

N° 5095⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI**modifiant la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(2.3.2004)

Par dépêche en date du 15 janvier 2004, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat d'amendements gouvernementaux au projet de loi sous rubrique.

Au texte des amendements étaient joints un commentaire ainsi, qu'à titre de simple information, une version consolidée du projet de loi ainsi qu'un texte coordonné de la loi du 14 août 2000. Le Conseil d'Etat s'en tiendra, pour l'examen des amendements, à la version originaires du projet de loi, y compris pour ce qui est de la référence aux articles, à moins de précisions contraires.

*

A titre de remarque préliminaire, le Conseil d'Etat fait observer que la loi du 14 août 2000 vient d'être modifiée par la loi du 19 décembre 2003 fixant les conditions d'agrément des organisations habilitées à tenter des actions en cessation et dont question à l'amendement 25. Il y aurait en conséquence lieu de se référer dans l'intitulé et également dans l'article 1er du projet de loi à „la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique“.

L'*amendement 1* a trait à l'article 1er. Les amendements tiennent dans une large mesure compte des observations formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 1er juillet 2003.

Les auteurs des amendements entendent maintenir la compétence du ministre ayant le Commerce électronique dans ses attributions pour ce qui est de la possibilité de restreindre la libre circulation d'un service donné de la société de l'information, en provenance d'un autre Etat membre. Tout en réitérant les observations formulées dans son premier avis, le Conseil d'Etat estime qu'il y aurait pour le moins lieu d'adapter également l'article 17 de la loi du 14 août 2000, à l'effet de dire: „*L'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance*“: est le ministre ayant le commerce électronique dans ses attributions: ...“.

L'amendement sous examen entend par ailleurs introduire une nouvelle disposition, à l'effet de déroger, en matière de commerce électronique, à l'interdiction de la vente à perte prévue à l'article 20 de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative. Aux termes de l'article 20 de cette loi, „il est interdit à tout commerçant, industriel ou artisan d'offrir en vente ou de vendre au consommateur un bien ou une prestation de services à perte“.

Cette interdiction ne s'appliquerait désormais plus aux biens et aux prestations de services offerts ou vendus par voie électronique.

L'introduction d'une telle disposition dans la loi relative au commerce électronique est motivée comme suit: „Bien que le Luxembourg faisait partie des pays qui avaient opté pour le principe de l'interdiction de la vente à perte *per se*, le moment est venu de réfléchir à une transition vers une libéralisation plus poussée, comme l'encourage d'ailleurs la Commission européenne. La libéralisation partielle introduite par le présent article présente le double avantage de (1) servir de „laboratoire-test“ dans un secteur spécifique de l'activité commerciale, à savoir la vente par voie électronique, pour véri-

fier en pratique les différentes thèses et pour analyser les conséquences et l'étendue des répercussions sur les pratiques commerciales qui pourraient en résulter et de (2) contribuer au développement du commerce électronique au Grand-Duché de Luxembourg. En effet ... le Luxembourg importe déjà la vente à perte des pays qui ont libéralisé cette pratique. La libéralisation prévue par ce nouveau texte permettra aux entreprises établies au Luxembourg d'exercer leur activité commerciale sur le territoire à armes égales avec leurs concurrents étrangers. Cette libéralisation constitue d'ailleurs un avantage direct pour les consommateurs, qui pourraient bénéficier de telles pratiques si elles étaient introduites par certaines entreprises qui les jugeraient économiquement intéressantes. Il va sans dire que l'interdiction générale du recours à la vente à perte en tant qu'abus de position dominante reste d'application, même lorsque la vente à perte est libéralisée."

Le Conseil d'Etat ne saurait cacher son étonnement face à une telle motivation:

- N'aurait-il pas été plus opportun de réfléchir à une libéralisation plus poussée au moment où le législateur était appelé à se prononcer sur le projet de loi devenu par la suite la loi du 30 juillet 2002? Même si nous vivons à une époque où la pérennité n'est plus guère une des aspirations de la loi, on peut cependant s'interroger sur l'opportunité de procéder à une volte-face, telle que préconisée par les auteurs des amendements, s'agissant de la pratique commerciale de la vente à perte, sans au moins avoir une idée quant aux conséquences et aux répercussions d'une telle innovation.
- D'après les auteurs des amendements, le correctif à d'éventuels abus résiderait dans le maintien de l'interdiction générale du recours à la vente à perte en tant qu'abus de position dominante. C'est donc au regard de l'intérêt général et du droit de la concurrence, dont la finalité est de garantir cet intérêt général, que d'éventuels abus seraient susceptibles d'être sanctionnés. N'est-ce pas mélanger les genres? Ainsi que la Chambre de commerce le retient dans son avis relatif au projet de loi relative à la concurrence, dont le Conseil d'Etat se trouve également saisi, la finalité du projet de loi relative à la concurrence „est l'intérêt général et non pas la protection d'intérêts particuliers qui ne sont protégés qu'au nom du maintien de la libre concurrence. Le projet de loi se démarque ainsi de la loi sur la concurrence déloyale dont l'objectif primaire est la protection des intérêts particuliers contre des abus de concurrence et qui ne vise à établir un environnement de saine concurrence que de façon accessoire“. On peut dès lors s'interroger si la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique est l'instrument juridique approprié pour régler la question.

Le Conseil d'Etat est d'ailleurs à s'interroger s'il sera tellement facile de distinguer les abus de concurrence (qui ne seraient donc plus considérés comme tels, s'agissant du commerce électronique) et les abus de position dominante. Il convient de relever dans ce contexte plus particulièrement le passage de la motivation „certaines entreprises qui jugeraient de telles pratiques économiquement intéressantes“: l'intérêt économique ne se résumera-t-il pas à la récupération de la clientèle, alléchée par de telles pratiques, au détriment des concurrents qui n'ont pas les moyens de soutenir de telles pratiques au-delà de limites très étroites? Le Conseil d'Etat ressent des difficultés certaines pour distinguer ce qui aux yeux des auteurs des amendements devrait être permis, en tant que vente à perte, et ce qui devrait être prohibé, en tant qu'abus de position dominante.

Déjà actuellement l'interdiction de la vente à perte n'est pas applicable lorsque le prix du bien ou de la prestation de service est aligné, en raison des nécessités de concurrence, sur celui généralement pratiqué par d'autres commerçants, pour un bien ou un service identique (article 20(4), lettre d) de la loi du 30 juillet 2002). Il est à signaler que dans son avis relatif au projet de loi (4844) devenu par la suite la loi du 30 juillet 2002 précitée, la Chambre de commerce avait estimé que l'exception de l'article 20(4), lettre d) devrait être étendue aux prix pratiqués par d'autres commerçants situés dans la même zone de chalandise, donc, le cas échéant, également dans une région limitrophe; le Conseil d'Etat, dans son avis relatif audit projet de loi, avait à son tour appuyé une telle extension de la licéité de la vente à perte, tout en faisant remarquer que le texte proposé (et par la suite également le texte voté et publié) ne reprenait pas cette précision. Si on veut établir (ou rétablir) une égalité d'armes, en permettant aux commerçants établis au Luxembourg de réagir contre l'importation de la vente à perte alléguée par les auteurs des amendements, une adaptation de la disposition afférente de la loi du 30 juillet 2002 se révélerait, le cas échéant, mieux appropriée.

- Il ne semble pas au Conseil d'Etat que la promotion du commerce électronique au Luxembourg, – puisque c'est là la seule motivation qui soit immédiatement tangible –, soit réellement de nature à entraîner la conviction de la Chambre des députés. Est-ce que donc vraiment le commerce électronique n'a d'avenir prometteur au Luxembourg qu'à condition d'y admettre certains abus de concurrence, puisque c'est à ce titre que la vente à perte est interdite par la loi précitée du 30 juillet 2002?

Le Conseil d'Etat relève ensuite que le texte proposé n'est pas clair: „l'interdiction ne s'applique pas aux biens et aux prestations de services offerts ou vendus par voie électronique“. La condition nécessaire de l'offre par voie électronique est-elle aussi une condition suffisante, de sorte que le texte n'exigerait pas la conclusion du contrat par voie électronique? Dans la mesure où l'interdiction de la vente à perte est sanctionnée pénalement, des imprécisions quant aux conditions de l'incrimination ne sauraient être admises.

Finalement, le Conseil d'Etat ne saurait se déclarer d'accord avec l'approche des auteurs des amendements de faire du commerce électronique une sorte de laboratoire-test: le domaine des libertés publiques et des droits fondamentaux (égalité devant la loi, liberté du commerce et de l'industrie) ne se prête assurément guère à l'institution de projets-pilotes axés sur une approche sélective, ce d'autant plus que d'éventuels critères objectifs de nature à justifier une différenciation entre les acteurs de la vie économique font en l'espèce défaut. Le Conseil d'Etat devrait en conséquence s'opposer formellement à l'adoption de la disposition sous examen. Il recommande, au vu des développements qui précèdent, d'en faire purement et simplement abstraction.

L'*amendement 2* introduisant une modification à l'article 4 de la loi du 14 août 2000, initialement non prévue, ne suscite pas d'autres observations.

L'*amendement 3* ne donne pas lieu à observations.

Les *amendements 4 à 7* procèdent à une simple renumérotation des articles du projet de loi. Le Conseil d'Etat renvoie uniquement à ses observations à l'endroit de l'amendement 1: si sa suggestion de modifier l'article 17 de la loi du 14 août 2000 était suivie, cette modification serait à reprendre dans le projet de loi en tant que nouvel article 4, et les renumérotations seraient à opérer ensuite en conséquence, remarque qui vaut de manière générale pour tous les amendements subséquents et notamment pour les *amendements 9, 11, 13, 19, 22 et 23* ayant plus particulièrement trait à la numérotation des articles du projet de loi.

L'*amendement 8* procède à un réagencement de l'article 29 de la loi du 14 août 2000, en tenant compte des observations du Conseil d'Etat à l'endroit de la première version proposée. Le Conseil d'Etat signale qu'il y a lieu d'écrire au nouveau paragraphe 4 de l'article 29 réagencé „par le ministre ayant le commerce électronique dans ses attributions“.

L'*amendement 10* introduit un nouvel article 46*bis* dans la loi du 14 août 2000 destiné à transposer l'article 8.1 de la directive communautaire 2000/31/CE qui se situe dans le contexte des efforts mis en œuvre, au niveau communautaire, pour supprimer les entraves au développement des services transfrontaliers dans la Communauté que les membres des professions réglementées pourraient proposer sur Internet. Le Conseil d'Etat n'a pas d'objections à voir ancrer cette disposition dans la loi relative au commerce électronique. Il se recommande cependant de reprendre textuellement l'article 8.1 de la directive communautaire et d'écrire „L'utilisation des communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, ...“.

L'*amendement 12* a trait aux communications commerciales non sollicitées.

Il convient d'esquisser brièvement le cadre juridique européen de la prospection commerciale non sollicitée. Ce cadre juridique est constitué, d'une part, de la directive 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 (directive 95/46/CE du 24 octobre 1995), et de la directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (directive 97/66/CE du 15 décembre 1997, qui a pour objet de préciser, dans le secteur des télécommunications, l'application des règles édictées par la directive 95/46/CE). Il est constitué, d'autre part, de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et de la directive 2000/31/CE (directive relative au commerce électronique). Les précautions exceptionnelles prises dans les considérants de la directive 2000/31/CE afin qu'elle n'interfère pas avec la législation communautaire existante relative à la protection des données personnelles et à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance est révélatrice des difficultés qu'il peut y avoir à articuler des textes généraux avec d'autres à vocation sectorielle (*étude „Communications commerciales non sollicitées et Protection des données“, Internal Market DG – Contract No ETD/99/B5-3000/E/96*).

Ces difficultés d'articuler les différents textes se posaient avec une acuité particulière lors de l'adoption de la loi du 14 août 2000, du fait que des textes communautaires importants restaient à transposer en droit national, ainsi que le Conseil d'Etat l'avait d'ailleurs signalé dans son avis du 2 mai 2000 relatif au projet de loi (4641) devenu la loi du 14 août 2000.

Il semble au Conseil d'Etat que la transposition de l'article 13 de la directive 2002/58/CE soit actuellement à effectuer dans le cadre du projet de loi qui vise à transposer ladite directive (*doc. parl. 5181*), au regard du fait que selon le considérant (14) de la directive 2000/31/CE „la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est uniquement régie par la directive 95/46/CE ... et par la directive 97/66/CE ... ces directives établissent d'ores et déjà un cadre juridique communautaire dans le domaine des données à caractère personnel et, par conséquent, il n'est pas nécessaire de traiter cette question dans la présente directive ...“. On évitera ainsi également un écueil auquel la directive communautaire 2000/31/CE a donné lieu. Cette directive a en effet été source d'ambiguïtés. Elle a ainsi été considérée (et cela tant par les partisans d'une solution „opt-in“ que par les partisans d'une solution „opt-out“) comme promouvant un simple droit d'opposition („opt-out“) à la prospection électronique non sollicitée (le Conseil d'Etat de renvoyer à ce sujet à l'étude précitée) et un grand nombre de professionnels semblent convaincus du caractère autonome et suffisant de la directive 2000/31/CE. En faisant abstraction de l'insertion de la disposition sous examen dans la loi relative au commerce électronique, le législateur national confirmerait, si besoin en était, que les directives communautaires relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel s'appliquent aux questions relevant du commerce électronique, donc aussi à la question des communications commerciales non sollicitées. La cohérence du cadre juridique pour l'ensemble des communications électroniques serait ainsi assurée. A signaler encore que la nouvelle disposition cadre mal avec les autres dispositions de la loi du 14 août 2000, alors qu'elle serait (ou resterait) en définitive la seule disposition à être assortie de sanctions pénales, ces sanctions étant alignées sur celles prévues dans les législations actuelles et futures relatives à la protection à l'égard du traitement des données à caractère personnel, dont la disposition relève en réalité.

Le Conseil d'Etat propose dès lors à titre principal de supprimer l'article 48 de la loi du 14 août 2000, et de libeller le nouvel article 12 du projet de loi en ce sens.

Si les auteurs des amendements décidaient cependant de maintenir la disposition sous examen, il y aurait lieu de veiller à une parfaite concordance des textes, à savoir dans la loi du 14 août 2000 et dans la future loi transposant la directive 2002/58/CE.

Le Conseil d'Etat signale dans ce contexte que les termes „*Sans préjudice du paragraphe 2*“ ne traduisent pas adéquatement l'hypothèse visée du prestataire qui, lors d'une vente d'un produit ou d'un service, a obtenu directement de son client les coordonnées électroniques de celui-ci en vue d'un courrier électronique. „*Sans préjudice de*“ signifie „sans renoncer à“. Il faudrait donc aussi dans l'hypothèse visée au paragraphe (3) que le destinataire marque son consentement préalable à la communication commerciale. Or, tel n'est précisément pas le cas, et voilà pourquoi la directive 2002/58/CE utilise les termes „*nonobstant le paragraphe ...*“ (c'est-à-dire „malgré les“ ou „sans égard aux“ dispositions exigeant le consentement préalable du destinataire). Il y a donc lieu d'écrire „*Nonobstant les dispositions du paragraphe (2) ...*“. Le projet de loi portant transposition de la directive 2002/58/CE sera à amender également en ce sens.

L'*amendement 14* a trait à l'article 50 de la loi du 14 août 2000. La modification envisagée initialement à l'endroit de cet article est amendée à l'effet de tenir compte de l'opposition formelle émise par le Conseil d'Etat à l'encontre du texte original.

Le Conseil d'Etat recommande l'abandon de la modification à l'endroit de l'article 50 (nouveau paragraphe (2)) de la loi relative au commerce électronique. Il n'y a pas lieu de transposer l'article 9.1 de la directive 2000/31/CE, qui se lit comme suit:

„Les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.“

Au titre de la transposition de cette disposition, les Etats membres sont donc tenus d'éliminer les obstacles, résultant d'exigences juridiques, à l'utilisation des contrats électroniques (considérant (37) de

la directive communautaire). Une phrase du genre de celle proposée par les auteurs des amendements („tous les contrats ... doivent pouvoir être conclus par voie électronique“) ne constitue nullement une transposition de l'article 9.1. Elle n'a par ailleurs aucun caractère normatif, aucun contractant ne pouvant être obligé à la conclusion d'un contrat par voie électronique. Cette phrase est en conséquence purement et simplement à supprimer.

L'affirmation que „le contrat électronique ne peut être privé d'effet ou de validité juridique du fait d'avoir été passé par voie électronique“ paraît pour le moins malencontreuse. L'idée à la base est certainement celle que le législateur belge a consacrée dans l'article 16, paragraphe 1er de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, à savoir que „toute exigence légale ou réglementaire *de forme* relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées“. Il se fait que le législateur luxembourgeois de 2000 a déjà opté pour l'adoption d'une conception ouverte et fonctionnelle des exigences posées par le Code civil en matière de preuve littérale, en procédant à une adaptation des dispositions afférentes du Code civil (voir le document parlementaire No 4641). Il est dès lors tout à fait superfétatoire de reprendre à l'endroit de l'article 50 de la loi relative au commerce électronique une formule telle que celle préconisée par les auteurs des amendements.

Ou bien les auteurs des amendements seraient-ils d'avis que la loi du 14 août 2000 n'a pas satisfait à toutes les obligations imposées par la directive 2000/31/CE au Luxembourg? Quelles seraient alors les obstacles juridiques persistants à la conclusion de contrats par voie électronique qu'il s'agirait, par la formule proposée, d'éliminer? Il n'est certainement pas dans les intentions des auteurs des amendements de faire accroire que les contrats conclus par voie électronique ne seraient pas soumis aux conditions essentielles (de fond) pour la validité des conventions qui figurent au Code civil.

Afin d'éviter de semer le trouble, voire la confusion, il y a donc lieu de supprimer cette phrase, de sorte que le paragraphe (1) actuel de l'article 50 de la loi du 14 août 2000 restera inchangé.

Les auteurs des amendements proposent ensuite un ajout à l'article 50 précité à l'effet de dire que l'article 1135-1, alinéa 2 du Code civil ne s'applique pas aux contrats conclus par voie électronique.

D'un point de vue légistique, une telle précision serait à apporter à l'article 1135-1 du Code civil. Ce texte devrait se suffire à lui-même, sans qu'il soit besoin de se reporter à des lois spéciales pour en déterminer le champ d'application.

Les auteurs des amendements semblent ensuite partir d'une prémisse erronée: le seul fait qu'un contrat se situe dans un cadre international n'implique pas une interaction continue entre différents systèmes juridiques. Les contrats conclus par voie électronique, entre cocontractants appartenant à des systèmes juridiques différents, peuvent certes donner lieu à conflit de lois, qui donneront alors lieu à application des règles du droit international privé relatives aux conflits de lois. Mais ainsi que le considérant (23) de la directive 2000/31/CE l'indique, „la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ...“, et la loi du 14 août 2000 ne devrait pas non plus s'atteler à cette tâche.

Le Conseil d'Etat ne perçoit pas non plus la nécessité de déroger aux dispositions de l'article 1135-1, alinéa 2 du Code civil, s'agissant des contrats conclus entre professionnels et consommateurs. En effet, à supposer même que des conditions générales contenant des clauses du genre visées par l'alinéa 2 dudit article soient opposables au consommateur, celui-ci serait toujours en droit de se prévaloir de leur nullité, en application des dispositions de la loi relative à la protection juridique du consommateur (soit au titre de l'article 1er, déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur, soit au titre de l'article 2, énumération exemplative de clauses à considérer comme abusives, voir par exemple les numéros 6 et 13).

Une dérogation à l'article 1135-1, alinéa 2 ne se conçoit *a priori* que pour les contrats conclus par voie électronique entre professionnels: pour ces contrats, la disposition afférente pourrait le cas échéant être considérée comme constituant un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. Le Conseil d'Etat devrait cependant s'opposer formellement à une démarche sélective: si on veut donc faire une exception, il faut excepter du champ d'application de l'article 1135-1, alinéa 2, tous les contrats conclus entre professionnels. Une autre possibilité consisterait à supprimer purement et simplement l'alinéa 2 de l'article 1135-1 du Code civil, voire les alinéas 1 et 2 dudit article. A signaler que le Conseil d'Etat avait à l'époque estimé qu'il n'y avait pas lieu d'introduire pareille disposition (avis du Conseil d'Etat du 30 juin 1981, document parlementaire No 2217²).

Au titre de l'*amendement 15*, il est proposé d'ajouter un article *50bis* à la loi du 14 août 2000, relatif aux opérations de courtage aux enchères réalisées par voie électronique. Les auteurs des amendements motivent cet ajout au regard de la loi française du 10 juillet 2000 qui aurait créé une base légale pour l'opération de courtage aux enchères réalisée par voie électronique. En fait, le législateur français, en disposant que les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique se caractérisent par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties, ne constituent pas une vente aux enchères publiques (disposition figurant à l'article L-321-3 du code de commerce français), a entendu excepter ces enchères en ligne des contraintes de la réglementation française applicable aux ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. L'intervention du législateur français n'a donc pas eu pour objectif de créer une base légale, par rapport aux exigences du commerce électronique, pour ces techniques de vente. Le Conseil d'Etat ne perçoit dès lors pas la nécessité d'introduire une telle disposition dans la loi relative au commerce électronique, alors que sous l'empire des dispositions actuelles ces techniques ne sont pas à considérer comme „contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique“. Le Conseil d'Etat préconise en conséquence d'abandonner l'amendement sous examen.

Les *amendements 16 et 17* opèrent des modifications incisives aux articles 51 et 52 de la loi du 14 août 2000.

D'après les auteurs des amendements, „il s'agit ici d'une transposition qui se calque davantage sur le texte de la Directive 2000/31/CE“ et „il est ... préférable de se limiter dans cet article (est visé l'article 52 de la loi du 14 août 2000) à ce qui est spécifique à l'environnement électronique, à savoir la passation d'une commande par voie électronique, tout en laissant la question du moment de la conclusion du contrat aux règles de droit commun des contrats“.

L'approche des auteurs du projet de loi devenu la loi du 14 août 2000 était tout autre:

„... 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 la 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...)“ (*doc. parl. 4641*, exposé des motifs, page 35).

Les auteurs des amendements s'en tiennent à la seule directive 2000/31/CE, les auteurs du projet de loi relative au commerce électronique ont par contre tenu compte du fait que la législation en projet n'entendait pas seulement transposer en droit national la future directive 2000/31/CE, mais également des dispositions d'autres directives communautaires. La loi du 14 août 2000 transpose notamment certaines dispositions de la directive 97/7/CE (et il n'est pas possible de faire abstraction dans la loi du 14 août 2000 des articles transposant, en matière de contrats conclus par voie électronique, les dispositions de la directive 97/7/CE, la loi du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance excluant expressément de son champ d'application les contrats conclus par voie électronique telle que définie dans la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique), et il semble manifeste que les auteurs du projet de loi relative au commerce électronique ont tenté d'articuler les différentes dispositions entrant en ligne de compte.

Il est vrai que les articles 51 et 52 n'ont pas de lien avec la directive 97/7/CE et *a priori* rien ne s'oppose à voir retenir à l'égard de ces articles le texte proposé par les auteurs des amendements.

Il se fait cependant que l'article 53 de la loi, qui dans le cadre des contrats conclus par la voie électronique avec les consommateurs, impose au prestataire de fournir encore d'autres informations, sur base des dispositions de la directive 97/7/CE, utilise exactement la même terminologie que l'article 51, reprise des dispositions de la prédite directive. Il n'est d'ailleurs pas envisagé de modifier la terminologie utilisée par l'article 53. Introduire maintenant à l'article 51 une nuance, qui aux yeux des auteurs des amendements n'est pas seulement de pure terminologie, c'est assurément introduire un élément d'insécurité juridique.

Le Conseil d'Etat de renvoyer encore au commentaire des articles du premier projet de loi déposé à la Chambre (document parlementaire 4554). A l'endroit de l'article 59 de la première mouture du texte

(par rapport auquel le texte de l'article 52 actuel ne diffère que sur des points mineurs), le commentaire de dire: „Inspiré de l'article 11 de la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, le présent article confirme la théorie de la réception traditionnellement admise par la jurisprudence luxembourgeoise, tout en indiquant l'instant précis de la rencontre de l'offre et de l'acceptation dans un environnement électronique. Cette solution reprend la solution retenue en matière d'échange de données informatisées par la convention modèle européenne...“. Il serait hasardeux de vouloir actuellement remettre en cause le choix opéré par le législateur de 2000, lequel a donc retenu, pour résoudre le problème du moment de la formation du contrat, le système dit de la réception, aux termes duquel le contrat est formé lorsque le prestataire a connaissance de l'acceptation du destinataire. Il n'est pas évident que telle serait nécessairement toujours la solution que la jurisprudence retiendrait en l'absence d'un texte de loi spécifique: à signaler à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation française qui, à propos d'un contrat par correspondance, retient le système dit de l'émission, aux termes duquel un tel contrat, à défaut de stipulation contraire, est destiné à devenir parfait, non pas par la réception de l'acceptation, mais par l'émission de celle-ci. (*Cassation française, Chambre commerciale, 7 janvier 1981, Bulletin des Arrêts de la Cour de cassation – Chambre commerciale, 1981, No 14*). En l'occurrence, le système retenu subordonne encore la conclusion du contrat à la connaissance prouvée de la réception: tant que le destinataire ne peut pas avoir accès à l'accusé de réception de l'acceptation, que le prestataire est tenu de lui envoyer, il serait donc en droit de retirer son acceptation. Tel peut par exemple être le cas, si, grâce aux moyens techniques que le prestataire doit mettre à la disposition du destinataire (article 51,(1), lettre c), ce dernier constate qu'il a commis une erreur en transmettant son acceptation.

L'argument des restrictions à la liberté contractuelle n'est pas convaincant: d'une part, les dispositions de l'article 52 actuel ne sauraient être dissociées du volet protection des consommateurs (les cocontractants professionnels sont libres de déroger aux règles de l'article 52), d'autre part, la liberté contractuelle peut être limitée par le législateur (à supposer qu'il soit possible de parler ici de restriction à la liberté contractuelle).

Le Conseil d'Etat ne peut que déconseiller à la Chambre des députés de s'engager dans la voie tracée par les auteurs des amendements. Il préconise en conséquence le maintien de la solution actuelle.

Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas aux autres modifications ponctuelles déjà avisées par le Conseil d'Etat dans son premier avis (modification à l'endroit du paragraphe (3) actuel de l'article 51 et du paragraphe (2) actuel de l'article 52; ajout d'un nouvel alinéa 2 à l'actuel paragraphe (1) de l'article 51). Il peut aussi marquer son accord à voir remplacer, au point b) du paragraphe (1) de l'article 52, le terme „immédiatement“ par ceux de „sans délai injustifié“. Il maintient par ailleurs sa proposition de modification à l'endroit du point c) du paragraphe (1) de l'article 51.

L'*amendement 18* ne donne plus lieu à observations.

L'*amendement 20* complète la première version du nouvel article 54*bis* que le projet de loi se propose d'intégrer dans la loi relative au commerce électronique. Les dispositions figurant à l'article 7, paragraphe (2), troisième alinéa, 2e phrase de la loi du 16 avril 2003 précitée sont reprises dans le texte du paragraphe (2) du nouvel article 54*bis*.

L'*amendement 21* tient compte des observations formulées par le Conseil d'Etat dans son premier avis à l'endroit des modifications envisagées à l'endroit de l'article 55 de la loi du 14 août 2000. S'agissant de la modification supplémentaire présentement envisagée à l'endroit du point e) du paragraphe (4) de l'article 55 actuel, le Conseil d'Etat considère la formule utilisée par le texte proposé comme étant plutôt inélégante; il y a d'ailleurs une discordance entre le commentaire de l'amendement et le texte proposé. La formule „(contrats) de vente conclus lors d'enchères“ préconisée par le commentaire est certainement préférable à celle figurant dans le texte proposé.

Le Conseil d'Etat salue tout particulièrement l'*amendement 24* qui supprime l'article 21 du projet de loi originaire.

L'*amendement 25* tend à redresser une erreur qui s'est glissée dans le nouvel article 71-1 introduit dans la loi relative au commerce électronique par la loi du 19 décembre 2003 fixant les conditions d'agrément des organisations habilitées à intenter des actions en cessation en matière de protection des

intérêts collectifs des consommateurs et portant modification d'un certain nombre de lois. Ce redressement n'est en aucun cas à opérer de la manière proposée par les auteurs des amendements.

Le nouvel article 24 (sous réserve d'éventuels changements dans la numérotation) du projet de loi faisant l'objet de l'amendement 25 se lira donc:

„**Art. 24.** A l'alinéa 1 de l'article 71-1 de la même loi, la référence aux articles „46 à 52“ est remplacée par celle aux articles „46 à 59“.“

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 mars 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES