

La loi relative au commerce électronique

1. Généralités

L'objectif de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique telle que modifiée est d'instituer au Grand-Duché de Luxembourg un cadre légal évolutif et libéral pour le commerce électronique. La loi transpose certaines dispositions de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (autres que financiers), de la directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »).

Parmi les aspects positifs du texte, il y a lieu de relever avant tout l'approche globale qui a été adoptée pour conférer un caractère général à la loi, afin de positionner le Luxembourg comme centre d'excellence en matière de commerce électronique dans un environnement par définition international. Néanmoins, en dépit de cette bonne volonté, la loi comporte encore un certain nombre d'imperfections.

Nous présenterons dans la suite successivement les différents volets de la loi relative au commerce électronique.

2. La signature électronique, les certificats et les prestataires de service de certification (articles 6 à 34)

La partie relative à la reconnaissance de la signature électronique et l'instauration des prestataires de service de certification est sans aucun doute la partie la plus importante de la loi étant donné qu'elle institue un cadre légal relatif à la signature électronique et contribue par là à renforcer la confiance des utilisateurs dans les nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) et à en favoriser l'acceptation générale. En effet, à côté de la reconnaissance légale de la signature électronique, il faut encore pouvoir s'assurer que la personne qui prétend être le titulaire de cette signature le soit effectivement et qu'elle existe. C'est le rôle des prestataires de service de certification.

Le prestataire de service de certification est défini par la loi comme étant *“toute personne, physique ou morale, qui délivre et gère des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques”*.

La fonction des prestataires de service de certification consiste donc à émettre des certificats numériques qui sont une attestation de l'identité du signataire et éventuellement de ses pouvoirs de signature dans le cas d'une société, et qui attachent une signature électronique à son signataire, plus précisément qui attestent du lien entre le titulaire du certificat et sa clé publique. Des services de certification sont d'ores et déjà prestés par la Chambre de Commerce du Grand-Duché de Luxembourg.

Pourtant, toutes les signatures électroniques ne s'équivalent pas. L'on peut en fait distinguer entre deux grandes catégories de signatures électroniques: celles qui bénéficient de l'assimilation automatique avec la signature manuscrite traditionnelle et les autres qui ne bénéficient pas de cette assimilation automatique.

Afin de bénéficier de l'assimilation automatique, les signatures électroniques doivent remplir certaines conditions.

L'article 6 de la loi relative au commerce électronique introduit dans le Code civil un nouvel article 1322-1 dont la teneur de l'alinéa 1er est la suivante : « *La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé **identifie** (1) celui qui l'appose et **manifeste son adhésion au contenu** (2) de l'acte.* ». Cette disposition s'applique à la fois aux signatures manuscrites et aux signatures électroniques.

La signature nécessaire à la perfection de l'acte est donc la signature manuscrite d'une part, et la signature électronique répondant aux conditions de l'article 18 de la loi relative au commerce électronique d'autre part (voir ci-après).

Le troisième alinéa de cet article 1322-1 nouveau définit la signature électronique comme suit : « *La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa 1er du présent article* » (conditions (1) et (2) ci-dessus).

L'article 18 de la loi relative au commerce électronique traite des effets juridiques de la signature électronique:

« *Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique **créée par un dispositif sécurisé de création de signature** (1) que le signataire puisse garder **sous son contrôle exclusif** (2) et qui **repose sur un certificat qualifié** (3), constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil.* »

En d'autres termes, dès qu'une signature électronique remplit les trois conditions citées ci-dessus, elle sera censée identifier celui qui l'appose et manifester son adhésion au contenu de l'acte, c'est-à-dire qu'elle sera assimilée à la signature manuscrite.

Les autres signatures électroniques qui ne répondent pas à ces critères ne bénéficieront pas de l'assimilation automatique. Néanmoins, le juge ne pourra pas les rejeter au seul motif qu'elles se présentent sous forme électronique ou qu'elles ne remplissent pas les critères énoncés ci-dessus. Le cas échéant, il y aura lieu à expertise judiciaire.

Il reste à souligner qu'il ne faut pas confondre certificats qualifiés et prestataires de service de certification accrédités. En effet, un prestataire de service de certification non accrédité peut émettre un certificat qualifié tout comme un prestataire de service de certification accrédité peut offrir des certificats non qualifiés.

Finalement, il échet encore de préciser que la loi permet également l'envoi de messages signés électroniquement qui vaudront comme envois recommandés sous certaines conditions.

3. Les dispositions pénales (articles 35 à 46)

La modification des dispositions du Code civil relatives à la preuve littérale a requis l'adaptation d'un certain nombre d'articles du Code pénal, comme par exemple ceux concernant l'infraction de faux et d'usage de faux. Par ailleurs, il est précisé que l'emploi de fausses clés peut également se concevoir avec des clés électroniques.

4. Les communications commerciales (articles 46 à 48)

La loi relative au commerce électronique définit les communications commerciales comme étant « *toutes formes de communication destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale* ».

Les communications commerciales doivent être clairement définies en tant que telles dès leur réception par le destinataire, ainsi qu'identifier leur auteur. En outre, les concours, offres ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique doivent être identifiées en tant que telles. Le législateur a opté pour le principe de l'« opt-in » : l'envoi de telles communications par courrier électronique par un prestataire de services de la société de l'information à des personnes physiques n'est autorisé qu'en cas de consentement préalable de celles-ci. Une exception à cette interdiction est constituée par un prestataire, qui dans le cadre d'une vente d'un produit ou d'un service, a obtenu directement de ses clients leurs coordonnées électroniques en vue d'un courrier électronique. Ce prestataire peut alors exploiter ces coordonnées électroniques à des fins de prospection pour des produits ou services analogues que lui-même fournit, pour autant que les clients se voient donner clairement et expressément le droit de s'opposer, sans frais, et de manière simple, à une telle exploitation de leurs coordonnées lorsqu'elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n'auraient pas refusé d'emblée une telle exploitation.

5. Les contrats conclus par voie électronique (articles 49 à 59)

Le titre relatif aux contrats conclus par voie électronique s'applique à la fois aux contrats entre professionnels et aux contrats entre professionnels et consommateurs. Certains types de contrats sont cependant exclus du champ d'application. Il s'agit par exemple de contrats portant sur des droits sur des biens immobiliers (sauf en ce qui concerne les contrats de location), des contrats requérant l'intervention d'une autorité publique, des contrats de sûretés et des garanties qui sont fournies par des personnes qui n'agissent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ou les

contrats relevant du droit de la famille, et les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

La loi impose au prestataire de fournir des informations sur son identité : son nom, l'adresse géographique où il est établi, les coordonnées permettant de le contacter rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui (y compris une adresse électronique), le numéro d'immatriculation au registre de commerce, le numéro d'identification à la TVA et de l'autorisation d'établissement. Si le prestataire fait partie d'une profession réglementée, il doit en outre fournir son titre professionnel, les références de son ordre professionnel et une référence aux règles professionnelles applicables et aux moyens d'y avoir accès.

Lorsque le site fait mention de prix et de conditions de vente ou de réalisation de la prestation, ces derniers doivent être indiqués de manière précise et non équivoque. Il doit aussi indiquer si le prix est tous taxes et frais compris ou non.

Le prestataire est aussi tenu de fournir avant la passation de la commande un certain nombre d'informations plus techniques, à savoir les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, l'archivage ou non du contrat par le prestataire, les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée, les langues proposées pour la conclusion du contrat, les codes de conduite auxquels il est soumis et sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique, les clauses contractuelles et les conditions générales. Ces informations ne sont cependant pas à fournir si les parties au contrat sont des professionnels et en ont convenu autrement, ou s'il s'agit de contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes.

En ce qui concerne le moment de la conclusion du contrat, la loi retient, par dérogation aux dispositions relatives à la formation des contrats du droit commun, le moment auquel le destinataire d'un service (en général le consommateur) a reçu de la part du prestataire du service l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire. La loi prévoit une exception pour les contrats conclus entre professionnels qui en ont convenu autrement et pour les contrats entre personnes qui n'agissent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles et qui sont conclus exclusivement au moyen d'un échange de messages électroniques.

La loi énonce des contraintes particulières en ce qui concerne les contrats conclus avec les consommateurs. La finalité est la protection de la partie réputée la plus faible au contrat. La loi exclut cependant expressément des contraintes exposées ci-après les contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fourni au domicile du consommateur, à sa résidence ou son lieu de travail et le contrat de fourniture de services d'hébergement, de transports, de restauration, de loisir, lorsque le prestataire s'engage, lors de la conclusion du contrat à fournir ces prestations à une date déterminés ou à une période spécifiée.

La loi oblige les prestataires à fournir un certain nombre d'informations, comme par exemple les coordonnées du prestataire, une description du produit, la monnaie de

facturation, la durée de validité de l'offre et du prix, l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation etc.

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, la confirmation de ces informations, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat.

Sauf si les parties en ont convenu autrement, le prestataire doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur. Si le bien ou le service commandé est indisponible, le consommateur doit en être informé par écrit. Le contrat est résolu de plein droit et les sommes versées le cas échéant par le consommateur doivent lui être remboursées dans un délai de trente jours.

Les consommateurs disposent par ailleurs d'un droit de rétractation de 7 jours à partir du jour de la conclusion du contrat (services), respectivement à partir de la réception du produit (produits). Le délai de rétractation est de 30 jours pour les contrats relatifs à des polices d'assurance (sauf pour les polices d'assurance de moins d'un mois). Le délai de rétractation est porté à 3 mois lorsque le consommateur n'a pas reçu la confirmation des informations mentionnées à l'alinéa précédent. Le consommateur doit être remboursé sans frais dans les 30 jours des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement. Toutefois, un certain nombre de contrats sont exclus du droit de rétractation en raison de leur spécificité (p. ex. fournitures de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou personnalisés, fournitures d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques téléchargés, fourniture de journaux, contrats de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier etc.).

Les fournitures non demandées faites aux consommateurs, assorties d'une demande de paiement, sont interdites. Le consommateur n'est tenu à aucun engagement relatif aux fournitures non demandées.

Les consommateurs ne peuvent renoncer aux droits qui leur sont conférés en vertu des dispositions protectrices énoncées ci-dessus. Toute clause contraire est abusive et réputée non écrite.

6. La responsabilité des prestataires intermédiaires (articles 60 à 63)

La loi relative au commerce électronique dispose que les prestataires intermédiaires, c'est-à-dire ceux qui transmettent sur un réseau de communication des informations fournies par un destinataire du service ou qui fournissent un accès au réseau de communication (simple transport) n'engagent pas, sous certaines conditions, leur responsabilité pour les informations transmises.

Par ailleurs, les prestataires qui transmettent sur un réseau de communication des informations fournies par un destinataire du service n'engagent pas, sous certaines conditions, leur responsabilité pour le stockage automatique, intermédiaire et

temporaire de cette information, fait avec le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information (forme de stockage dite caching).

En ce qui concerne les hébergeurs de sites, la loi dispose qu'ils n'engagent pas leur responsabilité, à condition qu'ils n'aient pas connaissance de l'illicéité de l'activité ou de l'information, respectivement qu'ils agissent promptement pour retirer les informations ou en rendre l'accès impossible dès le moment où ils auront connaissance de cette illicéité.

D'une façon générale, les prestataires intermédiaires ne sont pas tenus d'une obligation générale de surveillance, ni d'une obligation générale de recherche d'activités ou d'informations illicites. Toutefois, en ce qui concerne les services d'hébergement, ils ont une obligation de contrôle spécifique afin de détecter d'éventuelles infractions aux articles 383 al.2 (images, photographies, films cinématographiques etc. à caractère pornographique) et 457-1 (haine raciale, incitation à des incriminations raciales etc.) du Code pénal.

7. Les paiements électroniques (articles 64 à 69)

La loi définit comme instrument de paiement électronique « *tout système permettant d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique les opérations suivantes: transfert de fonds, retraits et dépôts d'argent liquide, accès à distance à un compte, chargement et déchargement d'un instrument de paiement électronique rechargeable* ».

L'émetteur d'un instrument de paiement électronique doit conserver un relevé interne des opérations effectuées à l'aide d'un tel instrument pendant 3 ans. En cas de contestation, il devra rapporter la preuve que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par un incident technique.

Le titulaire d'un instrument de paiement électronique doit notifier à l'émetteur la perte ou le vol de cet instrument ou des moyens qui en permettent l'utilisation ainsi que toute utilisation frauduleuse. Il assumera jusqu'à cette notification les conséquences à concurrence d'un montant à fixer par règlement grand-ducal, mais qui ne pourra dépasser 150 euros. Il sera dégagé de toute responsabilité de l'utilisation de l'instrument après la notification.

Dans tous les cas, l'utilisation d'un instrument de paiement électronique sans présentation physique de celui-ci ou sans identification électronique n'engage pas la responsabilité de son titulaire.

Finalement, le titulaire ne peut révoquer une instruction donnée au moyen de son instrument de paiement électronique, sauf celle dont le montant n'a pas été connu au moment de l'instruction.

8. Dispositions finales (articles 71 à 72)

Parmi les dispositions finales, il y a lieu de retenir celle prévoyant l'institution d'un comité « *commerce électronique* », regroupant tant des utilisateurs du secteur public

que du secteur privé, afin d'accompagner l'application de la loi, de diffuser des informations sur le commerce électronique et de produire des avis pour le ministère compétent. Ce comité a été institué par le règlement grand-ducal relatif aux signatures électroniques, au paiement électronique et à la création du comité « commerce électronique ».