

Message 201

Communication de la Commission - SG(2003) D/52426

Directive 98/34/CE

Notification: 2003/0127/F

Retransmission de la réponse de l'Etat membre notifiant (France) à des observations (8.2) de Commission.

(MSG: 200302426.FR)

1. MSG 201 SERV 2003 0127 F FR 09-07-2003 19-12-2003 F ANSWER 8.2/COM 09-07-2003 8.2  
COM

2. France

3A. Délégué interministériel aux normes – [REDACTED]

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

3B. Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie

Direction Générale de l'Industrie des Technologies de l'Information et  
des Postes

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

4. 2003/0127/F - SERV

5. Article 8.2 de la directive 98/34/CE

6. Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (PLCEN)

Réponse aux observations

1- Remarques spécifiques au regard de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (ci-après " la directive ")

Point A

Article 4

• La notion de « contenu » utilisée également dans les projets d'articles L-32-3-4 [devenu 32-3-3] et L-32-3-5 [devenu 32-3-4] pourrait conduire à des interprétations qui limiteraient le bénéfice de cette disposition uniquement au cas d'un contenu illégal (par exemple au regard de la protection des mineurs) sans couvrir le cas où, indépendamment du contenu, c'est l'activité, en tant que telle, de simple transport ou de « caching » qui est illicite (par exemple au regard du droit de la propriété intellectuelle).

Les deux articles susvisés mentionnent dans quelles conditions des prestataires techniques ne peuvent pas voir leur responsabilité civile ou pénale engagée à raison des contenus, sans préciser la nature du caractère illicite de ces contenus. L'expression « à raison de » couvre non seulement les hypothèses où le contenu lui-même serait illicite (par exemple une diffamation) mais aussi le cas où l'activité relative à son transport ou son stockage serait illicite (par exemple atteinte à un droit de propriété intellectuelle ou agissement parasitaire).

- En outre, ces projets d'articles ne font pas référence aux informations « fournies par un destinataire du service » et, en ce qui concerne l'article L-32-3-5 [devenu 32-3-4], au fait que la transmission ultérieure est faite « à la demande d'autres destinataires du service » comme cela est précisé à l'article 13 de la directive.

L'article L.32-3-4 du code des Postes et Télécommunications vise à transposer l'article 13 de la directive établissant le régime de responsabilité des prestataires de cache. Cette activité est définie dans le projet de loi comme le stockage "automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet", "dans le seul but de rendre plus efficace une transmission ultérieure". Cette définition précise que le "destinataire du service" qui fournit les informations est un "prestataire" au sens de la directive, qui par conséquent fournit un service de la société de l'information à d'autres destinataires du service. Ainsi, ces contenus stockés avec "pour seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure", sont nécessairement transmis à ces autres destinataires du service à leur demande. Il serait de ce fait inutile de le préciser dans le texte et cela nuirait à sa lisibilité.

#### Article 7

- Le paragraphe a) du troisième alinéa [devenu article 7, II, 1°] contient une deuxième phrase ambiguë qui devrait être supprimée pour éviter toute insécurité juridique ou tout élargissement de la dérogation.

Le II-1° de l'article 7 ne constitue pas une extension de la dérogation mais apporte quant aux obligations contractuelles les précisions qui figurent dans les considérants 55 et 56 de la directive.

La dernière phrase du paragraphe II-1° de l'article 7 du projet de loi vient préciser l'importante exception prévue par l'annexe de la directive en ce qui concerne les "obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs". Cette phrase, qui reprend les considérants 55 et 56 de la directive 2000/31, indique que le champ contractuel comporte les éléments déterminants de la décision du consommateur de contracter. Cette disposition est conforme à la définition unanimement admise sur la validité du consentement dans les relations entre les entreprises et les consommateurs.

#### Article 8

- Les conditions de fond et de procédure prévues aux paragraphes 4 et 5 de l'article 3 de la directive ne sont pas transposées. Ces conditions sont essentielles pour encadrer l'usage de la dérogation "au cas par cas" et devront être impérativement transposées au 17 janvier 2002.

La loi fixe les grands principes au nom desquels pourra être restreint le libre exercice de l'activité, conformément à l'énumération de l'article 3 -4 a) i de la directive. Un décret en Conseil d'État indiquera les conditions dans lesquelles l'autorité administrative pourra prendre des mesures restrictives, au cas par cas, à l'égard de services de la société de l'information donnés. Ce décret fera l'objet d'une notification à la Commission.

- Ce projet d'article prévoit parmi les raisons permettant à une autorité de restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information provenant d'un autre Etat membre, la "protection des investisseurs autres que ceux mentionnés à l'article L.411-2 du code monétaire et financier" (c'est-à-dire les investisseurs autres que les "investisseurs qualifiés" ou ceux des "cercles restreints d'investisseurs"). Cette disposition serait non conforme à l'article 3 paragraphe 4 de la directive, lequel ne vise que les investisseurs qui agissent en tant que consommateurs au sens de l'article 2 paragraphe e). ; il s'agit donc d'éviter des critères incorrects de transposition dans le cadre de la dérogation au cas par cas. » ; la mention explicite aux cercles restreints d'investisseurs dans le nouveau texte ne répond pas à cette observation qui reste donc toujours pertinente.

La référence à l'article L.411-2 du code monétaire et financier vise à assurer la protection des investisseurs autres que les investisseurs qualifiés ou les cercles restreints d'investisseurs. L'investisseur qualifié est défini comme "une personne morale disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers", et le cercle restreint d'investisseurs comme un ensemble de "personnes liées aux dirigeants de l'émetteur par des relations personnelles à caractère professionnel ou familial". En écartant d'une part les investisseurs personnes morales et les investisseurs personnes privées disposant de relations professionnelles ou familiales privilégiées avec l'émetteur, le projet de loi répond bien à l'exigence posée par la directive de ne couvrir que les personnes physiques agissant en tant que consommateurs et dépourvues de compétences ou de relations leur conférant une position de consommateur avisé, tout en s'inscrivant dans les dispositions juridiques du droit français pertinent.

#### Article 10

- L'obligation de transparence prévue dans cet article, censé transposer l'article 6 paragraphe a) et b) de la directive, semble se limiter à la "publicité" alors que la directive utilise le concept de « communications commerciales » défini de manière très large à l'article 2 paragraphe f) de la directive (par exemple, il n'est pas certain que le parrainage, et les offres promotionnelles soient couverts par ce projet d'article). Si tel était le cas, ceci constituerait une transposition non conforme de la directive et cela irait à l'encontre de l'objectif d'assurer la pleine information du consommateur.

La notion de « publicité » est présente dans plusieurs textes de droit français qui la réglementent soit d'une manière générale (publicité mensongère), soit de façon sectorielle (réglementations particulières relatives à la publicité en faveur des médicaments, de l'alcool et du tabac...), soit en fonction de son support de diffusion (dispositions spécifiques relatives à la publicité télévisée).

L'article L.121-1 du code de la consommation, qui incrimine la publicité mensongère, ne comporte pas de définition de cette notion. . La notion juridique de publicité inclut nécessairement toute forme de "communication commerciale" au sens de la directive 2000/31, y compris les offres de parrainage et les diverses formes d'offres promotionnelles

La définition jurisprudentielle du terme de publicité, insistant sur la finalité promotionnelle du message, donne avec clarté et sécurité juridique un champ très large recouvrant le concept de « communications commerciales » de la directive 98/34/CE. L'article 2 f) de la directive définit la communication commerciale comme « toute forme de communication destinée 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 exerçant une profession réglementée. »

Pour insister sur l'étendue du champ d'application, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique retient en outre le terme de « publicité sous quelque forme que ce soit » afin d'englober des formes de publicité telles que le parrainage ou les offres promotionnelles.

#### Article 14

- Le nouvel article 1369-1 [devenu 1108-1] du code civil : cette disposition adapte deux exigences de forme spécifiques afin de rendre possible la conclusion des contrats par voie électronique. Il faut noter que l'obligation de résultat prévue à l'article 9 paragraphe 1 de la directive nécessite de supprimer toutes les exigences légales susceptibles de gêner l'utilisation des contrats par voie électronique tout le long des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel (voir considérant 34). Ainsi, si la réglementation française contient d'autres exigences de ce type, elle devrait être adaptée avant le 17 janvier 2002.

L'article 9 de la directive commerce électronique a fait l'objet d'une première transposition à l'article 14 du projet de loi confiance dans l'économie numérique. Cet article insère dans le Code civil deux nouveaux articles 1108-1 et 1108-2.

Etant tenu compte des exceptions visées à l'article 1108-2, l'article 1108-1, par deux dispositions transversales, dispose que lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317 et mentionne que lorsque est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir que la mention ne peut émaner que de lui-même.

Afin de continuer les travaux de transposition de la directive, l'article 15 du projet de loi énonce que le gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats à des formalités autres que celles mentionnées à l'article 1108-1 du code civil, en vue de permettre l'accomplissement de celles-ci par voie électronique.

Jusqu'à ce jour, un relevé des textes se trouvant dans le code civil, le code de la consommation, le code des assurances, le code du travail, le code du travail maritime, le code de la construction et de l'habitation, le code rural (partie législative), le code de l'artisanat, le code de l'aviation civile et le code de commerce a été effectué

Il en est résulté que des formalités identiques à l'ensemble des contrats et susceptibles de constituer des obstacles dans un monde électronique pouvaient être répertoriées .

Ces formalités tiennent notamment :

1. aux communications nécessaires au processus contractuel :

- utilisation de lettre missive, par voie postale, le cachet de la poste faisant éventuellement foi, de la lettre recommandée avec accusé de réception ;
- nécessité de la remise d'un document contre récépissé ou émargement.

2. au document contractuel lui-même : la page, le numéro de page, l'apposition de mentions à un endroit précis d'une page, le recto et le verso, l'existence d'un formulaire détachable attaché à l'offre ou au document contractuel et devant en être facilement séparé, sa mise sous enveloppe, les pièces jointes ;

3. à l'existence d'originaux, d'exemplaires et de copies du contrat (ex formalité du double original) ;
4. à la transmission juridique du contrat ( ex formalité de l'endos ) ;
5. aux formalités administratives pouvant intéresser le contrat : affichage, publication dans un fichier papier.

Sur le plan méthodologique, l'optique retenue est, après en avoir expertisé la nécessité, de trouver des équivalents électroniques à chacune des formalités ainsi répertoriées. Une telle démarche, par son caractère transversal, permet d'anticiper sur des textes à venir et évite de devoir modifier une multitude de textes avec la possibilité d'oublis.

- L'alinéa e) du nouvel article 1369-3 [devenu 1369-1] du code civil : il n'est pas certain que les "règles professionnelles et commerciales" visées par cette disposition recouvrent clairement les "codes de conduites" auxquels l'article 10 paragraphe 2 de la directive fait référence.

La notion de « code de conduite » auquel l'article 10 paragraphe 2 de la directive fait référence ne correspond pas à une notion reçue et définie en droit français. Le projet d'article 1369-1-5° doit donc définir cette notion pour lui donner un contenu juridique. La définition française, aux termes de laquelle, ces codes de conduite sont des « règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend se soumettre » est tout à fait correcte, ces codes de conduite, par opposition à la loi, ne pouvant être applicables sans accord des parties. Cette définition a été proposée par le Conseil d'État.

#### Article 18

- Au paragraphe III, il devrait être clarifié que les obligations qui y sont prévues, notamment la déclaration auprès du Premier ministre, en cas de fourniture, de transfert ou d'importation d'un moyen de cryptologie depuis un Etat membre n'est pas applicable lorsque ces activités sont faites à titre professionnel, à distance et par voie électronique, par un prestataire de service établi dans un autre Etat membre. Dans le cas contraire cela constituerait une restriction contraire à l'article 3 paragraphe 2 de la directive (et à l'article 18 [devenu article7] premier alinéa du projet de loi).

La Commission note que la déclaration instaurée par l'article 18 III est applicable à un fournisseur de moyens de cryptologie établi dans un autre Etat membre (EM) et qui fournirait ses moyens de cryptologie, sous forme d'un logiciel, par voie électronique en France. La Commission assimile cette fourniture à un « service de la société de l'information » tel que défini par la directive 98/48/CE (article 1er) et dont la libre circulation au sein de l'UE ne peut être restreinte (article 3.2 de la directive 2000/31/CE). La directive 98/48/CE précise que ces services doivent être réalisés à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Il est prévu des exemptions fixées par décret à cette obligation de déclaration pour les moyens de cryptologie dont les caractéristiques techniques ou les conditions d'utilisation ne mettent pas en jeu les intérêts de la défense nationale et de la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat (article 18 IIIb). Dans ce cadre, il est prévu d'exonérer de cette obligation, les personnes qui procèdent à l'importation depuis un état membre par voie électronique d'un moyen de cryptologie pour leur usage privé. La France répond ainsi à l'observation de la Commission et lui fera parvenir dès que possible le projet de décret traitant de cette disposition.

#### Point B

## Article 5 paragraphe 2

La législation applicable notamment à l'affichage des prix de tout bien ou service relève de l'article L.113-3 du code de la consommation indiquant que "tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés". L'arrêté du 3 décembre 1987, pris en application de cet article L.113-3 du code de la consommation impose l'affichage des prix T.T.C. en euro qui devront être effectivement payés par le consommateur. Ces dispositions, pénalement sanctionnées, s'appliquent de manière générale aux services de la société de l'information. Elles sont renforcées par l'article L.111-1 stipulant "tout professionnel vendeur de biens ou prestataires de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service". Au surplus, l'ensemble de la réglementation applicable aux ventes à distance, s'applique au commerce électronique et notamment l'article L.121-18 qui précise l'ensemble des informations qui doivent être communiquées par le vendeur au consommateur en cas de vente à distance.

## Article 8 paragraphe 1

- La communication commerciale en ligne doit être autorisée pour les professions réglementées étant entendu que son contenu doit respecter les règles professionnelles.

Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique ne prévoit pas de dispositions interdisant la communication commerciale pour les professions réglementées. Ainsi, un agent de voyage ou un agent immobilier qui sont des professions réglementées nécessitant, pour exercer, la délivrance d'une carte professionnelle par un organisme habilité, peuvent librement effectuer de la communication commerciale en ligne. Certaines autres professions réglementées, professions de la santé ou professions judiciaires par exemple, sont soumises à des règles et code de déontologie plus stricts sur ce point. Cependant, cet article pose le problème plus global de la publicité des professions réglementées, quelque soit son support et dont les "communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information" visées par la directive 2000/31/CE ne sont qu'un aspect.

## Article 17 paragraphe 1

- Nécessité de s'assurer que la réglementation nationale n'empêche pas la dématérialisation des procédures de règlements extrajudiciaires.

L'article 17 paragraphe 1 de la directive commerce électronique énonce que les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électronique appropriés.

Le paragraphe 2 énonce que les Etats membres doivent encourager les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.

En droit français, le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges est permis par plusieurs dispositifs :

- la conciliation est régie par la loi n 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à

la procédure civile, pénale et administrative ; le décret n 73-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs, modifié en dernier lieu par le décret n96-1091 du 13 décembre 1996 et le décret n 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires. C'est un processus tendant à aboutir à un accord entre deux personnes qu'oppose un litige ponctuel et déterminé. Le médiateur rédige un procès-verbal d'accord si une solution est trouvée.

- la médiation est régie par la loi et le décret précités du 8 février 1995 et du 22 juillet 1996. C'est une mesure par laquelle une tierce personne est chargée d'écouter les parties, de faire se confronter les thèses en présence et de rétablir un dialogue rompu. Le tiers est chargé d'amener les parties à rechercher elles mêmes les moyens de régler et prévenir à l'avenir leur différend.
- la transaction est régie par l'article 2044 et ss du Code civil, la loi n 98-1163 du 18 décembre 1998 relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits et le décret n 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile. C'est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître par un abandon réciproque d'une partie de leurs droits.

Ces procédures présentent les traits communs suivants :

- Le recours à un tiers extérieur au juge pour tenter de résoudre un conflit ;
- La recherche de l'accord des parties sur une base consensuelle ;
- La présence d'un tiers présentant des garanties notamment d'indépendance et d'objectivité ;
- La possibilité de déboucher sur un accord formel auquel le juge peut conférer force exécutoire ;
- La procédure peut être extra ou pré-juridictionnelle. Elle peut aussi s'intégrer à un procès ;

Enfin, un groupe de travail du Conseil National de la Consommation consacré à la médiation devrait rendre un avis début 2004 pour la mise en place des organismes de médiation. Ce groupe de travail s'intéresse naturellement à la médiation en ligne.

#### Article 18

- Garantir que la violation des dispositions nationales transposant la directive puisse donner lieu à des actions collectives de consommateurs dans les conditions fixées par la directive 98/27/CE sur les actions en cessation.

L'article L.421-6 du code de la consommation, introduit par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, prévoit que les associations de consommateurs "peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive 98/27/CE." Ce dernier texte mentionne bien la directive "commerce électronique" et les entités qualifiées mentionnées à l'article L.421-6 du code de la consommation peuvent donc engager des actions en cessation devant les juridictions françaises en cas de violations de la directive 200/31.

#### Article 19

- Etablir des « points de contacts » chargés d'assister les consommateurs.

La mise en œuvre de cet article visant à établir des points de contacts chargés d'assister les consommateurs est d'ores et déjà effective en France par la mise en place d'un site Internet gouvernemental sur lequel figurent un certain nombre de renseignements pratiques relatifs aux transactions par voie électronique, aux coordonnées d'associations apportant aide et conseils ainsi qu'une page de formulaire en

ligne permettant de transmettre toute réclamation relative à un litige de consommation.

Site DGCCRF : <http://www.finances.gouv.fr/cybercommerce>

Point de contact en ligne permettant de transmettre toute réclamation :

<http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/courrier/index.html>

Un centre de surveillance du commerce électronique, installé à Morlaix, a été mis en place en 2000. Un premier bilan du fonctionnement de ce centre portant sur l'année 2001, montre que les saisines par courrier électronique du centre de Morlaix ont émané à hauteur de 83% des consommateurs eux mêmes.

Enfin, l'article 19 de la directive prévoit la désignation de "point(s) de contact" pour la mise en œuvre efficace de ladite directive. Cette disposition ne prévoit pas de contrainte particulière qui justifie l'intervention du législateur, et les pouvoirs publics français pourront, par une mesure d'organisation administrative, informer les autres États membres et la Commission, des coordonnées du ou des "point de contact" chargé(s) de la mise en œuvre de la directive, notamment en ce qui concerne la protection du consommateur.

Nouvelles observations suite à la première lecture devant l'Assemblée nationale

Article 43-8 (article 2)

- La Commission note que le nouveau libellé ne s'aligne toujours pas avec celui de l'article 14 de la directive, notamment en faisant référence à la notion de stockage "direct et permanent" ou à "la mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages..." et en n'utilisant pas les termes « à la demande d'un destinataire du service ». En outre, le libellé de l'article 43-8 de l'avant-projet a été modifié pour être formulé en termes positifs (cas où le prestataire sera considéré comme civilement responsable) alors que l'article 14 de la directive (comme l'avant-projet) détermine les cas dans lesquels un prestataire peut se prévaloir d'une exemption de responsabilité. Selon l'interprétation qui serait donnée, ces divergences de libellé pourraient avoir pour conséquence que les activités de stockage visées dans le projet d'article 43-8 ne correspondraient pas totalement à celles visées à l'article 14 de la directive.

Suite à un amendement adopté en première lecture au Sénat, l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 définit

les hébergeurs comme des personnes qui "assurent le stockage durable de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services".

Cette définition est très proche de celle de l'article 14 de la directive qui définit les hébergeurs comme des personnes qui fournissent "un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service"

Pour différencier les hébergeurs des prestataires de cache, le projet de loi qualifie la nature du stockage, son origine et sa destination selon des critères similaires à ceux de la directive.

A l'issue de l'adoption d'un amendement du Sénat en 1ère lecture, a été retenue pour définir l'activité des hébergeurs la notion de "stockage durable" en vue d'une mise à disposition du public par des services de communication publique en ligne d'un contenu fourni par des destinataires de ces services. Cette notion permet de bien différencier les hébergeurs des prestataires de cache qui effectuent un "stockage automatique, intermédiaire et temporaire" des contenus qu'un prestataire transmet "dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure" (c'est-à-dire à la demande d'autres destinataires du service comme l'envisage l'article 13 de la directive).

Cette question fera l'objet d'un examen parlementaire en seconde lecture.

#### Article 43-9 (article 2)

- Cet article relatif à la responsabilité pénale modifie de manière substantielle l'article 43-8 II de l'avant-projet notifié sous le numéro 2002/454/F. En vertu de ce nouvel article 43-9, le fait qu'un hébergeur « ne pouvait ignorer le caractère illicite » d'une information qu'il héberge permettrait d'engager sa responsabilité. Cette modification ne serait pas conforme au critère fixé par l'article 14 de la directive qui repose sur le fait que le prestataire n'ait pas "effectivement connaissance" de l'activité ou de l'information illicites et non sur la supposition qu'il est censé ne pas ignorer le caractère illicite de ce qu'il héberge. En outre, un tel critère ferait peser une insécurité juridique sur les hébergeurs. Ce projet d'article devrait donc être modifié et son libellé aligné sur celui de l'article 14 de la directive pour constituer une transposition conforme.

Cette question fera l'objet d'un examen parlementaire en seconde lecture.

#### Article 43-11 (article 2)

- Le deuxième alinéa de cet article a introduit une obligation générale de "mettre en œuvre les moyens conformes à l'état de l'art pour prévenir la diffusion de données constitutives des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-43 du code pénal". Cette disposition serait incompatible avec l'article 15 paragraphe premier de la directive qui interdit aux Etats membres de soumettre les prestataires intermédiaires à une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou qu'il stockent ou à une obligation générale de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites. La directive ne prévoit aucune dérogation pour certaines catégories d'infractions. L'obligation de prévention de certaines infractions prévues à l'article 43-11 serait en contradiction avec la directive car elle constitue une obligation de caractère général qui pèse en permanence sur tous les prestataires intermédiaires. Le deuxième alinéa de l'article 43-11 devrait donc être supprimé.

Ce dispositif a été supprimé par un amendement du Sénat adopté en première lecture mais est proposé à nouveau par le rapporteur de l'Assemblée nationale en seconde lecture.

#### Article 6

- Cet article a été modifié pour insérer une définition du commerce électronique qui se limite à couvrir l'activité par laquelle un professionnel, "...s'engage à assurer, contre paiement, la bonne fin d'une fourniture de biens ou d'une prestation de services, après en avoir reçu la commande à distance et par voie électronique". Ainsi seraient exclues toutes les activités économiques en ligne gratuites comme les sites qui ne font que de la communication commerciale, les moteurs de recherches, les sites de journaux en ligne, les hébergeurs et fournisseurs d'accès gratuits, les sites d'enchères, et autres services de communication publique en ligne. Cette définition déterminant le champ d'application du titre II de la loi dans lequel figure un grand nombre de dispositions (notamment les articles 7, 8 et 9) transposant la directive, la transposition de la directive ne s'appliquerait qu'aux sites transactionnels payants et non à l'ensemble des services de la société de l'information couverts par la directive. Ainsi, l'article 6 constituerait une transposition incorrecte de la directive. L'article 6 devrait donc être modifié pour couvrir clairement l'ensemble des activités visées par la notion de "services de la société de l'information" définie à l'article 2 paragraphe a) de la directive et, ainsi, pour soumettre ces activités aux dispositions de la loi transposant la directive, en particulier l'ensemble des

dispositions du titre II du projet. Comme cela est expliqué au considérant 18 de la directive "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 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 de services". La Commission rappelle que revenir à la formulation de l'article 6 de l'avant projet de loi précédent (notification 2002/454/F) n'est pas une solution appropriée en raison des ambiguïtés que la Commission avait déjà notées dans ses observations.

La définition du commerce électronique fait toujours l'objet d'un examen parlementaire approfondi. Un nouvel amendement est proposé par le rapporteur de l'Assemblée nationale en seconde lecture.

#### Article 7

- Le paragraphe II 1° de cet article a été modifié pour ajouter "conformément aux engagements internationaux souscrits par la France". La référence aux engagements internationaux souscrits par les Etats membres ne figure pas parmi les dérogations prévues dans l'annexe de la directive et donc ne saurait élargir la portée des dérogations. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, toute dérogation à un principe posé par le droit communautaire doit faire l'objet d'une interprétation stricte.

La référence aux « engagements internationaux souscrits par la France » n'a pas pour effet d'élargir les dérogations prévues en annexe à la directive, concernant notamment :

- la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat,
- les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs.

En effet, cette référence a seulement pour objet de rappeler que les dispositions impératives de la loi française, protégeant le consommateur, sont applicables aux obligations contractuelles dans les conditions prévues par les stipulations de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Le considérant (23) de la directive précise d'ailleurs que « 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 ».

En outre, l'article 20 de la convention de Rome, relatif à la « priorité du droit communautaire », prévoit que « la présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes ».

#### Article 9

- Un alinéa a été ajouté après le point 4 précisant que "Les dispositions du présent article sont applicables à toute personne concourant directement à la transaction, dont une liste sera établie, en tant que de besoin, par décret". La portée de cette disposition, en particulier la référence à « toute personne concourant directement à la transaction » n'est pas claire. En outre, cette disposition n'est pas nécessaire si l'intention était de soumettre les prestataires intermédiaires aux obligations de transparence, car ils le seront après la modification de l'article 6 demandée ci-dessus. La Commission rappelle que les obligations de transparence prévues à l'article 5 de la directive s'appliquent à tous les services de la société de l'information.

Ce dispositif a été supprimé par un amendement du Sénat adopté en première lecture.

#### Article 11

- L'article 121-15-1 prévoit une obligation d'identifier clairement les offres promotionnelles et les concours ou jeux promotionnels conformément à l'article 6 § c et d de la directive en la limitant toutefois aux seules publicités adressées par courrier électronique. Il faudrait élargir la portée de cette disposition pour couvrir toutes les autres communications commerciales, telles que par exemple une offre ou un concours promotionnel sur un site Internet.

La jurisprudence assimile à une publicité mensongère la fait de ne pas identifier clairement une publicité en tant que telle, ou de rendre malaisé les conditions d'accès à une offre promotionnelle. Il convient d'éviter de remettre en cause cette jurisprudence protectrice, qui s'applique à toute forme d'offres commerciales, sous forme électronique ou non.

Un amendement sera proposé lors du débat parlementaire en deuxième lecture.

Autres observations de la Commission relatives au volet cryptologie du PLCEN au regard de l'application du règlement 1334/2000 :

#### a) article 18

- « L'article 18 concerne la fourniture, le transfert depuis ou vers un Etat membre de la Communauté européenne, l'importation et l'exportation des moyens de cryptologie. La Commission demande aux autorités françaises d'ajouter après la référence aux Etats membres de la Communauté européenne, la référence aux pays AELE, signataires de l'Accord sur l'Espace économique européen. En effet, la Commission rappelle aux autorités françaises que, lors de l'application du projet notifié et, notamment lors de l'adoption de ses décrets d'application, les pays AELE devraient être traités sur un pied d'égalité avec les Etats membres de la Communauté. »

Les frontières douanières européennes prises en compte dans le projet de loi sont celles de l'UE afin d'être cohérent avec le règlement européen (CE) n° 1334/2000 du 22 juin 2000 sur les contrôles des exportations de biens et technologies à double usage qui s'applique aux moyens de cryptologie. Les trois pays de l'AELE (Islande, Liechtenstein, Norvège) sont bien considérés comme en dehors du territoire douanier de l'UE au titre du règlement précité pour les biens et technologies à double usage.

#### b) article 18

- « L'article 18, sous III, dispose que le transfert depuis un Etat membre de la Communauté européenne

des moyens de cryptologie n'assurant pas exclusivement des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité est libre sous condition que le fournisseur ou la personne procédant au transfert les déclare au préalable auprès du Premier ministre et tienne ensuite à la disposition de celui-ci une description des caractéristiques techniques du moyen en question.

Les conditions d'application seront fixées ultérieurement par décret.

La Commission estime que la condition de déclaration au préalable auprès du Premier ministre, pour les transferts intra-communautaires des moyens de cryptologie depuis un Etat membre de la Communauté européenne, prévue dans l'article 18, sous III, pourrait représenter une entrave substantielle à la libre circulation des produits dans le marché intérieur. Par ailleurs, des obligations génériques de ce genre seraient contraires aux dispositions du Règlement n° 1334/2000 du 22 juin 2000 établissant un régime communautaire des contrôles à l'exportation des biens et technologies à double usage, qui dans son article 21, point 1, prévoit que seuls les produits et technologies à double usage listé dans l'annexe IV du règlement en question sont en principe soumis à un régime d'autorisation pour les transferts intra-communautaires.

Les dispositions de l'article 21, point 6, du même règlement 1334/2000 prévoient certes la possibilité pour les autorités compétentes d'imposer à travers une initiative législative nationale, de demander des informations additionnelles sur des transferts intra-communautaires partant de cet Etat membre sur les biens listés dans la catégorie 5, partie 2, de l'annexe I qui ne figurent pas dans l'annexe IV.

La Commission estime néanmoins que les dispositions de l'article 18 du projet de loi notifié vont bien au-delà des dispositions de l'article 21, point 6, prévues dans le cadre du Règlement 1334/2000, entre autre puisqu'elles concernent aussi des transferts intra-communautaires depuis un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France. »

Le projet de loi introduit le contrôle des importations intracommunautaires pour répondre à la libéralisation complète de l'utilisation (article 18.I) des produits de cryptologie sur le sol national. En effet, sans cette disposition, un produit importé depuis un Etat membre destiné à être utilisé directement par cet importateur échapperait à tout contrôle. Le projet de loi prévoit donc un contrôle de l'importation intracommunautaire sous la forme d'une déclaration.

Ce régime de déclaration est fondé sur des objectifs de défense nationale et de sécurité intérieure ou extérieure comme cela est mentionné implicitement à l'article 18 IIIb. Plus précisément, l'objectif d'une procédure de déclaration doit permettre aux autorités nationales d'avoir accès à la description technique des produits de cryptologie et ainsi de faciliter la lutte contre la cybercriminalité lorsque ces produits ont été utilisés pour commettre un crime ou un délit.

Il est à noter à cet égard que le principe d'accès à des informations techniques (équivalent à un régime déclaratif) est prévu par le règlement européen (CE) n° 1334/2000 sur les biens à double usage (article 21.6) pour les transferts intracommunautaires de produits de cryptologie, mais seulement au profit du pays à l'origine du transfert.

La France considère donc cette procédure de déclaration comme un élément important contribuant à la lutte contre la cybercriminalité. Pour autant, cette procédure de déclaration sera aussi légère que possible pour

les raisons suivantes :

- la déclaration ne se confond en aucune manière avec une autorisation. Une fois les formalités de déclaration accomplies, le produit sera dégagé de toute obligation ;
- la procédure de déclaration sera effectuée en deux temps : dans un premier temps, seule une déclaration de nature administrative est requise avant toute fourniture ou importation, puis une déclaration technique du produit peut être demandée ultérieurement et dans un délai fixé sans suspendre les opérations de fourniture ou d'importation ;
- les informations administratives et techniques qui peuvent être demandées dans le cadre de la déclaration sont fixées par le décret prévu à l'article 18.III (un projet de ce décret sera fourni dès que possible à la Commission) ;
- des dérogations notables à l'obligation de déclaration sont envisagées comme celle mentionnée plus haut concernant les transferts par voie électronique. Ces dérogations visant des catégories spécifiques de produits seront inscrites dans le décret prévu à cet effet à l'article 18.IIIb (un projet de décret sera fourni dès que possible à la Commission).

Les mesures ainsi prises sont considérées comme étant nécessaires et proportionnées à l'objectif de sécurité publique visé.

c) article 18

« L'article 18, sous IV du projet notifié dispose pour sa part que le transfert vers un Etat membre de la Communauté européenne d'un moyen de cryptologie n'assurant pas exclusivement des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité est soumis à autorisation du Premier ministre.

Les conditions d'application seront fixées ultérieurement par décret.

La Commission estime que la condition d'autorisation préalable du Premier ministre, pour les transferts intra-communautaires vers un Etat membre de la Communauté européenne, des moyens de cryptologie prévue dans l'article 18, sous IV, pourrait représenter une entrave substantielle à la libre circulation des produits dans le marché intérieur. Par ailleurs, des obligations génériques de ce genre seraient contraires aux dispositions de l'article 21 du Règlement n° 1334/2000, qui dans son article 21, point 1, prévoit que seuls les produits et technologies à double usage listés dans l'annexe IV du règlement en question sont en principe soumis à un régime d'autorisation pour les transferts intra-communautaires. Ce même article prévoit que, sous certaines conditions, un Etat membre peut décider qu'une autorisation est requise pour le transfert d'autres biens à double usage vers un autre Etat membre, cela notamment quand la destination finale des biens en question est située à l'extérieur de la Communauté. Or, le projet notifié ne fait aucune référence aux conditions énumérées dans le règlement. »

L'article 18.IV du projet de loi pose le principe général que les produits de cryptologie n'assurant pas exclusivement des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité sont soumis à autorisation dans le cas de transfert vers un Etat membre ou d'exportation en dehors de l'UE. S'agissant des transferts intracommunautaires, le règlement européen n° 1334/2000 prévoit que seuls les produits mentionnés dans l'annexe IV de ce règlement peuvent être soumis à autorisation.

C'est pourquoi le décret prévu à l'article 18.IV.b exemptera d'autorisation le transfert de tout moyen de

cryptologie ne figurant pas dans l'annexe IV. Un simple régime de déclaration se substituera au régime de l'autorisation pour ces transferts, conformément à la possibilité offerte par l'article 21.6 du règlement européen n° 1334/2000. Les dispositions prises ici par la France seront donc conformes au règlement européen précité. Le projet de décret sera fourni à la Commission dès que possible.

d) article 18

« En outre, la notion introduite dans le présent avant-projet de loi sur la distinction entre les moyens de cryptologie assurant des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité et ceux n'assurant pas exclusivement ce genre de fonctions semble, au moins d'un point de vue technologique, contestable puisqu'il s'avère dans la pratique qu'il est très difficile de faire la distinction entre ces deux fonctions. En effet, la plupart des moyens de cryptologie sur le marché actuellement ne font pas cette distinction, mais sont utilisables pour les deux fonctions à la fois.

La Commission tient à rappeler aux autorités françaises que des discussions bilatérales sur cette distinction se sont déroulées à maintes reprises par le passé. Les discussions entre experts ont démontré qu'il est techniquement impossible de faire cette distinction puisque les conventions (ou algorithmes de chiffrement) utilisées par les moyens de cryptologie pour faire de l'authentification ou un contrôle d'intégrité et celles permettant d'assurer des fonctions de confidentialité sont identiques. »

S'il est exact que certains algorithmes peuvent être utilisés à la fois pour des fonctions d'authentification et des fonctions de chiffrement, en revanche, la mise en œuvre de ces algorithmes dans un moyen de cryptologie diffère nettement selon la fonction de sécurité, authentification ou confidentialité de données, offerte par le moyen. Les fonctions de sécurité disponibles au niveau de l'utilisateur du moyen ne sont pas, dans la très grande majorité des cas, interchangeables. Aussi le risque évoqué par la Commission d'élargir le champ du contrôle à des produits assurant exclusivement des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité ne paraît pas devoir être pris en compte.

e) article 19

« L'article 19 du projet introduit une obligation de déclaration auprès du Premier ministre pour l'activité de fourniture de prestations de cryptologie. La Commission considère que cette obligation pourrait représenter une entrave substantielle à la libre circulation des services dans le marché intérieur : elle est imposée en effet d'une manière systématique et généralisée, sans considération ou définition des circonstances spécifiques dans lesquelles elle pourrait, le cas échéant, s'avérer nécessaire et proportionnelle à la protection, par exemple, d'objectifs de sécurité publique. »

Ce régime de déclaration est fondé sur des objectifs de défense nationale et de sécurité intérieure ou extérieure comme cela est mentionné implicitement à l'article 19. Plus précisément, l'objectif d'une procédure de déclaration doit permettre aux autorités nationales d'avoir accès à des informations sur les prestations de cryptologie et ainsi de faciliter la lutte contre la cybercriminalité lorsque ces prestations ont été utilisées pour commettre un crime ou un délit.

La France considère donc cette procédure de déclaration comme un élément important contribuant à la lutte contre la cybercriminalité. Pour autant, cette procédure de déclaration sera aussi légère que possible pour

les raisons suivantes :

- la déclaration de prestations ne se confond en aucune manière avec une autorisation. Une fois les formalités de déclaration accomplies, le prestataire sera dégagé de toute obligation ;
- les informations qui peuvent être demandées dans le cadre de la déclaration seront fixées par le décret prévu à l'article 19.I (un projet de ce décret sera fourni dès que possible à la Commission) ;
- des dérogations à l'obligation de déclaration visant des catégories spécifiques de prestations seront mentionnées dans le décret prévu à cet effet à l'article 19.I (un projet de décret sera fourni dès que possible à la Commission).

Les mesures ainsi prises sont considérées comme étant nécessaires et proportionnées à l'objectif de sécurité publique visé.

f) article 23

- « En conséquence, les dispositions de droit pénal prévues dans l'article 23, et plus particulièrement celles du point I, sous a) et b) [devenus 1° et 2°] et du point II (à considérer probablement comme point III) [devenus point III] qui traitent des sanctions en cas de violation des obligations d'obtentions d'autorisation et de déclaration pour les transferts intra-communautaires comme prévu respectivement dans les articles 18 et 19 du projet notifié, demandent un réajustement en ligne avec les éléments de l'avis de la Commission susmentionnés. »

Compte tenu des arguments présentés ci-dessus, la France estime qu'il n'est pas nécessaire de modifier ni de supprimer les dispositions de droit pénal prévues dans ce texte. En effet, les incriminations et les sanctions prévues sont proportionnées à l'objectif poursuivi et permettent d'assurer l'efficacité du dispositif d'autorisation et de déclaration.

David O'Sullivan  
Secrétaire général  
Commission européenne

Point de contact Directive 98/34  
Fax: (32-2) 296 76 60  
email: Dir83-189-central@cec.eu.int

---

sent to :

BELNotif Qualité et Sécurité



Bundesministerium für Wirtschaft Referat XA2

[REDACTED]

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit - Abteilung C2/1

[REDACTED]

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit - Abteilung C2/1

[REDACTED]

Departem