

N° 5095¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

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

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(1.7.2003)

Par dépêche en date du 27 janvier 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique.

Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de l'Economie, étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles ainsi qu'un texte coordonné de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique, tenant compte des modifications à opérer par le projet sous avis.

D'après l'exposé des motifs, le présent projet de loi constitue une mise à jour de la loi du 14 août 2000 sur base, d'une part, d'une série de propositions de la Commission européenne dans le contexte de la „transposition littérale et complète“ de directives communautaires: la très grande majorité des modifications vient compléter ou préciser la transposition des directives 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et 97/7/CE relative à la protection des consommateurs dans les contrats à distance autres que les services financiers, en suivant les commentaires de la Commission européenne. D'autre part, le „comité commerce électronique“ créé par le règlement grand-ducal du 1er juin 2001 a proposé certains ajustements législatifs, „afin de faciliter et d'encourager le constant développement du commerce électronique et de continuer à faire bénéficier pleinement de la sorte le Luxembourg de son avance législative sur la majorité des autres pays communautaires“. Des modifications de fond sont par ailleurs opérées au vu de récentes directives communautaires intervenues en la matière.

Le Conseil d'Etat ignore si l'avis des chambres professionnelles a été demandé. En tout cas, aucun avis d'une chambre professionnelle n'avait été transmis au Conseil d'Etat à la date de l'adoption du présent avis.

*

EXAMEN DES ARTICLES

L'article 1er du projet de loi sous avis propose diverses modifications à l'endroit de l'article 2 de la loi du 14 août 2000.

Une première modification a trait aux activités de jeux d'argent. Actuellement l'article 2 de la loi du 14 août 2000 dispose en son paragraphe 5 que „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“. L'article 2, paragraphe (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 (*Doc. parl. 4641*², rapport de la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports). La disposition en question a été critiquée par la Commission européenne pour n'être pas conforme à l'article 49 du Traité instituant la Communauté européenne. La Commission européenne suggère de sortir les jeux de hasard du champ d'application de la loi, et les

auteurs du projet de loi sous avis proposent d'insérer une disposition en ce sens au paragraphe (1) de l'article 2. Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur une éventuelle discordance entre la disposition sous examen, qui exclut donc du champ d'application de la loi relative au commerce électronique les activités de jeux d'argent qui impliquent des enjeux monétaires dans des jeux de hasard, et les dispositions du projet de loi modifiant et complétant la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (plus particulièrement l'article III dudit projet transposant la directive 2002/38/CE), qui rangent parmi les opérations relevant du commerce électronique „les jeux de hasard ou d'argent“. Il est vrai que la directive 2000/31/CE, qui exclut de son champ d'application les activités de jeux d'argent, précise en son considérant 13, que „la présente directive 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“. Les auteurs du projet de loi sont invités à fournir, pour autant que de besoin, de plus amples explications.

Le paragraphe (2) de l'actuel article 2 de la loi du 14 août 2000 est repris dans sa teneur actuelle par l'article 1er sous examen, de sorte qu'il n'est pas touché par le présent projet de loi modificatif.

Un nouveau paragraphe 5 est introduit (l'actuel paragraphe (5) disparaissant suite à la modification dont question ci-dessus à l'endroit du paragraphe (1), qui précise que „la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre ne peut être restreinte“. D'après le commentaire, il s'agit de la transposition de l'article 3, paragraphe (2) de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000. Ledit article 3, paragraphe (2) dispose que „les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre“, le „domaine coordonné“ se définissant comme les exigences prévues par les systèmes juridiques des Etats membres et applicables aux prestataires des 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 (article 2, lettre h) de la directive). Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à la nouvelle disposition.

Le paragraphe (6) autorise déjà actuellement des restrictions à la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre. Les conditions auxquelles il est possible d'apporter des restrictions à cette libre circulation sont précisées: à la demande de la Commission européenne, il est expressément fait état de ce que ces restrictions doivent observer le principe de proportionnalité, la disposition actuelle renvoyant simplement „aux exigences posées par le droit communautaire à l'exercice de cette faculté (de restreindre la libre circulation)“. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler à l'endroit de cette modification.

Une deuxième modification concerne l'autorité nationale compétente pour prendre de telles mesures restrictives: tandis qu'à l'heure actuelle compétence est attribuée à l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance visée à l'article 17 de la loi du 14 août 2000, le projet de loi sous avis propose d'attribuer compétence au ministre ayant le commerce électronique dans ses attributions. Cette modification serait motivée par le fait que, selon la Commission européenne, il s'agirait d'une vision beaucoup trop restrictive qu'il faudrait élargir au moins au ministre ayant le commerce électronique dans ses attributions. Le Conseil d'Etat reste quelque peu perplexe face à cette motivation, dans la mesure où aux termes de l'article 17 „l'Autorité Nationale d'Accréditation et de Surveillance est le ministre ayant dans ses attributions l'Economie ...“. Abstraction faite de ce qu'il se recommanderait de renvoyer au „ministre ayant dans ses attributions l'Economie“ (dans la mesure où le commerce électronique rentre dans les attributions dudit ministre en vertu de l'arrêté grand-ducal du 11 août 1999 portant constitution des Ministères, et qu'il y a lieu de s'en tenir à une terminologie uniforme dans le cadre de la loi du 14 août 2000), le Conseil d'Etat ne perçoit, à défaut de plus amples explications, ni l'opportunité ni l'utilité de la modification envisagée, et il propose en conséquence de l'abandonner.

Le Conseil d'Etat signale finalement, s'agissant toujours des modifications à apporter au paragraphe 6, que le texte coordonné joint à la dépêche de saisine ne reprend pas la modification proposée qui vise à permettre à l'autorité compétente nationale de restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre non seulement s'il y a risque sérieux et grave d'atteinte (à l'ordre public, etc.), mais aussi s'il y a atteinte portée, reprenant ainsi les dispositions de l'article 3, paragraphe 4, point ii) de la directive 2000/31/CE.

Finalement, il est proposé de compléter le paragraphe (6) par un nouveau point b), qui vise à transposer les dispositions des articles 3, paragraphe (4), point b) et paragraphe (5) de la directive 2000/31/CE. Le texte proposé reprend tels quels les termes figurant à l'article 3, paragraphe (4), point b) de la directive, à savoir „sans préjudice de la procédure judiciaire y compris la procédure préliminaire et les actes

accomplis dans le cadre d'une enquête pénale". Les considérants 24 à 26 de la directive 2000/31/CE s'expriment à ce sujet comme suit:

„(24) Dans le cadre de la présente directive et nonobstant le principe du contrôle à la source de services de la société de l'information, il apparaît légitime, dans les conditions prévues par la présente directive, que les Etats membres prennent des mesures tendant à limiter la libre circulation des services de la société de l'information.

(25) Les juridictions nationales, y compris les juridictions civiles, statuant sur les différends de droit privé peuvent déroger à la libre prestation des services de la société de l'information, conformément aux conditions définies dans la présente directive.

(26) Les Etats membres peuvent, conformément aux conditions définies dans la présente directive, appliquer leurs règles nationales de droit pénal et de procédure pénale pour engager toutes les mesures d'enquêtes et autres nécessaires pour détecter et poursuivre les infractions en matière pénale, sans qu'il soit besoin de notifier ces mesures à la Commission.“

Dans la mesure où la directive 2000/31/CE prend par ailleurs soin de préciser en son article 1er paragraphe (4) qu'elle ne traite pas de la compétence des juridictions, d'une part, dans la mesure où la loi du 14 août 2000 ne règle pas la question des „recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information“ (cf. article 18 de la directive 2000/31/CE), d'autre part, il est quelque peu difficile de savoir ce que les auteurs du projet de loi ont entendu viser en se référant à „la procédure judiciaire“ (laquelle?). Demeure obscure la signification des termes „procédure préliminaire“: quelle procédure nationale (civile ou pénale) les auteurs du projet de loi visent-ils?

Le texte proposé prévoit que, avant que des restrictions puissent être prises, l'Etat membre (d'origine) doit avoir été demandé de prendre des mesures: par qui?

Le texte semble par ailleurs envisager une procédure en deux étapes successives: la première étape serait celle où il est demandé à l'Etat membre d'origine de prendre des mesures; la deuxième étape interviendrait une fois que l'Etat membre d'origine est resté en défaut de prendre des mesures ou a pris des mesures jugées insuffisantes: la Commission européenne et l'Etat membre d'origine seraient alors informés de ce que les autorités nationales envisagent de prendre des mesures appropriées. En réalité, le Conseil d'Etat n'entrevoit ni la nécessité ni l'utilité de procéder par étapes successives: aux yeux du Conseil d'Etat, l'article 3, paragraphe (4), point b) de la directive communautaire permet de procéder de manière concomitante.

L'alinéa 2 du nouveau point b) a trait aux dérogations qui sont commandées par l'urgence: alors que le projet de loi propose d'attribuer en règle générale compétence au „ministre ayant dans ses attributions le commerce électronique“ de décider les restrictions, le projet entend, en cas d'urgence, confier compétence également à „l'autorité compétente concernée“: de quelle autorité s'agit-il? Le Conseil d'Etat ne saurait en aucun cas s'accommoder de la formule présentement utilisée: l'autorité appelée à apporter des restrictions à la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre doit être clairement identifiée dans la loi elle-même.

Le Conseil d'Etat proposera ci-après un texte alternatif. Pour le cas où cette proposition de texte ne correspondrait pas aux intentions des auteurs du projet de loi, le nouveau point b) est impérativement à reprendre sur le métier.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat se doit d'émettre, non seulement à propos de l'article 1er, mais de manière plus générale, ses plus vives réserves quant à la façon de procéder des auteurs du projet de loi qui défie la légistique la plus élémentaire. A défaut de texte coordonné, certaines modifications seraient à peine intelligibles.

L'article 1er serait en conséquence, compte tenu par ailleurs des observations de fond ci-dessus, à libeller comme suit:

„**Art. 1er.** L'article 2 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique est modifié comme suit:

– Au paragraphe (1), il est ajouté un troisième tiret de la teneur suivante:

„– aux activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans les jeux de hasard, y compris les loteries et les transactions sur les paris.“

Au deuxième tiret de l'actuel paragraphe (1), le point final est remplacé par un point virgule.

- Le paragraphe (5) actuel est remplacé par le texte suivant:
„La libre circulation des services de la société de l’information en provenance d’un autre Etat membre ne peut être restreinte.“
- Le paragraphe (6) est remplacé par le texte suivant:
 - „a) L’autorité nationale d’accréditation et de surveillance visée à l’article 17 peut, par dérogation aux dispositions du paragraphe (5), restreindre la libre circulation d’un service de la société de l’information en provenance d’un autre Etat membre lorsque ledit service porte atteinte, ou 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, et notamment le principe de proportionnalité.
 - b) Sans préjudice d’éventuelles procédures judiciaires, y compris les procédures pénales, les mesures de restriction ne peuvent être prises que si l’autorité nationale d’accréditation et de surveillance a au préalable
 - demandé à l’Etat membre d’origine de prendre des mesures;
 - notifié à la Commission européenne et à l’Etat membre d’origine son intention de prendre des mesures appropriées, si l’Etat membre d’origine ne prend pas de mesures ou si les mesures prises ne sont pas suffisantes.
 Il peut être dérogé aux conditions prévues ci-dessus en cas d’urgence. En pareil cas, l’autorité nationale d’accréditation et de surveillance notifie, dans les plus brefs délais, à la Commission européenne et à l’Etat membre d’origine les mesures prises et les raisons pour lesquelles elle estime qu’il y a urgence.“ “

Quant à l’*article 2* du projet, les modifications envisagées entendent transposer les dispositions de l’article 5, paragraphe (1), lettre f) de la directive 2000/31/CE. Le Conseil d’Etat estime qu’il n’y a pas lieu de mêler au point d) du paragraphe (1) de l’article 5 de la loi du 14 août 2000 toutes sortes d’exigences qui ne sont pas spécifiques aux professions réglementées. Si les auteurs du projet de loi entendent spécialement mettre l’accent sur les professions réglementées, il y a lieu de leur consacrer une disposition à part, à insérer en tant que deuxième alinéa nouveau du paragraphe (1).

Au regard des remarques formulées à l’endroit de l’article 1er quant à la forme, et compte tenu des observations qui précèdent, l’article est à libeller comme suit:

- „**Art. 2.** Le point d) du paragraphe (1) de l’article 5 de la même loi est remplacé par le texte suivant:
„d) le cas échéant, son numéro d’immatriculation au registre de 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;“
- Le paragraphe (1) de l’article 5 de la loi précitée est complété par un deuxième alinéa, à insérer après le point d), de la teneur suivante:
„En ce qui concerne les professions réglementées, les informations à fournir comprennent aussi le titre professionnel du prestataire, les références de l’ordre professionnel auquel il adhère ainsi qu’une référence aux règles professionnelles applicables et aux moyens d’y avoir accès.“ “

L’*article 3* est à libeller comme suit:

- „**Art. 3.** L’intitulé de la sous-section 2 de la section 2 du chapitre 2 du titre II de la même loi est modifié comme suit:
„Des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés.“ “

A l’*article 4*, il y a lieu de dire que „au paragraphe (2) de l’article 23 de la même loi, les termes „de la ou des personne(s) physique(s) qui se présent(ent) à lui“ sont remplacés par les termes ...“.

La même remarque que ci-dessus (emploi du terme „paragraphe“ au lieu du terme „alinéa“) vaut également pour l’*article 5*. Il y a lieu d’écrire le participe passé „visé“ au singulier.

S'agissant de *l'article 6*, le Conseil d'Etat n'est pas convaincu de l'opportunité de reprendre à l'article 27 de la loi du 14 août 2000 la disposition qui figure actuellement à l'article 29, paragraphe 2. Il lui semble au contraire que les dispositions des paragraphes (2), (3) et (4) de l'article 29 actuel forment un ensemble cohérent qu'il y a lieu de maintenir. A titre principal il propose d'abandonner l'idée de changer la disposition d'emplacement. A titre subsidiaire, le Conseil d'Etat propose les adaptations formelles suivantes:

„L'article 27 de la même loi est modifié comme suit:

- L'intitulé prend la teneur suivante:

„*De la responsabilité des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés*“

- Le paragraphe (1) est complété par un nouvel alinéa premier de la teneur suivante:

... (suit le texte proposé).“

L'article 7 entend reformuler l'article 29 de la loi du 14 août 2000 ayant trait à la surveillance des prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiés.

L'exercice auquel se livrent les auteurs du projet de loi, et qui consiste essentiellement à modifier l'ordre de présentation des diverses dispositions de cet article, est aux yeux du Conseil d'Etat superfétatoire. Le Conseil d'Etat considère que cet article formait jusqu'ici un ensemble cohérent. Si la Chambre des députés suit les auteurs du projet de loi sous avis, l'article deviendra un amalgame décousu de dispositions éparses. Le Conseil d'Etat voudrait illustrer ses propos par un exemple concret: l'alinéa 2 du paragraphe (4) n'est, d'après le commentaire, „manifestement pas à sa place“, il devient en conséquence le nouveau paragraphe 2. Il reste que le nouveau paragraphe (2) garde implicitement mais nécessairement un lien avec les dispositions du nouveau paragraphe (4): c'est dans ce nouveau paragraphe (4) qu'il est question des vérifications auxquelles l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance peut procéder ou faire procéder. Le nouveau paragraphe (2) de préciser que „pour de telles vérifications“ l'autorité peut avoir recours à des auditeurs externes. Il est renvoyé pour le surplus aux observations formulées ci-dessus à propos de l'article 6 du projet sous avis, en relation avec les actuels paragraphes (2), (3) et (4) de l'article 29 de la loi du 14 août 2000.

Le Conseil d'Etat estime en conséquence qu'il y a lieu de maintenir telle quelle la présentation de l'article 29.

Les auteurs du projet de loi entendent encore remplacer au paragraphe (7) actuel les termes „les autorités administratives compétentes en matière de droit d'établissement“ par les termes „les autorités judiciaires et administratives compétentes“. La précision que les violations graves peuvent être portées à la connaissance des autorités judiciaires est impérativement à rayer: Ou bien les violations graves constituent des infractions à la loi pénale, et dans ce cas l'autorité nationale d'accréditation et de surveillance doit porter les faits à la connaissance des autorités judiciaires, en application de l'article 23, paragraphe (2) du code d'instruction criminelle. Ou bien ces violations graves ne constituent pas des infractions à la loi pénale (le Conseil d'Etat de rappeler que la loi du 14 août 2000 n'édicte, sauf pour l'article 48, pas de sanctions pénales à l'encontre des violations de ses dispositions) et alors il n'est d'aucune utilité d'en informer les autorités judiciaires.

Si les auteurs du projet de loi estiment par ailleurs que les autorités administratives compétentes en matière de droit d'établissement „n'ont pas de rôle à jouer dans la présente problématique“ (il y aurait peut-être lieu de renvoyer à l'article 4 de la loi du 14 août 2000 qui dispose que „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“), le Conseil d'Etat donne à considérer s'il n'y a pas lieu de supprimer tout simplement le paragraphe (7) actuel. Le Conseil d'Etat ne perçoit en tout cas pas quelles autres autorités administratives compétentes pourraient être visées.

Les autres modifications sont d'ordre ponctuel.

D'après le commentaire de *l'article 8*, la condition posée sous le point e) de l'article 31 de la loi du 14 août 2000 est à l'heure actuelle impossible à remplir en pratique par les prestataires de service de certification désirant être accrédités et doit par conséquent être abrogée.

D'après le commentaire des articles du projet de loi devenu par la suite la loi du 14 août 2000 (*Doc. parl. 4641*), le règlement grand-ducal visé au paragraphe (2) de l'article 31 de cette loi entend

fixer les conditions de l'accréditation: „en répondant à ces conditions, un prestataire de service de certification démontre la crédibilité et la confiance que les utilisateurs peuvent avoir en lui.“ Le Conseil d'Etat n'est pas à même de se prononcer sur la faisabilité technique de cette condition, ni sur l'incidence de son abandon sur le niveau de qualité des services offerts.

D'un point de vue formel, il y a lieu d'écrire „le point e) du paragraphe (2) est abrogé“.

L'article 9 ne donne pas lieu à observations.

L'article 10 vise à modifier l'article 48 de la loi du 14 août 2000 ayant trait aux communications commerciales non sollicitées, en prenant en considération les dispositions de l'article 13 de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

La directive 2000/31/CE prévoit en son article 7 que „1. Outre les autres exigences prévues par le droit communautaire, les Etats membres qui autorisent les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique veillent à ce que ces communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur leur territoire puissent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire. 2. Sans préjudice de la directive 97/7/CE et de la directive 97/66/CE, les Etats membres prennent des mesures visant à garantir que les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement les registres „opt-out“ dans lesquels les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces dernières“.

Les auteurs du projet de loi devenu la loi du 14 août 2000 ont estimé qu'il convenait d'autoriser l'envoi de communications commerciales non sollicitées, car cela constitue un avantage indéniable pour le développement des PME (*Doc. parl. 4641*). Afin de tenir compte du fait que l'envoi par courrier électronique de telles communications 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, ils ont opté pour le système „opt-out“ qui offre plus de souplesse pour les opérateurs. Ce système revient à autoriser les communications commerciales non autorisées sauf opposition expresse du destinataire qui peut, à cet effet, s'inscrire sur une liste opt-out que les opérateurs devront consulter.

La directive 2002/58/CE, appelée à remplacer la directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, dispose en son article 13, paragraphe (1), que l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable, le considérant 40 de la directive énonçant qu'„il est justifié d'exiger de l'expéditeur qu'il ait obtenu le consentement préalable du destinataire“ avant de lui envoyer des communications.

La définition des „services de communications électroniques“ est donnée par l'article 2 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Cette directive précise, dans son considérant 9, que „les services propres à la société de l'information sont couverts par la directive 2000/31/CE“. Le considérant 10 de la même directive précise cependant que „les services de transmission de courrier électronique sont couverts par la présente directive“. Les auteurs du projet de loi semblent aller au-delà des exigences de la directive communautaire: l'article 13 de la directive 2002/58/CE apporte des limitations à l'utilisation de systèmes de courrier électronique à des fins de prospection directe. Or l'article 48 de la loi du 14 août 2000 vise les communications commerciales sous toutes ses formes, destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, etc. (définition donnée par l'article 46 de la loi). La loi actuelle se réfère donc à la promotion directe ou indirecte. Même si le nouveau paragraphe 3 de l'article 48, qui déroge au paragraphe (2), utilise les termes de „prospection directe“, il n'est pas possible d'en déduire que le paragraphe (2) ne s'appliquerait également qu'aux seules prospections directes. Le raisonnement contraire semble plutôt devoir être retenu, au regard notamment de la définition donnée par l'article 46 de la loi du 14 août 2000 des communications commerciales.

D'un autre côté, les auteurs du projet de loi restent en retrait par rapport à la directive 2002/58/CE, en ce que celle-ci vise à protéger non seulement les droits fondamentaux des personnes physiques et en particulier leur droit au respect de la vie privée, mais encore les intérêts légitimes des personnes morales

(considérant 12 de la directive). Si l'article 13 de la directive 2002/58/CE ne s'applique certes expressément qu'aux abonnés qui sont des personnes physiques, il est cependant précisé que „les Etats membres veillent également, dans le cadre du droit communautaire et des législations applicables, à ce que les intérêts légitimes des abonnés autres que les personnes physiques soient suffisamment protégés en ce qui concerne les communications non sollicitées“ (article 13, paragraphe (5) de la directive).

S'agissant des pénalités, les auteurs du projet de loi reprennent les sanctions pénales „de l'article 11, alinéa 3 du projet de loi sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel“. Le Conseil d'Etat de signaler que les sanctions pénales édictées par la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel sont, sauf quelques exceptions, toujours identiques et qu'il n'y a pas de raison de procéder en l'espèce par renvoi à une disposition particulière de la loi du 2 août 2002 plutôt que par renvoi à une autre disposition de cette même loi. Le Conseil d'Etat signale que la loi du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et abrogeant l'article 7 de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, qui en son article 9 subordonne au consentement préalable du consommateur l'utilisation par un professionnel de certaines techniques (automate d'appel, télécopie, téléphone), ne contient pas de dispositions pénales.

Dans la mesure où le Conseil d'Etat vient d'être saisi par dépêche en date du 25 juin 2003 du projet de loi transposant en droit national la directive 2002/58/CE (projet de loi relatif aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques), et que l'article 11 dudit projet de loi vise à transposer l'article 13 de la directive 2002/58/CE, le Conseil d'Etat recommande de faire, en l'état, abstraction de la modification spécifique sous examen, et d'opérer, dans le cadre du projet de loi transposant la directive 2002/58/CE en droit luxembourgeois, les adaptations à la loi du 14 août 2000 qui s'avèreraient nécessaires, ceci en vue d'assurer la concomitance et la cohérence des modifications à opérer.

L'article 11 entend substituer à la définition actuelle des „services financiers“, figurant à l'article 49 de la loi du 14 août 2000, la définition résultant de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 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. Cette nouvelle définition a déjà été intégrée dans la loi du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, qui exclut de son champ d'application les contrats à distance portant sur des services financiers. Il y a lieu de reprendre cette même définition dans la loi du 14 août 2000.

L'article 12 vise à modifier l'article 50 de la loi relative au commerce électronique. Ledit article précise le champ d'application du titre V consacré aux contrats conclus par voie électronique, en excluant certains contrats. Les auteurs du projet de loi sous avis estiment que cette exclusion est contraire à l'idée exprimée par la directive 2000/31/CE.

La directive en question dispose en son article 9, paragraphe (1), que „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“. Le paragraphe (2) de la directive d'ajouter que „les Etats membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes“ et suit alors l'énumération des catégories de contrats reprise à l'article 50, paragraphe (1) de la loi du 14 août 2000.

Le Conseil d'Etat considère que l'argumentation développée par les auteurs du projet de loi à l'appui de la modification proposée (voir le commentaire de l'article) procède d'une confusion. La directive, si elle impose aux Etats membres l'obligation d'éliminer les obstacles juridiques à l'utilisation des contrats électroniques (considérants 37 et 38), autorise cependant également les Etats membres à maintenir des restrictions à l'utilisation de contrats électroniques (considérant 36). Cela veut dire que pour les catégories de contrats visés, il n'y a pas d'obligation mise à charge d'un Etat membre d'ajuster sa législation à l'effet de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique (considérant 34). Il en découle nécessairement qu'aucun choix n'est laissé aux parties pour la conclusion de ces catégories de contrats. Le recours à la voie électronique, pour ces catégories de contrats, est exclu.

Si le législateur national n'entendait, à un moment donné, plus faire usage de la faculté lui ouverte par l'article 9, paragraphe (1) de la directive 2000/31/CE, il faudrait nécessairement adapter préalable-

ment le droit national à l'effet de permettre, pour les catégories de contrats visés, la conclusion par voie électronique.

La disposition sous avis est en conséquence à supprimer. Le Conseil d'Etat annonce d'ores et déjà que pour des raisons de sécurité juridique évidentes, il n'accordera pas la dispense du second vote constitutionnel si la disposition sous examen était votée par la Chambre.

A l'article 13, le Conseil d'Etat propose, plutôt que de passer par l'ajout d'un nouveau paragraphe (1bis), – auquel cas il y aurait encore lieu de veiller à la concordance de la terminologie (le paragraphe (1) s'applique „sauf si les parties sont des professionnels et en ont convenu autrement“; le paragraphe (1bis) nouveau s'applique „sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement“) – , de procéder par l'ajout d'un nouvel alinéa 2 au paragraphe (1) actuel, de la teneur suivante:

„Le prestataire doit de même indiquer les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis ainsi que la façon dont ces codes de conduite peuvent être consultés par voie électronique.“

En ce qui concerne l'actuel article 51, paragraphe (3), les auteurs du projet de loi estiment que les dispositions afférentes ne constituent pas une transposition conforme de l'article 10, paragraphe (4) de la directive 2000/31/CE. Le Conseil d'Etat s'était dans son premier avis relatif au projet de loi devenu par la suite la loi du 14 août 2000 interrogé sur le fondement de cette exclusion, qui avait à l'époque la même teneur que celle actuellement proposée. Les auteurs du projet de loi relatif au commerce électronique avaient invoqué un passage du considérant 18 de la directive „commerce électronique“ en voie de finalisation dans la teneur de la position commune (CE) 22/2000 arrêtée par le Conseil le 28 février 2000, repris par la directive 2000/31/CE: „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, dans son avis complémentaire du 7 juillet 2000 avait observé qu'il n'était „nullement convaincu que le texte ... dit bien ce que les auteurs des amendements veulent lui faire dire. Pour le moins faudrait-il alors ajouter ...: „les contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles conclus exclusivement...“.“ Le Conseil d'Etat maintient son point de vue qu'il y a lieu de préciser le champ d'application de cette exclusion par la précision figurant actuellement au texte en question, ce d'autant plus que la directive 2000/31/CE prend soin de préciser, dans son considérant 39, que „les exceptions aux dispositions relatives aux contrats passés exclusivement au moyen du courrier électronique ou au moyen de communications individuelles équivalentes ... ne sauraient avoir comme conséquence de permettre le contournement de ces dispositions par les prestataires, de services de la société de l'information“.

A la suite de l'examen de l'article 14 du projet de loi, le Conseil d'Etat proposera un libellé pour l'article 13.

L'article 14 propose tout d'abord l'ajout d'un nouveau paragraphe (1bis) à l'article 52 de la loi du 14 août 2000 à l'effet d'imposer au prestataire de mettre à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger. Le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne vaudrait pas mieux intégrer cette disposition à l'article 51, qui impose déjà actuellement au prestataire de fournir les informations sur les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données.

Aussi le point c) du paragraphe (1) de l'article 51 pourrait-il être modifié comme suit:

„c) les moyens techniques à la disposition du destinataire du service et auxquels il a accès pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu.“

Ces modifications seraient à rattacher à l'article 13 du projet de loi.

Pour ce qui est de la modification au paragraphe (2) actuel de l'article 52, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de la modification proposée à l'endroit de l'actuel paragraphe (3) de l'article 51 pour ce qui est de la suppression des termes „entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles“. Il y a encore lieu de se limiter à apporter la précision

que „les dispositions du paragraphe (1), point b) du présent article ne sont pas applicables ... (pour le surplus, maintien du texte actuel).

Le Conseil d'Etat de signaler à toutes fins utiles que le nouveau texte proposé pour le paragraphe (2) de l'article 52 risque de prêter à confusion, dans la mesure où il est précisé que „les dispositions du premier paragraphe, b) et du 2ème paragraphe ne sont pas applicables ...“. Le Conseil d'Etat suppose que les auteurs, par les termes „2ème paragraphe“, ont entendu viser le nouveau paragraphe (*1bis*). Si déjà les paragraphes sont numérotés, alors il y a lieu de se référer, lors des renvois, à ces numéros.

Compte tenu des observations du Conseil d'Etat à l'endroit des articles 13 et 14 du projet, ces deux articles se liraient comme suit:

„**Art. 13.** L'article 51 de la même loi est modifié comme suit:

– Le point c) du paragraphe (1) de l'article 51 est modifié comme suit:

„c) les moyens techniques efficaces à la disposition du destinataire du service et auxquels il a accès pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu.“

– Le paragraphe (1) est complété par un alinéa 2 de la teneur suivante:

„Le prestataire doit de même indiquer les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis ainsi que la façon dont ces codes de conduite peuvent être consultés par voie électronique.“ “

(La modification au paragraphe (3) devient, dans la logique du Conseil d'Etat, superfétatoire.)

Le texte de l'article 14 du projet de loi prendrait la teneur suivante:

„**Art. 14.** L'article 52 de la même loi est modifié comme suit:

Au paragraphe (2), les termes „Les dispositions du premier paragraphe“ sont remplacés par ceux de „Les dispositions du paragraphe (1), lettre b)“.

Les articles 15 à 19 du projet de loi apportent un certain nombre de modifications aux articles de la loi du 14 août 2000 qui ont trait aux contrats conclus (par voie électronique) avec les consommateurs.

Dans un premier temps, le projet de loi devenu la loi du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, avait envisagé d'abroger le chapitre 2 „*Des contrats conclus avec les consommateurs*“ du titre V „*Des contrats conclus par voie électronique*“ de la loi du 14 août 2000. La Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports de la Chambre s'était à ce sujet exprimé comme suit dans son rapport (*Doc. parl. 4781⁵*): „contrairement à ce que le gouvernement envisageait – reprendre dans le présent projet de loi les dispositions spécifiques de protection du consommateur qui figurent dans la loi du 14 août 2000 sur le commerce électronique – la Commission propose la solution inverse consistant à exclure du projet sous rubrique les contrats conclus par la voie électronique ... Désormais, les contrats conclus par voie électronique ne seront plus régis par le présent texte, mais relèveront de la loi du 14 août 2000.“

Les modifications à apporter par l'article 15 du projet sous avis à l'article 53 de la loi relative au commerce électronique ne donnent plus lieu à de plus amples observations, dans la mesure où le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé, sinon de manière directe, du moins de manière indirecte, sur ces modifications dans le cadre de son avis sur le projet de loi devenu la loi du 16 avril 2003 précitée.

Le Conseil d'Etat propose d'intégrer les modifications dans un nouveau texte, de sorte que l'article se lirait comme suit, compte tenu par ailleurs d'une modification à l'endroit des modalités de paiement et de livraison:

„**Art. 15.** L'article 53 de la même loi est modifié comme suit:

– Le paragraphe (1) est remplacé par le texte suivant:

„(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;

- le prix du bien ou du service, toutes taxes comprises;
- le cas échéant, les frais de livraison;
- la durée de validité de l’offre et du prix;
- les modalités de paiement, de livraison ou d’exécution, 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.“
- L’alinéa 2 du paragraphe (2) est remplacé comme suit:
 - „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, dans le respect des principes de loyauté en matière de transactions commerciales et des principes qui régissent la protection des personnes frappées d’incapacité juridique, comme les mineurs et les incapables.“ “

Le Conseil d’Etat propose de libeller *l’article 16* du projet de loi comme suit:

„**Art. 16.** L’article 54 de la même loi est modifié comme suit:

Le paragraphe (1) est remplacé par le texte suivant:

„(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 53, à moins que ces informations n’aient déjà été, par écrit, ou de la manière ci-dessus spécifiée, fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat.

En tout état de cause doivent être fournies:

- une information écrite sur les conditions et les modalités d’exercice du droit de rétractation au sens de l’article 55,
- ... (suit le reste du texte proposé).“ “

A propos de *l’article 17*, portant introduction d’un nouvel article *54bis* à la loi relative au commerce électronique, le Conseil d’Etat n’a pas d’observations à formuler.

Les modifications proposées par *l’article 18* ne donnent pas lieu à observations quant au fond, sauf que le Conseil d’Etat donne à considérer s’il n’y a pas lieu de tenir compte à l’alinéa 2 du paragraphe (1) ainsi qu’au paragraphe (2) des modifications apportées par le projet sous avis à l’article 54.

Quant à la forme, il y a lieu de dire:

- A l’alinéa 1 du paragraphe (1), après les termes „sept jours“ est introduit le terme „ouvrables“.
- L’alinéa 2 du paragraphe (1) est modifié comme suit:
 - „Toutefois, si le prestataire n’a pas satisfait aux obligations prévues au paragraphe (1) de l’article 54, le délai de rétractation est de 3 mois.“
- Le paragraphe (2) est modifié comme suit:
 - „Si les informations visées à l’article 54 sont fournies pendant le délai de trois mois visé au paragraphe (1), le délai de sept jours ouvrables commence à courir à compter du jour de la réception des informations par le consommateur.“

- Au paragraphe (3) est ajouté un alinéa trois nouveau de la teneur suivante:
„Ce remboursement doit être fait ... (suit le reste du texte proposé).“
- Au paragraphe (4), sous le point a), le terme „ouvrables“ est ajouté après les termes „sept jours“.
- Au paragraphe (5), les termes „Lorsque le prix d’un service“ sont remplacés par ceux de „Lorsque le prix d’un bien ou d’un service“.

Le nouvel article 57bis, que l'article 19 propose d'introduire dans la loi du 14 août 2000, reprend les dispositions de l'article 10 de la loi du 16 avril 2003 concernant la protection du consommateur en matière de contrats à distance pour les étendre aux contrats conclus par voie électronique. Le paragraphe (3) du nouvel article 57bis reprend par ailleurs une disposition introduite dans la loi modifiée de 1983 relative à la protection juridique du consommateur par la loi du 27 novembre 2000. Le Conseil d'Etat peut y marquer son accord.

Les articles 20 et 21 proposent l'abrogation de l'article 63, paragraphe (2) et la suppression concomitante du renvoi à cette disposition dans l'article 62 de la loi du 14 août 2000. Le Conseil d'Etat ne saurait y marquer son accord, dans la mesure où c'est sur son insistance que l'article 63 paragraphe (2) a été introduit dans la loi.

Le Conseil d'Etat de citer le passage afférent de son avis du 2 mai 2000:

„Le Conseil d'Etat ne peut que difficilement s'imaginer que les auteurs du projet de loi se contentent en ces matières (incrimination du racisme, lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants) 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.“

Bien sûr, ainsi que le relèvent les auteurs du projet de loi, le Code pénal trouvera toujours application dans son entièreté, et il est inutile de mentionner spécifiquement deux incriminations: mais la question n'est pas là!

La Chambre a évidemment la possibilité de s'en tenir au principe dispensant les intermédiaires de toute obligation générale de surveillance et de toute obligation générale de rechercher des activités illicites. C'est l'approche que le Conseil d'Etat a qualifiée de foncièrement „économique“ et dont on retrouve trace dans le rapport de la Commission compétente de la Chambre dans son analyse du projet de loi suite au premier avis du Conseil d'Etat (*Doc. parl. 4641⁵, page 13*): „il convient de préciser que ces prestataires ne sont que des intermédiaires et aucunement des éditeurs de contenu ... L'article 15 de la directive „commerce électronique“ détermine l'absence d'obligation générale de surveillance ... 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 ... Ces procédures ont ... un effet préventif.“

Suite à l'avis complémentaire du 7 juillet 2000, le texte a néanmoins été modifié dans le sens préconisé par le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat plaide pour le maintien de l'article 63, paragraphe (2) de la loi du 14 août 2000, les raisons invoquées à l'époque à l'appui de la disposition en question n'ayant malheureusement rien perdu de leur actualité. Il n'y a dès lors pas non plus lieu de modifier l'intitulé de l'article 63.

L'article 21 du projet de loi est partant à supprimer, l'article 20 étant à libeller comme suit:

„**Art. 20.** L'article 62 de la même loi est modifié comme suit:

- Au point a) du paragraphe (1), les termes „une action en dommages“ sont remplacés par ceux de „une action en dommages et intérêts“.

- Le point b) du paragraphe (1) se lit comme suit:
„b) le prestataire, dès le moment où il a une telle connaissance, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.“ “

Ainsi délibéré en séance plénière, le 1er juillet 2003.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES