

Message 303

Communication de la Commission - SG(2003) D/50430

Directive 98/34/CE

Notification: 2002/0454/F

Observations de la Commission (article 8, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE). Ces observations ne prolongent pas le délai de statu quo.

Bemärkninger - Bemerkungen - Παρατηρήσεις - Comments - Observaciones - Observations - Osservazioni - Opmerkingen - Observacoes - Huomautuksia - Synpunkter.

Status quo fristen forlænges ikke - Keine Verlängerung des Status quo - Δεν παρατείνει την προθεσμία του status quo - Standstill period not prolonged - No prolongan el plazo de statu quo - Ne prolongent pas le délai de statu quo - Non prorogano il termine dello status quo - De status-quo-periode wordt niet verlengd - Nao prolongam o prazo do statu quo - Eivät jatka status quon määräaika - Förlänger inte tiden för status quo.

(MSG: 200300430.FR)

1. MSG 303 IND 2002 0454 F FR 26-02-2003 26-02-2003 COM 8.2/COM 26-02-2003

2. Commission

3. [REDACTED]

4. 2002/0454/F - SERV

5. article 8, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE

6. Notification 2002/454/F

Avant-projet de loi relatif à l'économie numérique

Emission d'observations au sens de l'article 8, paragraphe 2 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998

La Commission a reçu le 25 novembre 2002 l'avant-projet susmentionné. L'examen de cet avant-projet amène la Commission à adresser aux autorités françaises les observations suivantes.

I. Remarques générales

La Commission souligne que l'avant-projet de loi devrait indiquer qu'il a été notifié selon la procédure prévue par la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE.

Elle rappelle aussi que, dans le cas où au cours de la suite de la procédure législative nationale, des dispositions de l'avant-projet de loi devraient faire l'objet de modifications substantielles, il serait nécessaire

que les autorités françaises procèdent, conformément à l'article 8 paragraphe premier troisième alinéa de la directive 98/34/CE, à une nouvelle notification de ces parties de l'avant-projet de loi.

La Commission attire en outre l'attention des autorités françaises sur l'obligation de notification ultérieure des projets d'actes visant à donner application aux dispositions du présent avant-projet de loi, à les préciser ou à imposer d'autres obligations.

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

La Commission prend note avec satisfaction que les dispositions du nouvel article 2 de l'avant-projet de loi remplaceront, ainsi que les autorités françaises s'y étaient engagées, les dispositions de l'article 1 de la loi 2000-719 du 1er août 2000 sur la communication audiovisuelle qui n'avaient pas été notifiées au titre de la directive 98/34/CE et qui, pour cette raison, ont fait l'objet d'une mise en demeure envoyée à la France le 2 août 2001 (infraction 2001/445).

La Commission constate que l'avant-projet reprend largement des dispositions du projet de « loi sur la société de l'information » qui a été notifié à la Commission (notification 2001/272/F) et sur lequel la Commission a formulé des observations le 24 septembre 2001. A cet égard, la Commission se félicite que l'avant-projet de loi ait pris en compte certaines de ces observations. Toutefois, d'autres observations ne semblent pas avoir été prises en considération. Il s'agit :

- du premier alinéa des observations sur l'article 17 devenu article 6 (« La Commission souhaite préciser que la notion de « prestation de services » prévue dans ce projet d'article doit être comprise comme incluant toutes les activités constituant des "services de la société de l'information" au sens de l'article 2 paragraphe a) de la directive, notamment celles citées à titre d'exemple dans le considérant 18 de la directive. Ainsi, devraient être couverts, notamment, les services de « communication publique en ligne » dès lors qu'ils constituent une activité économique, y compris ceux qui n'offrent pas la possibilité de conclure un contrat ou qui sont gratuits pour le destinataire (par exemple, les sites qui ne font que de la communication commerciale), ainsi que les services de fourniture d'accès à Internet ou d'hébergement ») ;

- du quatrième tiret des observations sur l'article 18 devenu article 7, observations visant à assurer la conformité avec le 6ème tiret de l'annexe de la directive (« - le paragraphe a) du troisième alinéa contient une deuxième phrase ambiguë qui devrait être supprimée pour éviter toute insécurité juridique ou tout élargissement de la dérogation ») ;

- de deux premiers tirets des observations sur l'article 19 devenu 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; - 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.

- des observations sur l'article 21 devenu 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 ») ;

- du premier et quatrième tiret des observations sur l'article 23 devenu article 14 (« - nouvel article 1369-1 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'alinéa e) du nouvel article 1369-3 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 »);

- des observations sur l'article 37 devenu 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 premier alinéa du projet de loi)»);

- des observations sous le point B (« Certains dispositions de la directive ne semblent pas avoir fait l'objet d'une mesure de transposition dans ce projet, en particulier: l'article 5 paragraphe 2; l'article 8 paragraphe 1 qui contient un principe selon lequel la communication commerciale en ligne doit être autorisée pour les professions réglementées étant entendu que son contenu doit respecter les règles professionnelles; l'article 17 paragraphe 1 de la directive qui nécessite de s'assurer que la réglementation nationale n'empêche pas la dématérialisation des procédures de règlements extrajudiciaires; l'article 18 qui vise en particulier à 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 19 qui vise en particulier à établir des « points de contacts » chargés d'assister les consommateurs »).

La Commission rappelle que ces observations devront être prises en compte pour assurer une transposition correcte de la directive.

Par ailleurs, la Commission souhaite faire des observations spécifiques sur les dispositions suivantes.

Articles 2 et 4

L'activité de stockage visée dans l'avant-projet d'article 43-8 ne semble pas correspondre totalement à celle visée à l'article 14 de la directive car l'article de l'avant-projet fait notamment référence au stockage « direct et permanent », à « la mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages... », à la notion de « contenu », et, contrairement à l'article 14 de la directive, ne fait pas référence au stockage d'informations « fournies par un destinataire du service » et « à la demande d'un destinataire du service ». Le libellé de cet avant-projet d'article devrait être aligné sur celui de l'article 14 de la directive pour éviter toute insécurité juridique et interprétation qui pourrait en limiter la portée par rapport à la directive.

Il faut aussi noter que la notion de « contenu » utilisée également dans les projets d'articles L-32-3-4 et L-32-3-5 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). 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, 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.

Article 9

La référence à « tout prestataire concourant à la transaction » et le renvoi à l'article 7 ne sont pas clairs et devraient être supprimés pour éviter des problèmes d'interprétation. Si l'intention était de couvrir les prestataires intermédiaires techniques, ils le sont déjà par le renvoi fait aux activités visées à l'article 6 qui doit, conformément à la directive, couvrir tous les services de la société de l'information.

En outre, la mention "à partir du moment où il commence la transaction" n'est pas claire, notamment au regard de l'obligation de rendre possible un « accès permanent » aux informations, et elle donne l'impression que l'obligation d'information concerne uniquement les sites permettant de faire des transactions alors qu'elle devrait aussi s'appliquer aux sites qui n'offrent pas la possibilité de transaction (sites promotionnels, journaux en ligne, etc.).

Article 11

L'obligation d'identifier comme telles les offres promotionnelles et les concours ou jeux promotionnels prévue à l'article 6 §c et d de la directive ne figure pas à l'article L. 121-15-2 (l'article 121-15-1 ne prévoit une telle obligation que pour les publicités non sollicitées par courrier électronique).

III. Remarques spécifiques concernant le domaine de la cryptologie

Article 18 et 19

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.

Le projet de loi notifié introduit dans son article 18 une distinction entre les moyens de cryptologie ayant des fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité, notamment à des fins de signature électronique, et les moyens de cryptologie n'assurant pas exclusivement ces fonctions.

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 listés 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.

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.

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.

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.

En conséquence, les dispositions de droit pénal prévues dans l'article 23, et plus particulièrement celles du point I, sous a) et b) et du point II (à considérer probablement comme 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.

David O'Sullivan
Secrétaire général
Commission européenne

sent to :

Bundesministerium für Wirtschaft Referat XA2

[REDACTED]

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit - Abteilung C2/1

[REDACTED]

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit - Abteilung C2/1

[REDACTED]

Department of Trade and Industry - Standards and Technical Regulations - Dir 2

[REDACTED]

Délégation Interministérielle aux Normes

[REDACTED]

ELOT

[REDACTED]

Erhvervs- og Boligstyrelsen

[REDACTED]

Institut Belge de Normalisation

[REDACTED]

Instituto Português da Qualidade

[REDACTED]

Kauppa- ja teollisuusministeriö

[REDACTED]

Kommerskollegium

[REDACTED]

Min. de Asuntos Exteriores

[REDACTED]

Ministerie van Financien Belastingdienst - Douane / CDIU

[REDACTED]

Ministero dell'Industria, del commercio e dell'artigianato

[REDACTED]

Ministère des Affaires Economiques

[REDACTED]

NSAI



National Agency for Enterprise & Housing



.

Service de l'Energie de l'Etat

