cas échéant:

- demander la résolution du contrat à tout moment, sans frais ni pénalité,
- réclamer le remboursement des sommes versées au professionnel en exécution du contrat, et
- demander la réparation dans les meilleurs délais du dommage qu'il aurait subi.

Le présent article vise exclusivement à sanctionner les manquements éventuels du professionnel aux obligations tenant à la présentation, à l'information, et à la loyauté des communications et de l'offre commerciales. Ces sanctions civiles sont indépendantes de celles attachées à l'exercice du droit de rétractation dans la mesure où elles sont destinées à assurer l'effectivité d'obligations de nature différente.

Cette disposition permet au texte de se conformer à la directive 97/7/CE qui impose aux Etats membres de veiller à ce qu'il existe des moyens efficaces pour faire respecter les dispositions de la directive dans l'intérêt des consommateurs.

Chapitre II. Des contrats conclus par voie électronique autres que ceux portant sur des services financiers

Art. 67.– Des informations préalables au consommateur

1. En temps utile avant la conclusion du contrat, le professionnel a l'obligation de fournir au consommateur, sur support durable, outre les différentes étapes à suivre pour réaliser la transaction, les conditions contractuelles et notamment les informations suivantes:

- l'identité et l'adresse du professionnel, et le cas échéant, les coordonnées du prestataire de service de certification auprès duquel ce dernier a obtenu un certificat qualifié, ainsi que les codes de bonne conduite auxquels il est soumis;
- les caractéristiques essentielles du produit ou du service proposé;
- le prix du produit ou du service;
- la monnaie de facturation et le montant des frais de livraison, d'assurance et des taxes applicables;
- la durée de validité de l'offre et du prix, le cas échéant;
- les conditions de la garantie commerciale et du service après-vente;
- les modalités et modes de paiement;
- les modalités de livraison et d'exécution du contrat, ainsi que les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des engagements du professionnel;
- l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation;
- l'absence d'une confirmation des informations dans le cadre de l'article 68 paragraphe 2;
- le mode de remboursement des sommes versées le cas échéant par le consommateur en cas de rétractation de sa part;
- le coût de l'utilisation de la technique de communication électronique utilisée, lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base;
- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an;
- pour les contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service, la durée minimale du contrat;
- les modalités d'accès au contrat archivé;
- les langues dans lesquelles le contrat peut être conclu.

2. Pour les produits et services qui ne sont pas soumis à un droit de rétractation conformément à l'article 69 paragraphe 5, les informations additionnelles suivantes doivent être fournies au consommateur:

- les caractéristiques du système d'exploitation ou de l'équipement nécessaire pour utiliser de manière efficace le produit ou le service commandé;
- le temps approximatif et le coût du téléchargement éventuel d'un produit ou d'un service numérisé, et le cas échéant les modalités et conditions du contrat de licence.

3. En cas de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques scellés ou à télécharger, le professionnel doit prévoir un dispositif technique adapté permettant au consommateur de recevoir, avant l'exécution du contrat, un échantillon du produit ou du service commandé. La réception d'un échantillon doit être assortie d'une possibilité de renoncer à la commande.

L'information complète du consommateur avant la conclusion du contrat est une condition essentielle de la validité de la convention future et de l'intégrité du consentement des contractants. L'obligation d'information mise à la charge du professionnel revêt en matière de commerce électronique une importance d'autant plus considérable qu'il n'existe par définition aucun contact physique possible entre professionnel et consommateur. Dans cette perspective, l'information préalable et complète du consommateur apparaît comme une condition indispensable, non seulement à la protection des consommateurs, mais aussi à la confiance des utilisateurs de ces nouvelles formes de communication et corrélativement au développement du commerce électronique.

Paragraphe 1er: Usant de la faculté laissée aux Etats membres d'offrir si nécessaire aux consommateurs une protection plus étendue que celle qui résulterait d'une transposition stricte de la norme communautaire, la liste proposée à l'article 67 précise ou complète parfois le contenu de l'obligation d'information, dont le principe et les contours d'application ont été fixés par la directive communautaire précitée.

Certaines dispositions visent précisément à répondre aux particularités du commerce électronique, et aux attentes légitimes de ses acteurs, spécialement en matière de sécurité des transactions. Ainsi, le professionnel qui dispose d'un certificat qualifié doit en informer le consommateur, cette indication renforçant à la fois la notoriété et la crédibilité de l'offreur, mais aussi la confiance du consommateur désireux de contracter. De la même manière, et pour des raisons analogues, le professionnel est tenu de communiquer son adresse en tout état de cause, et non plus seulement lorsqu'un paiement anticipé est effectué ainsi que le prévoit la directive.

Au-delà de l'obligation d'information relative à l'identité du professionnel, le présent article renforce la protection du consommateur en ce qu'il développe l'information préalable obligatoire portant sur le contenu de l'offre commerciale et sur les conditions contractuelles proposées.

Considérant que la connaissance du contenu des garanties commerciales éventuellement proposées peut être de nature à influencer sur la décision du consommateur de contracter, ou au contraire de rechercher une solution alternative plus attractive, le présent article fait obligation au professionnel de diffuser les informations concernant notamment les conditions afférentes à la mise en oeuvre des garanties commerciales et/ou du service après-vente proposés.

En ce qui concerne l'information préalable portant sur les conditions contractuelles, le présent article en renforce légèrement le contenu en faisant obligation au professionnel d'informer le consommateur d'une part de l'absence de confirmation des conditions de la transaction lorsque l'opération envisagée entre dans les hypothèses visées par l'article 68 paragraphe 2 de la présente loi, et d'autre part de l'existence mais aussi de l'absence du droit de rétractation selon les cas prévus par le présent chapitre.

L'information préalable et obligatoire du consommateur est enfin étendue aux modes de remboursement des sommes éventuellement versées par le consommateur avant la rétractation. Une telle mesure devrait inciter les entreprises à une plus grande clarté dans leurs politiques de remboursement, favorisant ainsi l'émergence de mécanismes contractuels de remboursement plus efficaces et plus rapides.

S'agissant de la présentation de l'ensemble de ces informations, le professionnel ne doit pas utiliser de techniques visant à attirer l'attention du consommateur sur une partie seulement de l'écran de façon à mettre en évidence certaines informations au détriment d'autres: toutes les informations délivrées doivent être suffisamment lisibles. En toute hypothèse, les règles de droit commun interdisant la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur s'appliquent au commerce électronique, et sont susceptibles de sanctionner aussi bien une inexactitude affectant le contenu de l'information diffusée que la présentation de cette information.

Les informations préalables doivent être fournies au consommateur „en temps utile avant la conclusion du contrat“. Cette rédaction est issue de l'article 4 paragraphe 1 de la directive.

Paragraphe 2: Dans les hypothèses où le consommateur ne bénéficie pas du droit de rétractation certaines informations additionnelles sont exigées, afin de permettre au consommateur de se rendre compte si notamment le produit acheté ou le service demandé est compatible avec les installations techniques dont il dispose, et d'évaluer le temps et le coût approximatif de téléchargement d'un produit ou service numérisés.

Paragraphe 3: Dans le cadre de la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo, ou de logiciels informatiques scellés ou à télécharger, tels que visés à l'article 69 paragraphe 5 – donc non soumis à un droit de rétractation – il est prévu que le professionnel fournisse au consommateur un échantillon du produit ou service proposé, avant la conclusion du contrat.

Le dispositif technique visé doit permettre au professionnel d'envoyer un échantillon au consommateur afin que celui-ci puisse vérifier d'une part que le produit ou le service correspond à l'idée qu'il s'en fait et d'autre part qu'il soit compatible avec son système d'exploitation dans le cas d'un produit à télécharger notamment.

Art. 68.– De la confirmation des informations

1. Le consommateur doit recevoir, au plus tard lors de la livraison du produit ou la prestation du service, sur un support durable, la confirmation des informations mentionnées à l'article 67 et, quand il y a lieu, être informé des conditions d'exercice du droit de rétractation.

Toutefois, lorsque le contrat porte sur la fourniture d'un service ou d'un produit numérisé, la confirmation peut intervenir pendant l'exécution du contrat, si l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin de la période de rétractation prévue à l'article 69 paragraphe 1.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication électronique, dès lors que ces services sont fournis en une seule fois et qu'ils sont facturés par l'opérateur de technique de communication électronique.

Paragraphe 1: Conformément à la directive 97/7, le texte pose le principe d'une confirmation obligatoire des informations données par le professionnel.

Dans un souci de simplification, cette confirmation porte exactement sur les mêmes informations que celles qui doivent être fournies avant la conclusion du contrat (article 67), outre l'indication des conditions d'exercice du droit de rétractation.

La confirmation suppose une démarche positive de la part du professionnel. Il n'appartient pas au consommateur de prendre l'initiative de télécharger ou imprimer les informations qui s'affichent sur son écran, c'est bien le professionnel qui doit s'en charger et présenter l'ensemble des informations requises sur un support durable, directement accessible et à la disposition du consommateur.

Paragraphe 2: Par exception, les informations délivrées ne sont soumises à aucune confirmation obligatoire lorsque le contrat porte sur un service dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication électronique, à condition que le service soit fourni en une seule fois, et qu'il soit facturé par l'opérateur de technique de communication électronique. Cette exception est applicable aux services dont la facturation n'est pas effectuée par le professionnel et que celui-ci ne contrôle donc pas.

Toutefois, on trouve une obligation d'information à ce sujet au stade des informations préalables: le professionnel doit informer le consommateur de l'absence de confirmation des informations pour ce type de services (article 67 paragraphe 1).

Cette obligation d'information, destinée à compenser l'absence de confirmation ultérieure n'est pas imposée par la directive communautaire. Il s'agit donc d'une obligation supplémentaire insérée dans le projet de loi luxembourgeois.

Art. 69.– Du droit de rétractation

1. Pour tout contrat conclu par voie électronique, le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour se rétracter, sans indication du motif.

Toutefois, si le consommateur n'a pas reçu la confirmation prévue à l'article 68, le délai de rétractation est de 3 mois.

Ces délais courent:

- pour les produits, à compter du jour de leur réception par le consommateur,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat.

2. Si cette confirmation intervient pendant le délai de trois mois visé au paragraphe 1, le délai de sept jours recommence à courir à compter de la réception des informations par le consommateur.

3. Le consommateur exerce son droit de rétractation, dans le délai prescrit, sur tout support durable.

Le consommateur doit retourner au professionnel toute somme ou tout bien qu'il a reçu, dans les trente jours suivant la notification de rétractation.

4. L'exercice par le consommateur de son droit de rétractation se fait sans pénalité.

Les seuls frais pouvant être mis à la charge du consommateur sont les frais de retour des marchandises. Ces derniers sont néanmoins supportés par le professionnel:

- si les marchandises ne correspondent pas à la description de l'offre, ou
- si le professionnel n'a pas rempli ses obligations d'information visées aux articles 67 et 68, ou
- si le professionnel n'a pas respecté les délais d'exécution.

En outre, le consommateur doit être remboursé, dans les 30 jours suivant la réception de la notification de la rétractation, des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement.

5. Sauf convention contraire, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au paragraphe 1 pour les contrats:

- de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétraction de sept jours prévu au paragraphe 1;
- de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;
- de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés ou téléchargés par le consommateur;
- de fourniture de journaux, de périodiques et de magazines;
- de services de paris et de loteries.

6. Lorsque le prix d'un produit ou d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par le professionnel ou par un tiers, sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit.

Les modalités d'exercice du droit de rétractation sont directement inspirées de l'article 6 de la directive 97/7. Cependant, un effort de simplification a été entrepris, les dispositions communautaires ne paraissant pas sur ce point d'une clarté suffisante. Si le dispositif proposé est conforme à l'esprit de la directive, le texte proposé ne reprend pas la lettre de l'article 6 précité.

Paragraphe 1 et 2: Le texte proposé envisage deux hypothèses:

- un délai de rétractation de 7 jours applicable lorsque l'obligation de confirmation des informations a été remplie.
- un délai de rétractation de 3 mois applicable lorsque l'obligation de confirmation n'a pas été remplie avec toutefois la possibilité de revenir au délai de 7 jours si la confirmation des informations intervient tardivement.

Paragraphe 3: Le consommateur exerce son droit de rétractation par notification écrite ou sur tout autre support durable, notion définie par l'article 1er de la présente loi.

Paragraphe 4: Il s'agit d'affirmer le principe d'une rétractation sans frais pour le consommateur, sous réserve des frais de retour. Toutefois, ces frais de retour sont mis à charge du professionnel dans trois hypothèses limitativement énumérées.

Le paragraphe précise également que l'exercice du droit de rétractation par le consommateur entraîne le remboursement de toutes les sommes qu'il a pu payer avant d'exercer ce droit.

Paragraphe 5: Ce paragraphe vise les cas dans lesquels le droit de rétractation ne s'exerce pas.

L'article 6 de la directive 97/7 précise notamment que le droit de rétractation ne s'applique pas en cas de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateur. Dans la perspective du commerce électronique, il est apparu nécessaire d'appliquer un régime juridique identique aux logiciels téléchargés, dans la mesure où l'on conçoit difficilement les modalités pratiques d'exercice d'un droit de rétractation en cas de téléchargement. En contrepartie de cette exclusion, le projet prévoit que les informations préalables et complémentaires obligatoirement fournies au consommateur en cas d'achat d'un logiciel scellé soient également exigées avant toute opération de téléchargement.

Paragraphe 6: Ce texte entend régler le sort d'un crédit affecté à une opération particulière lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation et renonce ainsi à l'opération ayant motivé la demande de crédit. Cet article se recoupe partiellement avec l'article 17 de la loi du 9 août 1993 réglementant le contrat à la consommation.

Art. 70.– Des pratiques non conformes

Lorsque le professionnel et l'opérateur de technique de communication électronique constatent des pratiques non conformes aux dispositions du présent chapitre, ils doivent, lorsqu'ils sont en mesure de le faire, y mettre fin.

L'exigence mentionnée dans cet article vise à attirer l'attention du professionnel et de l'opérateur de technique de communication sur les pratiques non conformes aux dispositions du présent chapitre qu'ils

pourraient être amenés à constater, afin qu'ils y mettent fin, dans la mesure où ils seraient techniquement en mesure de le faire.

En ce qui concerne par ailleurs l'exécution du contrat, il n'y a pas lieu de prévoir dans ce texte-ci de dispositions particulières. Les règles qui s'appliqueront seront celles qui devront être prévues dans la future loi sur la vente à distance. Ces règles prévoiront notamment que le professionnel doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de 30 jours à compter du lendemain de sa réception. Le texte devra également prévoir que le défaut d'exécution du contrat par le professionnel entraîne, sauf cas de force majeure, la résolution de plein droit du contrat, sans préjudice de l'obtention éventuelle de dommages et intérêts. Enfin, en cas d'indisponibilité du produit ou du service commandé, le professionnel devra en informer dans les meilleurs délais le consommateur. En tout état de cause, il devra lui rembourser l'intégralité des sommes éventuellement versées au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle le professionnel a eu connaissance de cette indisponibilité.

Chapitre III. Des contrats portant sur des services financiers conclus par voie électronique

Art. 71.– Champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique à la commercialisation et à la fourniture par voie électronique de services financiers tels que définis à l'article 58 de la présente loi.

2. En cas d'opérations successives portant sur le même service financier, et réalisées entre les mêmes parties, les obligations imposées aux professionnels par le présent titre ne s'appliquent qu'à la première opération.

Les dispositions du présent chapitre n'ont pas pour objet de réglementer le contenu des services financiers. Seules leurs modalités de vente sont concernées par les normes impératives édictées par ce texte.

Un service financier peut comporter plusieurs opérations successives, ou encore une série d'opérations distinctes dont l'exécution est échelonnée dans le temps. Les dispositions du présent titre ne s'appliqueront que lors de la première d'une série d'opérations successives, ou lors de la première opération d'une série d'opérations distinctes faisant l'objet d'une exécution échelonnée. A titre d'exemple, ces mesures s'appliqueront au contrat d'ouverture d'un compte mais les opérations de gestion ultérieures réalisées par le consommateur sur ce compte constituent des opérations d'exécution du contrat qui ne seront pas soumises au respect des mêmes règles. En revanche, si le consommateur souhaite acquérir un nouvel instrument de paiement, comme par exemple une carte de crédit, liée à ce même compte, il devra conclure un nouveau contrat conforme aux dispositions du présent chapitre.

Cette disposition transpose l'article 1er paragraphe 2 de la proposition de directive sur la commercialisation à distance de services financiers.

Art. 72.– Des informations préalables au consommateur

1. En temps utile avant la conclusion du contrat, le professionnel a l'obligation de communiquer au consommateur, sur support durable, outre les différentes étapes à suivre pour réaliser la transaction, les conditions contractuelles et notamment les informations suivantes:

- a) l'identité et l'adresse du professionnel ainsi que, le cas échéant, celles de son représentant dans le pays de résidence du consommateur, l'agrément dont il dispose pour exercer son activité, et les références de l'autorité de surveillance qui a délivré cet agrément;
- b) lorsque le consommateur traite avec un professionnel intermédiaire, qui ne fournit pas lui-même le service financier, l'identité et l'adresse de celui-ci ainsi que le statut d'intermédiaire en vertu duquel il traite avec le consommateur;
- c) une description des caractéristiques principales du service financier proposé;
- d) le prix du service ou, lorsque le prix exact du service ne peut être connu, les éléments de calcul de ce prix permettant au consommateur de vérifier le prix au moment de la conclusion du contrat; le prix du service s'entend du prix total que le consommateur paye au professionnel, incluant toutes les taxes versées à celui-ci; lorsque existent d'autres taxes et/ou coûts qui ne sont pas versées au professionnel, ce dernier doit en informer le consommateur; il en est de même de tout coût spécifique supplémentaire lié à l'utilisation de techniques de communication électroniques;
- e) la durée de validité de l'offre ou du prix;
- f) les modes de paiement et de fourniture ou d'exécution du contrat;

- g) l'existence ou non d'un droit de rétractation en application de l'article 73; lorsque le consommateur dispose d'un droit de rétractation, sa durée, les conditions et modalités précises d'exercice de ce droit ainsi que le prix ou les modalités de détermination du prix qu'il sera tenu de payer au professionnel pour le service financier fourni avant la rétractation, en application de l'article 73 paragraphe 4;
- h) la durée minimale du contrat, dans l'hypothèse de services financiers fournis de manière permanente ou répétitive;
- i) les modalités de résiliation du contrat;
- j) les modalités d'accès au contrat archivé;
- k) les langues dans lesquelles le contrat peut être conclu;
- l) l'existence de moyens de recours extrajudiciaires et les moyens pour y accéder et notamment ceux offerts par l'article 58 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

2. Un règlement grand-ducal peut compléter le contenu de l'obligation d'information prévue par le présent article.

3. Lorsque le contrat a été conclu, à la demande expresse du consommateur, au moyen de techniques de communication qui ne permettraient pas au professionnel de lui fournir avant la conclusion du contrat les informations visées au paragraphe 1 du présent article, le professionnel doit transmettre ces informations au consommateur dès la conclusion du contrat.

4. Le consommateur peut à tout moment demander au professionnel de recevoir les conditions contractuelles sur papier et de changer de moyen de communication, sauf si ce changement est incompatible avec le contrat conclu ou avec la nature du service financier fourni.

Avant la conclusion du contrat, le professionnel doit faire parvenir au consommateur un projet de contrat comprenant l'ensemble des conditions contractuelles et spécialement une série d'informations considérées comme importantes. Les informations considérées comme importantes à l'expression d'un consentement libre et éclairé sont:

- * *d'une part le prix du service, sauf si sa détermination est impossible en raison de la nature du service financier proposé. Tel est le cas par exemple de tous les produits financiers tels que les instruments du marché monétaire, les titres négociables, les parts d'OPC et autres systèmes de placement collectif, les contrats à terme et options, ou les instruments sur taux de change et taux d'intérêt. Pour tous ces produits, il n'est pas possible de communiquer au consommateur un prix que le professionnel s'engagerait à maintenir pendant une durée de quatorze jours. Dans cette hypothèse, le prix est alors fixé à la conclusion du contrat avec le consentement exprès du consommateur. En revanche, la prise en considération de cette particularité inhérente aux règles de fonctionnement du marché n'autorise pas le professionnel à s'affranchir des autres modalités de l'obligation préalable qui pèse sur lui, et spécialement de la communication des conditions contractuelles autres que le prix;*
- * *d'autre part, la mention de son droit de rétractation, des délais et modalités d'exercice de ce droit, qui sont applicables en vertu de l'article 73;*
- * *enfin les conséquences attachées à l'exercice éventuel du droit de rétractation. Lorsqu'il exerce son droit de rétractation, le consommateur pourrait être tenu de payer le prix ou une partie du prix du service financier fourni. C'est pourquoi il est indispensable qu'il soit averti, avant la conclusion du contrat des modalités de calcul qui pourraient lui être appliquées et du fait qu'il pourrait se trouver lié par une obligation de paiement.*

Paragraphe 2: Cette disposition vise à permettre d'adapter le texte au cas où la version définitive de la directive conduirait à modifier le contenu de l'obligation d'information préalable tel que défini au paragraphe 1. Cette délégation accordée au pouvoir réglementaire apparaît d'autant plus indispensable que le texte qui sera finalement adopté ne sera vraisemblablement pas une directive d'harmonisation minimale, réduisant d'autant la marge de manoeuvre laissée à chaque Etat membre dans sa transposition.

Paragraphe 3: Cette disposition a pour objet de différer dans le temps les obligations d'informations préalables exigées du professionnel lorsque le consommateur a demandé que le contrat soit rapidement conclu. Par souci de sécurité juridique, il doit s'agir d'une demande expresse du consommateur. Dans cette hypothèse, le professionnel doit communiquer au consommateur toutes les informations requises au paragraphe 1 dès la conclusion du contrat

Paragraphe 4: Le changement de moyen de communication reste possible, à la demande du consommateur, sauf dans certains cas où ce changement peut s'avérer incompatible avec la nature du service fourni (par exemple, contrat portant sur le home banking).

Art. 73.– Du droit de rétractation après la conclusion du contrat

1. Le consommateur dispose d'un droit de rétractation d'une durée de quatorze jours, sans pénalité et sans indication de motif, à compter du jour de la conclusion du contrat ou, dans le cas prévu à l'article 72 paragraphe 3, à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles.

Ces délais sont sans préjudice de délais spécifiques, en particulier dans le cadre de la législation sur les contrats d'assurance.

2. Le droit de rétractation n'existe pas pour les contrats portant sur:

- a) des services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier que le professionnel n'est pas en mesure de contrôler et qui pourrait varier pendant le délai de rétractation, tels que des services portant sur:
 - les opérations de change,
 - les instruments du marché monétaire,
 - les valeurs mobilières et autres titres négociables,
 - les parts d'un organisme de placement collectif,
 - les contrats financiers à terme (*futurs*) y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces,
 - les contrats à terme sur taux d'intérêt (*FRA*),
 - les contrats d'échange (*swaps*) sur taux d'intérêt, sur devises ou les contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (*equity swaps*),
 - les options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente liste, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces (en particulier les options sur devises et sur taux d'intérêt);
- b) des assurances d'une durée inférieure à un mois;
- c) des contrats dont l'exécution a été entièrement achevée, à la demande expresse du consommateur, avant que celui-ci n'exerce son droit de rétractation.

3. Le consommateur exerce son droit de rétractation, dans le délai prescrit, sur tout support durable.

Le consommateur doit retourner au professionnel toute somme et/ou avoirs qu'il a reçus dans les trente jours suivant l'envoi de la notification de rétractation.

4. Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, il ne peut être tenu qu'au paiement soit du prix du service financier effectivement fourni, soit de la partie du prix total du service financier faisant l'objet du contrat au prorata de la période comprise entre le jour de la conclusion du contrat et le jour de l'exercice du droit de rétractation. Cependant, le professionnel ne peut réclamer aucun paiement au consommateur s'il n'a pas rempli son obligation d'information prévue à l'article 72 paragraphe 1 g), ni s'il a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation sans que le consommateur ait expressément donné son consentement à cette exécution.

En outre, le consommateur doit être remboursé, dans les 30 jours suivant l'envoi de la notification de la rétractation, des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement.

5. Lorsque le prix d'un service financier est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par le professionnel ou par un tiers, sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit.

Il en est de même de tout autre contrat, lié au service financier auquel le consommateur a renoncé, que ce contrat concerne ou non des services fournis par le professionnel ou par un tiers.

L'exercice de la faculté de rétractation, déjà étroitement encadré, est exclu pour trois types de contrats: en premier lieu ceux portant sur des produits financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché que le professionnel n'est pas en mesure de contrôler (et dont une liste indicative, non exhaustive est fournie), en second lieu ceux portant sur des assurances-non-vie d'une durée inférieure à un mois, enfin ceux dont l'exécution a été entièrement achevée avant la fin du délai de rétractation.

La première exclusion mentionnée ci-dessus vise à empêcher des manoeuvres spéculatives sur de tels produits. Dans le second cas, la survenance rapide du terme permet au consommateur de se tourner presque aussitôt vers un autre professionnel, sans qu'il soit besoin de lui accorder un délai pour se rétracter. Enfin, la troisième hypothèse permet de couvrir des situations où le service serait entièrement fourni avant la fin du délai de rétractation, situation dans laquelle le professionnel risque d'être dans l'impossibilité de remettre les choses en l'état. Dans cette hypothèse, l'exécution du contrat est cependant soumise à l'acceptation expresse du consommateur.

Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, il peut être tenu de payer au professionnel le coût du service rendu par le professionnel entre le moment de la conclusion du contrat et la rétractation.

Paragraphe 5: Ce texte entend régler le sort d'un crédit affecté à une opération particulière lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation et renonce ainsi à l'opération ayant motivé la demande de crédit. D'une manière plus générale, lorsque le contrat principal est assorti d'un contrat accessoire, l'exercice du droit de rétractation par le consommateur en ce qui concerne le contrat principal doit porter des effets similaires à l'égard du contrat accessoire.

*

TITRE IV

DES PAIEMENTS ELECTRONIQUES

Art. 74.– Des risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique

1. Le titulaire d'un instrument de paiement électronique a l'obligation de notifier à l'émetteur – ou à l'entité désignée par lui – dès qu'il en a connaissance la perte ou le vol de cet instrument ou des moyens qui en permettent l'utilisation, ainsi que toute utilisation frauduleuse.

L'émetteur d'un instrument de paiement électronique doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour cette notification et pour rapporter la preuve qu'il l'a effectuée.

2. Hormis le cas où il s'est rendu coupable d'une fraude, le titulaire d'un instrument de paiement électronique:

- assume jusqu'à la notification prévue au paragraphe précédent les conséquences liées à la perte, au vol ou à son utilisation frauduleuse par un tiers, à concurrence d'un montant fixé par règlement grand-ducal.
- est dégagé de toute responsabilité des utilisations de l'instrument de paiement après la notification.

3. En toute hypothèse, l'utilisation d'un instrument de paiement électronique sans présentation physique de celui-ci ni identification électronique, n'engage pas la responsabilité de son titulaire.

Le partage de responsabilité entre le titulaire et l'émetteur de l'instrument de paiement repose sur la notification de sa perte, de son vol ou de son utilisation frauduleuse par un tiers.

Jusqu'à la notification, le titulaire n'assume en principe les risques d'une utilisation frauduleuse de l'instrument de paiement qu'à concurrence d'un montant déterminé par voie de règlement grand-ducal. Après la notification, les risques sont entièrement supportés par l'émetteur.

Le dernier paragraphe vise en particulier les paiements effectués par simple transmission du numéro apparent d'une carte de crédit pour lesquels la responsabilité du titulaire se trouve dégagée.

Art. 75.– Des paiements anonymes

Les fournisseurs qui offrent à la vente des produits ou services achatables pour des montants inférieurs à 50.000 francs doivent accepter les moyens de paiement anonymes.

Cette disposition tend à renforcer le droit à l'anonymat des consommateurs. Elle est inspirée d'une règle préconisée par l'OCDE.

Toutefois, le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 mai 2000, émet quelques réserves au sujet des dispositions relatives aux paiements électroniques, estimant que la faculté de procéder à des paiements en monnaie électronique pourrait poser certaines difficultés au regard de la lutte internationale contre le blanchiment, dans la mesure où un nombre très important d'opérations de paiement électronique peut être réalisé simultanément ou, en tout état de cause, en un temps très limité.

L'ABBL est sensible aux efforts de lutte contre le blanchiment d'argent. C'est pourquoi il est ici proposé de n'autoriser de tels paiements que dans la limite d'un montant fixé volontairement très bas. L'ABBL est d'avis que ne devrait pas être interdit pour le commerce électronique ce qui est permis à tout un chacun dans ses achats journaliers.

*

TITRE V¹

DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES INTERMEDIAIRES

Les questions traitées au titre V du texte doivent transcrire en droit national les articles 12, 13, 14 et 15 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique. Il s'agit de limiter la responsabilité de certains intermédiaires dans la transmission d'informations par la voie électronique.

La bonne compréhension de cette mesure exige quelques explications sur les intervenants dans la mise à disposition d'informations sur Internet. En simplifiant, on peut y distinguer les fonctions suivantes:

- Un auteur ou producteur conçoit un message qui peut être de nature très diverse. Il peut s'agir d'un article de presse, d'un message publicitaire, d'un message privé, d'une oeuvre d'art, d'une base de données ou encore d'un programme informatique. Tout ce qui peut être véhiculé par la voie électronique est susceptible d'être une information au sens visé ici. On appellera auteur ou producteur celui qui en est à l'origine et qui a décidé de communiquer ce message à d'autres, à savoir au public ou à un cercle d'internautes plus restreint.*
- Pour atteindre le ou les destinataires, l'information doit être transmise sur un réseau de communication. Cette transmission se fait en pratique par un serveur sur Internet. Ce serveur est mis à disposition par un prestataire de services électroniques qui n'est en général qu'un intermédiaire qui ne porte aucun intérêt à l'information qu'il met sur le réseau. Il peut, soit communiquer l'information directement, soit l'héberger chez lui afin qu'elle soit à disposition des destinataires. Cette dernière hypothèse est celle du prestataire de service qui offre sur son serveur l'hébergement du site Internet de son client.*
- Pour que l'information sur le réseau soit accessible, un autre prestataire de service offre au public l'accès au réseau. Ce fournisseur d'accès se considère lui aussi en règle générale comme un prestataire intermédiaire entièrement désintéressé du contenu de l'information qui serait pourtant inaccessible sans lui.*
- Finalement, on distingue le client du fournisseur d'accès qu'on peut encore désigner par le terme d'utilisateur. Une grande partie des informations véhiculées sur le réseau Internet est accessible à l'ensemble des internautes. Mais les informations peuvent aussi n'être destinées qu'à un cercle restreint de personnes ou à une personne seulement. Cette dernière hypothèse est celle du courrier électronique (E-mail).*

Suivant leurs destinataires, les informations peuvent obéir à des régimes juridiques très différents, mais que l'on peut tenter de classer suivant la largeur de leur diffusion.

(1) Ainsi un service public d'information, tel un service météo, une publicité, un site universitaire ou la mise à disposition d'images qui peuvent être scientifiques, artistiques, érotiques ou autre, doit être considéré comme régi par un régime de communication publique issu de leur caractéristique essentielle: la diffusion publique. Il est en cela soumis aux règles qui s'appliquent à l'ensemble des médias. Les régimes essentiels susceptibles de s'appliquer à cette catégorie sont la législation relative à la presse (à Luxembourg, la loi du 20 juillet 1869 sur la presse et les délits commis par les divers moyens de communication) et la législation protégeant les droits d'auteur (à Luxembourg, la loi du 29 mars 1972 sur les droits d'auteur).

La législation sur la presse fait supporter la responsabilité „éditoriale“ pour les délits de presse aux auteurs, coauteurs et complices. L'auteur d'une infraction de presse n'est pas automatiquement l'auteur de l'oeuvre au sens de la législation protégeant les droits d'auteurs. Peuvent être auteurs d'un délit de presse, tous ceux qui y ont contribué. L'imprimeur, l'éditeur et le distributeur ne sont mis hors cause que si le véritable auteur a été identifié. Il en découle que, sur un réseau de communication électronique, le serveur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme coauteur ou complice puisqu'ils ont contribué à rendre possible le délit.

La législation protégeant les droits d'auteur donne à l'auteur d'une oeuvre – en ce compris des programmes informatiques – un droit de propriété incorporelle qui est protégé contre toute atteinte par la sanction frappant le délit de contrefaçon. Dans le contexte des communications par voie électronique, le

¹ Au vu de la volonté des autorités de traiter de la protection des données nominatives dans un projet de loi à part, il a été renoncé entièrement à cette partie dans le présent projet.

serveur et le fournisseur d'accès sont en risque d'être considérés comme les contrefacteurs d'une oeuvre qu'ils ont aidé à reproduire et à diffuser. Ils encourent un risque civil pour la réparation du dommage causé, un risque pénal et même la confiscation de leur matériel.

Des régimes plus spécifiques sont aussi en cause, telle l'interdiction de la publicité pour le tabac, l'alcool, etc.

Enfin, personne n'échappe aux articles 1382 et ss. qui obligent à réparer les dommages dont on doit répondre. Là encore le serveur et le fournisseur d'accès sont susceptibles d'être considérés comme ayant contribué à causer un dommage.

*(2) Aux services publics d'information, on doit opposer les **services de communication** comme la messagerie électronique (E-mail) ou l'établissement d'un forum, ils peuvent être soumis à des corps de règles différents.*

Le corps de règles essentiel auquel il faut réfléchir dans ce contexte est celui du secret des communications, plus couramment connu en droit luxembourgeois sous la terminologie utilisée par l'article 28 de la Constitution qui traite de l'inviolabilité du secret des lettres. Le principe est aussi consacré par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui parle du droit au respect de la correspondance. La loi y revient par l'article 460 du Code pénal et par l'article 2 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée. La terminologie restrictive des textes d'origine luxembourgeoise fait craindre que le principe pourrait être limité au courrier postal. Il est encore rendu attentif à cet égard au commentaire du projet sous les articles 55 à 57 qui fait l'analogie des données électroniques en mouvement et des communications téléphoniques. Il paraît utile de clairement appliquer le principe du secret des communications aux services de communication à travers un réseau de services de communication. Interdire de façon non équivoque aux prestataires de services intermédiaires de violer le secret des communications revient aussi à les dégager de toute obligation de surveillance systématique des messages par voie électronique ce qui les dégage dès lors de toute responsabilité quant au contenu.

Les messages véhiculés par un service de communication sont susceptibles de répondre à d'autres responsabilités, elles aussi en dehors de la responsabilité „éditoriale“. Ainsi tout message communiqué dans un forum, de même qu'un message électronique individuel sont-ils susceptibles de porter atteinte aux bonnes moeurs ou aux droits d'auteur. Ils peuvent aussi constituer une diffamation ou causer autrement un dommage visé par le régime de la responsabilité délictuelle. Dans tous ces cas de figure, les professionnels qui agissent uniquement comme intermédiaires ont un intérêt évident à être dégagés de toute obligation.

Art. 76.– Du secret des communications et de l'absence d'obligation de surveillance

1. Les prestataires intermédiaires de services électroniques qui fournissent les services visés à l'article 78, n'ont pas l'obligation de surveiller le contenu des informations qu'ils transmettent ou stockent, ni l'obligation de rechercher activement des faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

2. Lorsque les prestataires intermédiaires de services électroniques transmettent des messages électroniques réservés à des destinataires identifiés par une adresse personnalisée, ils sont soumis au secret des communications.

3. Quiconque a violé le secret des communications en prenant connaissance du contenu d'un message électronique ou en le supprimant, sans l'accord de l'expéditeur ou du destinataire, est puni des peines prévues à l'article 460 du Code pénal.

4. Toutefois, ne viole pas le secret des communications, celui qui, chargé de l'entretien ou de la surveillance d'un dispositif permettant la transmission de message à travers un réseau électronique, a nécessairement pris connaissance du contenu du message pour s'assurer du bon fonctionnement de la transmission.

5. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent sans préjudice d'une surveillance ou d'un accès relatifs aux informations transmises lorsqu'ils ont lieu en vertu d'une autorisation ou d'une obligation légale, même antérieure à la présente loi.

Cet article est inspiré de l'article 15 de la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique. Il pose le principe de l'absence d'obligation générale de surveillance. De plus, lorsqu'il s'agit de transmettre des messages électroniques personnalisés, le secret des communications leur est applicable. Il s'agit d'étendre à la messagerie électronique le secret des lettres consacré en droit luxembourgeois par l'article 28 de la Constitution, par l'article 460 du Code pénal et par la loi du 11 août 1982

concernant la protection de la vie privée. Néanmoins, les exceptions légales qui valent pour toute obligation de secret restent entières. Ainsi, les autorités judiciaires peuvent demander aux prestataires intermédiaires de les informer dans le cadre de leur mission légale, notamment en application des articles de la présente loi traitant de l'instruction pénale.

Art. 77.– De l'exonération de responsabilité

Dans l'accomplissement des fonctions visées à l'article 78, les prestataires intermédiaires de services électroniques ne peuvent être considérés comme

- auteur, producteur, éditeur, imprimeur ou distributeur d'une information qu'ils traitent;
- auteur, coauteur ou complice d'un délit commis par la voie de la presse ou par toute autre voie de publication;
- auteur, coauteur ou complice d'un délit de contrefaçon commis en violation de droits d'auteur;
- responsable, au sens des articles 1382 à 1384 du Code civil, d'un dommage causé par une information qu'ils traitent.

Le but de la règle consacrée par la directive et par cet article est d'éviter qu'à défaut de pouvoir localiser ou appréhender l'auteur d'un dommage, les intermédiaires chargés de la transmission sur ou de l'accès à un réseau de communication du type Internet ne soient systématiquement pris à partie. Ils ne deviennent pas totalement irresponsables pour autant. Le cadre de l'exonération de responsabilité est étroitement défini par l'article qui suit et même dans ce cadre, ils restent soumis aux obligations qu'ils ont conventionnellement accepté de prendre. Ainsi la responsabilité contractuelle de quelqu'un qui s'est engagé à fournir certaines informations peut-elle rester entière.

La législation sur la presse ou sur la protection des droits d'auteur n'a pas été plus spécifiquement désignée dans le texte pour lui laisser son caractère très général et pour tenir compte du fait que ces deux corps de règles sont en pleine mutation par un futur projet de loi sur la presse et par la future transposition du droit européen en matière du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Par ailleurs les délits commis par la voie de la presse ou par toute autre voie de publication incluent aussi d'autres délits, comme par exemple ceux qui relèvent de la législation applicable à la publicité.

Art. 78.– Des services visés aux articles 76 et 77

Le paragraphe 1 de l'article 76 et l'article 77 visent les prestataires de service intermédiaires qui fournissent les services suivants:

- (1) la transmission, sur un réseau de communications, d'informations fournies par l'utilisateur du service et la fourniture d'un accès au réseau de communications, à condition que le prestataire:
 - a) ne soit pas à l'origine de la transmission;
 - b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et
 - c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au présent point englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communications et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

- (2) la transmission sur un réseau de communications des informations fournies par un utilisateur du service pour le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres utilisateurs du service, à condition que le prestataire:
 - a) ne modifie pas l'information;
 - b) se conforme aux conditions d'accès à l'information;
 - c) se conforme aux règles et usages professionnels concernant la mise à jour de l'information;
 - d) n'interfère pas dans la technologie, conformément aux usages professionnels, qui est utilisée dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information.

Dans cette fonction, le prestataire de services intermédiaire ne peut se prévaloir de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 77 qu'à la condition qu'il agisse promptement pour retirer l'information, ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible, dès qu'il a effectivement connaissance de l'un des faits suivants:

- l'information a été retirée de là où elle se trouvait initialement dans le réseau,

- l'accès à l'information a été rendu impossible,
 - une autorité compétente a ordonné le retrait de l'information ou interdit son accès.
- (3) le stockage des informations fournies par un utilisateur du service et stockées à la demande de celui-ci.

Dans cette fonction, le prestataire de services intermédiaire ne peut se prévaloir de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 77 qu'à la condition:

- a) qu'il n'ait pas effectivement connaissance que l'activité est illicite et, en ce qui concerne une action en dommage, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité illicite est apparente, et
- b) qu'il agisse, dès le moment où il a de telles connaissances, promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible, et
- c) que l'utilisateur du service n'agisse pas sous son autorité ou sous son contrôle.

Ces dispositions sont directement inspirées de la directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique. Dans un cadre d'activité très précis, les prestataires de services ne sont pas responsables du contenu de l'information transmise. Ces exemptions sont énumérées limitativement.

Le point 1 traite de l'activité de transport et son corollaire le stockage éphémère. Le fait qu'un prestataire procède automatiquement à une transmission à la demande d'un utilisateur de son service ne doit pas avoir pour conséquence qu'il puisse être considéré comme l'auteur de la transmission. Les Anglais utilisent à cet effet le terme de „mere conduit“.

Techniquement, pour transporter des informations d'un point A à un point B, il faut faire un stockage technique de l'information. Mais il s'agit d'un stockage automatique, intermédiaire et transitoire qui est considéré comme faisant nécessairement partie intégrante de l'activité de transmission. La durée du stockage des informations ne doit pas dépasser le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Ce stockage ne doit pas être confondu avec le „caching“ visé au point 2 de l'article. Il s'agit là de copies que fait le prestataire dans le but de mettre les informations à la disposition d'utilisateurs ultérieurs. Le „caching“ fait en permanence des copies automatiques et temporaires selon un processus non surveillé donc sans accès au contenu. Il rend plus efficace la transmission par son effet d'accélération.

Sous litera b) on entend par conditions d'accès à l'information tout ce qui a pour objectif de rendre conditionnel l'accès à un site. Il s'agit de systèmes techniques protégeant l'intérêt économique de la personne qui a mis en place le service.

Sous litera c) les termes de „standards de l'industrie“ utilisés par la directive ont été correctement renommés „usages professionnels“ car ils ne visent pas une procédure de standardisation, mais bien des normes professionnelles utilisées par tous, par exemple des pratiques technologiques pour les mises à jour.

Sous litera d), est visée la technique qui permet d'obtenir des données sur les utilisateurs de l'information, par exemple les technologies qui permettent de savoir combien il y a de visiteurs par jour sur un site Internet. Là non plus, l'intermédiaire ne doit interférer.

Le point 3 est inspiré de l'article 14 de la directive. Il permet une limite de responsabilité en ce qui concerne l'activité de stockage des informations fournies par les utilisateurs du service, stockage effectué à leur demande (par exemple, fourniture d'un espace serveur pour le site web d'une entreprise). Cette activité est plus connue sous le terme d'hébergement.

Le principe posé ici est le suivant: dès que le prestataire a effectivement connaissance ou aurait dû avoir connaissance de faits illicites, il doit agir. S'il reste inactif, il risque d'engager sa responsabilité.

Le prestataire doit donc prendre rapidement des mesures pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Ce principe énoncé sous litera b) constitue une base sur laquelle les différentes parties intéressées peuvent effectivement mettre en place des procédures permettant de notifier au prestataire de services des informations qu'ils considèrent comme illicites, et obtenir le retrait de ces informations ou une interdiction d'accès (procédures parfois appelées „procédures de notification et de retrait“, „notice and take down procedures“).

Enfin le cas où le prestataire fournit plus que de l'hébergement, mais contrôle, même indirectement, le contenu de l'information lui interdit d'invoquer l'exemption de responsabilité.

4641/05

N° 4641⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

PROJET DE LOI

relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers

* * *

**RAPPORT DE LA COMMISSION DE L'ECONOMIE, DE L'ENERGIE, DES
POSTES ET DES TRANSPORTS**

(10.7.2000)

La Commission se compose de: M. John SCHUMMER, Président-Rapporteur; MM. François BAUSCH, Marcel GLESENER, Lucien CLEMENT, Jeannot KRECKE, Mme Agny DURDU, MM. Fernand GREISEN, Norbert HAUPERT, Ady JUNG, Claude MEISCH et Marc ZANUSSI, Membres.

*

INTRODUCTION

Le présent rapport comprend:

- un historique,
- un aperçu du projet de loi,
- les modifications conformes suite à l'avis du Conseil d'Etat du 2 mai 2000,
- les autres modifications de la Commission,
- le texte des amendements suite à l'avis du Conseil d'Etat du 2 mai,
- les modifications suite à l'avis du Conseil d'Etat du 7 juillet 2000,
- le texte des modifications suite à l'avis du Conseil d'Etat du 7 juillet,
- le texte coordonné du projet de loi selon l'avis du Conseil d'Etat du 7 juillet

*

1. HISTORIQUE

Dans un rapport précurseur, dès 1996, l'OCDE avait proposé un cadre de réflexion général sur les modifications qu'Internet allait apporter au fonctionnement de l'économie, à la création de richesses et à la distribution des biens et des services. Le rapport évoquait une palette de mesures diverses pour le développement du commerce électronique comme par exemple les conditions d'accès aux nouvelles technologies, la fiscalité, le droit des contrats et la signature électronique, la protection des consommateurs ... L'exposé des motifs du projet de loi est très explicite sur les implications probables de la mutation de l'économie digitale et le commerce électronique. La Commission ne revient donc pas sur ces aspects dans le présent rapport.

Ce rapport de l'OCDE et les travaux menés par la suite dans les groupes spécialisés de l'OCDE, ont alimenté la réflexion du gouvernement. Les milieux professionnels, en particulier l'ABBL, ont joué un rôle important d'impulsion et de proposition.

En décembre 1997, le gouvernement a décidé de mettre en place un comité interministériel chargé de préparer un avant-projet de loi sur la signature électronique. Le mandat initial se limitait uniquement à un élément essentiel: la reconnaissance en droit de la signature numérique. Le gouvernement a également commandité une étude auprès du professeur Berenboom de l'ULB afin de faire le point sur les législations existantes en Europe et aux USA et d'esquisser le contenu d'une loi luxembourgeoise en la matière.

Parallèlement, l'ABBL a lancé une étude plus vaste sur l'„e-banking“ auprès du cabinet d'audit Deloitte & Touche.

Les consultants de l'ABBL et l'expert chargé par le gouvernement ont remis leurs conclusions au mois de mai 1998. De plus, la Commission européenne a fait circuler une première version d'un projet de directive sur l'introduction et l'harmonisation des signatures électroniques dans l'UE. Ces éléments constituent les bases de travail sur lesquelles le comité interministériel a débuté ses travaux en mai 1998. Un autre élément important a été la publication du rapport du Conseil d'Etat (France) qui a permis d'éclairer de manière convaincante l'ensemble des questions juridiques que pose la signature électronique dans les Etats de tradition civiliste.

Par la suite, le comité interministériel a été invité à élargir son champ d'action et à aborder également des aspects de protection du consommateur et de protection des données personnelles. Une nouvelle étude de l'ABBL, réalisée par le professeur PRUM du Laboratoire de Droit Economique (CRP Gabriel Lippmann) et POULLET (CRID, Université de Namur), a livré les bases pour l'élargissement du travail du comité interministériel. La nouvelle étude proposait également, entre autres, des modifications du Code civil. L'élargissement du champ du projet de loi repose également sur les recommandations arrêtées par la conférence ministérielle de l'OCDE à Ottawa (octobre 1998).

Les travaux du comité interministériel ont été fortement rythmés – parfois bousculés, souvent remis en cause – par les débats des groupes du Conseil de l'UE dans le cadre des directives „signatures électroniques“, „certains aspects du commerce électronique“ et „services financiers“. En effet, les débats souvent contradictoires ont rendu très difficile la confection du projet de loi luxembourgeois, les rédacteurs étant obligés de suivre – voire d'anticiper – les décisions du groupe de travail du Conseil, du Coreper et du Conseil Marché Intérieur/Télécom ainsi que du Parlement européen.

Après d'ultimes arbitrages par le conseil de gouvernement, le projet de loi a été déposé sur base de l'état *connu* des directives communautaires „signatures électroniques“ et „certains aspects juridiques du commerce électronique“ en avril 1999.

Après le dépôt, les travaux du ministère de l'économie et du comité interministériel ont continué: les directives ont encore évolué pendant près d'un an et les avis des chambres professionnelles et des milieux intéressés ont afflué.

La complexité du projet, les modifications qui s'annonçaient déjà suite aux travaux du Conseil de l'UE, ont amené le comité interministériel, en septembre 2000, à proposer au gouvernement de scinder le projet en trois parties: signature électronique, protection du consommateur et protection des données nominatives. Le conseil de gouvernement a suivi les recommandations du comité sur les grandes lignes: le projet de loi initial est délesté de la partie sur la protection des données personnelles (transposition de la directive de 1997/66) et de certaines dispositions de protection du consommateur. Ces dernières font l'objet d'avant-projets de loi spécifiques sur la „vente à distance“ (ministère de l'économie) et la „protection des données à caractère personnel“ (ministère d'Etat). Pour des raisons purement techniques, le conseil de gouvernement a décidé de retirer le projet de loi déposé (No: 4554) et de le remplacer par une nouvelle version (No: 4641).

L'ABBL a remis un avis complémentaire en décembre 1999 et en février 2000 dont les propositions ont été intégrées, pour partie, dans le nouveau projet de loi. L'avis du Conseil d'Etat a été rendu le 2 mai 2000. L'ABBL a produit un nouvel avis remanié en juin 2000.

Le projet de loi a été présenté à la commission le 21 juin ainsi que les modifications à apporter suite à l'avis du Conseil d'Etat du 2 mai 2000. L'examen approfondi du texte a eu lieu dans la réunion du 27 juin 2000 et les amendements ont été approuvés.

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 7 juillet 2000 a donné lieu à une série de modifications du projet de loi et du texte tel qu'amendé par la Commission.

*

2. L'APPROCHE GLOBALE

Le projet de loi a été redéployé afin d'être plus cohérent et plus lisible. En effet, réunir la vente à distance, les services de la société de l'information et la protection des données personnelles s'avérait extrêmement difficile et source de contradiction en raison de champs d'application différents et à géométrie variable. Le Comité interministériel avait déjà recommandé à l'automne 1999 de scinder le projet de loi originaire (déposé en avril 1999) en trois parties. Cette approche a été suivie par le Conseil du gouvernement dans sa décision du 8 décembre 1999¹.

„Le projet de loi initial sera ainsi scindé en plusieurs parties:

- une loi générale concernant la signature électronique et remplaçant dans l'immédiat le projet de loi No 4554 qui sera retiré;*
- deux textes spécifiques: l'un traitant le volet „protection des consommateurs”,*
- l'autre réglant les aspects protection des données personnelles et sera élaboré de concert avec M. le Ministre délégué aux Communications.*

Ces deux projets de loi seront déposés dans les meilleurs délais.”

La vente à distance a un champ d'application plus large que les services de la société de l'information. En effet, la vente à distance s'effectue par toute technique de communication à distance c'est-à-dire le fax, le téléphone, l'Internet, tandis que les services de la société de l'information couvrent tout service à distance par voie électronique ce qui ne comprend ni le fax ni le téléphone.

Par ailleurs, la directive 1997/7/CE concernant les ventes à distance ne vise que la protection des consommateurs alors que le projet de loi relatif au commerce électronique vise les rapports entre professionnels et entre professionnels et consommateurs.

La protection des données personnelles issue des directives 1995/46/CE et 1997/66/CE possède un champ d'application très large qui dépasse celui du commerce électronique puisqu'elle couvre la protection de la vie privée des personnes physiques et morales à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Or le traitement de données à caractère personnel comprend la mise à disposition de données personnelles sur des sites internet mais aussi les fichiers informatiques, les banques de données. En effet il s'agit de toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliqués à des données personnelles. D'autre part, elle possède un champ d'application spécifique, la protection des données personnelles.

Pour ces raisons, la transposition des directives relative aux ventes à distance et à la protection des données personnelles est effectuée dans des avant-projets de loi distincts.

Le projet de loi originaire d'avril 1999 ne transposait pas de façon complète les directives comme le fait remarquer le Conseil d'Etat dans son avis. Il n'est pas correct de dire que le projet de loi sous revue est moins complet que le précédent.

Dans le projet No 4554 ne figuraient pas de dispositions propres aux communications commerciales, à la responsabilité des intermédiaires, à la définition des instruments de paiement électronique. De plus, à la demande insistante du milieu bancaire la protection des consommateurs en matière de services financiers a été introduite dans le projet No 4641. Enfin, des aménagements et de nouvelles dispositions ont été rendues nécessaires par l'évolution des directives communautaires.

Un projet de loi relatif aux ventes à distance et un projet de loi relatif à la protection des données personnelles seront adoptés en Conseil de gouvernement.

Le commerce électronique est un domaine évolutif pour lequel il n'est pas aisé de trouver des règles définitives et utiles aux opérateurs mais le cadre législatif et réglementaire sera complet si l'on considère l'adoption rapide du projet de loi relatif aux ventes à distance et du projet de loi relatif à la protec-

¹ Procès-verbal No 4199 approuvé dans la séance du 17 décembre 1999.

tion des données personnelles. A ce cadre législatif viendra s'ajouter ultérieurement la transposition de la future directive concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique.

Dans un discours récent, le Ministre de l'Economie, Monsieur H. Grothen, a déclaré son intention de mettre en place un *code du commerce électronique* destiné à rassembler tous les textes ayant trait au commerce électronique. Ainsi le Luxembourg sera-t-il doté d'un cadre global relatif au commerce électronique. Ce code sera la compilation bien articulée et opérationnelle des différentes lois et règlements qui seront pris dans le cadre du commerce électronique et de la société de l'information.

Le projet de loi relatif au commerce électronique établit les grandes règles permettant de reconnaître la validité juridique de la signature électronique, ainsi que des règles en matière de conclusion de contrats par voie électronique, de déterminer la responsabilité limitée des prestataires intermédiaires. Ce projet fixe un cadre qui permet de reconnaître cette nouvelle forme de commerce. Il constitue une étape vers un cadre normatif global et doit donc être apprécié dans un contexte législatif plus large (ventes à distance, protection des données nominatives, monnaie électronique ...).

Ce projet n'établit pas un nouveau cadre juridique autonome pour les activités „online“. Le prestataire „online“ reste soumis à l'ensemble de la législation de droit commun¹. Comme l'a déclaré le Conseil d'Etat français dans son rapport de 1998, *„il apparaît que les questions juridiques suscitées par le développement d'Internet et des réseaux numériques ne sont pas de nature à remettre en cause les fondements mêmes de notre droit. Au contraire, elles confirment la pertinence de la plupart des concepts généraux, parfaitement transposables à ce nouvel environnement, même si certaines adaptations ont été nécessaires“*².

Le projet de loi instaure des obligations spécifiques qui s'ajoutent aux obligations existantes. Ces obligations sont nécessaires car les activités online génèrent des problèmes spécifiques, par exemple, exigences de transparence en raison de la dématérialisation des relations, détermination de la responsabilité de nouveaux acteurs, les prestataires intermédiaires qui transportent des données sur Internet, hébergent les sites ...

Le projet de loi transpose deux directives fondamentales d'une part, la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire propre aux signatures électroniques, d'autre part la directive dite „commerce électronique“ relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

Ce projet de loi doit être considéré comme une étape certes importante vers un cadre global et doit être apprécié dans le contexte législatif plus large (ventes à distance, protection des données nominatives, monnaie électronique ...).

*

3. APERÇU DU PROJET DE LOI

3.1. Définitions

Le projet définit certaines notions fondamentales: les services de la société de l'information, le prestataire établi, le destinataire de services. Ainsi le texte ne s'applique-t-il pas uniquement au commerce de services sur Internet mais aussi aux communications commerciales (publicité, marketing direct ...), à la responsabilité des prestataires intermédiaires ...

Par exemple, quand M. X achète des livres sur un site web il s'agit d'un service de la société de l'information, par contre s'il commande ces livres par téléphone ce n'est pas un service de la société de l'information, c'est une vente à distance.

Par contre si M. X commande une place de cinéma au moyen de son mobile WAP; c'est un service de la société de l'information.

3.2. Détermination de la loi applicable

Le texte détermine la loi applicable, il s'agit de la loi du pays d'origine, source de sécurité juridique car le contrôle s'effectuera à la source et sera ainsi favorable aux opérateurs luxembourgeois qui

¹ Par exemple, législation sur la publicité trompeuse, législation sur la protection du consommateur ...

² Conseil d'Etat (France), *Internet et les réseaux numériques*, p.15.

exportent de nombreux services et qui relèveront de la législation luxembourgeoise. Par exemple, une agence de voyage établie au Luxembourg commercialise des last minute sur un site web. Ce site web est bien entendu, accessible de tous les coins de la planète. Or ces last minute ne sont pas conformes à la législation allemande relative à la concurrence déloyale. Ce site web relève-t-il de la loi luxembourgeoise ou de la loi allemande? Selon le principe du pays d'origine c'est la loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information qui s'applique donc la loi luxembourgeoise.

Une exception au principe de l'application de la loi du pays d'origine réside dans le libre choix des parties de la loi applicable à leur contrat. Ceci est bien entendu, sous réserve de l'application possible de la loi du domicile du consommateur conformément à la Convention de Rome.

Cependant, même si le texte ne le précise pas expressément, il va de soi qu'en ce qui concerne la protection des consommateurs, l'article 5 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles serait susceptible de s'appliquer et de déroger au principe de l'application de la loi du pays d'origine.

3.3. Reconnaissance légale de la signature électronique

Un élément essentiel, le projet contient la reconnaissance légale de la signature électronique: sous certaines conditions bien précises, la signature électronique est équivalente à une signature manuscrite.

Pour établir l'équivalence avec la signature électronique, c.-à-d. pour produire des effets juridiques au sens de l'article 18, plusieurs conditions doivent être remplies: (1) le dispositif sécurisé de création de signature doit être sous le contrôle exclusif du signataire, (2) l'émission d'un certificat qualifié, (3) l'intégrité des données auxquelles se rapporte la signature.

Pour qu'un certificat soit considéré comme „qualifié“, il doit, d'une part, comprendre une liste d'informations et, d'autre part, être émis par un prestataire de services de certification remplissant certaines conditions (article 25). Ces conditions sont fixées par deux (projets de) règlements grand-ducaux annexés au projet de loi.

Les tiers certificateurs (prestataires de services de certification) doivent informer les utilisateurs (article 5) sur leur identité, leur adresse géographique, coordonnées, numéro de TVA ...

Par ailleurs, les prestataires de services de certification – qu'ils émettent des certificats qualifiés ou pas, sont tenus au secret professionnel, de respecter les exigences légales relatives à la protection des données à caractère personnel. De plus, il faut signaler que le signataire peut utiliser un pseudonyme garantissant l'anonymat.

Le projet de loi définit le régime de responsabilité des prestataires émettant des certificats qualifiés. En effet ces derniers sont tenus responsables de l'exactitude des informations contenues dans le certificat qualifié, sauf s'ils prouvent qu'ils n'ont commis aucune négligence.

3.4. Dispositions civiles et pénales

La signature est définie dans le code civil à l'article 1322-1. Tout d'abord, une définition générique de la signature – „la signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose et manifeste son adhésion au contenu de l'acte“ et ensuite une définition de la signature électronique – „la signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa premier du présent article“ – figurent dans le code civil. Certaines modifications du code civil et du code de procédure civile ont alors été rendues nécessaires. Ces modifications concernent le formalisme juridique. Par exemple, les dispositions sur les copies et l'original sont adaptées, une nouvelle définition de l'original est donnée en univers électronique.

Des adaptations du code pénal ont également été rendues nécessaires.

3.5. L'accréditation

Il faut rappeler l'importance du système d'accréditation prévu par la directive „signature électronique“. Des systèmes d'accréditation permettent d'atteindre un degré de confiance, de sécurité et de qualité exigés par l'évolution du marché (considérant 11 de la directive 1999/93/CE).

Le système d'accréditation est volontaire. En effet, la directive „signatures électroniques“ exclut toute autorisation spécifique pour la mise sur le marché de services de certification (article 3 §1).

Par ailleurs, une loi relative à l'accréditation du 22 mars 2000¹ permet la mise en place d'un office luxembourgeois d'accréditation dans le domaine des normes ISO/EN au Ministère de l'économie. Cet office servira de support logistique à l'accréditation dans le domaine du commerce électronique.

3.6. La surveillance

La notion de surveillance prévue par la directive „signatures électroniques“ ne doit pas être confondue avec la notion de contrôle. La notion juridique de contrôle implique la vérification de la conformité à une norme par une institution. La surveillance implique plutôt un droit de regard d'une institution². La philosophie du projet initial visait à favoriser l'émergence de nouveaux métiers de la société de l'information dont la création de prestataires de services de certification et d'éviter de les soumettre à un contrôle administratif.

Suivant la directive 1999/93/CE (art. 3 §3) et sur la demande insistante du Conseil d'Etat et de l'Association des banques et banquiers de Luxembourg (ABBL), un système de surveillance est mis en place. Il consiste à exiger des prestataires une notification de leurs activités et de leur conformité avec le présent projet de loi au ministère de l'économie. De plus, le ministère peut diligenter une mission d'audit à effectuer par des experts agréés, y compris les réviseurs d'entreprise.

L'organisation de la surveillance des prestataires de services de certification émettant des certificats qualifiés est actuellement discutée dans le groupe de travail du Conseil de l'Union européenne et aucune procédure n'a encore été recommandée par le groupe de travail.

3.7. Les communications commerciales

Le projet de loi impose des obligations strictes d'information et de transparence aux prestataires désireux de se faire connaître sur Internet via la publicité ou tout autre forme de communication commerciale (nouveaux articles 48 et 49).

Le consommateur doit être en mesure d'identifier une communication commerciale non sollicitée avant même l'ouverture du message, par exemple par l'apposition dans le sujet du message du mot „publicité“.

Pour les communications commerciales non sollicitées, le projet de loi réalise un compromis entre l'information commerciale et le confort du consommateur. Il permet donc le marketing direct, favorisant entre autres, l'expansion des PME luxembourgeoises. La protection du consommateur est assurée par un système de listes „opt out“ sur lesquelles les personnes non désireuses de recevoir de telles communications peuvent s'inscrire gratuitement („Keng Reklammen w.e.g.“). Si les prestataires ne respectent pas la volonté des personnes inscrites, ils peuvent être condamnés à une peine d'amende. Les listes à mettre en place sont désignées par règlement grand-ducal, il s'agira de listes transfrontalières ou communautaires.

3.8. Les contrats conclus par un „double clic“

Le projet de loi prévoit de nouvelles garanties dans les relations contractuelles, par exemple: obligation pour le prestataire de mettre à disposition des utilisateurs des moyens permettant de corriger les erreurs de manipulation, information sur les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat (article 52 „informations techniques générales à fournir“).

Le projet de loi détermine le moment de conclusion du contrat par voie électronique ce qui est un élément important de sécurité juridique. En effet, ce moment fait courir de nombreux délais. Le contrat

¹ Loi relative à la création d'un Registre national d'accréditation, d'un Conseil national d'accréditation, de certification, de normalisation et de promotion de la qualité et d'un organisme luxembourgeois de normalisation, modifiant la loi du 14 décembre 1967 portant institution d'un poste de commissaire du Gouvernement, portant création d'un service de l'énergie de l'Etat, et concernant l'exploitation des centrales hydroélectriques d'Esch-sur-Sûre et de Rosport.

² Voir Cornu, *Vocabulaire juridique*.

est considéré comme conclu à partir du moment où l'accusé de réception de l'acceptation est accessible pour le destinataire. Le prestataire est tenu d'envoyer immédiatement l'accusé de réception.

3.9. La protection des consommateurs

Le projet de loi impose des obligations strictes d'information et de transparence aux prestataires de services de la société de l'information indispensables pour que le consommateur puisse prendre des décisions éclairées: identification, adresse géographique d'établissement, coordonnées, No de TVA (article 5). De telles obligations sont aussi imposées en matière de communications commerciales.

Un chapitre est consacré à la protection des consommateurs en matière de contrats par voie électronique, avec une obligation d'information préalable, une obligation de confirmation de ces informations, un droit de rétractation ...

Le droit de rétractation permet au consommateur de se désister d'un contrat pendant sept jours sans indication de motif est sans pénalité. A la demande du monde bancaire, la protection des consommateurs concerne également des services financiers tout en incluant une liste d'exceptions comme par exemple: opérations de change, valeurs mobilières, OPCVM, systèmes de placement collectif ...

3.10. La responsabilité des prestataires intermédiaires

Le projet de loi fixe des règles concernant la responsabilité des prestataires intermédiaires.

Trois activités bien précises sont définies: le simple transport (article 61), le stockage temporaire dit „caching“ (article 62) et l'hébergement (article 63).

La distinction relative à la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur mais sur le type d'activité exercée.

Pour ces trois types d'activités la responsabilité est limitée sous certaines conditions. Pour le simple transport ou le „caching“, le prestataire doit jouer un rôle passif pour ne pas voir engager sa responsabilité. Pour l'hébergement, le prestataire n'est pas responsable s'il n'a pas connaissance de faits illicites, mais dès qu'il en a connaissance, il doit agir pour les retirer ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Le Conseil d'Etat est suivi en ce qu'il recommande d'imposer à certains prestataires intermédiaires une obligation spécifique de surveillance en relation avec des infractions déterminées. A cet égard, la position commune arrêtée par le Conseil de l'Union européenne le 28 février 2000 en vue de l'adoption de la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, retient (considérant 48) que *„la présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les Etats membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce, afin de détecter et empêcher certains types d'activités illicites“*.

3.11. Paiement électronique et protection du consommateur

Enfin, le projet de loi fixe des règles protectrices du consommateur qui est titulaire d'un instrument de paiement électronique. Plus particulièrement, un régime de partage de responsabilité entre l'émetteur et le titulaire est organisé en cas de vol, de fraude. Par ailleurs, la charge de la preuve est déterminée ainsi que les moyens d'effectuer cette preuve.

*

4. LES MODIFICATIONS APPORTEES AU PROJET DE LOI SUITE A L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 2 MAI 2000

Le projet de loi modifié se conforme textuellement sur un grand nombre de propositions du Conseil d'Etat sur le fond et la forme, sauf sur certains points exposés ci-dessous.

4.1. Sur le fond

Article 2 §2 relatif au champ d'application excluant les notaires et article 2 §4 relatif à l'application de la loi du pays d'origine; article 4 relatif à l'accès à l'activité de prestataire de services; article 17 rela-

tif à la définition du certificat qualifié; article 25 relatif à l'émission et au contenu des certificats qualifiés; article 26 relatif à la suspension des certificats; article 28 relatif à la responsabilité des prestataires de services de certification; article 30 relatif à l'Autorité nationale de surveillance et d'accréditation; article 59 relatif aux communications commerciales non sollicitées; article 61 relatif au champ d'application des contrats par voie électronique; article 64 relatif aux informations préalables à fournir aux consommateurs; article 67 relatif au paiement du service financier fourni avant la rétractation; article 75 relatif aux définitions en matière de paiement électronique; article 79 relatif aux risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique.

L'article 66 §4 alinéa h) a fait l'objet d'une opposition formelle du Conseil d'Etat. Cette disposition du projet de loi est issue de la directive 97/7 relative aux ventes à distance (article 6§3 premier tiret). Cependant les auteurs du projet de loi peuvent se rallier à l'argumentation du Conseil d'Etat: l'article 66 §4 alinéa h) est donc supprimé.

Par ailleurs, et pour préserver l'équilibre entre consommateur et commerçant, le délai de rétractation est ramené à sept jours (§2 de l'article 66).

4.2. Sur la forme

Intitulé du projet de loi; article 13 relatif à la modification de l'article 1334 du code civil; l'intitulé de l'article 23; article 23 relatif à l'acceptation des certificats; article 24 relatif à l'obligation de vérification; article 28 relatif à la responsabilité des prestataires de service de certificats qualifiés; article 32 relatif aux conditions d'obtention de l'accréditation; article 33 relatif à l'arrêt et au transfert des activités; article 62 relatif aux informations techniques générales à fournir; article 66 relatif au droit de rétractation du consommateur; article 71 relatif au simple transport; article 72 relatif au caching; article 73 relatif à l'hébergement; article 81; nouvel article 84 relatif à l'intitulé du projet de loi.

*

5. AUTRES MODIFICATIONS

5.1. L'exclusion de la fiscalité (article 2 §1 premier tiret)

Le projet de loi ne fait que transposer fidèlement l'article 1.5 alinéa a) de la directive „commerce électronique“. Les aspects fiscaux du commerce électronique sont exclus de cette directive. A la demande des administrations fiscales, la fiscalité est exclue.

La directive „commerce électronique“ instaure la libre prestation des services de la société de l'information ou certaines activités ne peuvent garantir cette libre prestation notamment la fiscalité puisque la taxe sur la valeur ajoutée frappe un grand nombre des services de la société de l'information. Aussi la fiscalité est exclue du champ d'application de cette directive.

Il est renvoyé au principe de neutralité de traitement entre commerce traditionnel et commerce électronique¹. L'article 2 §1 premier tiret est maintenu.

5.2. La notion d'installation stable (article 1er)

La notion d'installation stable fait partie de la définition donnée par la directive dans son article 2 alinéa c) „*Le prestataire établi est celui qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée*“. Cette notion n'a pas été définie dans le projet de loi afin de l'appliquer à une multitude de situations particulières. Il ne faut pas confondre ici installation stable et établissement stable.

Par exemple l'installation stable d'un prestataire peut être son siège social localisé géographiquement. Au cas où le prestataire est établi dans plusieurs Etats membres, son établissement stable sera le lieu où ce prestataire a le „*centre de ses activités*“.

¹ Les travaux ont été lancés dans le cadre de la communication de la Commission européenne „Commerce électronique et fiscalité indirecte“, COM (1998)374 final.

L'élément fondamental de la définition est le critère de la localisation géographique ou économique et non pas l'emplacement des technologies utilisées, tel que le lieu de localisation du serveur.

L'article 1er reste inchangé.

5.3. Le principe du pays d'origine (article 2 §4)

Dans le domaine du commerce électronique, une grande incertitude existe pour déterminer quel Etat membre est compétent pour contrôler telle ou telle activité. Dans certains cas, la même activité peut être soumise au contrôle et au régime juridique de plusieurs Etats membres: compte tenu que les différents éléments de la chaîne économique d'une activité – la communication commerciale, le contenu fourni, l'accès à internet, l'hébergement – peuvent être rattachés au territoire de plusieurs Etats membres, on peut assister à une multitude de législations susceptibles de s'appliquer.

Le choix de l'application de la loi du pays d'origine répond à une nécessité de sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, parmi lesquels les consommateurs. En effet, le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général et la certitude de la loi applicable.

Le principe du pays d'origine a pour corollaire la libre circulation des services de la société de l'information dans l'Union européenne ce qui est un atout pour le Luxembourg, grand exportateur de services, financiers en particulier.

C'est la loi du lieu d'établissement du prestataire qui s'applique. Dans le cas du prestataire établi au Luxembourg, c'est la loi luxembourgeoise qui s'applique.

L'article 2 alinéa h) de la directive „commerce électronique“ définit la notion de domaine coordonné comme *„les exigences prévues par les systèmes juridiques des Etats membres et applicables aux prestataires de services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux“*.

L'article 3.1 pose le principe de l'application de la loi du pays de l'établissement du prestataire (principe du pays d'origine) pour les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné.

Le domaine coordonné a trait aux exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent¹:

- l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification;
- l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.

Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que:

- les exigences applicables aux biens en tant que tels;
- les exigences applicables à la livraison des biens;
- les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique².

Le domaine coordonné est sans préjudice de futures législations adoptées concernant les services de la société de l'information. Le domaine coordonné ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne, la responsabilité des prestataires (pas seulement les prestataires intermédiaires mais toutes les activités de prestation de services de la société de l'information, par exemple la fourniture d'accès, les prestataires de services de certification ...). Il ne couvre pas les exigences juridiques des Etats membres relatives aux biens telles que les normes en matière de sécurité, la responsabilité du fait des produits, les exigences relatives à la livraison ou au transport des biens³.

1 Art. 2i) de la directive dite „commerce électronique“.

2 Art. 2ii) de la directive dite „commerce électronique“.

3 Voir le considérant 21 de la position commune relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information notamment du commerce électronique qui a donné lieu à une directive non encore publiée, dite directive „commerce électronique“.

La proposition du Conseil d'Etat concernant l'article 2 §4 est reprise dans les amendements mais la référence au droit international privé est supprimée.

En effet, dans la version finale de la directive dite „commerce électronique“, il est bien précisé dans le considérant 23 *„la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux; les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive“*.

Cependant il a été pris note des préoccupations du Conseil d'Etat concernant l'application des règles de droit international privé. Ainsi l'article 2 §5 contient-il des exceptions au principe du pays d'origine parmi lesquelles les obligations contractuelles de contrats conclus avec des consommateurs. Mais ces exceptions n'ont pas un effet automatique et le texte de l'article 2 §5 a été amendé en ce sens afin de transposer la directive dite „commerce électronique“.

Ainsi, l'article 2 §5 a été amendé puisqu'un troisième tiret a été rajouté afin de mentionner aussi la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat, principe de droit international privé¹. Bien évidemment ce principe n'a pas pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle². Cette protection est assurée par le texte de l'article 2 §5 deuxième tiret précité.

Par ailleurs, les autorités administratives peuvent prendre des mesures pour restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre en cas d'atteinte ou de risque d'atteinte, afin de protéger l'ordre et la sécurité publiques, la santé publique ou les consommateurs (art. 2 §6). Ainsi, cela pourrait répondre aux attentes du Conseil d'Etat notamment concernant la responsabilité des prestataires intermédiaires. Le gouvernement luxembourgeois pourra prendre des mesures restreignant la libre circulation d'un service en provenance d'un autre Etat membre et qui porte atteinte à l'ordre public par exemple en commettant des actes révisionnistes ou d'exploitation sexuelles des enfants.

5.4. Les jeux d'argent: interdiction des jeux d'argent (article 2 §5)

L'article 2 §5 vise à faire déroger les jeux d'argent au principe d'application de la loi du pays d'origine. Ainsi, c'est la loi du pays de destination qui s'applique c'est-à-dire la loi luxembourgeoise. Le Luxembourg peut interdire l'exploitation des jeux d'argent conformément à la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives. Ainsi, l'article 2 §5 reste inchangé.

5.5. Questions en matière civile

La Commission soutient la version originale du projet de loi. Ce texte a été élaboré en collaboration avec les membres de la magistrature, le Centre universitaire et a fait l'objet d'une étude par l'ABBL. La teneur actuelle des dispositions civiles du projet de loi se justifie par l'étude de l'ABBL en ce domaine. L'ABBL déclare qu'„il est proposé de maintenir l'agencement général du projet de loi en ce qui concerne les problèmes liés à la signature. Les modifications du Code civil que suppose la reconnaissance de l'écrit électronique doivent également conduire à modifier d'autres articles des codes civil et de procédure civile“.

Les articles 6 à 16 sont maintenus.

5.6. La définition de l'accréditation

Le marché des services de certification étant libre, le système d'accréditation mis en place ne peut qu'être un système volontaire. La définition de l'accréditation issue du Guide de l'ISO/CEI (institut de normalisation international/Institut de normalisation européen) est complétée.

¹ Titre II, article 3 §1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, appr. L. 27 mars 1986, Mém.1986, 1145 et 1518.

² Article 5 §2 de la Convention de Rome.

Il faut rappeler l'importance du système d'accréditation prévu par la directive „signature électronique“. Des systèmes d'accréditation permettent d'atteindre un degré de confiance, de sécurité et de qualité exigés par l'évolution du marché (considérant 11 de la directive 1999/93/CE).

Par ailleurs, une loi relative à l'accréditation du 22 mars 2000¹ permet la mise en place d'un office luxembourgeois d'accréditation dans le domaine des normes ISO/EN au Ministère de l'économie. Cet office servira de support logistique à l'accréditation dans le domaine du commerce électronique.

5.7. La protection des données personnelles (article 20)

Le Conseil d'Etat a exprimé ses réserves les plus formelles face à l'absence de transposition des directives 1995/46 et 1997/66 relatives à la protection des données personnelles et son lien avec la directive „signatures électroniques“. Ce projet de loi n'est pas destiné à transposer les directives relatives à la protection des données personnelles. Cette transposition a été effectuée par le Ministère d'Etat dans un avant-projet. Ce dernier soumettra les prestataires de services de certification aux exigences contenues dans la directive 1995/46 et conformément à l'article 8 §1 de la directive „signatures électroniques“.

L'article 20 du projet de loi relatif au commerce électronique contient déjà des obligations spécifiques relatives aux données personnelles concernant tous les prestataires de service de certification. Est ainsi assurée la transposition fidèle de l'article 8 §2 de la directive „signatures électroniques“.

5.8. Les obligations des prestataires de services de certification (articles 19 à 28)

Seuls les prestataires de services de certification émettant des certificats qualifiés sont tenus à certaines obligations définies dans les articles 22 à 28 du projet de loi. En effet, seule la signature électronique basée sur un certificat qualifié aura des effets juridiques. Sur ce point les dispositions du projet de loi transposent fidèlement la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Par ailleurs, la section 2 du titre 2 consacrée aux prestataires de certification a été réorganisée afin de bien distinguer les obligations des prestataires par rapport à leur qualité. Ainsi, une sous-section est consacrée aux obligations que doit remplir tout prestataire, une autre sous-section est propre aux obligations auxquelles sont tenus les prestataires émettant des certificats qualifiés et une dernière sous-section est consacrée aux prestataires accrédités.

Par ailleurs, les dispositions sur la surveillance ont été ajoutées ce qui permet d'identifier les prestataires qui émettent des certificats qualifiés et ceux qui émettent des certificats quelconques. Cependant, les prestataires qui émettent des certificats non qualifiés pour autant qu'ils existent, doivent se conformer aux articles 19 et 20.

Eu égard à ces considérations le texte reste inchangé.

5.9. Dispositions pénales

Les dispositions pénales sont suspendues suite à l'avis du Conseil d'Etat. En effet les observations du Conseil d'Etat nécessitent une réflexion plus approfondie, les dispositions pénales feront donc l'objet d'un projet de loi complémentaire.

Les articles 36 à 56 sont supprimés.

5.10. La mission de surveillance de l'Autorité nationale (nouvel article 30)

Tout d'abord, il convient de rappeler que la directive „signatures électroniques“ exclut toute autorisation spécifique pour la mise sur le marché de services de certification (article 3 §1).

¹ Loi relative à la création d'un Registre national d'accréditation, d'un Conseil national d'accréditation, de certification, de normalisation et de promotion de la qualité et d'un organisme luxembourgeois de normalisation, modifiant la loi du 14 décembre 1967 portant institution d'un poste de commissaire du Gouvernement, portant création d'un service de l'énergie de l'Etat, et concernant l'exploitation des centrales hydroélectriques d'Esch-sur-Sûre et de Rosport.

La notion de surveillance prévue par la directive „signatures électroniques“ ne doit pas être confondue avec la notion de contrôle. La notion juridique de contrôle implique la vérification de la conformité à une norme par une institution. La surveillance implique plutôt un droit de regard d'une institution¹. La philosophie du projet initial visait à favoriser l'émergence de nouveaux métiers de la société de l'information dont la création de prestataires de services de certification et d'éviter de les soumettre à un contrôle administratif.

Les amendements introduisent une surveillance exigée par la directive 1999/93/CE dans son article 3 §3 et demandée par l'Association des banques et banquiers de Luxembourg (ABBL).

Pour faciliter la surveillance, un système de notification d'une déclaration de conformité est proposé dans le projet de loi amendé. Le prestataire doit procéder à une déclaration de conformité aux exigences législatives et réglementaires concernant l'émission de certificats qualifiés. Il doit donner une série d'informations quant à l'activité qu'il développe ou qu'il entend développer. Des auditeurs remplissant les qualifications adéquates peuvent être chargés de vérifier la conformité des prestataires de certification avec la présente loi et ses règlements d'exécution. Il peut s'agir des réviseurs d'entreprises.

L'organisation de la surveillance des prestataires de services de certification émettant des certificats qualifiés est actuellement discutée dans le groupe de travail du Conseil de l'Union européenne et aucune procédure n'a encore été recommandée par le groupe de travail.

5.11. Les contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications INDIVIDUELLES équivalentes (article 62 §3 et article 63 §2)

Ces contrats ne sont pas soumis à l'obligation d'information (article 62) concernant les renseignements techniques.

Cette disposition ne vise nullement à exclure les contrats conclus par courrier électronique du champ d'application de l'obligation d'information concernant les techniques utilisées afin de conclure un contrat. Dans son considérant 18, la directive „commerce électronique“ exclut du champ d'application de l'article 10 (transposé dans l'article 62 §3 du projet de loi) l'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes².

En effet, l'utilisation du courrier électronique à des fins privées ne constitue pas un service de la société de l'information aussi le respect de l'obligation de fournir des informations techniques n'est pas pertinente.

Selon la même analyse, l'utilisation du courrier électronique à des fins privées n'est pas non plus soumise aux dispositions concernant la détermination du moment de la conclusion du contrat (article 63 §2).

Au vu de ces observations l'article 62 §3 et l'article 63 §2 demeurent inchangés.

5.12. Question de terminologie (chapitre 2 du titre V consacré aux contrats conclus avec les consommateurs, articles 64 à 70)

La définition de „services de la société de l'information“ est utilisée à dessein plutôt que celle prônée par l'ABBL. En effet, le projet de loi ne concerne pas tous les moyens de communication à distance mais seulement les moyens de communication à distance par voie électronique. Les techniques de communication à distance visées par la directive 1997/7 relative aux ventes à distance et par la proposition de directive relative aux ventes à distance de services financiers couvrent une réalité plus grande, elles n'empruntent pas uniquement la voie électronique. Par exemple, sont des techniques de communication à distance qui ne rentrent pas dans le champ d'application du projet „commerce électronique“ le fax et le téléphone; par contre le WAP (wireless application protocol) c'est-à-dire l'utilisation de services Internet par la voie du téléphone portable ou GSM est un service de la société de l'information car il emprunte la voie électronique.

¹ Voir Cornu, *Vocabulaire juridique*.

² Doc. 14263/1/99, REV 1, ECO 419, CONSOM 80, CODEC 826.

Le problème des champs d'application a déjà été évoqué au point 1 du présent document.
Ainsi le texte reste-t-il inchangé.

5.13. Les services financiers dans le cadre de la protection des consommateurs (article 60)

La définition du projet de loi est reprise d'une proposition de l'ABBL. La version actuelle de la proposition de directive relative aux contrats portant sur des services financiers négociés à distance est fortement controversée au sein du Groupe de travail du Conseil.

Quant aux services financiers visés, le principe d'application immédiate de la loi s'applique donc pour les contrats précédemment conclus, leurs effets présents et futurs relèvent du projet de loi.

Ces dispositions en matière de protection des consommateurs faisant appel aux services financiers ont été demandées expressément par l'ABBL.

Le texte demeure inchangé.

5.14. La responsabilité des prestataires intermédiaires (articles 71 à 74)

Il convient de préciser que ces prestataires ne sont que des intermédiaires et aucunement des éditeurs de contenu. Les prestataires intermédiaires, encore appelés prestataires de services intermédiaires, se définissent par trois activités bien précises: le simple transport (article 71), le stockage temporaire dit caching (article 72) et l'hébergement (article 73).

La distinction relative à la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur mais sur le type d'activité exercée. Un prestataire de services peut se voir exonéré de sa responsabilité pour son activité de simple transport mais voir engager sa responsabilité en tant que fournisseur d'accès (comme fournisseur d'accès AOL, Wanadoo, PT au Luxembourg fournissent d'excellents exemples). En effet, en ce qui concerne l'activité de fournisseur d'accès, d'éditeur de contenus le droit commun s'applique c'est-à-dire le droit de la responsabilité civile et le droit de la responsabilité pénale.

Par ailleurs, la résolution législative du Parlement européen sur la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques de services de la société de l'information dans le marché intérieur, dite directive „commerce électronique“, au point 5 *„demande à la Commission de garantir une prompte et stricte mise en œuvre de la présente directive ... notamment au regard de la responsabilité des prestataires de services intermédiaires, afin d'encourager la mise en place de procédures efficaces de notification et de retrait („notice and take-down“) par les parties intéressées et de prévenir toute interprétation des articles 12 à 15 susceptible de compromettre l'équilibre visé par ces articles“*.

L'article 15 de la directive „commerce électronique“ détermine l'absence d'obligation générale de surveillance. Cette règle n'exclut pas que les autorités judiciaires puissent demander à un prestataire de services de contrôler, par exemple un site spécifique pendant une période donnée, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière. Ainsi, cette possibilité est prévue dans l'article 74 §2 du projet de loi.

On ne saurait que trop insister sur le fait que la directive „commerce électronique“ exclut toute obligation générale de surveillance pour les prestataires intermédiaires. Dans le chef des prestataires intermédiaires cela revient à interdire toute disposition visant au filtrage du contenu par les prestataires intermédiaires. De plus, on sait que les procédures de filtrage disponibles actuellement sont coûteuses, difficiles à mettre en œuvre et largement inefficaces vu la croissance exponentielle de sites.

Un système d'alerte dont la mise en place sera encouragée par la Commission européenne et au Luxembourg, devrait répondre aux attentes du Conseil d'Etat. Ainsi les *„notice and take down procedures“* permettent-ils aux prestataires de services de la société de l'information d'avoir une connaissance certaine de l'existence d'une infraction sur leurs serveurs et de retirer les informations délictueuses. Ceci a pour effet de réduire les poursuites et les préjudices. Ces procédures ont, en quelque sorte, un effet préventif.

Les articles 71 à 74 ne sont pas modifiés.

5.15. Le paiement électronique (articles 75 à 80)

Le Conseil d'Etat émet ses réserves les plus formelles face à l'absence de dispositions concernant l'accès à l'activité d'émission d'instruments de paiement électronique et l'exercice de cette activité dans les articles 75 à 80.

Le texte amendé reprend les propositions du Conseil d'Etat, les paragraphes 3 et 4 sont supprimés.

L'objet du projet n'était pas de réglementer l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et la surveillance prudentielle de ces établissements.

L'objet du projet de loi était d'assurer la protection des consommateurs en intégrant des dispositions issues de la recommandation de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique. Le projet se limite à certaines dispositions permettant cette protection. Ce dispositif constitue la première étape dans le contexte d'une approche communautaire beaucoup plus vaste dont le but est d'assurer le développement de systèmes de paiement électroniques fiables, efficaces et sûrs.

La deuxième étape au niveau communautaire vise à établir un cadre de surveillance prudentielle approprié de manière à garantir la stabilité et la solidité des émetteurs de monnaie électronique. Cette deuxième étape est sur le point d'être finalisée alors qu'en avril 2000, la position commune du Conseil concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 77/789/CEE visant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'activité des établissements de crédit a été approuvée par le Parlement. La transposition de cette directive devrait se faire par des amendements à la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Le Conseil d'Etat marque son accord quant à la disposition protectrice du consommateur figurant dans l'article 79 du projet de loi. Par ailleurs, le libellé de l'article 79 §2 ne signifie aucunement que la responsabilité du titulaire varie en cas de fraude ou de négligence grave selon un règlement grand-ducal, mais tout simplement qu'il ne bénéficie pas de cette limitation de responsabilité en cas de fraude ou de négligence grave. Mais le texte amendé suit l'avis du Conseil d'Etat en instaurant un plafond.

Quant à l'article 76 alinéa b) l'analyse faite par le Conseil d'Etat en ce que la proposition de directive limite la capacité maximale de chargement sur le support électronique à 150 euros, n'est que partiellement exact. En effet, l'instauration de ce plafond ne concerne que les établissements de monnaie électronique qui aux termes de l'article 7 de la directive bénéficient d'une exemption partielle ou totale des dispositions applicables aux établissements de monnaie électronique. Cette analyse est partagée par le CSSF et la BCL.

5.16. Les listes d'„opt out“ (article 59 §3)

Le Conseil d'Etat a formulé une opposition formelle à l'encontre de l'article 59 §3 concernant les registres d'„opt out“. Le Conseil d'Etat s'oppose ainsi à la fixation, par règlement grand-ducal, des sanctions et à la désignation des autorités compétentes dans le cadre de la procédure d'„opt out“.

Les amendements proposés tiennent compte de cette opposition.

Il convient de rappeler la distinction entre les deux systèmes: „opt in“ et „opt out“.

L'„opt in“ consiste à interdire les communications commerciales non sollicitées sauf si l'utilisateur donne son accord. Généralement un prestataire de services de la société de l'information envoie un mail pour demander à l'utilisateur s'il est d'accord pour recevoir des communications commerciales. Ce dernier est libre d'accepter ou de refuser. L'utilisateur (le destinataire de services) va donc être importuné à plusieurs reprises. Ce système gêne les producteurs, les distributeurs et les annonceurs!

L'„opt out“ consiste à autoriser les communications commerciales non sollicitées. Si donc un utilisateur ne veut pas recevoir de publicité, il s'inscrit sur une liste. Par exemple, en France, il existe la liste „Robinson“ constituée par la FEVAD (Fédération des entreprises de ventes à distance). Au niveau européen, la Fédération européenne de marketing direct travaille à l'élaboration de listes d'„opt out“ européennes. Une fois que l'utilisateur est inscrit sur une liste d'„opt out“ il ne sera plus importuné puisque les prestataires sont tenus de les consulter.

L'article 59 §2 du projet de loi consacre la technique de l'„opt out“ qui permet aux PME luxembourgeoises de développer efficacement et sans restriction leur politique de marketing. Mais afin de protéger les consommateurs, les prestataires de services de la société de l'information sont tenus de consulter les

listes – désignées par règlement grand-ducal – pour identifier les personnes qui ne souhaitent pas être contactées. Les prestataires qui ne respecteraient pas la volonté des destinataires inscrits sur des listes d'opt out, sont susceptibles d'être condamnés à une amende.

*

6. NOUVELLES MODIFICATIONS (AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 2 MAI)

Ces modifications n'ont pas été suggérées par le Conseil d'Etat mais ont été rendues nécessaires par l'adoption de la directive relative à certains aspects juridiques de la société de l'information le 4 mai 2000 et par la directive relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Elles ont également été sollicitées par les milieux professionnels.

L'article 17 contient une définition complémentaire de l'accréditation. Ce système d'accréditation est spécifique à la signature électronique et issu de la directive 1999/93.

L'article 18 relatif aux effets juridiques de la signature électronique a été modifié afin de transposer fidèlement la directive 1999/93. Une modification analogue a été apportée à l'article 21 §1 relatif aux obligations du titulaire du certificat selon les suggestions de l'ABBL.

L'article 20 §3 a été modifié selon les suggestions du milieu bancaire, en effet, le titulaire de certificat ne peut refuser de divulguer son identité si la loi l'exige.

Dans les articles 75 à 80 relatifs au paiement électronique, une terminologie plus appropriée a été adoptée.

*

7. TEXTE MODIFIE SUITE A L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 2 MAI 2000

7.1. Amendements de la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports suite à l'avis du Conseil d'Etat relatifs au Projet de loi No 4641 concernant le commerce électronique

Intitulé du projet de loi: il convient de supprimer la référence à la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Article 1er:

Dans la définition du prestataire établi remplacer dans la dernière phrase „en tant que tel“ par „en tant que telles“.

Dans la définition du destinataire remplacer „de l'information“ par „une information“.

Article 2:

Dans le paragraphe 2 premier tiret, les termes „ou de professions équivalentes dans la mesure où ils supposent un lien direct et spécifique avec l'exercice d'une autorité publique“ sont à supprimer.

Remplacer le libellé du paragraphe 4 par le libellé suivant: „la loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestent“

Dans le paragraphe 5 remplacer „pour les obligations contractuelles de contrats conclus avec des consommateurs“ par „pour les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs“.

Dans le paragraphe 5, remplacer „il est fait exception“ par „il peut être fait exception“.

Dans le paragraphe 5, ajouter un troisième tiret:

„la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat“

Le nouveau paragraphe 6 s'écrit comme suit:

„Les autorités administratives peuvent restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre lorsque ledit service représente un risque

sérieux et grave d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection des consommateurs ou porte atteinte à ces objectifs. Les restrictions précitées doivent être nécessaires et proportionnées à ces objectifs. Elles doivent être préalablement notifiées de manière adéquate à la Commission européenne et à l'Etat membre dans lequel le prestataire dudit service de la société de l'information est établi. Et l'Etat membre concerné ne doit pas avoir pris de mesures ou pris des mesures insuffisantes."

Article 4:

Remplacer le libellé de l'article 4 par le libellé suivant:

„Sans préjudice des dispositions de la loi d'établissement, l'accès à l'activité de prestataire ne fait, en tant que telle, pas l'objet d'une autorisation préalable.“

Sous-section 1 du chapitre 1 du titre II:

Remplacer l'intitulé de la sous-section 1 du chapitre 2 consacré aux prestataires de services „des prestataires de services de certification“ par „dispositions communes“.

Article 13:

Il y a lieu d'écrire „... par règlement grand-ducal“ au lieu de „... par un règlement grand-ducal“.

Article 14:

Rajouter après „supprimé.“ la phrase suivante: „Le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, pris en exécution de l'article 1348 du code civil, continue à produire ses effets sur la base de l'article 13 de la présente loi.“

Article 17:

La définition du certificat qualifié est modifiée comme suit: „un certificat qui satisfait aux exigences fixées sur base de l'article 25 de la présente loi.“

La définition de l'Autorité nationale d'accréditation est modifiée comme suit: „... le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, qui dirige et gère, par ses services, un système d'accréditation et qui se prononce sur l'accréditation.“

Rajouter une définition de „l'accréditation volontaire, toute autorisation indiquant les droits et obligations spécifiques à la fourniture de services de certification, accordée, sur demande du prestataire de service de certification concerné, par l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance chargée d'élaborer ces droits et obligations et d'en contrôler le respect, lorsque le prestataire de service de certification n'est pas habilité à exercer les droits découlant de l'autorisation aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu la décision de l'organisme“.

In fine rajouter un 2ème tiret à la définition de l'Autorité nationale d'Accréditation et de Surveillance:

„– qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques qui émettent des certificats qualifiés.“

Article 18:

Dans le paragraphe remplacer „une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature“ par „une signature électronique créée par des moyens“.

Article 19:

Dans le paragraphe 4 supprimer la formulation utilisée et la remplacer par la formule suivante:

„Les auditeurs mandatés par l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance sont tenus au secret professionnel et, en cas de violation de ce secret, passibles des peines prévues par l'article 458 du Code pénal.“

Article 20:

Supprimer le paragraphe 1.

Dans le paragraphe 3 remplacer „lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de services de certification qu'avec le consentement du titulaire et dans les cas prévus à l'article 19 §2" par „lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de services de certification qu'avec le consentement du titulaire ou dans les cas prévus à l'article 19 §2“.

Article 21:

Remplacer „dispositif de création de signature qu'il utilise ...“ par „données afférentes à la création de signature“.

In fine remplacer „celui-ci“ par „celles-ci“. Dans le paragraphe 3 supprimer „suspendre voire de“ et remplacer „conformément aux articles 26 et 27“ par „conformément à l'article 26“.

Article 23:

Ajouter l'intitulé à l'article: „de l'acceptation des certificats“

Intervertir les articles 23 et 24.

Article 25:

Modifier le paragraphe 1 comme suit: „Pour pouvoir émettre des certificats qualifiés, les prestataires de service de certification doivent disposer des moyens financiers et des ressources matérielles, techniques et humaines adéquates pour garantir la sécurité, la fiabilité et la pérennité des services de certification offerts. Ces exigences peuvent être précisées par voie de règlement grand-ducal.“

Le paragraphe 4 est complété par l'ajout du terme „accrédité“ après les termes: „... peut être délivré tant par un prestataire de service de certification.“

Article 26:

Cet article est supprimé.

Article 28 (nouvel article 27):

Faire précéder les 2ème et 3ème tirets du paragraphe 1 à chaque fois de „à“.

Dans le paragraphe 2 supprimer „la suspension ou“.

Dans le paragraphe 3 rajouter in fine „et discernables par les tiers“.

Supprimer le libellé du paragraphe 4 et le remplacer par „Les dispositions des paragraphes 1 à 3 sont sans préjudice de la loi du 25 août 1983 relative à la protection du consommateur modifiée par la loi du 26 mars 1997“.

Nouvel article 29 intitulé „la surveillance“:

„§1.– L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance veille au respect par les prestataires de services émettant des certificats qualifiés des exigences contenues dans les articles 19 à 28 de la présente loi et dans les règlements grand-ducaux pris en application.

§2.– Tout prestataire émettant des certificats qualifiés doit notifier la conformité de ses activités aux exigences de la présente loi et des règlements grand-ducaux.

§3.– L'autorité nationale tient un registre des notifications.

§4.– Sur réclamation de toute personne concernée, l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance vérifie ou fait vérifier que le prestataire de services de certification est conforme aux dispositions légales et réglementaires concernant les certificats qualifiés.

§5.– L'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance peut recourir à des auditeurs externes afin de vérifier la conformité des prestataires de services de certification aux exigences de la présente loi et de ses règlements d'exécution.

§6.– Un règlement grand-ducal fixe les procédures d'exécution de la surveillance du présent article et la qualification des auditeurs visés au paragraphe précédent.“

Article 30:

Supprimer le dernier alinéa désignant le ministère de l'Economie en tant qu'autorité nationale d'accréditation et de surveillance.

Article 32:

Au paragraphe 4 remplacer „dans le délai de (un) mois“ par „dans le délai de un mois“.

Article 33:

Au paragraphe 3 remplacer „conformément à l'article 28“ par „conformément à l'article 25“.

Articles 36 à 56 relatifs aux dispositions pénales:

Ces articles sont supprimés.

En conséquence les articles 57 à 82 sont renumérotés et deviennent les articles 36 à 61.

Article 59 (nouvel article 38):

Dans le paragraphe 3 rajouter après „et respectent le souhait de ces personnes“ la phrase suivante: „L'inscription des personnes physiques sur un ou plusieurs registres d'opt out se fait sans frais pour ces personnes.“

Dans le paragraphe 3 mettre après „registres d'opt out“ la précision suivante „désignés par règlement grand-ducal“.

Dans le paragraphe 3 in fine remplacer „Dans le cas contraire, les autorités compétentes peuvent prendre des sanctions contre ces prestataires. Les autorités compétentes et les sanctions seront déterminées par règlement grand-ducal“ par „Est puni d'une amende de dix mille un à deux cent mille francs, tout prestataire n'ayant pas respecté le souhait des personnes inscrites sur un ou plusieurs registres d'opt out.“

L'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la personne lésée“.

Article 61 (nouvel article 40):

Dans le paragraphe 1 dans le 3ème tiret les mots „contrats de caution et de garantie“ sont remplacés par „les contrats de sûretés et les garanties“.

Dans le paragraphe 2, la référence aux „articles 64 à 70“ est remplacée par la référence aux „articles 43 à 49“.

Article 62 (nouvel article 41):

Pour l'intitulé de l'article mettre „des techniques“ entre guillemets.

Dans le paragraphe 1 alinéa c) remplacer la rédaction actuelle par une formulation plus claire: „les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu.“

Article 64 (nouvel article 43):

Dans le paragraphe 1 rajouter au début, „Le prestataire a l'obligation de fournir au consommateur, de manière claire et compréhensible ...“.

Dans le paragraphe 3, la référence à „l'article 66 §4“ est remplacée par la référence à „l'article 45 §4“.

Article 65 (nouvel article 44):

Dans le paragraphe 1 remplacer la référence à l'article 64 par la référence à l'article 44.

Article 66 (nouvel article 45):

Dans le paragraphe 2 rectifier le délai de rétractation: il n'est pas de 14 jours mais de 7 jours.

Dans le paragraphe 4 alinéa a), il convient d'opérer la même rectification et remplacer le délai de 14 jours par un délai de 7 jours.

Dans le paragraphe 4 supprimer l'alinéa h).

Dans le paragraphe 1 remplacer la référence à „l'article 65“ par la référence à „l'article 44“.

Article 67 (nouvel article 46):

Dans le paragraphe 1 supprimer la dernière phrase.

Dans le paragraphe 3 il y a lieu de remplacer „toutes sommes qu'il a reçues de ce dernier“ par „toutes sommes qu'il a perçues de ce dernier“. Et remplacer la dernière phrase par „Ce délai court du jour où le prestataire a reçu la notification de la rétractation“.

Dans le paragraphe 4 le libellé de la dernière phrase est remplacé par le libellé suivant:

„Ce délai court du jour de l'envoi de la notification de la rétractation par le consommateur.“

Dans le paragraphe 1 la référence à „l'article 66“ est remplacée par la référence à „l'article 45“.

Dans le paragraphe 2, la référence à „l'article 64“ est remplacée par la référence à „l'article 43“.

Article 70 (nouvel article 49):

La référence aux „articles 64, 65 et 66“ est remplacée par la référence aux „articles 43, 44 et 45“.

Article 71 (nouvel article 50):

Dans l'intitulé de l'article supprimer le texte en parenthèses.

Dans l'alinéa c) du paragraphe remplacer le libellé actuel par „qu'il ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission“.

Article 72 (nouvel article 51):

Remplacer l'intitulé de l'article par „forme de stockage dite caching“.

Au point e) remplacer les termes „qu'un tribunal ou une autorité administrative“ par ceux de „qu'une autorité judiciaire ou administrative“.

Article 73 (nouvel article 52):

Au point a) *in fine* remplacer la formulation actuelle par „qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels le caractère illicite de l'activité ou de l'information est apparent“.

Article 74 (nouvel article 53)

Remplacer, dans le paragraphe 1, la référence aux „articles 71 à 73“ par la référence aux „articles 50 à 52“.

Article 75 (nouvel article 54)

Supprimer les paragraphes 3 et 4.

Dans le paragraphe 1, 2, 3 et 4 remplacer „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Dans le paragraphe 2 remplacer „instrument rechargeable“ par „instrument de paiement électronique rechargeable“. Remplacer dans le paragraphe 2 „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Article 77 (nouvel article 56)

Remplacer „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Remplacer les termes „pendant une période d'au moins cinq ans“ par „pendant une période de trois ans“.

Article 78 (nouvel article 57):

Remplacer „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Article 79 (nouvel article 58):

Dans l'intitulé remplacer „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Idem dans le paragraphe 1. Et remplacer „instrument rechargeable“ par „instrument de paiement électronique rechargeable“.

Idem paragraphe 2.

Idem paragraphe 3.

Dans le paragraphe 1 après „L'émetteur d'un instrument de paiement électronique doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer cette notification“ rajouter „et pour rapporter la preuve qu'il l'a effectuée“.

Dans le paragraphe 2 remplacer „hormis les cas où“ par „sauf dans les cas où“.

Dans le paragraphe 2 in fine rajouter „Ce montant ne peut dépasser 150 euros“.

Dans le paragraphe 2 remplacer la référence à „l'article 75 §1 a), b) et c)“ par la référence à „l'article 54 §1 a), b) et c)“. Idem dans le paragraphe 2, 2ème tiret.

Article 80 (nouvel article 59):

Remplacer „instrument de transfert électronique de fonds“ par „instrument de paiement électronique“.

Article 81 (nouvel article 60):

Remplacer la référence à la loi budgétaire pour l'exercice 1999 par celle à la loi budgétaire pour l'an 2000.

Remplacer „de deux agents de la carrière supérieure de l'Etat“ par „de trois agents de la carrière supérieure de l'Etat“.

Nouvel Article 62:

Un nouvel article est adopté, il stipule que „dans toute disposition légale ou réglementaire future, la référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du ... relative au commerce électronique“.

7.2. Commentaire des articles

Intitulé du projet de loi:

Comme le souligne le Conseil d'Etat la référence à la directive 1993/13/CEE n'est pas appropriée car elle n'est pas visée ici.

Article 2:

Les termes de professions équivalentes à un notaire ne correspondent pas à une activité précise au Luxembourg.

Dans le paragraphe 4 il convenait de transposer la notion de domaine coordonné définie dans l'article 2 alinéa h) de la directive „commerce électronique“. Pour cela la proposition du Conseil d'Etat a été reprise en partie.

Concernant le paragraphe 5, il faut préciser que la loi du domicile du consommateur peut s'appliquer en vertu de la Convention de Rome mais que ce n'est pas obligatoirement le cas.

Le nouveau §6 de l'article 2 transpose l'article 3 §4 et §5 de la directive dite „commerce électronique“ qui prévoit une procédure qui règle la façon de déroger à la libre circulation des services. Cette procédure est prévue pour des objectifs fondamentaux tels que la protection des consommateurs, la protection de l'ordre public.

Elle prévoit un système de double notification, l'une à l'Etat membre où le prestataire est établi, l'autre à la Commission européenne.

Article 4:

La référence à la législation relative au droit d'établissement au Luxembourg est indispensable, on ne saurait créer deux régimes entre le commerce offline et online.

Intitulé de la sous-section 1 du chapitre I du titre II:

Cette sous-section a été reformulée afin d'éviter les répétitions.

Article 13:

Rectification d'une erreur matérielle.

Article 14:

Le Conseil d'Etat soulève la question de savoir si le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, pris en exécution de l'article 1348 du code civil, continue à produire ses effets, une fois qu'une de ses bases légales (l'article 1348 du code civil) aura été abrogée. Afin d'éviter cette incertitude le Ministère de la Justice a proposé cet amendement.

Article 17:

Il convenait de définir l'autorité chargée de la surveillance des prestataires de services de certification.

La définition de l'accréditation volontaire est directement inspirée de la directive 1999/93/CE. La définition de l'accréditation tirée du Guide ISO est ainsi complétée. Cette définition traduit la volonté d'assurer par l'accréditation volontaire, la confiance, la sécurité et la qualité exigées par l'évolution du marché.

Article 18:

Cette modification est nécessaire car le signataire peut garder sous son contrôle les moyens de création de la signature (clé privée) par contre il ne peut pas contrôler le dispositif de création de signature qui est un logiciel; cette maîtrise du dispositif sécurisé de signature sera plutôt le fait du prestataire de services de certification.

Cette modification transpose l'article 2.2 alinéa c, qui définit la signature électronique avancée, de la directive relative à un cadre communautaire sur les signatures électroniques.

Article 19:

Un changement de terminologie a été rendu nécessaire.

Article 20:

La transposition de l'article 8 §1 de la directive 1999/93 sera assurée par le projet de loi relatif à la protection des données personnelles.

Le titulaire ne peut refuser de divulguer son identité si la loi l'exige.

Article 21:

Même modification que dans l'article 18 et pour les mêmes raisons.

Article 25:

Cet article servira de base légale aux règlements d'exécution appelés à déterminer les exigences de sécurité et de fiabilité auxquelles devront satisfaire les prestataires de service de certification qui entendent émettre des certificats qualifiés, ainsi que les informations que ces certificats doivent contenir.

Article 26:

La suspension a été supprimée car elle risque d'apporter plus d'inconvénients que d'avantages. En effet, elle pourrait créer des situations difficiles pour les prestataires si la suspension est faite à tort, par ailleurs elle risque de rendre l'harmonisation avec les autres pays membres plus difficile car tous n'auront pas un système de suspension.

Article 28 (nouvel article 27):

Il ne suffit pas que les limites soient inscrites dans le certificat, elles doivent être discernables par les tiers.

Dans le paragraphe 4 la loi du 26 mars 1997 porte notamment transposition des directives 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs; modifie la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur (Mémorial A No 30 du 29 avril 1997).

Nouvel article 29:

Cette autorité nationale exerce une fonction de surveillance conformément à l'article 3 §3 de la directive „signatures électroniques“.

Les obligations qui pèsent sur les prestataires émettant des certificats qualifiés figurent non seulement dans les articles 22 à 27 propres à l'émission de certificats qualifiés mais aussi dans les articles 19 à 21 qui sont les obligations auxquelles sont tenus tous les prestataires de services donc y compris les prestataires émettant des certificats qualifiés.

Article 33:

Rectification d'une erreur matérielle.

Articles 36 à 56:

Suite à l'avis du Conseil d'Etat ces articles sont supprimés et seront traités dans un projet de loi complémentaire.

Article 59 (nouvel article 38):

La mise à disposition des listes d'opt out doit se faire sans frais pour les personnes physiques. Ces listes vont être élaborées et sont en train de l'être au niveau européen et international, par les opérateurs c'est-à-dire les prestataires de services de la société de l'information. En cas d'irrespect une sanction d'amende s'avèrera dissuasive.

Dans le paragraphe in fine le projet s'est inspiré de l'article 2 de la loi du 11 août 1982 concernant la vie privée (Mém.1982, 1840). En effet, l'atteinte semble similaire.

Article 61 (nouvel article 40):

Le terme „sûretés“ est plus large que celui de caution.

Article 62 (nouvel article 41):

Dans le paragraphe 1 alinéa c) la rédaction a été améliorée pour plus de clarté.

Article 64 (nouvel article 43):

Il n'y a pas seulement lieu de réserver l'application des obligations d'information spécifiques aux services financiers. Sont par exemple applicables au titre de l'acquis communautaire, les obligations d'information imposées aux agents de voyages par la loi du 14 juin 1994 portant réglementation des conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours, et portant transposition de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

Article 66 (nouvel article 45):

L'alinéa h) du paragraphe 4 a été supprimé conformément à la volonté du Conseil d'Etat qui a formulé une opposition formelle. Une exclusion formulée en termes aussi généraux présente le risque suivant: elle aboutit à vider le droit de rétractation de toute substance. En effet, il suffira alors au fournisseur de s'exécuter le plus rapidement possible.

Article 67 (nouvel article 46):

La dernière phrase du paragraphe 1 est superfétatoire.

Article 71 (nouvel article 50):

Il convient de préciser qu'à l'activité de simple transport correspond en anglais l'activité de *mere conduit*.

Article 72 (nouvel article 51):

L'intitulé de l'article a été francisé suivant l'avis du Conseil d'Etat.

Au point e) la terminologie est modifiée conformément à l'avis du Conseil d'Etat.

Article 73 (nouvel article 52):

Au point a) in fine une formulation plus claire a été choisie.

Article 75 (nouvel article 54):

Les définitions de l'émetteur et du titulaire ont été supprimées. La question de l'accès à l'activité d'émetteur sera réglée par les amendements apportés à la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Articles 75 à 80 (nouveaux articles 54 à 59):

La terminologie adoptée paraît plus appropriée, le terme d'instrument de transfert électronique de fonds étant source de confusion.

Article 77 (nouvel article 56):

Le délai de cinq ans s'avère trop long, en effet en pratique les relevés sont conservés pendant trois ans au cas où il y aurait une contestation, un délai plus long semble irréaliste et poserait des problèmes de stockage des relevés.

Article 79 (nouvel article 58):

Sur demande du Conseil d'Etat l'émetteur de l'instrument de paiement électronique doit aussi mettre à la disposition du titulaire les moyens pour rapporter la preuve qu'il a effectué la notification.

Sur demande du Conseil d'Etat un plafond a été instauré afin de protéger le consommateur.

Article 81 (nouvel article 60):

Suite à l'avis du Conseil d'Etat, le Ministère de l'Economie a décidé d'augmenter les moyens humains concernant l'Autorité nationale d'Accréditation et de Surveillance.

Nouvel article 62:

Selon les suggestions du Conseil d'Etat, la référence à cette loi pourra se faire sous forme abrégée.

*

8. LES MODIFICATIONS SUITE A L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 7 JUILLET 2000

Le texte des modifications du projet, d'une part, et du projet amendé par la Commission, d'autre part, se conforme totalement, sur le fond et sur la forme, à l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 7 juillet et incidemment du 2 mai.

Les dispositions relatives à la surveillance ont été développées selon les propositions de texte du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire. La Commission note que le dispositif de surveillance nécessite le renforcement humain et matériel du ministère de l'économie qui a la tâche de procéder à la surveillance du secteur.

Certaines dispositions pénales ont été réintroduites (titre III du projet) car les questions de droit pénal spécial sont considérées comme fondamentales par le Conseil d'Etat.

Ceci a pour conséquence que certaines dispositions pénales, jugées inadaptées par le Conseil d'Etat dans son avis du 2 mai, ont été supprimées. Il s'agit des articles 38, 39, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 55, 56 du projet de loi.

Le titre III du projet relatif aux dispositions pénales a été réintroduit et les titres suivants ont donc été renumérotés (titre IV à titre VIII).

Dans son avis complémentaire le Conseil d'Etat déclare qu'il „peut le cas échéant suivre les auteurs des amendements pour ce qui est du report des dispositions tendant à modifier le code d'instruction

criminelle. En effet, ceci est dû au fait qu'un projet de Convention sur la cybercriminalité est actuellement en voie d'élaboration au niveau du Conseil de l'Europe". Les articles 55 et 56 du projet de loi sont supprimés.

En conséquence, le projet de loi amendé comporte une nouvelle numérotation. Les références au projet de loi et aux amendements de la Commission sont entre parenthèses.

Les articles 31 à 62 du projet amendé sont renumérotés en tenant compte des articles réintroduits. Ils deviennent les articles 31 à 71.

*

9. TEXTE DES MODIFICATIONS (SELON AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 7 JUILLET)

9.1. Amendements de la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports suite à l'avis complémentaire du Conseil d'Etat relatifs au Projet de loi No 4641 concernant le commerce électronique

Article 2:

Au paragraphe 2, supprimer le premier tiret et supprimer les mots „aux activités suivantes“ et les remplacer par „à“.

Au paragraphe 4, remplacer „et aux services qu'ils prestent.“ par la phrase suivante „et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.“.

Au paragraphe 5, remplacer „Il peut être fait exception au principe de l'application de la loi du lieu d'établissement du prestataire:

- pour les activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, ce qui comprend les loteries et les transactions sur des paris.“

par la phrase suivante:

„Quel que soit le lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information, la loi luxembourgeoise est applicable aux activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, ce qui comprend les loteries et les transactions portant sur les paris.“

Au paragraphe 5, supprimer les 2ème et 3ème tirets.

Au paragraphe 6, remplacer la rédaction actuelle par la rédaction suivante „L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance visée à l'article 17 peut restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre lorsque ledit service représente un risque sérieux et grave d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection des consommateurs, en observant par ailleurs les exigences posées par le droit communautaire à l'exercice de cette faculté.“

Article 17:

L'article 17 est reformulé de la manière suivante: „L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie,

- qui dirige et gère, par ses services, un système d'accréditation et qui se prononce sur l'accréditation;
- qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques, et plus particulièrement de ceux qui émettent des certificats qualifiés.“

Article 18:

Remplacer les mots „créée par des moyens“ par „créée par un dispositif sécurisé de création de signature“.

Article 20:

Rajouter un paragraphe 1 disposant que „L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance et les prestataires de service de certification sont tenus au respect des dispositions légales régissant le traitement de données à caractère personnel“.

En conséquence les deux autres paragraphes, le §1 devient le §2 et le §2 devient le §3.

Article 21:

Dans le paragraphe 1 remplacer „celui-ci“ par „ceux-ci“.

Dans le paragraphe 3 remplacer le bout de phrase „la confidentialité du dispositif de création de signature“ par les mots „la confidentialité des données afférentes à la création de signature“.

Dans le paragraphe 4 supprimer „ou a été suspendu“. Le paragraphe 4 débutera ainsi „Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance ou a été révoqué ...“.

Article 27:

Au paragraphe 2 supprimer les mots „la suspension“.

Remplacer le libellé du paragraphe 4 par le libellé suivant: „Les dispositions des paragraphes 1 à 3 s'appliquent sans préjudice de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.“

Article 29:

Remplacer le libellé actuel par le libellé suivant:

„1.– L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance veille au respect par les prestataires de services émettant des certificats qualifiés des exigences contenues dans les articles 19 à 27 de la présente loi et dans les règlements grand-ducaux pris en application.

2.– Tout prestataire émettant des certificats qualifiés est tenu de notifier à l'autorité nationale la conformité de ses activités aux exigences de la présente loi et des règlements pris en son exécution.

3.– L'autorité nationale tient un registre des notifications, qui fait l'objet, à la fin de chaque année de calendrier, d'une publication au Mémorial, Recueil administratif et économique, sans préjudice de la possibilité, pour l'autorité nationale, de publier à tout moment, soit au Mémorial, soit dans un ou plusieurs journaux, nationaux ou étrangers, une radiation du registre, si une telle mesure de publicité est commandée par l'intérêt public.

4.– L'autorité nationale peut, soit d'office, soit à la demande de toute personne intéressée, vérifier ou faire vérifier la conformité des activités d'un prestataire de service de certification aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution.

L'autorité peut avoir recours à des auditeurs externes agréés pour de telles vérifications. Un règlement grand-ducal détermine la procédure d'agrément, à délivrer par le ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Pourront faire l'objet d'un agrément les personnes qui justifient d'une qualification professionnelle adéquate ainsi que de connaissances et d'une expérience spécialisées dans le domaine des technologies des signatures électroniques, et qui présentent des garanties d'honorabilité professionnelle et d'indépendance par rapport aux prestataires de service de certification dont elles sont appelées à vérifier les activités.

5.– Dans l'accomplissement de leur mission de vérification, les agents de l'autorité nationale ainsi que les auditeurs externes agréés ont, sur justification de leurs qualités, le droit d'accéder à tout établissement et de se voir communiquer toutes informations et tous documents qu'ils estimeront utiles ou nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Tout refus de la part d'un prestataire de service de certification de collaborer activement est puni d'une amende de 10.001 à 800.000 francs. L'autorité peut, en pareil cas, également procéder à la radiation des prestataires du registre des notifications.

6.– Si, sur le rapport de ses agents ou de l'auditeur externe agréé, l'autorité nationale constate que les activités du prestataire de service de certification ne sont pas conformes aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, elle invite le prestataire à se conformer, dans le délai qu'elle détermine, auxdites dispositions. Si, passé ce délai, le prestataire ne s'est pas conformé, l'autorité nationale procède à la radiation du prestataire du registre des notifications.

7.– En cas de constatation d'une violation grave par un prestataire de service de certification des dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, l'autorité nationale peut en informer à telles fins que de droit notamment les autorités administratives compétentes en matière de droit d'établissement. Les rapports établis à l'attention de l'autorité nationale peuvent être

communiqués à ces autorités, dans la mesure où le prestataire de service de certification en a reçu communication dans ses relations avec l'autorité nationale."

Article 30:

Cet article est supprimé.

Article 35 (article 36 du projet de loi):

„L'article 196 du code pénal est modifié comme suit:

„Seront punies de réclusion de cinq à dix ans les autres personnes qui auront commis un faux en écritures authentiques et publiques, et toutes personnes qui auront commis un faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, en ce compris les actes sous seing privé électronique,

Soit par fausses signatures,

Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures,

Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans les actes,

Soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater." "

Article 36 (article 37 du projet de loi):

„L'article 197 du code pénal est modifié comme suit:

„Dans tous les cas exprimés dans la présente section, celui qui aura fait usage du faux sera puni comme s'il était l'auteur du faux." "

Article 37 (article 44 du projet de loi):

„L'article 471 du code pénal est modifié comme suit:

„Le vol commis à l'aide de violences ou de menaces dans une maison habitée ou ses dépendances, sera puni de la réclusion de dix à quinze ans:

S'il a été commis avec effraction, escalade ou fausses clefs;

S'il a été commis par un fonctionnaire public à l'aide de ses fonctions;

Si les coupables, ou l'un d'eux, ont pris le titre ou les insignes d'un fonctionnaire public ou ont allégué un faux ordre de l'autorité publique;

S'il a été commis la nuit par deux ou plusieurs personnes;

Si des armes ont été employées ou montrées.

Il sera puni de la réclusion de quinze à vingt ans, s'il a été commis avec deux des circonstances précitées." "

Article 38 (article 45 du projet de loi):

„L'article 487 du code pénal est modifié comme suit:

„Sont qualifiées fausses clefs:

Tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs imitées, contrefaites ou altérées, y compris électroniques;

Les clefs qui n'ont pas été destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux serrures, cadenas ou aux fermetures quelconques auxquelles le coupable les aura employées;

Les clefs perdues, égarées ou soustraites, y compris électroniques, qui auront servi à commettre le vol.

Toutefois, l'emploi de fausses clefs ne constituera une circonstance aggravante que s'il a eu lieu pour ouvrir des objets dont l'effraction eût entraîné une aggravation de peine." "

Article 39 (article 46 du projet de loi):

„L'article 488 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura frauduleusement contrefait ou altéré des clefs, y compris électroniques sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 10.001 francs à 80.000 francs.“ “

Article 40 (article 49 du projet de loi):

„L'article 498 du code pénal est modifié comme suit:

„Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 20.000 francs à 400.000 francs, ou d'une de ces peines seulement, celui qui aura trompé l'acheteur:

Sur l'identité du bien vendu, en livrant frauduleusement un bien autre que l'objet déterminé sur lequel a porté la transaction;

Sur la nature ou l'origine du bien vendu, en vendant ou en livrant un bien semblable en apparence à celui qu'il a acheté ou qu'il a cru acheter.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent aux biens mobiliers y compris incorporels et immobiliers.“ “

Article 41 (article 50 du projet de loi):

„L'article 505 du code pénal est modifié comme suit:

„Ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses ou les biens incorporels enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs.

Ils pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 24.“ “

Un nouvel alinéa 2 est ajouté à l'article 505 du Code pénal et donc à l'article 41 de la teneur suivante:

„Constitue également un recel le fait de sciemment bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit.“

Article 42 (article 51 du projet de loi):

„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.“ “

Article 43 (article 52 du projet de loi):

„L'article 509-2 du code pénal est modifié comme suit: Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, entravé ou faussé le fonctionnement d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50 000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines.“

Article 44 (article 53 du projet de loi):

Réintroduire cet article:

„L'article 509-3 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement ou de transmission automatisé de données ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leurs modes de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines.“ “

Article 45 (nouveau):

Cet article sera libellé comme suit *„L'article 509-4 du Code pénal est abrogé“.*

Article 46 (nouveau):

Cet article sera libellé comme suit „L'article 509-5 du Code pénal est abrogé“.

Article 49 (Article 38 du projet amendé, article 59 du projet de loi):

Supprimer la dernière phrase „L'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la personne lésée.“.

Article 51 (article 40 du projet amendé, article 61 du projet de loi)

Dans le paragraphe 2, la référence aux „articles 43 à 49" doit être remplacée par la référence aux „articles 54 à 60“.

Articles 52 et 53 (articles 41 et 42 du projet amendé et articles 62 et 63 du projet de loi):

A l'article 52, rajouter après „contrats“ les termes „entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles“.

A l'article 53, rajouter après „contrats“ les termes „entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles“.

Article 52:

Dans le paragraphe 3, la référence à „l'article 45 §4“ est remplacée par la référence à „l'article 56 §4“.

Article 56 (article 45 du projet amendé, article 66 du projet de loi):

Dans le paragraphe 1 remplacer la référence à „l'article 44“ par „l'article 55“.

Article 57 (article 46 du projet amendé, article 67 du projet de loi):

Dans le paragraphe 1, remplacer la référence à „l'article 45“ par „l'article 56“.

Dans le paragraphe 2, remplacer la référence à „l'article 43“ par „l'article 54“.

Article 60 (article 49 du projet amendé, article 70 du projet de loi):

La référence aux „articles 43, 44 et 45“ est remplacée par la référence „aux articles 54, 55 et 56“.

Article 63 (article 52 du projet amendé et article 73 du projet de loi):

Rajouter au §1 „Sans préjudice des dispositions de l'article 64 §2, le prestataire qui fournit“.

Article 64 (article 53 du projet amendé et article 74 du projet de loi):

Remplacer l'intitulé „absence d'obligation de surveillance“ par l'intitulé suivant: „Obligation de surveillance“

Au paragraphe 1, les articles, la référence „aux articles 50 à 52“ devient „aux articles 61 à 63“.

Un nouveau §2 est introduit qui est libellé de la façon suivante: „– Pour la fourniture des services visés à l'article 63, 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 §2 ancien est renuméroté en §3 et est modifié comme suit „Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans préjudice ...“.

Article 69 (article 58 du projet amendé, article 79 du projet de loi):

Dans le paragraphe 2, remplacer la référence à „l'article 54 §1 a), b) et c)“ par „l'article 65 §1 a), b) et c)“. Idem dans le paragraphe 2, 2ème tiret.

9.2. Commentaire des articles

Article 2:

Dans le paragraphe 2, cet amendement suit l'avis du Conseil d'Etat et son avis complémentaire. En effet pour ce qui est des notaires, l'article 40 (ancien article 61) exclut du champ d'application les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique. Or les notaires exercent une autorité publique, les termes „activités de notaire“ laissent subsister un flou qu'il convenait de supprimer.

Dans le paragraphe 4, cette modification découle des amendements postérieurs au paragraphe 5 du même article et de raison de syntaxe suivant l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

Dans le paragraphe 5, la première phrase et le 1er tiret sont amendés suivant l'avis complémentaire du Conseil d'Etat. Le §5 de l'article 2 déroge au §4 du même article. Or le §4 vise la future loi sur le commerce électronique. Si on veut rendre applicables à des prestataires de services de la société de l'information non établis au Luxembourg des dispositions légales nationales, comme par exemple la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives, ceci ne semble guère possible par dérogation au paragraphe 4, c'est-à-dire par dérogation à la future loi sur le commerce électronique.

Dans le paragraphe 5, le 2ème tiret est supprimé selon l'avis complémentaire du Conseil d'Etat, la portée exacte de cette disposition n'étant pas claire. Il suffit de s'en tenir aux dispositions de l'article 5 de la Convention de Rome qui est implicitement visée par l'exception concernant „les obligations contractuelles concernant les contrats conclus avec les consommateurs“.

Dans le paragraphe 5, le 3ème tiret relatif à la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat a été supprimé pour être introduit dans le paragraphe 4 suivant l'avis complémentaire du Conseil d'Etat. Cela rend le texte plus lisible.

Dans le paragraphe 6, l'avis complémentaire du Conseil d'Etat est suivi. La nouvelle rédaction n'entre pas dans le détail des conditions posées par le droit communautaire à l'exercice par les autorités nationales de cette possibilité de restreindre la libre circulation. Les „autorités administratives ont été précisées“; la mission est confiée à l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance.

Article 17:

Quant à la définition de l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance, l'avis complémentaire du Conseil d'Etat a été suivi, la mission de surveillance de l'Autorité devrait en principe être une mission de surveillance générale de tous les prestataires de service de certification. La définition doit être redressée d'un point rédactionnel.

Article 18:

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat a été suivi. Les critères relatifs aux effets juridiques des signatures électroniques doivent être circonscrits avec précision afin d'éviter toute insécurité juridique. L'exigence que la signature ait été créée par un dispositif sécurisé de création de signature est essentielle. C'est cette notion qui figure à l'article 17 du projet de loi et qui est précisée par le projet de règlement grand-ducal joint au texte du projet de loi.

Article 20:

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat est ici suivi. En effet, le cadre légal existant en matière de protection des données à caractère personnel est très certainement applicable en matière de commerce électronique. En attendant l'entrée en vigueur des projets de loi très prochainement en ce domaine, il est important que la future loi sur le commerce électronique le rappelle expressément.

Article 21:

Des rectifications d'erreur matérielle ont été apportées. L'article 21 amendé fait plutôt état de la confidentialité des données afférentes à la création de signature.

Article 27:

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat est suivi. Il y a lieu de citer l'intitulé de la loi précisément.

Article 29:

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat a été suivi.

La détermination des procédures d'exécution de la surveillance devaient être précisées.

Article 30:

Cet article a été supprimé selon l'avis complémentaire du Conseil d'Etat étant donnée qu'il existe déjà une définition de l'Autorité nationale à l'article 17 d'une part, et que la mission de surveillance de cette autorité est largement définie à l'article 29, d'autre part.

Article 35 (article 36 du projet de loi):

Cet article modifiant l'article 196 du code pénal est réintroduit et amendé selon l'avis complémentaire du Conseil d'Etat afin de faire le lien avec la fonction probatoire de l'acte électronique.

Article 36 (article 37 du projet de loi):

Cet article est réintroduit selon l'avis complémentaire du Conseil d'Etat et afin d'assurer la cohérence des dispositions de droit pénal spécial du projet de loi.

Article 37 (article 44 du projet de loi):

Selon les deux avis du Conseil d'Etat, en liaison avec les commentaires sur l'article 41 du projet, il y a lieu de faire abstraction de la précision que les termes „fausses clés“ comprennent les clés électroniques.

Article 38 (article 45 du projet de loi):

Cet article est réintroduit sur demande du Conseil d'Etat qui ne s'oppose pas à ce que la définition des fausses clés comprenne des clés électroniques.

Article 39 (article 46 du projet de loi):

Réintroduction de cet article approuvé par le Conseil d'Etat.

Article 40 (article 49 du projet de loi):

Cet article est réintroduit selon la volonté du Conseil d'Etat.

Article 41 (article 50 du projet de loi):

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, n° 292/99*).

Le Conseil d'Etat recommande de tirer profit de cette jurisprudence et d'ajouter un nouvel alinéa 2 à l'article 505.

Article 42 (article 51 du projet de loi):

Les avis du Conseil d'Etat ont été suivis, 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:

Articles 43 et 44 (articles 52 et 53 du projet de loi):

Réintroduction de ces articles suivant la volonté du Conseil d'Etat et relèvement des peines minima.

Nouveaux articles 45 et 46:

Dans le contexte actuel et suivant en cela le Conseil d'Etat, il y a lieu d'abroger les articles 509-4 et 509-5 du Code pénal. Les articles 509-6 et 509-7 seront à renuméroter et les références aux articles figurant dans le texte de l'article 509-7 actuel seront à adapter.

Article 49 (article 38 du projet amendé, article 59 du projet de loi):

Dans le paragraphe 3, il n'y a pas lieu de faire de l'infraction ce que l'on désigne en droit allemand de „Anklagedelikt“. En effet, si un prestataire ne s'en tient pas aux prescriptions régissant l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées, il le fera plus que probablement de manière systématique. Il sera sans doute très rare qu'un tel envoi ait lieu en considération de la seule personne lésée. Le Conseil d'Etat propose en conséquence de faire abstraction de la dernière phrase „l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la personne lésée“.

Articles 52 et 53 (articles 41 et 42 du projet amendé et articles 62 et 63 du projet de loi):

Ces articles sont amendés afin de rassurer le Conseil d'Etat.

Article 63 (article 52 du projet amendé et article 73 du projet de loi):

Cet amendement tient compte de la proposition du Conseil d'Etat relative à l'article 64 (article 53 du projet amendé) concernant l'obligation de surveillance des prestataires intermédiaires.

Article 64 (article 53 du projet amendé et article 74 du projet de loi):

Cet amendement tient compte de la proposition du Conseil d'Etat relative à l'obligation de surveillance. Eu égard à ses remarques dans son avis du 2 mai 2000 concernant la responsabilité pénale des prestataires intermédiaires, le nouveau §2 proposé par le Conseil d'Etat est repris.

*

Compte tenu de ce qui précède, la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi sous objet dans la version ci-après:

*

TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

PROJET DE LOI relatif au commerce électronique

modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers

TITRE I

DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1.– Définitions

Au sens de la présente loi, on entend par:

„Services de la société de l'information“, tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Aux fins de la présente définition, on entend par:

les termes „à distance“: un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes;

„par voie électronique“: un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques;

„à la demande individuelle d'un destinataire de services“: un service fourni par transmission de données sur demande individuelle;

„prestataire“: toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information;

„prestataire établi“: prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies utilisées pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire;

„destinataire du service“: toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher ou pour rendre accessible une information.

Art. 2.– Champ d'application

1. La présente loi ne s'applique pas:

- à la fiscalité, sans préjudice des dispositions de l'article 16 de la présente loi;
- aux accords ou pratiques régis par la législation relative aux ententes.

2. Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas à la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux;

3. Les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice des dispositions relatives à la protection des données personnelles.

4. La loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.

5. Quel que soit le lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information, la loi luxembourgeoise est applicable aux activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, ce qui comprend les loteries et les transactions portant sur les paris.

6. L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance visée à l'article 17 peut restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre lorsque ledit service représente un risque sérieux et grave d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection des consommateurs, en observant par ailleurs les exigences posées par le droit communautaire à l'exercice de cette faculté.

Art. 3.– De l'usage de la cryptographie

L'usage des techniques de cryptographie est libre.

Art. 4.– De l'accès à l'activité de prestataires de services

Sans préjudice des dispositions de la loi d'établissement, l'accès à l'activité de prestataire ne fait, en tant que telle, pas l'objet d'une autorisation préalable.

Art. 5.– De l'obligation générale d'information des destinataires

1. Le prestataire de services de la société de l'information doit permettre aux destinataires des services et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes:

- a) son nom;
- b) l'adresse géographique où il est établi;
- c) les coordonnées permettant de le contacter rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui, y compris son adresse de courrier électronique;
- d) le cas échéant, son titre professionnel et les références de l'ordre professionnel auquel il adhère, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, son numéro d'identification à la TVA et l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation.

2. Lorsque les services de la société de l'information font mention de prix et conditions de vente ou de réalisation de la prestation, ces derniers doivent être indiqués de manière précise et non équivoque. Il doit aussi être indiqué si toutes les taxes et frais additionnels sont compris dans le prix. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice de la législation sur la protection des consommateurs.

*

TITRE II

DE LA PREUVE ET DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

Chapitre I – De la preuve littérale

Art. 6.–

„Signature“

Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-1 ainsi rédigé:

„La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose et manifeste son adhésion au contenu de l'acte.

Elle peut être manuscrite ou électronique.

La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa premier du présent article.“

Art. 7.–

Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-2 ainsi rédigé:

„L'acte sous seing privé électronique vaut comme original lorsqu'il présente des garanties fiables quant au maintien de son intégrité à compter du moment où il a été créé pour la première fois sous sa forme définitive.“

Art. 8.-

L'article 292 du Nouveau code de procédure civile est modifié comme suit:

les mots „signée et paraphée“ sont remplacés par „signée et, en cas de signature manuscrite, paraphée“.

Art. 9.-

L'article 1325 du Code civil est complété par l'alinéa suivant:

„Le présent article ne s'applique pas aux actes sous seing privé revêtus d'une signature électronique.“

Art. 10.-

L'article 1326 du Code civil est modifié comme suit:

„L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Cette mention doit être écrite de sa main ou être revêtue spécifiquement d'une signature électronique; si elle est indiquée également en chiffres, en cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.“

Art. 11.-

A la section première du Chapitre VI du Code civil, l'intitulé du Paragraphe III est remplacé par l'intitulé suivant: „Des copies des actes sous seing privé.“

Art. 12.-

L'article 1333 du Code civil est réintroduit avec le libellé suivant: „Les copies, lorsque le titre original ou un acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre ou à l'acte, dont la représentation peut toujours être exigée.“

Art. 13.-

L'article 1334 du Code civil est inséré au paragraphe III et est remplacé par la disposition suivante:

„Lorsque le titre original ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 n'existe plus, les copies effectuées à partir de celui-ci, sous la responsabilité de la personne qui en a la garde, ont la même valeur probante que les écrits sous seing privé dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal.“

Art. 14.-

L'Article 1348, alinéa 2 du Code civil est supprimé. Le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, pris en exécution de l'article 1348 du code civil, continue à produire ses effets sur la base de l'article 13 de la présente loi.

Art. 15.-

Les deux premiers alinéas de l'article 11 du Code de commerce sont remplacés par l'alinéa suivant:

„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 sous forme de copie. Ces copies ont la même valeur probante que les originaux dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par un règlement grand-ducal.“

Art. 16.-

Toute personne à charge de laquelle la loi prévoit l'obligation de délivrer ou de communiquer des documents et données à la requête d'un agent d'une administration fiscale doit, lorsque ces documents et données n'existent que sous forme électronique, les délivrer ou communiquer, sur requête d'un agent d'une administration fiscale, dans une forme lisible et directement intelligible, certifiée conforme à

l'original, sur support papier ou, par dérogation, suivant toutes autres modalités techniques que l'administration fiscale détermine.

Constitue un manquement à l'obligation de délivrance ou de communication le fait, pour la personne à laquelle la délivrance ou la communication incombent légalement, de ne pas se conformer aux requêtes et instructions d'une administration fiscale visées à l'alinéa précédent.

Chapitre II. De la signature électronique et des prestataires de service de certification

Section 1. Définitions et effets juridiques de la signature électronique

Art. 17.– Définitions

„Signataire“, toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une personne physique ou morale qu'elle représente.

„Dispositif de création de signature“, un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat qualifié.

„Dispositif sécurisé de création de signature“, un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences fixées par règlement grand-ducal.

„Dispositif de vérification de signature“, un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat.

„Certificat qualifié“, un certificat qui satisfait aux exigences fixées sur base de l'article 25 de la présente loi.

„Prestataire de service de certification“, toute personne, physique ou morale, qui délivre et gère des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques.

„Titulaire de certificat“, toute personne, physique ou morale, à laquelle un prestataire de service de certification a délivré un certificat.

„Accréditation“, procédure par laquelle un organisme faisant autorité reconnaît formellement qu'un organisme ou un individu est compétent pour effectuer des tâches spécifiques.

„Système d'accréditation“, système ayant des propres règles de procédure et de gestion et destiné à procéder à l'accréditation.

„Accréditation volontaire“, toute autorisation indiquant les droits et obligations spécifiques à la fourniture de services de certification, accordée, sur demande du prestataire de service de certification concerné, par l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance chargée d'élaborer ces droits et obligations et d'en contrôler le respect, lorsque le prestataire de service de certification n'est pas habilité à exercer les droits découlant de l'autorisation aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu la décision de l'organisme.

„L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance“, est le ministre ayant dans ses attributions l'Economie:

- qui dirige et gère, par ses services, un système d'accréditation et qui se prononce sur l'accréditation;
- qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques, et plus particulièrement de ceux qui émettent des certificats qualifiés.

Art. 18.– Des effets juridiques de la signature électronique

1. Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil.

2. Une signature électronique ne peut être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

3. Nul ne peut être contraint de signer électroniquement.

Section 2. Des prestataires de service de certification

Sous-Section 1.– Dispositions communes

Art. 19.– De l'obligation de secret professionnel

1. Les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service d'un prestataire de service de certification, ainsi que tous ceux qui exercent eux-mêmes les fonctions de prestataire de service de certification, sont obligés de garder strictement secrets tous les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle, à l'exception de ceux dont le titulaire de certificat a accepté la publication ou la communication. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal.

2. L'obligation de secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi.

3. L'obligation de secret n'existe pas à l'égard de l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance agissant dans le cadre de ses compétences légales.

4. Toute personne exerçant ou ayant exercé une activité pour l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, ainsi que les auditeurs mandatés par l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, sont tenus au secret professionnel et passibles des peines prévues à l'article 458 du Code pénal en cas de violation de ce secret.

5. Sous réserve des règles applicables en matière pénale, les renseignements visés au §1, une fois révélés, ne peuvent être utilisés qu'à des fins pour lesquelles la loi a permis leur révélation.

6. Quiconque est tenu à l'obligation de secret visée au §1 et a légalement révélé un renseignement couvert par cette obligation, ne peut encourir de ce seul fait une responsabilité pénale ou civile.

Art. 20.– De la protection des données à caractère personnel

1. L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance et les prestataires de service de certification sont tenus au respect des dispositions légales régissant le traitement de données à caractère personnel.

2. Le prestataire de service de certification qui délivre des certificats à l'intention du public ne peut recueillir des données à caractère personnel que directement auprès de la personne qui demande un certificat, ou avec le consentement explicite de celle-ci, auprès de tiers. Le prestataire ne collecte les données que dans la seule mesure où ces dernières sont nécessaires à la délivrance et à la conservation du certificat. Les données ne peuvent être recueillies ni traitées à d'autres fins sans le consentement explicite de la personne intéressée.

3. Lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification qu'avec le consentement du titulaire ou dans les cas prévus à l'article 19 §2.

Art. 21.– Des obligations du titulaire de certificat

1. Dès le moment de la création des données afférentes à la création de signature, le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité et de l'intégrité des données afférentes à la création de signature qu'il utilise. Toute utilisation de ceux-ci est réputée, sauf preuve contraire, être son fait.

2. Le titulaire du certificat est tenu, dans les meilleurs délais, de notifier au prestataire de service de certification toute modification des informations contenues dans celui-ci.

3. En cas de doute quant au maintien de la confidentialité des données afférentes à la création de signature ou de perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titu-

laire est tenu de faire révoquer immédiatement le certificat conformément à l'article 26 de la présente loi.

4. Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance ou a été révoqué, son titulaire ne peut plus utiliser les données afférentes à la création de signature correspondantes pour signer ou faire certifier ces données par un autre prestataire de service de certification.

Sous-Section 2.– Des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés

Art. 22.– De l'obligation d'information

1. Préalablement à toute relation contractuelle avec une personne demandant un certificat qualifié ou à la demande d'un tiers qui se prévaut d'un tel certificat, le prestataire de service de certification procure, sur un support durable et dans une langue aisément compréhensible, les informations nécessaires à l'utilisation correcte et sûre de ses services.

Ces informations se rapportent au moins:

- a) à la procédure à suivre afin de créer et de vérifier une signature électronique;
- b) aux modalités et conditions précises d'utilisation des certificats, y compris les limites imposées à leur utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers;
- c) aux obligations qui pèsent, en vertu de la présente loi, sur le titulaire du certificat et le prestataire de service de certification;
- d) à l'existence d'un régime volontaire d'accréditation;
- e) aux conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification;
- f) aux procédures de réclamation et de règlement des litiges.

2. Le prestataire de service de certification fournit un exemplaire du certificat au candidat titulaire.

Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

Art. 23.– De l'obligation de vérification

1. Préalablement à la délivrance d'un certificat, le prestataire de service vérifie la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de signature.

2. Lorsque qu'un certificat qualifié est délivré à une personne morale, le prestataire de service de certification vérifie préalablement l'identité et le pouvoir de représentation de la ou des personne(s) physique(s) qui se présente(nt) à lui.

Art. 24.– De l'acceptation des certificats

1. Le contenu et la publication d'un certificat sont soumis au consentement de son titulaire.

2. Le prestataire de service de certification conserve un annuaire électronique comprenant les certificats qu'il délivre et le moment de leur expiration. Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

Art. 25.– De l'émission et du contenu des certificats qualifiés

1. Pour pouvoir émettre des certificats qualifiés, les prestataires de service de certification doivent disposer des moyens financiers et des ressources matérielles, techniques et humaines adéquates pour garantir la sécurité, la fiabilité et la pérennité des services de certification offerts. Ces exigences peuvent être précisées par voie de règlement grand-ducal.

2. Tout certificat qualifié doit contenir les informations telles qu'arrêtées par règlement grand-ducal.

3. A la demande du titulaire, le certificat peut contenir d'autres informations, non certifiées par le prestataire de service de certification, en précisant qu'elles n'ont pas été vérifiées par ce dernier.

4. Un certificat qualifié peut être délivré tant par un prestataire de service de certification accrédité que par un prestataire de service de certification non accrédité pour autant que celui-ci remplit les conditions requises par la loi et les règlements grand-ducaux pris pour son application.

Art. 26.– De la révocation des certificats

1. A la demande de son titulaire, préalablement identifié, le prestataire de service de certification révoque immédiatement le certificat qualifié.

2. Le prestataire de service de certification révoque également un certificat immédiatement lorsque:

- a) après suspension, un examen plus approfondi démontre que le certificat a été constitué sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité, ou que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée ou que le certificat a été utilisé frauduleusement;
- b) lorsqu'elle est informée du décès de la personne physique ou de la dissolution de la personne morale qui en est le titulaire.

3. Le prestataire de service de certification informe le titulaire de la révocation du certificat dans les meilleurs délais et motive sa décision.

Elle prévient le titulaire de l'échéance du certificat au moins un mois à l'avance.

4. La révocation d'un certificat qualifié est définitive.

5. Immédiatement après la décision de révocation, le prestataire de service de certification inscrit la mention de la révocation du certificat dans l'annuaire électronique visé à l'article 23.

La révocation devient opposable aux tiers dès son inscription dans l'annuaire électronique.

Art. 27.– De la responsabilité des prestataires de service de certificats qualifiés

1. A moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se fie raisonnablement:

- à l'exactitude des informations contenues dans le certificat qualifié à dater de sa délivrance;
- à l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;
- à l'assurance que le dispositif de création de signature et le dispositif de vérification de signature fonctionnent ensemble de façon complémentaire, au cas où le prestataire a généré les deux dispositifs.

2. A moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se prévaut raisonnablement du certificat, pour avoir omis de faire enregistrer la révocation du certificat.

3. Le prestataire de service de certification n'est pas responsable du préjudice résultant de l'usage abusif d'un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées à son utilisation ou la valeur limite des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, pour autant que ces limites soient inscrites dans le certificat et discernables par les tiers.

4. Les dispositions des paragraphes 1 à 3 sont sans préjudice de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.

Art. 28.– De la reconnaissance des certificats de pays tiers

Les certificats, délivrés à titre de certificats qualifiés par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne, ont la même valeur juridique au Luxembourg que ceux délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg:

- a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées par la présente loi et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi par un Etat membre de l'Union européenne; ou
- b) si un prestataire de service de certification établi dans un Etat membre de l'Union européenne garantit ces certificats; ou
- c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral entre le Luxembourg et des pays tiers ou dans le cadre d'un accord multilatéral entre l'Union européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

Art. 29.– La surveillance

1. L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance veille au respect par les prestataires de services émettant des certificats qualifiés des exigences contenues dans les articles 19 à 27 de la présente loi et dans les règlements grand-ducaux pris en application.

2. Tout prestataire émettant des certificats qualifiés est tenu de notifier à l'autorité nationale la conformité de ses activités aux exigences de la présente loi et des règlements pris en son exécution.

3. L'autorité nationale tient un registre des notifications, qui fait l'objet, à la fin de chaque année de calendrier, d'une publication au Mémorial, Recueil administratif et économique, sans préjudice de la possibilité, pour l'autorité nationale, de publier à tout moment, soit au Mémorial, soit dans un ou plusieurs journaux, nationaux ou étrangers, une radiation du registre, si une telle mesure de publicité est commandée par l'intérêt public.

4. L'autorité nationale peut, soit d'office, soit à la demande de toute personne intéressée, vérifier ou faire vérifier la conformité des activités d'un prestataire de service de certification aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution.

L'autorité peut avoir recours à des auditeurs externes agréés pour de telles vérifications. Un règlement grand-ducal détermine la procédure d'agrément, à délivrer par le ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Pourront faire l'objet d'un agrément les personnes qui justifient d'une qualification professionnelle adéquate ainsi que de connaissances et d'une expérience spécialisées dans le domaine des technologies des signatures électroniques, et qui présentent des garanties d'honorabilité professionnelle et d'indépendance par rapport aux prestataires de service de certification dont elles sont appelées à vérifier les activités.

5. Dans l'accomplissement de leur mission de vérification, les agents de l'autorité nationale ainsi que les auditeurs externes agréés ont, sur justification de leurs qualités, le droit d'accéder à tout établissement et de se voir communiquer toutes informations et tous documents qu'ils estimeront utiles ou nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Tout refus de la part d'un prestataire de service de certification de collaborer activement est puni d'une amende de 10.001 à 800.000 francs. L'autorité peut, en pareil cas, également procéder à la radiation des prestataires du registre des notifications.

6. Si, sur le rapport de ses agents ou de l'auditeur externe agréé, l'autorité nationale constate que les activités du prestataire de service de certification ne sont pas conformes aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, elle invite le prestataire à se conformer, dans le délai qu'elle détermine, auxdites dispositions. Si, passé ce délai, le prestataire ne s'est pas conformé, l'autorité nationale procède à la radiation du prestataire du registre des notifications.

7. En cas de constatation d'une violation grave par un prestataire de service de certification des dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, l'autorité nationale peut en informer à telles fins que de droit notamment les autorités administratives compétentes en matière de droit

d'établissement. Les rapports établis à l'attention de l'autorité nationale peuvent être communiqués à ces autorités, dans la mesure où le prestataire de service de certification en a reçu communication dans ses relations avec l'autorité nationale.

Sous-Section 3.– Des prestataires de service de certification accrédités

Art. 30.– De l'accréditation

1. Les prestataires de service de certification sont libres de demander ou non une accréditation.

2. L'accréditation couvre la délivrance de certificats relatifs à l'identité, éventuellement à la profession ou tout autre attribut durable du titulaire du certificat, ainsi qu'à toute autre mention pouvant être certifiée.

3. Le prestataire de service de certification peut demander l'accréditation pour un ou plusieurs de ces éléments et pour une ou plusieurs catégories de titulaires.

Art. 31.– Des conditions d'obtention de l'accréditation

1. Les conditions d'obtention et de conservation de l'accréditation sont fixées par un règlement grand-ducal.

2. Un règlement grand-ducal détermine:

- a) la procédure de délivrance, d'extension, de suspension et de retrait des accréditations;
- b) les frais d'examen et de suivi des dossiers;
- c) les délais d'examen des demandes;
- d) le montant et les modalités de la garantie financière;
- e) les conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification et l'interconnexion des registres de certificats;
- f) les règles relatives à l'information que le prestataire de service de certification est tenu de conserver concernant ses services et les certificats délivrés par lui;
- g) les garanties d'indépendance que les prestataires de service de certification doivent offrir aux utilisateurs du service;
- h) la durée de conservation des données.

3. Des conditions complémentaires peuvent être fixées par règlement grand-ducal pour qu'un prestataire de service de certification soit habilité à délivrer des certificats à des personnes qui souhaitent utiliser une signature électronique dans leurs échanges avec les autorités publiques.

4. La décision sur la suspension ou le retrait de l'accréditation peut être déférée, dans le délai d'un mois, sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge de fond.

Art. 32.– De l'arrêt et du transfert des activités

1. Le prestataire de service de certification accrédité informe dans un délai raisonnable l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance de son intention de mettre fin à ses activités ou, le cas échéant, de son incapacité de poursuivre ses activités. Il s'assure de la reprise de celles-ci par un autre prestataire de service de certification accrédité, dans les conditions décrites au §2 du présent article, ou, à défaut, prend les mesures requises au §3 du présent article.

2. Le prestataire de service de certification accrédité peut transférer à un autre prestataire tout ou partie de ses activités. Le transfert des certificats est opéré aux conditions suivantes:

- a) le prestataire de service de certification avertit chaque titulaire de certificat encore en vigueur qu'il envisage de transférer les certificats à un autre prestataire de service de certification au moins un mois avant le transfert envisagé;
- b) il précise l'identité du prestataire de service de certification auquel le transfert de ces certificats est envisagé;

c) il indique à chaque titulaire de certificat leur faculté de refuser le transfert envisagé, ainsi que les délais et modalités dans lesquelles il peut le refuser. A défaut d'acceptation expresse du titulaire au terme de ce délai, le certificat est révoqué.

3. Tout prestataire de service de certification accrédité qui cesse ses activités sans que celles-ci ne soient reprises par un autre prestataire de service de certification accrédité, révoque les certificats un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des données conformément à l'article 25.

4. Le décès, l'incapacité, la faillite, la dissolution volontaire et la liquidation, ou tout autre motif involontaire d'arrêt des activités sont assimilés à une cessation d'activité au sens de la présente loi.

Art. 33.– Du contrôle

1. Lorsque l'Autorité Nationale d'Accréditation constate qu'un prestataire de service de certification accrédité ne se conforme pas aux prescriptions de la présente loi et des règlements, elle fixe un délai pour régulariser la situation et éventuellement, suspend l'accréditation.

2. Si, après l'écoulement de ce délai, le prestataire de service de certification accrédité n'a pas régularisé sa situation, la même autorité procède au retrait de l'accréditation.

3. Le prestataire de service de certification est tenu de mentionner immédiatement dans son annuaire électronique le retrait de l'accréditation et d'en informer sans délai les titulaires de certificat.

Sous-section 4.– Du recommandé électronique

Art. 34.–

Le message signé électroniquement sur base d'un certificat qualifié dont l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception, sont certifiés par le prestataire conformément aux conditions fixées par règlement grand-ducal constitue un envoi recommandé.

*

TITRE III

DISPOSITIONS PENALES

Art. 35.–

L'article 196 du code pénal est modifié comme suit:

„Seront punies de réclusion de cinq à dix ans les autres personnes qui auront commis un faux en écritures authentiques et publiques, et toutes personnes qui auront commis un faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, en ce compris les actes sous seing privé électronique

Soit par fausses signatures,

Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures,

Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans les actes,

Soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater.“

Art. 36.–

L'article 197 du code pénal est modifié comme suit:

„Dans tous les cas exprimés dans la présente section, celui qui aura fait usage du faux sera puni comme s'il était l'auteur du faux.“

Art. 37.–

L'article 487 du code pénal est modifié comme suit:

„Sont qualifiées fausses clefs:

Tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs imitées, contrefaites ou altérées, y compris électroniques;

Les clefs qui n'ont pas été destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux serrures, cadenas ou aux fermetures quelconques auxquelles le coupable les aura employées;

Les clefs perdues, égarées ou soustraites, y compris électroniques, qui auront servi à commettre le vol.

Toutefois, l'emploi de fausses clefs ne constituera une circonstance aggravante que s'il a eu lieu pour ouvrir des objets dont l'effraction eût entraîné une aggravation de peine."

Art. 38.-

L'article 488 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura frauduleusement contrefait ou altéré des clefs, y compris électroniques sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 10.001 francs à 80.000 francs."

Art. 39.-

L'article 498 du code pénal est modifié comme suit:

„Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 20.000 francs à 400.000 francs, ou d'une de ces peines seulement, celui qui aura trompé l'acheteur:

Sur l'identité du bien vendu, en livrant frauduleusement un bien autre que l'objet déterminé sur lequel a porté la transaction;

Sur la nature ou l'origine du bien vendu, en vendant ou en livrant un bien semblable en apparence à celui qu'il a acheté ou qu'il a cru acheter.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent aux biens mobiliers y compris incorporels et immobiliers."

Art. 40.-

L'article 505 du code pénal est modifié comme suit:

„Ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses ou les biens incorporels enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs.

Ils pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 24.

Constitue également un recel le fait de sciemment bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit."

Art. 41.-

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."

Art. 42.-

L'article 509-2 du code pénal est modifié comme suit: „Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, entravé ou faussé le fonctionnement d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines."

Art. 43.-

L'article 509-3 du code pénal est modifié comme suit:

„Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement ou de transmission automatisé de données

ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leurs modes de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines."

Art. 44.–

L'article 509-4 du Code pénal est abrogé.

Art. 45.–

L'article 509-5 du Code pénal est abrogé.

*

TITRE IV

DES COMMUNICATIONS COMMERCIALES

Art. 46.– Définition

„Communication commerciale“ toutes les formes de communication destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation, ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale.

Ne constituent pas en tant que tel des communications commerciales:

- les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de cette entreprise, organisation ou personne notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique;
- les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière.

Art. 47.– Obligation de transparence

La communication commerciale doit respecter les conditions suivantes:

- a) la communication commerciale doit être clairement identifiable en tant que telle;
- b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable;
- c) les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Art. 48.– Des communications commerciales non sollicitées

1. La communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée en tant que telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire.

2. L'envoi de communications commerciales par courrier électronique par un prestataire de service de la société de l'information à un destinataire n'est possible qu'en cas d'absence d'opposition manifeste de sa part.

3. Les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées doivent consulter régulièrement les registres „opt out“ désignés par règlement grand-ducal où les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces personnes. L'inscription des personnes physiques sur un ou plusieurs registres d'opt out se fait sans frais pour ces personnes.

Est puni d'une amende de dix mille un à deux cent mille francs, tout prestataire n'ayant pas respecté le souhait des personnes inscrites sur un ou plusieurs registres d'opt out.

*

TITRE V

DES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUE

Chapitre I. – *Dispositions communes***Art. 49.– Définitions**

„support durable“: tout instrument qui permet au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d’une manière permettant de s’y reporter aisément à l’avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l’identique des informations stockées.

„Service financier“: tout service fourni par un établissement de crédit, un autre professionnel du secteur financier ou une entreprise d’assurance et de réassurance.

Art. 50.– Champ d’application

1. Le présent titre s’applique aux contrats conclus par voie électronique entre professionnels, et entre professionnels et consommateurs, à l’exception des contrats suivants:

- les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l’exception des droits de location;
- les contrats pour lesquels la loi requiert l’intervention des tribunaux, d’autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;
- les contrats de sûretés et les garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;
- les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

2. Les dispositions des articles 53 à 59 s’appliquent uniquement entre professionnels et consommateurs.

Art. 51.– Informations „techniques“ générales à fournir

1. Sans préjudice de l’obligation générale d’information de l’article 5 de la présente loi et, sauf si les parties sont des professionnels et en ont convenu autrement, les modalités de formation d’un contrat par voie électronique doivent être transmises par le prestataire de manière claire et non équivoque et préalablement à la conclusion du contrat. Les informations à fournir doivent porter notamment sur:

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;
- b) l’archivage ou non du contrat par le prestataire une fois celui-ci conclu et son accessibilité;
- c) les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu;
- d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

2. Les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être fournies au destinataire du service de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire.

3. Les deux premiers paragraphes du présent article ne s’appliquent pas aux contrats entre personnes n’agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes.

Art. 52.– Du moment de la conclusion du contrat

1. Sauf si les parties qui sont des professionnels en ont convenu autrement, dans les cas où il est demandé à un destinataire du service d’exprimer son consentement en utilisant des moyens technologiques, pour accepter l’offre du prestataire, le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l’accusé de réception de l’acceptation du destinataire du service.

- a) L’accusé de réception de l’acceptation est considéré comme étant reçu lorsque le destinataire du service peut y avoir accès;

b) le prestataire est tenu d'envoyer immédiatement l'accusé de réception de l'acceptation.

2. Les dispositions du premier paragraphe du présent article ne sont pas applicables aux contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles conclus exclusivement au moyen d'un échange de messages électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes.

Chapitre II – Des contrats conclus avec les consommateurs

Art. 53.– Informations préalables à fournir au consommateur

1. Sans préjudice de l'obligation générale d'information de l'article 5 de la présente loi et des obligations d'information spécifiques aux services financiers, en temps utile avant la conclusion du contrat, le prestataire a l'obligation de fournir au consommateur, de manière claire et compréhensible les informations suivantes:

- les coordonnées du prestataire de service de certification le cas échéant accrédité auprès duquel ce dernier a obtenu un certificat;
- les caractéristiques essentielles du produit ou du service proposé;
- la monnaie de facturation;
- la durée de validité de l'offre et du prix;
- les modalités et modes de paiement, les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des engagements du prestataire;
- le cas échéant, les conditions de crédit proposées;
- l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation;
- le mode de remboursement des sommes versées le cas échéant par le consommateur en cas de rétractation de sa part;
- le coût de l'utilisation du service de la société de l'information lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base;
- les conditions des garanties commerciales et du service après-vente existants;
- l'absence d'une confirmation des informations, le cas échéant;
- pour les contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service, la durée minimale du contrat.

2. Ces informations doivent être fournies par tout moyen adapté au service de la société de l'information utilisé, et accessibles à tout stade de la transaction.

Lorsqu'il est en mesure de le faire, le prestataire doit mettre en place un service de la société de l'information permettant au consommateur de dialoguer directement avec lui.

3. Pour les produits et services qui ne sont pas soumis à un droit de rétractation conformément à l'article 55 §4, les informations additionnelles suivantes doivent être fournies au consommateur:

- les caractéristiques du système d'exploitation ou de l'équipement nécessaires pour utiliser de manière efficace le produit ou le service commandé;
- le temps approximatif et le coût du téléchargement éventuel d'un produit ou d'un service, et le cas échéant les modalités et conditions du contrat de licence.

Art. 54.– De la confirmation et de l'enregistrement des informations

1. Le consommateur doit recevoir, au plus tard lors de la livraison du produit ou de l'exécution de la prestation de service, sur un support durable à sa disposition et auquel il ait accès, la confirmation des informations mentionnées à l'article 53 et, quand il y a lieu, les conditions d'exercice du droit de rétractation.

2. Le §1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'un service de la société de l'information, dès lors que ces services sont fournis en une seule fois et qu'ils sont facturés par le prestataire.

3. Le prestataire doit permettre au consommateur d'obtenir, dans les meilleurs délais après la conclusion du contrat, sur support durable le contenu de la transaction précisant notamment la date et l'heure de la conclusion du contrat.

Art. 55.– Du droit de rétractation du consommateur

1. Pour tout contrat conclu par voie électronique, le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour se rétracter, sans indication de motif et sans pénalités.

Toutefois, si le consommateur n'a pas reçu la confirmation prévue à l'article 54, le délai de rétractation est de 3 mois.

Le délai de rétractation est porté à 30 jours pour les contrats relatifs aux polices d'assurance sauf les polices visées au §4 g) du présent article, et aux opérations de pension.

Ces délais courent:

- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat
- pour les produits, à compter de la réception du produit.

2. Si cette confirmation intervient pendant le délai de trois mois visé au §1, le délai de sept jours recommence à courir à compter du jour de la réception des informations par le consommateur.

3. Le consommateur exerce son droit de rétractation sur tout support durable.

En outre, le consommateur doit être remboursé dans les 30 jours des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement.

4. Sauf convention contraire, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au §1 pour les contrats:

- a) de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétractation de sept jours prévu au §1;
- b) de fournitures de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent pas être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;
- c) de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés ou téléchargés par le consommateur;
- d) de fourniture de journaux, périodiques et de magazines;
- e) de services de paris et de loteries;
- f) de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier en dehors du contrôle du prestataire, qui peuvent survenir durant la période de rétractation, tels que les services relatifs:
 - aux opérations de change;
 - aux instruments du marché monétaire;
 - aux valeurs mobilières et autres titres négociables;
 - aux OPCVM et autres systèmes de placement collectif;
 - aux contrats à terme (*futures*) et options;
 - aux contrats à terme sur taux d'intérêt (FRA);
 - aux contrats d'échange (*swaps*) sur taux d'intérêt, sur devises ou aux contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (*equity swaps*);
 - aux options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente liste, y compris les contrats à terme et options;
- g) les polices d'assurance de moins d'un mois.

5. Lorsque le prix d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par le prestataire ou par un tiers, sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le prestataire, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit.

Art. 56.– Du paiement du service financier fourni avant la rétractation

1. Quand le consommateur exerce son droit de rétractation conformément à l'article 55, il ne peut être tenu qu'au paiement de la partie du prix proportionnellement au service financier effectivement fourni par le prestataire.

2. Le prestataire ne peut exiger du consommateur un paiement sur la base du §1 s'il n'a pas rempli son obligation d'information prévue à l'article 53, ni s'il a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation sans que le consommateur ait expressément donné son consentement à cette exécution.

3. Le prestataire renvoie, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les 30 jours, au consommateur toutes sommes qu'il a perçues de ce dernier en accord avec le contrat conclu, excepté le montant à payer au §1 du présent article. Ce délai court du jour où le prestataire a reçu la notification de la rétractation par le consommateur.

4. Le consommateur renvoie au prestataire toute somme ou propriété qu'il a reçue du prestataire, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours. Ce délai court du jour de l'envoi de la notification de la rétractation par le consommateur.

Art. 57.– De la fourniture non demandée

1. Sans préjudice des règles applicables en matière de reconduction tacite des contrats, la fourniture d'un produit ou d'un service non demandée à un consommateur est interdite, lorsqu'elle est assortie d'une demande de paiement.

2. Le consommateur n'est tenu à aucun engagement relatif aux fournitures de biens ou de services qu'il n'a pas expressément demandées, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

Art. 58.– De la charge de la preuve

La preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation des informations, du respect des délais et du consentement du consommateur incombe au prestataire. Toute clause contraire est considérée comme abusive au sens de l'article 1er de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.

Art. 59.– Exemptions

Les articles 53, 54 et 55 ne s'appliquent pas:

- aux contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile d'un consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail;
- aux contrats de fourniture de services d'hébergement, de transports, de restauration, de loisirs, lorsque le prestataire s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée.

*

TITRE VI

DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES INTERMEDIAIRES

Art. 60.– Simple transport

1. Le prestataire de service de la société de l'information qui transmet sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service ou qui fournit un accès au réseau de communications ne peut voir sa responsabilité engagée pour les informations transmises à condition:

- a) qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission;
- b) qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et
- c) qu'il ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises à condition que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communications et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Art. 61. – *Forme de stockage dite caching*

Le prestataire qui fournit un service de la société de l'information consistant dans la transmission sur un réseau de communications des informations fournies par un destinataire du service ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service à condition:

- a) qu'il ne modifie pas l'information;
- b) qu'il se conforme aux conditions d'accès de l'information;
- c) qu'il se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquée d'une manière largement reconnue et utilisée par l'industrie;
- d) qu'il n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information, et
- e) qu'il agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible, dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information a été retirée là où elle se trouvait initialement sur le réseau, ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité judiciaire ou administrative a ordonné le retrait de l'information ou interdit son accès.

Art. 62. – *Hébergement*

1. Sans préjudice des dispositions de l'article 63 §2, le prestataire qui fournit un service de la société de l'information consistant dans le stockage des informations fournies par un destinataire du service, ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour les informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance que l'activité ou l'information est illicite et, en ce qui concerne une action en dommages, 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; ou
- b) le prestataire, dès le moment où il en a une telle connaissance, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

Art. 63. – *Obligation en matière de surveillance*

1. Pour la fourniture des services visés aux articles 60 à 62, les prestataires ne sont pas tenus d'une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni d'une obligation générale de rechercher des faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

2. Pour la fourniture des services visés à l'article 62, les prestataires sont toutefois tenus à une obligation de contrôle spécifique afin de détecter de possibles infractions aux articles 383, alinéa 2 et 457-1 du Code pénal.

3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans préjudice de toute activité de surveillance, ciblée ou temporaire, demandée par les autorités judiciaires luxembourgeoises lorsque cela est nécessaire pour sauvegarder la sûreté, la défense, la sécurité publique et pour la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales.

TITRE VII

DES PAIEMENTS ELECTRONIQUES

Art. 64.– Définitions

Pour l'application du présent titre, il faut entendre par:

1. „instrument de paiement électronique“: tout système permettant d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique, les opérations suivantes:
 - a) des transferts de fonds;
 - b) des retraits et dépôts d'argent liquide;
 - c) l'accès à distance à un compte;
 - d) le chargement et le déchargement d'un instrument de paiement électronique rechargeable;
2. „instrument de paiement électronique rechargeable“: tout instrument de paiement électronique sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement.

Art. 65.– Champ d'application

Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas:

- a) aux transferts électroniques de fonds réalisés par chèque et aux fonctions de garantie des transferts de fonds réalisés par chèque;
- b) aux transferts électroniques de fonds réalisés au moyen d'instruments rechargeables sans accès direct à un compte pour le chargement et le déchargement, et qui ne sont utilisables qu'auprès d'un seul vendeur de produits ou de services.

Art. 66.– La preuve des paiements effectués

L'émetteur doit conserver un relevé interne des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de paiement électronique, pendant une période de trois ans à compter de l'exécution des opérations.

Art. 67.– La charge de la preuve

L'émetteur doit, en cas de contestation d'une opération effectuée à l'aide d'un instrument de paiement électronique, apporter la preuve que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée, et n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance.

Art. 68.– Des risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique

1. Le titulaire d'un instrument de paiement électronique a l'obligation de notifier à l'émetteur – ou à l'entité désignée par lui – dès qu'il en a connaissance la perte ou le vol de cet instrument ou des moyens qui en permettent l'utilisation, ainsi que toute utilisation frauduleuse; ainsi que la perte ou le vol de l'instrument de paiement électronique rechargeable.

L'émetteur d'un instrument de paiement électronique doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer cette notification et pour rapporter la preuve qu'il l'a effectuée.

2. Sauf dans les cas où il s'est rendu coupable d'une fraude ou de négligence grave, le titulaire d'un instrument de paiement électronique visé à l'article 64 §1 a), b) et c):

- assume jusqu'à la notification prévue au paragraphe précédent les conséquences liées à la perte, au vol ou à son utilisation frauduleuse par un tiers, à concurrence d'un montant fixé par règlement grand-ducal. Ce montant ne peut dépasser 150 euros.

Par dérogation à l'alinéa 1 du paragraphe 2 du présent article, l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la valeur stockée sur l'instrument de paiement électronique rechargeable, lorsque celle-ci est la conséquence de l'utilisation de celui-ci par un tiers non autorisé, même après la notification prévue dans le présent article.

- est dégagé de toute responsabilité de l'utilisation de l'instrument de paiement électronique visé à l'article 64 §1 a), b) et c) après la notification.

3. En toute hypothèse, l'utilisation d'un instrument de paiement électronique sans présentation physique de celui-ci ou identification électronique, n'engage pas la responsabilité de son titulaire.

Art. 69.– Irrévocabilité des instructions de paiement

Le titulaire ne peut révoquer une instruction qu'il a donnée au moyen de son instrument de paiement électronique, à l'exception de celle dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée.

*

TITRE VIII**DISPOSITIONS FINALES****Art. 70.–**

Le Ministre de l'Economie est autorisé à procéder à l'engagement pour les besoins de l'Autorité d'Accréditation et de Surveillance de trois agents de la carrière supérieure de l'Etat, à occuper à titre permanent et à tâche complète. Les engagements définitifs de personnel au service de l'Etat se feront par dépassement de l'effectif total du personnel et en dehors du nombre d'engagements de renforcement déterminé dans la loi du 24 décembre 1999 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2000.

Art. 71.–

1. Par règlement grand-ducal il peut être créé un comité „commerce électronique“ regroupant des utilisateurs tant du secteur public que du secteur privé. Un règlement grand-ducal fixe la composition de ce comité.

2. Ce comité aura pour objectif d'accompagner l'application de la présente loi, de diffuser des informations sur le commerce électronique et de produire des avis pour le ministère compétent.

Art. 72.–

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“.

Projet de loi adopté par la Chambre des Députés en la séance publique du 12.7.2000.

Le Greffier,
Guillaume WAGENER

Le Président,
Jean SPAUTZ

*

4641/07

N° 4641⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

PROJET DE LOI

relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers

* * *

DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT

(21.7.2000)

Le Conseil d'Etat,

appelé par dépêche du Ministre aux Relations avec le Parlement du 14 juillet 2000 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

PROJET DE LOI

relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 12 juillet 2000 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 2 mai 2000 et 7 juillet 2000;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 21 juillet 2000.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Raymond KIRSCH

4641

MEMORIAL

**Journal Officiel
du Grand-Duché de
Luxembourg**

**MEMORIAL**

**Amtsblatt
des Großherzogtums
Luxemburg**

RECUEIL DE LEGISLATION

A — N° 96**8 septembre 2000**

Sommaire**COMMERCE ELECTRONIQUE**

Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers page 2176

Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 du 13 décembre 1999 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers.

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau;

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des députés;

Vu la décision de la Chambre des députés du 12 juillet 2000 et celle du Conseil d'Etat du 21 juillet 2000 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

TITRE I. DISPOSITIONS GENERALES

Art. 1. Définitions

Au sens de la présente loi, on entend par:

«Services de la société de l'information»: tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Aux fins de la présente définition, on entend par:

les termes «à distance»: un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes;

«par voie électronique»: un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques;

«à la demande individuelle d'un destinataire de services»: un service fourni par transmission de données sur demande individuelle;

«prestataire»: toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information;

«prestataire établi»: prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies utilisées pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire;

«destinataire du service»: toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher ou pour rendre accessible une information.

Art. 2. Champ d'application

(1) La présente loi ne s'applique pas:

- à la fiscalité, sans préjudice des dispositions de l'article 16 de la présente loi;
- aux accords ou pratiques régis par la législation relative aux ententes.

(2) Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas à la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux.

(3) Les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice des dispositions relatives à la protection des données personnelles.

(4) La loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.

(5) Quel que soit le lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information, la loi luxembourgeoise est applicable aux activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, ce qui comprend les loteries et les transactions portant sur les paris.

(6) L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance visée à l'article 17 peut restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre lorsque ledit service représente un risque sérieux et grave d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection des consommateurs, en observant par ailleurs les exigences posées par le droit communautaire à l'exercice de cette faculté.

Art. 3. De l'usage de la cryptographie

L'usage des techniques de cryptographie est libre.

Art. 4. De l'accès à l'activité de prestataires de services

Sans préjudice des dispositions de la loi d'établissement, l'accès à l'activité de prestataire ne fait, en tant que telle, pas l'objet d'une autorisation préalable.

Art. 5. De l'obligation générale d'information des destinataires

(1) Le prestataire de services de la société de l'information doit permettre aux destinataires des services et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes:

- a) son nom;
- b) l'adresse géographique où il est établi;

c) les coordonnées permettant de le contacter rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui, y compris son adresse de courrier électronique;

d) le cas échéant, son titre professionnel et les références de l'ordre professionnel auquel il adhère, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, son numéro d'identification à la TVA et l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation.

(2) Lorsque les services de la société de l'information font mention de prix et conditions de vente ou de réalisation de la prestation, ces derniers doivent être indiqués de manière précise et non équivoque. Il doit aussi être indiqué si toutes les taxes et frais additionnels sont compris dans le prix. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice de la législation sur la protection des consommateurs.

TITRE II. DE LA PREUVE ET DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

Chapitre 1^{er}. - De la preuve littérale

Art. 6. «Signature»

Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-1 ainsi rédigé: «La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose et manifeste son adhésion au contenu de l'acte.

Elle peut être manuscrite ou électronique.

La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa premier du présent article.»

Art. 7. Après l'article 1322 du Code civil, il est ajouté un article 1322-2 ainsi rédigé: «L'acte sous seing privé électronique vaut comme original lorsqu'il présente des garanties fiables quant au maintien de son intégrité à compter du moment où il a été créé pour la première fois sous sa forme définitive.»

Art. 8. L'article 292 du Nouveau code de procédure civile est modifié comme suit: les mots «signée et paraphée» sont remplacés par «signée et, en cas de signature manuscrite, paraphée.»

Art. 9. L'article 1325 du Code civil est complété par l'alinéa suivant: «Le présent article ne s'applique pas aux actes sous seing privé revêtus d'une signature électronique.»

Art. 10. L'article 1326 du Code civil est modifié comme suit: «L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres. Cette mention doit être écrite de sa main ou être revêtue spécifiquement d'une signature électronique; si elle est indiquée également en chiffres, en cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.»

Art. 11. A la section première du Chapitre VI du Code civil, l'intitulé du Paragraphe III est remplacé par l'intitulé suivant: «Des copies des actes sous seing privé.»

Art. 12. L'article 1333 du Code civil est réintroduit avec le libellé suivant: «Les copies, lorsque le titre original ou un acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre ou à l'acte, dont la représentation peut toujours être exigée.»

Art. 13. L'article 1334 du Code civil est inséré au paragraphe III et est remplacé par la disposition suivante: «Lorsque le titre original ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 n'existe plus, les copies effectuées à partir de celui-ci, sous la responsabilité de la personne qui en a la garde, ont la même valeur probante que les écrits sous seing privé dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal.»

Art. 14. L'article 1348, alinéa 2 du Code civil est supprimé. Le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, pris en exécution de l'article 1348 du Code civil, continue à produire ses effets sur la base de l'article 13 de la présente loi.

Art. 15. Les deux premiers alinéas de l'article 11 du Code de commerce sont remplacés par l'alinéa suivant: «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 sous forme de copie. Ces copies ont la même valeur probante que les originaux dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par un règlement grand-ducal.»

Art. 16. Toute personne à charge de laquelle la loi prévoit l'obligation de délivrer ou de communiquer des documents et données à la requête d'un agent d'une administration fiscale doit, lorsque ces documents et données n'existent que sous forme électronique, les délivrer ou communiquer, sur requête d'un agent d'une administration fiscale, dans une forme lisible et directement intelligible, certifiée conforme à l'original, sur support papier ou, par dérogation, suivant toutes autres modalités techniques que l'administration fiscale détermine.

Constitue un manquement à l'obligation de délivrance ou de communication le fait, pour la personne à laquelle la délivrance ou la communication incombent légalement, de ne pas se conformer aux requêtes et instructions d'une administration fiscale visées à l'alinéa précédent.

Chapitre 2.- De la signature électronique et des prestataires de service de certification

Section 1. Définitions et effets juridiques de la signature électronique

Art. 17. Définitions

«Signataire»: toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une personne physique ou morale qu'elle représente.

«Dispositif de création de signature»: un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat qualifié.

«Dispositif sécurisé de création de signature»: un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences fixées par règlement grand-ducal.

«Dispositif de vérification de signature»: un dispositif qui satisfait aux exigences définies au règlement grand-ducal relatif au certificat.

«Certificat qualifié»: un certificat qui satisfait aux exigences fixées sur base de l'article 25 de la présente loi.

«Prestataire de service de certification»: toute personne, physique ou morale, qui délivre et gère des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques.

«Titulaire de certificat»: toute personne, physique ou morale, à laquelle un prestataire de service de certification a délivré un certificat.

«Accréditation»: procédure par laquelle un organisme faisant autorité reconnaît formellement qu'un organisme ou un individu est compétent pour effectuer des tâches spécifiques.

«Système d'accréditation»: système ayant des propres règles de procédure et de gestion et destiné à procéder à l'accréditation.

«Accréditation volontaire»: toute autorisation indiquant les droits et obligations spécifiques à la fourniture de services de certification, accordée, sur demande du prestataire de service de certification concerné, par l'Autorité nationale d'accréditation et de surveillance chargée d'élaborer ces droits et obligations et d'en contrôler le respect, lorsque le prestataire de service de certification n'est pas habilité à exercer les droits découlant de l'autorisation aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu la décision de l'organisme.

«L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance»: est le ministre ayant dans ses attributions l'Economie:

- qui dirige et gère, par ses services, un système d'accréditation et qui se prononce sur l'accréditation;
- qui dirige et gère, par ses services, la surveillance des prestataires de service de certification de signatures électroniques, et plus particulièrement de ceux qui émettent des certificats qualifiés.

Art. 18. Des effets juridiques de la signature électronique

(1) Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil.

(2) Une signature électronique ne peut être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

(3) Nul ne peut être contraint de signer électroniquement.

Section 2. Des prestataires de service de certification

Sous-Section 1. Dispositions communes

Art. 19. De l'obligation de secret professionnel

(1) Les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service d'un prestataire de service de certification, ainsi que tous ceux qui exercent eux-mêmes les fonctions de prestataire de service de certification, sont obligés de garder strictement secrets tous les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle, à l'exception de ceux dont le titulaire de certificat a accepté la publication ou la communication. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal.

(2) L'obligation de secret cesse lorsque la révélation d'un renseignement est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, même antérieure à la présente loi.

(3) L'obligation de secret n'existe pas à l'égard de l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance agissant dans le cadre de ses compétences légales.

(4) Toute personne exerçant ou ayant exercé une activité pour l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, ainsi que les auditeurs mandatés par l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance, sont tenus au secret professionnel et passibles des peines prévues à l'article 458 du Code pénal en cas de violation de ce secret.

(5) Sous réserve des règles applicables en matière pénale, les renseignements visés au §1, une fois révélés, ne peuvent être utilisés qu'à des fins pour lesquelles la loi a permis leur révélation.

(6) Quiconque est tenu à l'obligation de secret visée au §1 et a légalement révélé un renseignement couvert par cette obligation, ne peut encourir de ce seul fait une responsabilité pénale ou civile.

Art. 20. De la protection des données à caractère personnel

(1) L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance et les prestataires de service de certification sont tenus au respect des dispositions légales régissant le traitement de données à caractère personnel.

(2) Le prestataire de service de certification qui délivre des certificats à l'intention du public ne peut recueillir des données à caractère personnel que directement auprès de la personne qui demande un certificat, ou avec le consentement explicite de celle-ci, auprès de tiers. Le prestataire ne collecte les données que dans la seule mesure où ces dernières sont nécessaires à la délivrance et à la conservation du certificat. Les données ne peuvent être recueillies ni traitées à d'autres fins sans le consentement explicite de la personne intéressée.

(3) Lorsqu'un pseudonyme est utilisé, l'identité véritable du titulaire ne peut être révélée par le prestataire de service de certification qu'avec le consentement du titulaire ou dans les cas prévus à l'article 19§2.

Art. 21. Des obligations du titulaire de certificat

(1) Dès le moment de la création des données afférentes à la création de signature, le titulaire du certificat est seul responsable de la confidentialité et de l'intégrité des données afférentes à la création de signature qu'il utilise. Toute utilisation de ceux-ci est réputée, sauf preuve contraire, être son fait.

(2) Le titulaire du certificat est tenu, dans les meilleurs délais, de notifier au prestataire de service de certification toute modification des informations contenues dans celui-ci.

(3) En cas de doute quant au maintien de la confidentialité des données afférentes à la création de signature ou de perte de la conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titulaire est tenu de faire révoquer immédiatement le certificat conformément à l'article 26 de la présente loi.

(4) Lorsqu'un certificat est arrivé à échéance ou a été révoqué, son titulaire ne peut plus utiliser les données afférentes à la création de signature correspondantes pour signer ou faire certifier ces données par un autre prestataire de service de certification.

Sous-Section 2. Des prestataires de service de certification émettant des certificats qualifiés

Art. 22. De l'obligation d'information

(1) Préalablement à toute relation contractuelle avec une personne demandant un certificat qualifié ou à la demande d'un tiers qui se prévaut d'un tel certificat, le prestataire de service de certification procure, sur un support durable et dans une langue aisément compréhensible, les informations nécessaires à l'utilisation correcte et sûre de ses services.

Ces informations se rapportent au moins:

- a) à la procédure à suivre afin de créer et de vérifier une signature électronique;
- b) aux modalités et conditions précises d'utilisation des certificats, y compris les limites imposées à leur utilisation, à condition que ces limites soient discernables par des tiers;
- c) aux obligations qui pèsent, en vertu de la présente loi, sur le titulaire du certificat et le prestataire de service de certification;
- d) à l'existence d'un régime volontaire d'accréditation;
- e) aux conditions contractuelles de délivrance d'un certificat, y compris les limites éventuelles de responsabilité du prestataire de service de certification;
- f) aux procédures de réclamation et de règlement des litiges.

(2) Le prestataire de service de certification fournit un exemplaire du certificat au candidat titulaire.

Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

Art. 23. De l'obligation de vérification

(1) Préalablement à la délivrance d'un certificat, le prestataire de service vérifie la complémentarité des données afférentes à la création et à la vérification de signature.

(2) Lorsqu'un certificat qualifié est délivré à une personne morale, le prestataire de service de certification vérifie préalablement l'identité et le pouvoir de représentation de la ou des personne(s) physique(s) qui se présente(nt) à lui.

Art. 24. De l'acceptation des certificats

(1) Le contenu et la publication d'un certificat sont soumis au consentement de son titulaire.

(2) Le prestataire de service de certification conserve un annuaire électronique comprenant les certificats qu'il délivre et le moment de leur expiration. Dès son acceptation par le candidat titulaire, le prestataire de service de certification inscrit le certificat dans l'annuaire électronique visé par règlement grand-ducal sous réserve que le titulaire du certificat ait donné son consentement à cette inscription.

Art. 25. De l'émission et du contenu des certificats qualifiés

(1) Pour pouvoir émettre des certificats qualifiés, les prestataires de service de certification doivent disposer des moyens financiers et des ressources matérielles, techniques et humaines adéquates pour garantir la sécurité, la fiabilité et la pérennité des services de certification offerts. Ces exigences peuvent être précisées par voie de règlement grand-ducal.

(2) Tout certificat qualifié doit contenir les informations telles qu'arrêtées par règlement grand-ducal.

(3) A la demande du titulaire, le certificat peut contenir d'autres informations, non certifiées par le prestataire de service de certification, en précisant qu'elles n'ont pas été vérifiées par ce dernier.

(4) Un certificat qualifié peut être délivré tant par un prestataire de service de certification accrédité que par un prestataire de service de certification non accrédité pour autant que celui-ci remplit les conditions requises par la loi et les règlements grand-ducaux pris pour son application.

Art. 26. De la révocation des certificats

(1) A la demande de son titulaire, préalablement identifié, le prestataire de service de certification révoque immédiatement le certificat qualifié.

(2) Le prestataire de service de certification révoque également un certificat immédiatement lorsque:

a) après suspension, un examen plus approfondi démontre que le certificat a été constitué sur la base d'informations erronées ou falsifiées, que les informations contenues dans le certificat ne sont plus conformes à la réalité, ou que la confidentialité des données afférentes à la création de signature a été violée ou que le certificat a été utilisé frauduleusement;

b) lorsqu'elle est informée du décès de la personne physique ou de la dissolution de la personne morale qui en est le titulaire.

(3) Le prestataire de service de certification informe le titulaire de la révocation du certificat dans les meilleurs délais et motive sa décision.

Elle prévient le titulaire de l'échéance du certificat au moins un mois à l'avance.

(4) La révocation d'un certificat qualifié est définitive.

(5) Immédiatement après la décision de révocation, le prestataire de service de certification inscrit la mention de la révocation du certificat dans l'annuaire électronique visé à l'article 23.

La révocation devient opposable aux tiers dès son inscription dans l'annuaire électronique.

Art. 27. De la responsabilité des prestataires de service de certificats qualifiés

(1) A moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se fie raisonnablement:

- à l'exactitude des informations contenues dans le certificat qualifié à dater de sa délivrance;

- à l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;

- à l'assurance que le dispositif de création de signature et le dispositif de vérification de signature fonctionnent ensemble de façon complémentaire, au cas où le prestataire a généré les deux dispositifs.

(2) A moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune négligence, le prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat qualifié ou qui garantit publiquement un tel certificat est responsable du préjudice causé à toute personne qui se prévaut raisonnablement du certificat, pour avoir omis de faire enregistrer la révocation du certificat.

(3) Le prestataire de service de certification n'est pas responsable du préjudice résultant de l'usage abusif d'un certificat qualifié qui dépasse les limites fixées à son utilisation ou la valeur limite des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, pour autant que ces limites soient inscrites dans le certificat et discernables par les tiers.

(4) Les dispositions des paragraphes 1 à 3 sont sans préjudice de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.

Art. 28. De la reconnaissance des certificats de pays tiers

Les certificats, délivrés à titre de certificats qualifiés par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers à l'Union européenne, ont la même valeur juridique au Luxembourg que ceux délivrés par un prestataire de service de certification établi au Luxembourg:

a) si le prestataire de service de certification remplit les conditions visées par la présente loi et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi par un Etat membre de l'Union européenne; ou

b) si un prestataire de service de certification établi dans un Etat membre de l'Union européenne garantit ces certificats; ou

c) si le certificat ou le prestataire de service de certification est reconnu dans le cadre d'un accord bilatéral entre le Luxembourg et des pays tiers ou dans le cadre d'un accord multilatéral entre l'Union européenne et des pays tiers ou des organisations internationales.

Art. 29. La surveillance

(1) L'autorité nationale d'accréditation et de surveillance veille au respect par les prestataires de services émettant des certificats qualifiés des exigences contenues dans les articles 19 à 27 de la présente loi et dans les règlements grand-ducaux pris en application.

(2) Tout prestataire émettant des certificats qualifiés est tenu de notifier à l'autorité nationale la conformité de ses activités aux exigences de la présente loi et des règlements pris en son exécution.

(3) L'autorité nationale tient un registre des notifications, qui fait l'objet, à la fin de chaque année de calendrier, d'une publication au Mémorial, Recueil administratif et économique, sans préjudice de la possibilité, pour l'autorité nationale, de publier à tout moment, soit au Mémorial, soit dans un ou plusieurs journaux, nationaux ou étrangers, une radiation du registre, si une telle mesure de publicité est commandée par l'intérêt public.

(4) L'autorité nationale peut, soit d'office, soit à la demande de toute personne intéressée, vérifier ou faire vérifier la conformité des activités d'un prestataire de service de certification aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution.

L'autorité peut avoir recours à des auditeurs externes agréés pour de telles vérifications. Un règlement grand-ducal détermine la procédure d'agrément, à délivrer par le ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Pourront faire l'objet d'un agrément les personnes qui justifient d'une qualification professionnelle adéquate ainsi que de connaissances et d'une expérience spécialisées dans le domaine des technologies des signatures électroniques, et qui présentent des garanties d'honorabilité professionnelle et d'indépendance par rapport aux prestataires de service de certification dont elles sont appelées à vérifier les activités.

(5) Dans l'accomplissement de leur mission de vérification, les agents de l'autorité nationale ainsi que les auditeurs externes agréés ont, sur justification de leurs qualités, le droit d'accéder à tout établissement et de se voir communiquer toutes informations et tous documents qu'ils estimeront utiles ou nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Tout refus de la part d'un prestataire de service de certification de collaborer activement est puni d'une amende de 10.001 à 800.000 francs. L'autorité peut, en pareil cas, également procéder à la radiation des prestataires du registre des notifications.

(6) Si, sur le rapport de ses agents ou de l'auditeur externe agréé, l'autorité nationale constate que les activités du prestataire de service de certification ne sont pas conformes aux dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, elle invite le prestataire à se conformer, dans le délai qu'elle détermine, auxdites dispositions. Si, passé ce délai, le prestataire ne s'est pas conformé, l'autorité nationale procède à la radiation du prestataire du registre des notifications.

(7) En cas de constatation d'une violation grave par un prestataire de service de certification des dispositions de la présente loi ou des règlements pris en son exécution, l'autorité nationale peut en informer à telles fins que de droit notamment les autorités administratives compétentes en matière de droit d'établissement. Les rapports établis à l'attention de l'autorité nationale peuvent être communiqués à ces autorités, dans la mesure où le prestataire de service de certification en a reçu communication dans ses relations avec l'autorité nationale.

Sous-Section 3. Des prestataires de service de certification accrédités

Art. 30. De l'accréditation

(1) Les prestataires de service de certification sont libres de demander ou non une accréditation.

(2) L'accréditation couvre la délivrance de certificats relatifs à l'identité, éventuellement à la profession ou tout autre attribut durable du titulaire du certificat, ainsi qu'à toute autre mention pouvant être certifiée.

(3) Le prestataire de service de certification peut demander l'accréditation pour un ou plusieurs de ces éléments et pour une ou plusieurs catégories de titulaires.

Art. 31. Des conditions d'obtention de l'accréditation

(1) Les conditions d'obtention et de conservation de l'accréditation sont fixées par un règlement grand-ducal.

(2) Un règlement grand-ducal détermine:

- a) la procédure de délivrance, d'extension, de suspension et de retrait des accréditations;
- b) les frais d'examen et de suivi des dossiers;
- c) les délais d'examen des demandes;
- d) le montant et les modalités de la garantie financière;
- e) les conditions visant à assurer l'interopérabilité des systèmes de certification et l'interconnexion des registres de certificats;
- f) les règles relatives à l'information que le prestataire de service de certification est tenu de conserver concernant ses services et les certificats délivrés par lui;
- g) les garanties d'indépendance que les prestataires de service de certification doivent offrir aux utilisateurs du service;
- h) la durée de conservation des données.

(3) Des conditions complémentaires peuvent être fixées par règlement grand-ducal pour qu'un prestataire de service de certification soit habilité à délivrer des certificats à des personnes qui souhaitent utiliser une signature électronique dans leurs échanges avec les autorités publiques.

(4) La décision sur la suspension ou le retrait de l'accréditation peut être déferée, dans le délai d'un mois, sous peine de forclusion, au tribunal administratif, qui statue comme juge de fond.

Art. 32. De l'arrêt et du transfert des activités

(1) Le prestataire de service de certification accrédité informe dans un délai raisonnable l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance de son intention de mettre fin à ses activités ou, le cas échéant, de son incapacité de poursuivre ses activités. Il s'assure de la reprise de celles-ci par un autre prestataire de service de certification accrédité, dans les conditions décrites au §2 du présent article, ou, à défaut, prend les mesures requises au §3 du présent article.

(2) Le prestataire de service de certification accrédité peut transférer à un autre prestataire tout ou partie de ses activités. Le transfert des certificats est opéré aux conditions suivantes:

- a) le prestataire de service de certification avertit chaque titulaire de certificat encore en vigueur qu'il envisage de transférer les certificats à un autre prestataire de service de certification au moins un mois avant le transfert envisagé;
- b) il précise l'identité du prestataire de service de certification auquel le transfert de ces certificats est envisagé;
- c) il indique à chaque titulaire de certificat leur faculté de refuser le transfert envisagé, ainsi que les délais et modalités dans lesquelles il peut le refuser. A défaut d'acceptation expresse du titulaire au terme de ce délai, le certificat est révoqué.

(3) Tout prestataire de service de certification accrédité qui cesse ses activités sans que celles-ci ne soient reprises par un autre prestataire de service de certification accrédité, révoque les certificats un mois après en avoir averti les titulaires et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des données conformément à l'article 25.

(4) Le décès, l'incapacité, la faillite, la dissolution volontaire et la liquidation, ou tout autre motif involontaire d'arrêt des activités sont assimilés à une cessation d'activité au sens de la présente loi.

Art. 33. Du contrôle

(1) Lorsque l'Autorité Nationale d'Accréditation constate qu'un prestataire de service de certification accrédité ne se conforme pas aux prescriptions de la présente loi et des règlements, elle fixe un délai pour régulariser la situation et éventuellement, suspend l'accréditation.

(2) Si, après l'écoulement de ce délai, le prestataire de service de certification accrédité n'a pas régularisé sa situation, la même autorité procède au retrait de l'accréditation.

(3) Le prestataire de service de certification est tenu de mentionner immédiatement dans son annuaire électronique le retrait de l'accréditation et d'en informer sans délai les titulaires de certificat.

Sous-section 4. Du recommandé électronique

Art. 34. Le message signé électroniquement sur base d'un certificat qualifié dont l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception, sont certifiés par le prestataire conformément aux conditions fixées par règlement grand-ducal constitue un envoi recommandé.

TITRE III. DISPOSITIONS PENALES

Art. 35. L'article 196 du Code pénal est modifié comme suit: «Seront punies de réclusion de cinq à dix ans les autres personnes qui auront commis un faux en écritures authentiques et publiques, et toutes personnes qui auront commis un faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, en ce compris les actes sous seing privé électronique,

Soit par fausses signatures,

Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures,

Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans les actes,

Soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater.»

Art. 36. L'article 197 du Code pénal est modifié comme suit: «Dans tous les cas exprimés dans la présente section, celui qui aura fait usage du faux sera puni comme s'il était l'auteur du faux.»

Art. 37. L'article 487 du Code pénal est modifié comme suit: «Sont qualifiées fausses clefs: Tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs imitées, contrefaites ou altérées, y compris électroniques;

Les clefs qui n'ont pas été destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux serrures, cadenas ou aux fermetures quelconques auxquelles le coupable les aura employées;

Les clefs perdues, égarées ou soustraites, y compris électroniques, qui auront servi à commettre le vol.

Toutefois, l'emploi de fausses clefs ne constituera une circonstance aggravante que s'il a eu lieu pour ouvrir des objets dont l'effraction eût entraîné une aggravation de peine.»

Art. 38. L'article 488 du Code pénal est modifié comme suit: «Quiconque aura frauduleusement contrefait ou altéré des clefs, y compris électroniques sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 10.001 francs à 80.000 francs.»

Art. 39. L'article 498 du Code pénal est modifié comme suit: «Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 20.000 francs à 400.000 francs, ou d'une de ces peines seulement, celui qui aura trompé l'acheteur:

Sur l'identité du bien vendu, en livrant frauduleusement un bien autre que l'objet déterminé sur lequel a porté la transaction;

Sur la nature ou l'origine du bien vendu, en vendant ou en livrant un bien semblable en apparence à celui qu'il a acheté ou qu'il a cru acheter.

Les dispositions qui précèdent s'appliquent aux biens mobiliers y compris incorporels et immobiliers.»

Art. 40. L'article 505 du Code pénal est modifié comme suit: «Ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses ou les biens incorporels enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de 10.001 francs à 200.000 francs.

Ils pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 24.

Constitue également un recel le fait de sciemment bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit.»

Art. 41. 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.»

Art. 42. L'article 509-2 du Code pénal est modifié comme suit: «Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, entravé ou faussé le fonctionnement d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines.»

Art. 43. L'article 509-3 du Code pénal est modifié comme suit: «Quiconque aura, intentionnellement et au mépris des droits d'autrui, directement ou indirectement, introduit des données dans un système de traitement ou de transmission automatisé de données ou supprimé ou modifié les données qu'il contient ou leurs modes de traitement ou de transmission, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50.000 francs à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines.»

Art. 44. L'article 509-4 du Code pénal est abrogé.

Art. 45. L'article 509-5 du Code pénal est abrogé.

TITRE IV. DES COMMUNICATIONS COMMERCIALES

Art. 46. Définition

«Communication commerciale»: toutes les formes de communication destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation, ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale.

Ne constituent pas en tant que tel des communications commerciales:

- les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de cette entreprise, organisation ou personne notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique;
- les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière.

Art. 47. Obligation de transparence

La communication commerciale doit respecter les conditions suivantes:

- a) la communication commerciale doit être clairement identifiable en tant que telle;
- b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable;
- c) les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Art. 48. Des communications commerciales non sollicitées

(1) La communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée en tant que telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire.

(2) L'envoi de communications commerciales par courrier électronique par un prestataire de service de la société de l'information à un destinataire n'est possible qu'en cas d'absence d'opposition manifeste de sa part.

(3) Les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées doivent consulter régulièrement les registres «opt out» désignés par règlement grand-ducal où les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces personnes. L'inscription des personnes physiques sur un ou plusieurs registres d'opt out se fait sans frais pour ces personnes.

Est puni d'une amende de dix mille un à deux cent mille francs, tout prestataire n'ayant pas respecté le souhait des personnes inscrites sur un ou plusieurs registres d'opt out.

TITRE V. DES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUE

*Chapitre 1er. - Dispositions communes***Art. 49. Définitions**

«Support durable»: tout instrument qui permet au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées.

«Service financier»: tout service fourni par un établissement de crédit, un autre professionnel du secteur financier ou une entreprise d'assurance et de réassurance.

Art. 50. Champ d'application

(1) Le présent titre s'applique aux contrats conclus par voie électronique entre professionnels, et entre professionnels et consommateurs, à l'exception des contrats suivants:

- les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location;
- les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;
- les contrats de sûretés et les garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;
- les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

(2) Les dispositions des articles 53 à 59 s'appliquent uniquement entre professionnels et consommateurs.

Art. 51. Informations «techniques» générales à fournir

(1) Sans préjudice de l'obligation générale d'information de l'article 5 de la présente loi et, sauf si les parties sont des professionnels et en ont convenu autrement, les modalités de formation d'un contrat par voie électronique doivent être transmises par le prestataire de manière claire et non équivoque et préalablement à la conclusion du contrat. Les informations à fournir doivent porter notamment sur:

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;
- b) l'archivage ou non du contrat par le prestataire une fois celui-ci conclu et son accessibilité;
- c) les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu;
- d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

(2) Les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être fournies au destinataire du service de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire.

(3) Les deux premiers paragraphes du présent article ne s'appliquent pas aux contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes.

Art. 52. Du moment de la conclusion du contrat

(1) Sauf si les parties qui sont des professionnels en ont convenu autrement, dans les cas où il est demandé à un destinataire du service d'exprimer son consentement en utilisant des moyens technologiques, pour accepter l'offre du prestataire, le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service.

- a) L'accusé de réception de l'acceptation est considéré comme étant reçu lorsque le destinataire du service peut y avoir accès;
- b) le prestataire est tenu d'envoyer immédiatement l'accusé de réception de l'acceptation.

(2) Les dispositions du premier paragraphe du présent article ne sont pas applicables aux contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles conclus exclusivement au moyen d'un échange de messages électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes.

*Chapitre 2.- Des contrats conclus avec les consommateurs***Art. 53. Informations préalables à fournir au consommateur**

(1) Sans préjudice de l'obligation générale d'information de l'article 5 de la présente loi et des obligations d'information spécifiques aux services financiers, en temps utile avant la conclusion du contrat, le prestataire a l'obligation de fournir au consommateur, de manière claire et compréhensible les informations suivantes:

- les coordonnées du prestataire de service de certification le cas échéant accrédité auprès duquel ce dernier a obtenu un certificat;
- les caractéristiques essentielles du produit ou du service proposé;
- la monnaie de facturation;
- la durée de validité de l'offre et du prix;

- les modalités et modes de paiement, les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des engagements du prestataire;
- le cas échéant, les conditions de crédit proposées;
- l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation;
- le mode de remboursement des sommes versées le cas échéant par le consommateur en cas de rétractation de sa part;
- le coût de l'utilisation du service de la société de l'information lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base;
- les conditions des garanties commerciales et du service après-vente existants;
- l'absence d'une confirmation des informations, le cas échéant;
- pour les contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service, la durée minimale du contrat.

(2) Ces informations doivent être fournies par tout moyen adapté au service de la société de l'information utilisé, et accessibles à tout stade de la transaction.

Lorsqu'il est en mesure de le faire, le prestataire doit mettre en place un service de la société de l'information permettant au consommateur de dialoguer directement avec lui.

(3) Pour les produits et services qui ne sont pas soumis à un droit de rétractation conformément à l'article 55§4, les informations additionnelles suivantes doivent être fournies au consommateur:

- les caractéristiques du système d'exploitation ou de l'équipement nécessaire pour utiliser de manière efficace le produit ou le service commandé;
- le temps approximatif et le coût du téléchargement éventuel d'un produit ou d'un service, et le cas échéant les modalités et conditions du contrat de licence.

Art. 54. De la confirmation et de l'enregistrement des informations

(1) Le consommateur doit recevoir, au plus tard lors de la livraison du produit ou de l'exécution de la prestation de service, sur un support durable à sa disposition et auquel il ait accès, la confirmation des informations mentionnées à l'article 53 et, quand il y a lieu, les conditions d'exercice du droit de rétractation.

(2) Le §1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'un service de la société de l'information, dès lors que ces services sont fournis en une seule fois et qu'ils sont facturés par le prestataire.

(3) Le prestataire doit permettre au consommateur d'obtenir, dans les meilleurs délais après la conclusion du contrat, sur support durable le contenu de la transaction précisant notamment la date et l'heure de la conclusion du contrat.

Art. 55. Du droit de rétractation du consommateur

(1) Pour tout contrat conclu par voie électronique, le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour se rétracter, sans indication de motif et sans pénalités.

Toutefois, si le consommateur n'a pas reçu la confirmation prévue à l'article 54, le délai de rétractation est de 3 mois.

Le délai de rétractation est porté à 30 jours pour les contrats relatifs aux polices d'assurance sauf les polices visées au §4 g) du présent article, et aux opérations de pension.

Ces délais courent:

- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat;
- pour les produits, à compter de la réception du produit.

(2) Si cette confirmation intervient pendant le délai de trois mois visé au §1, le délai de sept jours recommence à courir à compter du jour de la réception des informations par le consommateur.

(3) Le consommateur exerce son droit de rétractation sur tout support durable.

En outre, le consommateur doit être remboursé dans les 30 jours des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement.

(4) Sauf convention contraire, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au §1 pour les contrats:

- a) de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétractation de sept jours prévu au §1;
- b) de fournitures de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent pas être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;
- c) de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés ou téléchargés par le consommateur;
- d) de fourniture de journaux, périodiques et de magazines;
- e) de services de paris et de loteries;

f) de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier en dehors du contrôle du prestataire, qui peuvent survenir durant la période de rétractation, tels que les services relatifs:

- aux opérations de change;
- aux instruments du marché monétaire;
- aux valeurs mobilières et autres titres négociables;
- aux OPCVM et autres systèmes de placement collectif;
- aux contrats à terme (futures) et options;
- aux contrats à terme sur taux d'intérêt (FRA);
- aux contrats d'échange (swaps) sur taux d'intérêt, sur devises ou aux contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (equity swaps);
- aux options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente liste, y compris les contrats à terme et options;

g) les polices d'assurance de moins d'un mois.

(5) Lorsque le prix d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par le prestataire ou par un tiers, sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le prestataire, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit.

Art. 56. Du paiement du service financier fourni avant la rétractation

(1) Quand le consommateur exerce son droit de rétractation conformément à l'article 55, il ne peut être tenu qu'au paiement de la partie du prix proportionnellement au service financier effectivement fourni par le prestataire.

(2) Le prestataire ne peut exiger du consommateur un paiement sur la base du §1 s'il n'a pas rempli son obligation d'information prévue à l'article 53, ni s'il a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation sans que le consommateur ait expressément donné son consentement à cette exécution.

(3) Le prestataire renvoie, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les 30 jours, au consommateur toutes sommes qu'il a perçues de ce dernier en accord avec le contrat conclu, excepté le montant à payer au §1 du présent article. Ce délai court du jour où le prestataire a reçu la notification de la rétractation par le consommateur.

(4) Le consommateur renvoie au prestataire toute somme ou propriété qu'il a reçue du prestataire, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours. Ce délai court du jour de l'envoi de la notification de la rétractation par le consommateur.

Art. 57. De la fourniture non demandée

(1) Sans préjudice des règles applicables en matière de reconduction tacite des contrats, la fourniture d'un produit ou d'un service non demandée à un consommateur est interdite, lorsqu'elle est assortie d'une demande de paiement.

(2) Le consommateur n'est tenu à aucun engagement relatif aux fournitures de biens ou de services qu'il n'a pas expressément demandées, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

Art. 58. De la charge de la preuve

La preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation des informations, du respect des délais et du consentement du consommateur incombe au prestataire. Toute clause contraire est considérée comme abusive au sens de l'article 1er de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.

Art. 59. Exemptions

Les articles 53, 54 et 55 ne s'appliquent pas:

- aux contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile d'un consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail;
- aux contrats de fourniture de services d'hébergement, de transports, de restauration, de loisirs, lorsque le prestataire s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée.

TITRE VI. DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES INTERMEDIAIRES

Art. 60. Simple transport

(1) Le prestataire de service de la société de l'information qui transmet sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service ou qui fournit un accès au réseau de communications ne peut voir sa responsabilité engagée pour les informations transmises à condition:

- a) qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission;
- b) qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission; et
- c) qu'il ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

(2) Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises à condition que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communications et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Art. 61. Forme de stockage dite caching

Le prestataire qui fournit un service de la société de l'information consistant dans la transmission sur un réseau de communications des informations fournies par un destinataire du service ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service à condition:

- a) qu'il ne modifie pas l'information;
- b) qu'il se conforme aux conditions d'accès de l'information;
- c) qu'il se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquée d'une manière largement reconnue et utilisée par l'industrie;
- d) qu'il n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information, et
- e) qu'il agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible, dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information a été retirée là où elle se trouvait initialement sur le réseau, ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité judiciaire ou administrative a ordonné le retrait de l'information ou interdit son accès.

Art. 62. Hébergement

(1) Sans préjudice des dispositions de l'article 63§2, le prestataire qui fournit un service de la société de l'information consistant dans le stockage des informations fournies par un destinataire du service, ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour les informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance que l'activité ou l'information est illicite et, en ce qui concerne une action en dommages, 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; ou
- b) le prestataire, dès le moment où il en a une telle connaissance, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

(2) Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

Art. 63. Obligation en matière de surveillance

(1) Pour la fourniture des services visés aux articles 60 à 62, les prestataires ne sont pas tenus d'une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni d'une obligation générale de rechercher des faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

(2) Pour la fourniture des services visés à l'article 62, les prestataires sont toutefois tenus à une obligation de contrôle spécifique afin de détecter de possibles infractions aux articles 383, alinéa 2 et 457-1 du Code pénal.

(3) Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans préjudice de toute activité de surveillance, ciblée ou temporaire, demandée par les autorités judiciaires luxembourgeoises lorsque cela est nécessaire pour sauvegarder la sûreté, la défense, la sécurité publique et pour la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales.

TITRE VII. DES PAIEMENTS ELECTRONIQUES

Art. 64. Définitions

Pour l'application du présent titre, il faut entendre par:

(1) «instrument de paiement électronique»: tout système permettant d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique, les opérations suivantes:

- a) des transferts de fonds;
- b) des retraits et dépôts d'argent liquide;
- c) l'accès à distance à un compte;
- d) le chargement et le déchargement d'un instrument de paiement électronique rechargeable.

(2) «instrument de paiement électronique rechargeable»: tout instrument de paiement électronique sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement.

Art. 65. Champ d'application

(1) Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas:

- a) aux transferts électroniques de fonds réalisés par chèque et aux fonctions de garantie des transferts de fonds réalisés par chèque;
- b) aux transferts électroniques de fonds réalisés au moyen d'instruments rechargeables sans accès direct à un compte pour le chargement et le déchargement, et qui ne sont utilisables qu'après d'un seul vendeur de produits ou de services.

Art. 66. La preuve des paiements effectués

L'émetteur doit conserver un relevé interne des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de paiement électronique, pendant une période de trois ans à compter de l'exécution des opérations.

Art. 67. La charge de la preuve

L'émetteur doit, en cas de contestation d'une opération effectuée à l'aide d'un instrument de paiement électronique, apporter la preuve que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée, et n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance.

Art. 68. Des risques liés à l'utilisation d'un instrument de paiement électronique

(1) Le titulaire d'un instrument de paiement électronique a l'obligation de notifier à l'émetteur – ou à l'entité désignée par lui – dès qu'il en a connaissance, la perte ou le vol de cet instrument ou des moyens qui en permettent l'utilisation, ainsi que toute utilisation frauduleuse; ainsi que la perte ou le vol de l'instrument de paiement électronique rechargeable.

L'émetteur d'un instrument de paiement électronique doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer cette notification et pour rapporter la preuve qu'il l'a effectuée.

(2) Sauf dans les cas où il s'est rendu coupable d'une fraude ou de négligence grave, le titulaire d'un instrument de paiement électronique visé à l'article 64§1 a), b) et c):

- assume jusqu'à la notification prévue au paragraphe précédent les conséquences liées à la perte, au vol ou à son utilisation frauduleuse par un tiers, à concurrence d'un montant fixé par règlement grand-ducal. Ce montant ne peut dépasser 150 euros.

Par dérogation à l'alinéa 1 du paragraphe 2 du présent article, l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la valeur stockée sur l'instrument de paiement électronique rechargeable, lorsque celle-ci est la conséquence de l'utilisation de celui-ci par un tiers non autorisé, même après la notification prévue dans le présent article.

- est dégagé de toute responsabilité de l'utilisation de l'instrument de paiement électronique visé à l'article 64§1 a), b) et c) après la notification.

(3) En toute hypothèse, l'utilisation d'un instrument de paiement électronique sans présentation physique de celui-ci ou identification électronique, n'engage pas la responsabilité de son titulaire.

Art. 69. Irrévocabilité des instructions de paiement

Le titulaire ne peut révoquer une instruction qu'il a donnée au moyen de son instrument de paiement électronique, à l'exception de celle dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée.

TITRE VIII. DISPOSITIONS FINALES

Art. 70. Le Ministre de l'Economie est autorisé à procéder à l'engagement pour les besoins de l'Autorité d'Accréditation et de Surveillance de trois agents de la carrière supérieure de l'Etat, à occuper à titre permanent et à tâche complète. Les engagements définitifs de personnel au service de l'Etat se feront par dépassement de l'effectif total du personnel et en dehors du nombre d'engagements de renforcement déterminé dans la loi du 24 décembre 1999 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2000.

Art. 71. (1) Par règlement grand-ducal il peut être créé un comité «commerce électronique» regroupant des utilisateurs tant du secteur public que du secteur privé. Un règlement grand-ducal fixe la composition de ce comité.

(2) Ce comité aura pour objectif d'accompagner l'application de la présente loi, de diffuser des informations sur le commerce électronique et de produire des avis pour le ministère compétent.

Art. 72. 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 14 août 2000 relative au commerce électronique».

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre de l'Economie,
Henri Grethen

Cabasson, le 14 août 2000.
Pour le Grand-Duc:
Son Lieutenant-Représentant
Henri
Grand-Duc héritier

Doc. parl. 4641, sess. ord. 1999-2000; Dir. 93/13 et 97/7; Dir. 2000/31/CE.