

4 Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique

Par **Thibault VERBIEST**,

Avocat à la Cour (Cabinet Ulys)

Chargé d'enseignement à l'Université de Paris X et à l'Université de Paris I¹

Depuis la caducité du projet de loi sur la société de l'information (LSI)², les acteurs de l'internet français attendaient avec impatience l'annonce de son successeur.

Ce fut chose faite dès le mois de novembre 2002, puisqu'un avant-projet de loi " relatif à l'économie numérique " (LEN), préparé par les services du Ministre de l'Économie, était soumis à consultation auprès de plusieurs autorités administratives, qui rendirent des avis souvent critiques (voir *infra*).

Au moment où nous écrivons ces lignes, l'avant-projet de loi a été approuvé par le Conseil des ministres en date du 15 janvier 2003, et devrait être déposé à l'Assemblée nationale dès le début du mois de février 2003³.

À la veille du débat parlementaire sur ce texte fondamental pour l'économie en réseau, il nous a paru intéressant d'en livrer une première analyse critique.

De manière générale, à part quelques exceptions notables que nous commenterons *infra*, le texte est très similaire au précédent projet de loi sur la société de l'information.

Les dispositions du projet de loi s'articulent autour de cinq axes :

1. Définition d'un régime de responsabilité de certains intermédiaires techniques du réseau, à savoir les fournisseurs d'hébergement et d'accès ainsi que les opérateurs de télécommunications.
2. Organisation des règles de gestion des noms de domaine (noms en ".fr")⁴.
3. Définition des règles applicables au commerce électronique, et plus particulièrement :
 - la transparence de l'information à destination de l'acheteur ;
 - l'encadrement de la publicité en ligne ;
 - les conditions que doivent remplir les contrats sous forme électronique ;
 - la définition de l'offre en ligne.
4. Amélioration de la sécurité dans l'économie numérique :
 - libéralisation de l'utilisation de la cryptologie⁵ ;
 - mesures visant à lutter contre l'utilisation des outils cryptographiques à des fins criminelles⁶.

5. Mise en place d'une réglementation sur les fréquences des systèmes à satellites rendue nécessaire par la disparition des monopoles publics⁷.

Les commentaires qui suivent se limiteront aux points 1 et 3, qui correspondent aux dispositions du projet visant à transposer la directive sur le commerce électronique⁸ (qui, pour rappel, devait être transposée pour janvier 2002 au plus tard...).

I. - LES SERVICES EN LIGNE : UN SOUS-ENSEMBLE DES SERVICES DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE ?

L'article 2 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui définit la notion de " communication audiovisuelle " ⁹, est complété par un alinéa ainsi rédigé :

" On entend par communication publique en ligne toute communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle formulée par un procédé de télécommunication. "

La formulation est révélatrice de la volonté persistante du gouvernement de rattacher, en partie du moins, les services de la société de l'information au droit de l'audiovisuel.

C'est un choix qui a été abondamment critiqué, notamment par la Commission supérieure du service public de postes et télécommunications¹⁰ et l'Autorité de régulation des télécommunications¹¹.

Les deux principales critiques formulées peuvent être résumées ainsi :

- le projet de loi amalgame accès et contenu : si les communications en ligne peuvent relever d'une régulation des contenus, les services d'accès aux communications en ligne relèvent du Code des postes et télécommunications ;
- le critère distinctif entre le régime de la communication audiovisuelle, fondé sur " la mise à disposition du public ou de catégories de public " et le régime de la correspondance privée, fondé sur la transmission " destinée à une ou plusieurs personnes physiques ou morales, déterminée et individualisée " n'est plus aussi pertinent lorsqu'il s'agit de services en ligne, qui ont le plus souvent une nature mixte. Par exemple, une session de commerce électronique pourrait être qualifiée successivement de communication audiovisuelle, dans la mesure où le catalogue en ligne est mis à disposition du public, et

6. Le projet de loi comporte également un volet destiné à lutter contre la cybercriminalité. Trois dispositions sont prévues à ce titre :

- les officiers de police judiciaire qui pratiquent une perquisition, peuvent saisir des données informatiques par copie, sans être obligés de saisir physiquement le matériel ;
- les peines encourues pour les délits informatiques sont aggravées. Pour l'essentiel, ces incriminations portant sur la modification, la destruction de données et l'intrusion frauduleuse dans un système d'information, ont été instituées par la loi du 5 janvier 1988 dite " loi Godfrain ". Le relèvement des seuils des peines encourues est justifié, en premier lieu, par la gravité des conséquences notamment économiques de certains de ces délits et, en second lieu, par cohérence avec les nouvelles dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes ;
- un nouveau délit est institué concernant la diffusion intentionnelle de virus informatiques.

7. Le projet de loi précise les modalités de gestion des systèmes satellitaires qui auront un rôle majeur à jouer dans le déploiement du haut débit, notamment dans les zones mal desservies. Le texte réglemente le transfert des droits d'utiliser les assignations de fréquences, c'est à dire les ressources en fréquences et positions orbitales, que la France s'est vu attribuer par l'Union internationale des télécommunications (UIT), vers les opérateurs de système satellitaire. Il institue une procédure d'autorisation, par l'autorité administrative, pour l'exploitation des assignations de fréquences qui sont déclarées à l'UIT par l'agence nationale des fréquences. Elles ne peuvent être utilisées que si elles respectent le règlement de radiocommunications afin d'éviter les brouillages entre systèmes.

8. *Cons. UE, dir N° 2000/31/CE (8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique) : Journal Officiel L 178/1 à 16, 17 juill. 2000.*

9. " On entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée. "

10. *Avis 10.02 du 10 décembre 2002 sur un avant-projet de loi relatif à l'économie numérique.*

11. *Avis n° 02-1090 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 3 décembre 2002 sur le projet de loi relatif à l'Économie Numérique.*

1. thibault.verbiest@ulyes.net

2. *Projet de loi AN n° 3143, 14 juin 2001.* Le projet de loi est devenu caduc à la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale.

3. L'avant-projet et le projet sont disponibles sur le site www.droit-technologie.org, rubrique " législation ".

4. Le projet de loi vise à définir les règles de gestion et d'attribution de toutes les adresses françaises sur l'internet (c'est-à-dire de celles dont la syntaxe se décline en www.nom.fr). Un premier objectif est de veiller à ce que le développement de ces adresses, qui sont au nombre de 160 000 aujourd'hui, soit clairement encadré. Le projet de loi prévoit de déléguer cette gestion à un organisme que le Gouvernement est chargé de désigner, avec la garantie qu'en cas de cessation d'activité de ce dernier, les sites français de l'internet pourront continuer à fonctionner normalement.

5. Le contrôle des moyens de cryptologie, déjà largement assoupli par les dispositions du décret n° 98-101 du 24 février 1998 et des décrets n° 99-199 et 99-200 du 17 mars 1999 qui libéralisaient l'utilisation de ces moyens et instauraient un régime de déclaration préalable pour la fourniture des moyens de chiffrement utilisant des clés de taille inférieure à 128 bits, est encore allégé :

- l'utilisation des moyens de cryptologie, quels qu'ils soient, est libre ;
- l'importation, la fourniture et l'exportation des moyens de cryptologie assurant des fonctions de signature est libre ;
- le régime d'autorisation pour la fourniture des moyens de chiffrement est abrogé et remplacé par un régime de déclaration.

Cette libéralisation s'accompagne d'une politique de sécurité visant à renforcer les moyens des pouvoirs publics pour lutter contre la cybercriminalité : les obligations pesant sur les fournisseurs de prestations sont accrues et les pouvoirs du juge sont renforcés pour avoir accès à la version en clair d'un document chiffré au moyen d'une clé fournie par un prestataire.

de correspondance privée dès que l'acheteur s'engage dans le processus de commande.

Sur le plan des principes, nous nous rallions à ces critiques. À notre sens, la définition choisie est maladroite et il eût été plus simple – et prudent – de reprendre la seule définition des services de la société de l'information reconnue par le droit communautaire : “ tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement, à la demande individuelle d'un destinataire de services ”¹².

L'on sait en outre que cette définition issue du droit européen exclut expressément les services audiovisuels¹³. Si elle avait été retenue dans le projet de loi, elle n'aurait pu logiquement trouver sa place dans la loi sur la communication audiovisuelle. Toutefois l'on verra que le projet de loi consacre la définition communautaire des services de la société de l'information dans son titre II visant le commerce électronique, de sorte qu'il y aurait en droit français deux définitions légales d'un même service, selon qu'il est appréhendé sous l'angle de la communication audiovisuelle ou du commerce électronique...

Autre curiosité : sur le plan pratique, l'assimilation des services en ligne aux services de communication audiovisuelle apparaît essentiellement formelle. En effet, le projet de loi précise (*article 2*) qu'est applicable aux services de communication publique en ligne l'article 41-4 qui traite de la concurrence et de la concentration dans le secteur audiovisuel.

A contrario, les autres dispositions de la loi de 1986 ne devraient donc pas être applicables aux services en ligne. C'est le constat (amer) dressé par le Conseil supérieur de l'audiovisuel¹⁴, pour qui les articles premier et 15, al. 1^{er} de la loi devraient à tout le moins régir les services en ligne “ qui sont assimilables pour le public à des services de radio et de télévision ”.

Pour rappel, l'article premier permet notamment au CSA d'adresser des recommandations aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle et fixe les principes et objectifs qui justifient qu'il soit porté atteinte à la liberté de communication¹⁵. Quant à l'article 15, al. 1^{er}, qui concerne la protection de la jeunesse, il dispose que “ Le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité de la personne dans les programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle. ”

C'est que les arguments du CSA donnent à réfléchir :

“ Devant les perspectives de développement bientôt offertes aux services de télévision sur l'Internet à haut débit, le CSA relève les inconvénients d'une absence totale de régulation des contenus diffusés sur l'Internet, notamment pour ce qui concerne le respect des principes rappelés à l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 (respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion ; nécessité de développer une industrie nationale de production audiovisuelle).

Cette situation, dont il a déjà été relevé qu'elle était source d'inégalité de traitement et qu'elle pouvait favoriser des stratégies de contournement, rejaillit d'ailleurs sur la régulation des services de radio et de télévision. Ainsi, la facilité d'accès des mineurs à des programmes préjudiciables aux mineurs sur internet est parfois invoquée pour contester les restrictions à la diffusion de tels programmes à la télévision, où ils sont pourtant enca-

12. La directive sur le commerce électronique s'applique aux “ services de la société de l'information ”... qu'elle ne définit pas directement. Son article 2 renvoie en effet à la définition contenue à l'article 1^{er}, §. 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

13. Voir notamment le considérant 18 de la directive “ (...) Les services de télévision au sens de la directive 89/552/CEE et de radiodiffusion ne sont pas des services de la société de l'information car ils ne sont pas fournis sur demande individuelle ”.

14. *Avis du CSA du 17 décembre 2002 relatif au projet de loi pour la confiance et la sécurité dans l'économie numérique*.

15. “ L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité de développer une industrie nationale de production audiovisuelle ”.

dés par des interdictions horaires et par un recours au double verrouillage en cours de renforcement. ”

De fait, il nous semble difficilement discutable que des services de même nature – en l'occurrence de nature audiovisuelle – doivent être par principe traités de manière égale, sans considération du support emprunté (câble, réseau hertzien ou internet). Ce constat s'impose d'autant plus à l'heure de la convergence¹⁶ et de l'offre de contenus de type audiovisuel sur des supports variés qui commencent à offrir des qualités de transmission proches ou équivalentes à celle de la télévision ou de la radio “ traditionnelle ” (*streaming* vidéo, *webradio* etc.).

Mais la convergence ne doit pas mener à l'amalgame législatif : hormis le cas échéant les programmes audiovisuels *stricto sensu* transmis en ligne¹⁷, les services de la société de l'information doivent échapper à l'emprise artificielle de la réglementation audiovisuelle.

Toutefois, là où notre système de valeurs l'exige, et en tenant compte de leur nature particulière (dimension internationale, interactivité etc.), les services de la société de l'information pourraient être régulés à l'image des services de communication audiovisuelle, mais dans un cadre juridique propre. Ainsi, en est-il certainement de la protection des mineurs, même si les tribunaux ont pu apporter à ce jour un début de protection *a posteriori*, par le détour de l'article 227-24 du Code pénal¹⁸.

II. - LES PRESTATAIRES TECHNIQUES : UN RÉGIME DE RESPONSABILITÉ INCOMPLÈTE

A. - Les hébergeurs : des intermédiaires livrés à eux-mêmes

L'actuel article 43-8 de la loi prévoit que “ les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services ” ne peuvent voir leur responsabilité pénale ou civile engagée à raison du contenu de ces services que dans le cas où “ ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ”.¹⁹

Cette définition vise avant tout les hébergeurs, dont la fonction consiste à stocker sur un serveur des informations fournies par des tiers aux fins de les mettre à disposition du public sur l'internet.

Pareille définition est-elle également applicable aux exploitants de services tels que les forums de discussion ? Certains répondent par

16. La récente réforme européenne qui fixe un cadre juridique pour les services de communication électronique s'inscrit dans un souci de convergence. Voy. notamment : Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive “ autorisation ”) : *JOCE L 108, 24 avr. 2002, p. 21*.

17. Mais comme le rappelle le CSA lui-même, “ le principe de neutralité technologique doit être tempéré en fonction de différents critères justifiant que différents niveaux d'obligation soient prévus et tenant notamment à la rareté de la ressource (capacités limitées de transport de services sur les réseaux de diffusion hertziens et câblés), à l'impact relatif des services en fonction du support emprunté ou au degré variable d'intervention de l'utilisateur pour son accès aux services et pour une éventuelle personnalisation de leurs contenus. ”

18. “ Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ”. La jurisprudence a tôt fait d'appliquer cette disposition pénale à des sites web à caractère pornographique. La dernière décision en date a été rendue le 2 avril 2002 par la Cour d'appel de Paris. Doublant la peine infligée en première instance, la treizième chambre de la Cour a en effet condamné le responsable de sites pornographiques à 30 000 euros d'amende pour ne pas avoir utilisé un système efficace d'interdiction d'accès aux mineurs. *CA Paris, 13^e ch., 2 avr. 2002 : Juris-Data n° 2002-172666 ; Comm. com. électr., juill.-août 2002, comm. 111, p. 38, note A. LEPAGE, qui cite d'autres décisions. Voir également : CA Paris, 13 mai 1998, cité par G. DESGENS-PASANAU, La protection des mineurs sur Internet : Petites affiches, 1 août 2001, p. 11 ; CA Caen, ch. corr., 8 sept. 1999, Monsieur S. c/ Le Ministère public, disponible sur le site <http://www.juriscom.net/>.*

19. L'on se souviendra que l'article 43-8 de la loi avait été jugé inconstitutionnel, en ce qu'il subordonnait la mise en œuvre de la responsabilité pénale des hébergeurs, d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé “ est illicite ou lui cause un préjudice ”, et d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, ils n'aient pas procédé aux “ diligences appropriées ”. Pour une analyse du régime de la responsabilité des hébergeurs sous l'empire de la loi actuelle : *Emmanuel Jez Frédéric et Jérôme Pansier, Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1^{er} août 2000 : Gaz. Pal., 2000, 2, doct. n° 253, p. 19 ; Th. Verbiest et E. Wéry, Le droit de l'internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français : Larcier, 2001, p. 222 et s.*

l'affirmative au motif que ces prestataires se contentent de fournir un service consistant à " stocker " les informations fournies par les destinataires du service.

D'autres objectent que la définition a été conçue exclusivement pour les hébergeurs, conformément à la formulation claire de la directive sur le commerce électronique qui parle d' " hébergement " (article 14).

Dans des affaires récentes, les tribunaux ont dû se prononcer sur cette question. La jurisprudence naissante est divisée²⁰.

Le projet de loi n'apporte à cet égard aucune solution puisque la définition du prestataire visé est quasi identique.

Une précision dans l'exposé des motifs serait probablement de nature à pacifier les débats²¹.

Ainsi, selon le projet de loi, " les personnes qui assurent, même à titre gratuit, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par des services de communication publique en ligne " ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait de la diffusion de ces informations ou activités que si, dès le moment où elles ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite, ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, elles n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Le projet de loi omet l'exigence restrictive d'une demande de " dommages et intérêts " requise par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique. Pour être conforme au droit communautaire, cette condition devrait être intégrée au texte final, au risque d'attirer les foudres de la Commission européenne...

En ce qui concerne la responsabilité pénale, le projet ajoute :

« Art. 43-9. – Les personnes désignées à l'article 43-8 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée que si, en connaissance de cause, elles n'ont pas agi avec promptitude pour faire cesser la diffusion d'une information ou d'une activité dont elles ne pouvaient ignorer le caractère illicite ».

Comment déterminer la " connaissance effective " ? Quelles sont les " diligences " attendues de l'hébergeur confronté à un contenu prétendument illicite ? A-t-il l'obligation d'apprécier lui-même le caractère illicite de l'information litigieuse, au risque de se substituer au juge ?

Le régime proposé laisse un goût de trop peu et il eût été indiqué de prévoir des procédures précises de notification, de retrait et, le cas échéant, de restauration des pages web hébergées litigieuses. Les articles 14-3 et 17-1²², ainsi que le considérant 40²³, de la directive invitent d'ailleurs les États membres à aller dans ce sens, tandis que

20. Pour une application de la responsabilité de droit commun : *TGI, Lyon, 28 mai 2002 ; Expertises, nov. 2002, n° 264, p. 387 ; TGI Toulouse, réf., 5 juin 2002, Assoc. Domexpo c/ SARL NFrance Conseil et autre ; Comm. com. électr. sept. 2002, comm. 118 ; Pour une application du régime dérogatoire de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 : TGI Paris, réf., 18 févr. 2002 ; Expertises, juillet 2002, n° 261, p. 277 ; " (...) Il y a lieu de constater qu'au titre du service offert, relatif à la mise en place d'un forum permettant aux utilisateurs d'échanger entre eux des messages, et indépendamment des autres activités du site BOURSORAMA pouvant relever d'un régime juridique différent, la société FINANCE NET doit être considérée comme assurant sur ce point le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de messages au sens de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, modifié par la loi du 1^{er} août 2000 ".*

Pour un commentaire : *Anne Sandra, Responsabilité des exploitants de forums de discussion : état des lieux ; Expertises, nov. 2002, n° 264, p. 378*. À noter qu'aux États-Unis, un juge a appliqué à un prestataire de forum de discussion Usenet les principes d'exonération de responsabilité du *Digital Millennium Copyright Act*, loi qui a directement inspiré le législateur européen lors de l'élaboration du régime de responsabilité des intermédiaires techniques. *US District Court, Central district of California, 12 mars 2002, Ellison c. AOL, aff. CV 00-04321 FMC (RCx), disponible sur www.droit-technologie.org, rubrique " jurisprudence "*.

21. Dans sa Communication du 15 janvier 2003 en Conseil des ministres, Nicole Fontaine, ministre déléguée à l'Industrie, a notamment déclaré que : " S'agissant des prestataires d'hébergement et de stockage, la mise en cause de leur responsabilité est limitée au seul cas où, ayant effectivement connaissance d'activités ou d'informations illicites hébergées, ils n'auraient pas agi promptement pour rendre impossible l'accès aux informations ". Le stockage est-il dès lors différent de l'hébergement ? Faut-il y voir une allusion aux prestataires qui " stockent " des informations d'autrui, comme sur les forums de discussion ? Il est trop tôt pour le dire.

22. " Les États 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 électroniques appropriés ".

l'article 21-2 de la directive oblige la Commission européenne à présenter au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport, avant le 17 juillet 2003, sur la nécessité notamment de formuler des propositions relatives aux " procédures de notification et de retrait et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu ".

Une piste aurait été de renvoyer l'élaboration de telles procédures à un décret, ce qui aurait permis au gouvernement d'associer ensuite l'industrie concernée sur le modèle de la co-régulation²⁴.

B. - Les fournisseurs d'infrastructure et d'accès

Comblant une carence de la législation actuelle, le projet de loi transpose également le régime de responsabilité de deux autres intermédiaires techniques du réseau, plus " éloignés " encore du traitement de l'information, à savoir les fournisseurs d'infrastructure de télécommunication et les fournisseurs d'accès.

Cette transposition s'effectue logiquement par une modification du Code des postes et télécommunications (insertion de l'article L. 32-3-3), ce qui souligne davantage l'incohérence qui consiste à vouloir intégrer des dispositions relatives aux fournisseurs d'accès dans la loi de 1986 sur la communication audiovisuelle²⁵.

Ainsi, toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission²⁶.

Dès lors que les conditions précitées sont réunies, le projet de loi exonère de toute responsabilité, tant civile que pénale, les opérateurs de réseau et les fournisseurs d'accès agissant *qualitate qua*. Un auteur estime à cet égard que leur responsabilité ne pourra même pas être mise en cause alors qu'ayant connaissance de la présence d'informations illicites sur le réseau, et ayant prise sur ces dernières, ils s'abstiendraient d'intervenir²⁷. L'ampleur de l'exonération est encore floue et il paraît hasardeux d'être aussi affirmatif. Son interprétation doit en tout cas tenir compte du considérant 44 de la directive sur le commerce électronique qui précise qu' " un prestataire de services qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de « simple transport » ou « de *caching* » et, dès lors, il ne peut pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d'activité ".

C. - Le *caching*

Un article L. 32-3-4 est inséré dans le Code des postes et télécommunications afin de transposer le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès qui pratiquent le *caching*.

Ainsi, toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet, ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants :

23. " (...) la présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible ; il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les États membres ; il est dans l'intérêt de toutes les parties qui participent à la fourniture de services de la société de l'information d'adopter et d'appliquer de tels mécanismes (...) ".

24. Dans ce sens, voir la position de l'Association des Fournisseurs d'accès et de services internet (AFA) de décembre 2002 sur l'avant-projet de loi relatif à l'économie numérique.

25. Voir *infra* E. et D. À noter que tel est déjà le cas dans la législation actuelle puisque l'article 43-7 de la loi dispose que " les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens ".

26. L'on notera que l'article L. 32.1 du Code des postes et télécommunications impose déjà aux opérateurs de télécommunications le principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis.

27. E. Montero, *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet : Rev. Ubiquité, juin 2000, n° 5, p. 106*.

1° Elle a modifié ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données ;

2° Elle n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'elle a effectivement eu connaissance soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible.

Toute comme la directive, le projet de loi ne précise pas le seuil de connaissance requis pour considérer que le prestataire "savait" et avait donc l'obligation de retirer l'information stockée²⁸. Le considérant 40 de la directive renvoie simplement à des accords volontaires qui devraient être négociés entre toutes les parties concernées²⁹. Rien n'empêche toutefois que les États membres fixent des règles à cet égard dans un texte légal ou réglementaire. Ce choix n'a pas été fait par le gouvernement.

D. - Exclusion de la responsabilité en cascade

Il est proposé d'ajouter un article 43-10 à la loi de 1986 sur la liberté de communication afin de mettre un terme à une controverse propre au droit français de la presse : "Les prestataires techniques mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle."

Il en est ainsi fini de la responsabilité en cascade "à la sauce internet" que certains appelaient de leurs vœux³⁰, et qu'un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière de minitel avait laissée entrevoir³¹.

E. - Les prestataires techniques ne sont pas des gendarmes du réseau

Conformément à la directive sur le commerce électronique, un nouvel article 43-11 précise que les fournisseurs d'accès et d'hébergement ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

Ce faisant, il est mis fin à certains errements de la jurisprudence française qui avait parfois été jusqu'à imposer aux hébergeurs des obligations de surveillance des sites hébergés³².

F. - Le référé "internet"

Usant d'une faculté prévue par la directive, les rédacteurs du projet ont prévu d'instaurer un référé permettant d'obliger tout prestataire technique à prendre les mesures propres à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne, telles que celles visant à cesser de stocker ce

contenu ou, à défaut, à cesser d'en permettre l'accès (*nouvel article 43-12*).

La rédaction du projet d'article vise manifestement à inciter les autorités judiciaires à privilégier une action auprès des hébergeurs ("cesser de stocker un contenu"). En effet, il est techniquement plus facile pour un hébergeur de filtrer un contenu puisqu'il a la possibilité de "manipuler" son serveur. Le projet précise que ce n'est qu'"à défaut" que le juge pourrait ordonner au fournisseur d'accès de cesser de permettre l'accès au contenu litigieux. Il est vrai que l'intervention du fournisseur d'accès est techniquement plus compliquée et d'une efficacité souvent très relative³³, en particulier lorsqu'il s'agit d'empêcher ses abonnés d'accéder à un site web extérieur. Dans une affaire médiatisée³⁴, le procès "Front14", ces difficultés avaient été mises en lumière et le tribunal avait préféré s'abstenir d'ordonner aux fournisseurs d'accès de filtrer le site litigieux. Mais il est vrai que le juge n'avait alors aucune base légale pour ce faire...

Par ailleurs, le projet prévoit d'insérer à l'article L. 332-1 du Code de la propriété intellectuelle un alinéa 4° qui donnerait au président du tribunal de grande instance la possibilité d'ordonner la "suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication en ligne portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès".

Le même pouvoir est reconnu au tribunal en cas d'atteinte à des droits voisins.

Tout comme le référé inséré dans la loi de 1986, la rédaction de ce texte privilégie la coupure de l'hébergement, qui constitue une mesure simple et efficace, par rapport à l'action de cesser l'accès au contenu litigieux, qui risque de s'avérer complexe, coûteuse, voire inefficace dans certains cas.

Notons par ailleurs que le projet propose d'"officialiser" les publications judiciaires en ligne, de plus en plus fréquentes, puisqu'il prévoit d'insérer au deuxième alinéa de l'article L. 335-6 du Code de la propriété intellectuelle, après les mots : "ainsi que la publication intégrale ou par extrait dans les journaux" les mots : "ou sur les services de communication publique en ligne".

G. - Quelques omissions

Par rapport aux dispositions du projet de loi LSI sur la liberté de communication en ligne, certaines innovations ont été omises dans le nouveau projet. Ainsi en est-il du dépôt légal ou du droit de réponse "multimédia" (*articles 9 et 10 du projet de loi LSI*).

C'est regrettable, d'autant qu'une jurisprudence récente a démontré la difficulté d'appliquer les régimes traditionnels à l'univers électronique³⁵.

33. Voy. à cet égard les commentaires de l'ART dans son avis précité : "En effet, dans ce cas, le fournisseur d'accès ne peut couper la source d'émission des informations et doit donc contrôler que ses abonnés ne reçoivent pas d'informations en provenance du site hébergeant le contenu en question. Pour cela, un filtrage du trafic à destination ou en provenance de ses abonnés est nécessaire. Dans le cas des services Internet, le fournisseur d'accès doit bloquer les informations, par exemple sur la base de leur adresse IP ou de domaine. Ce filtrage nécessite une adaptation du réseau du fournisseur d'accès et l'utilisation d'équipements spécifiques de traitement du trafic. Ceci représente donc un coût dépendant de la technologie employée et du volume de trafic en circulation.

En outre, l'efficacité de telles mesures prescrites à des fournisseurs d'accès doit être examinée. Dans le cas de l'Internet, un contenu hébergé sur un site Internet est accessible par l'intermédiaire de tout fournisseur d'accès. Par conséquent, pour rendre inaccessible à tous les internautes français le contenu mis en cause, la prescription du juge devrait s'appliquer à tous les fournisseurs d'accès à l'Internet. Le juge ne pouvant prendre une décision de portée générale, cette condition paraît difficile à remplir. Les fournisseurs d'accès à l'Internet sont nombreux (150 recensés par l'INSEE en 2000), et difficiles à recenser de manière exhaustive puisqu'il s'agit d'une activité libre (*article L. 34-2 du Code des postes et télécommunications*). La décision du juge pourrait certes porter sur certains fournisseurs d'accès, mais son efficacité resterait très relative.

Dans ces conditions, l'Autorité avait souligné que vouloir rendre un contenu inaccessible, au moyen de mesures prescrites à des fournisseurs d'accès, semble s'avérer complexe et surtout d'une efficacité très relative, et qu'il est nettement préférable et plus efficace de s'adresser à l'hébergeur du contenu mis en cause".

34. *TGI Paris, réf.*, 30 oct. 2001, disponible sur www.droit-technologie.org, rubrique "jurisprudence".

35. Parce que l'application des régimes juridiques traditionnels du droit de réponse apparaissait trop incertains sur l'internet, le Tribunal de grande instance de Paris a choisi, dans une ordonnance de référé du 5 juin 2002, de ne pas contraindre un site internet à diffuser un message rectificatif. *Décision disponible sur le site www.foruminternet.org*.

28. Suffira-t-il d'une simple dénonciation d'un tiers ou faudra-t-il une information plus officielle, telle qu'une mention dans la presse ?

29. Considérant 40 : "(...) la présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible ; il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les États membres ; il est dans l'intérêt de toutes les parties qui participent à la fourniture de services de la société de l'information d'adopter et d'appliquer de tels mécanismes (...)".

30. F. Olivier et E. Barbry, *Des réseaux aux autoroutes de l'information : révolution technique ? Révolution juridique ?* : JCP G, 1996, I, 3928, p. 185, n° 43.

31. *Cass.*, 8 déc. 1998 : *Expertises*, juill. 1999, n° 228, p. 234. La Cour suprême s'était fondée sur l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 pour retenir la responsabilité pénale d'une personne, qualifiée de producteur, au motif qu'elle avait ouvert un service télématique qui permettait l'échange d'opinions extrémistes sur un forum de discussion. Certains en avaient conclu que la définition de producteur retenue par la Cour de cassation pourrait être transposée au fournisseur d'hébergement, au motif qu'il servirait de "support" à des sites web. Pour un commentaire de l'arrêt : P. Wilhelm et G. Kostic, *La hiérarchie des responsabilités sur Internet : Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 114, mai 1999, p. 12 ; *Contra TI Puteaux*, 28 sept. 1999 : *Comm. com. électr.*, févr. 2000, comm. n° 26.

32. *Voy. Versailles*, 8 juin 2000 : *Com. com. électr.*, juill.-août 2000, p. 31, disponible à l'adresse <http://www.droit-technologie.org>, rubrique "jurisprudence".

III. - LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. - Champ d'application

Le projet de loi introduit un titre II consacré au commerce électronique. Le chapitre premier, qui n'est inséré dans aucun corpus légal existant, fixe les "principes généraux" applicables au commerce électronique :

"Est soumise aux dispositions du présent chapitre l'activité par laquelle des personnes établies en France et agissant à titre professionnel, proposent ou assurent à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou la prestation de services (...)".

Ainsi que nous l'avons déjà relevé, le projet de loi introduit une seconde définition (!) des services fournis en ligne, censée correspondre aux "services de la société de l'information" consacrés par le droit communautaire. Pourtant, cette autre définition est également critiquable. En effet, la définition communautaire vise : "tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services". Ainsi, la définition ne se limite pas au commerce électronique proprement dit, puisque le caractère onéreux du service importe peu (le service est fourni "normalement" contre rémunération selon la définition de la directive)³⁶.

Quant au caractère "professionnel" de l'activité du prestataire, il n'est pas certain qu'il soit conforme au texte communautaire qui définit le prestataire comme "toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information", sans référence au statut professionnel ou non du prestataire. L'article 2, c de la directive précise à ce sujet que le prestataire "établi" est celui qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. C'est donc le critère de l'"activité économique" qui importe, ainsi que le confirme le considérant 18, selon lequel les services de la société de l'information doivent représenter "une activité économique", notion certainement plus large et qui devrait pouvoir viser des prestataires agissant à titre privé mais fournissant en réalité un service de nature économique.

La définition proposée vise également la fourniture de biens, alors que la directive ne couvre que la fourniture de services. L'on sait en effet que les fournitures opérées en ligne sont qualifiables de prestations de services, même si elles portent sur des "biens" susceptibles d'être aussi fournis sur support physique³⁷. En effet, en matière de TVA, la Commission et le Conseil, s'inspirant de la position de l'Administration française en matière de fourniture de logiciels³⁸,

36. Le considérant 17 de la directive sur le commerce électronique apporte quelques précisions : les "services de la société de l'information « visent » tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services (...)". Autant dire que la quasi-totalité des services en ligne actuellement connus sont visés, d'autant que le considérant 18 ajoute qu'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". Le considérant 18 apporte d'autres précisions : "(...) 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 des services ; les services de télévision au sens de la directive 89/552/CEE et de radiodiffusion ne sont pas des services de la société de l'information car ils ne sont pas fournis sur demande individuelle ; en revanche, les services transmis de point à point, tels que les services de vidéo à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de la société de l'information ; 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 ; la relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société de l'information ; les activités qui, de par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, tel que le contrôle légal des comptes d'une société ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient ne sont pas des services de la société de l'information".

37. Une même œuvre musicale, par exemple, peut être acquise par l'achat d'un CD ou par la voie d'un téléchargement. Dans le premier cas, il s'agira d'une livraison de bien, et dans le second cas d'une prestation de services.

38. Dès 1996, l'Administration fiscale française s'est clairement prononcée en faveur de la qualification de prestations de services immatérielles pour les logiciels, en l'absence de tout support matériel : "La fourniture par une entreprise établie hors de la Communauté européenne à un client français de logiciels standard ou spécifiques qui sont transmis en l'absence de support matériel (au moyen d'une ligne téléphonique,

ont clairement opté pour la qualification de prestation de services dès lors que l'opération porte sur la livraison de biens dématérialisés³⁹. En matière de droit d'auteur, où le même problème s'était posé en ce qui concerne la question de l'épuisement communautaire, cette interprétation a été également consacrée dans la directive sur la protection des bases de données⁴⁰ ainsi que dans le cadre de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information⁴¹.

La directive sur le commerce électronique elle-même dispose, en son article 2, h (ii), que "le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que :

- les exigences applicables aux biens en tant que tels,
- les exigences applicables à la livraison de biens,
- les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique."

Le considérant 21 de la directive précise à cet égard que "le domaine coordonné ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne et ne concerne pas les exigences juridiques des États membres relatives aux biens (...)". Le considérant 18 le confirme également : "Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes".

Cela étant, la notion de services de la société de l'information couvrira non seulement les services fournis via l'internet mais également ceux proposés par d'autres réseaux électroniques, notamment mobiles (SMS par exemple).

Sont toutefois exclus les services suivants :

- 1° Des jeux d'argent, y compris sous forme de paris et de loteries, légalement autorisés⁴² ;
- 2° Des activités de représentation et d'assistance en justice ;
- 3° Des activités des notaires exercées pour l'application des dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat.

La directive exclut également de son champ d'application le domaine de la fiscalité et les "questions relatives aux services de la société de l'information couvertes par les directives 95/46/CE et 97/66/CE", à savoir la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Cette omission est regrettable. Certes, l'on verra que l'article 7 du projet de loi, qui transpose la clause dite du "marché intérieur" de la directive, ne porte pas préjudice à l'application des dispositions du Code général des impôts, mais l'exclusion aurait dû figurer à l'article 6, parmi les exceptions générales précitées.

Le projet précise en outre qu'"une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social."

Il s'agit de la transposition (incomplète) de la définition du "prestataire établi" visée à l'article 2, c de la directive : "prestataire qui

d'un réseau spécialisé) constitue une prestation de service de l'article 259 B du CGI" (*Instruction SLF BOI 3 A-1-96, 26 févr. 1996 : Droit fiscal, 1996, n° 10, p. 11553*).

Cette analyse a été confirmée par le Rapport Lorentz, III.2.2.

39. C.O.M. (1998) 374 final. G.-D. Benayoun, TVA et commerce électronique : Expertises, juill. 1999, n° 225, p. 226

40. Considérant 28 de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (JOCE, n° L 077 du 27 mars 1996, p. 0020-0028) : "considérant que la question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas de bases de données en ligne, qui relèvent du domaine des prestations de services ; que cela s'applique également à l'égard d'une copie matérielle d'une telle base faite par l'utilisateur de ce service avec le consentement du titulaire du droit ; que, contrairement au cas des CD-ROM ou CD-I, où la propriété intellectuelle est incorporée dans un support matériel, à savoir dans une marchandise, chaque prestation en ligne est, en effet, un acte qui devra être soumis à une autorisation pour autant que le droit d'auteur le prévoit".

41. Le considérant 28 est la reproduction fidèle du considérant 33 de la directive sur la protection des bases de données.

42. La notion de "jeux d'argent" est inconnue du droit français, qui parle de "jeux de hasard". Il s'agit en fait d'une reproduction littérale de l'article premier, 4, d) de la directive. En outre, la formulation est ambiguë car, par rapport aux textes de la directive et de l'avant-projet, la condition d'une "mise monétaire" - l'on parlerait plus volontiers d'enjeu ou de contrepartie financière en droit français - a disparu. Est-ce à dire que les jeux de hasard, loteries et paris même gratuits seraient exclus ? Nous ne le pensons pas car de tels jeux sont légaux en droit français et ne doivent donc pas être "légalement autorisés". Pour une étude de la légalité des sites de jeux d'argent en ligne en droit français : Th. VERBIEST, *Les casinos virtuels : une nouvelle cybercriminalité ?* : Expertises, juin-juill. 1999, n° 227 et 228.

exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire. ”

Deux différences sont à noter entre les deux définitions. D'une part, la directive n'exige pas le caractère durable de l'installation, ce que confirme le considérant 19⁴³.

D'autre part, contrairement au texte du projet, le projet de loi ne reprend pas la précision selon laquelle “ la présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire ”. Il serait ainsi exclu que seule la technologie – par exemple l'emplacement d'un serveur internet ou d'un réseau d'un opérateur SMS – soit prise en considération pour déterminer l'existence d'un établissement.

Cette précision devrait à tout le moins être reprise dans l'exposé des motifs de la loi.

B. - La transposition de la clause “ marché intérieur ”

Le projet dispose que :

“ I – L'activité définie à l'article 6, lorsqu'elle est assurée par des personnes établies dans un État membre de la Communauté européenne autre que la France, s'exerce librement sur le territoire national, sous réserve du respect :

1° Des dispositions relatives au libre établissement et à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté européenne dans le domaine de l'assurance, prévues aux articles L. 361-1 à L. 364-1 du Code des assurances ;

2° Des dispositions relatives à la publicité et au démarchage des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, prévues à l'article L. 214-12 du Code monétaire et financier ;

3° Des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles et à la concentration économique, prévues aux titres II et III du livre IV du Code de commerce ;

4° Des dispositions relatives à l'interdiction ou à l'autorisation de la publicité non sollicitée envoyée par courrier électronique ;

5° Des dispositions du Code général des impôts ;

6° Des droits protégés par le Code de la propriété intellectuelle. ”

Le projet ajoute :

“ La fourniture de biens ou la prestation de services mentionnés à l'article 6 est soumise à la loi de l'État membre où est établie la personne qui les propose ou les assure, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services. ”

En d'autres termes, les services de la société de l'information sont soumis au droit français lorsqu'il sont fournis par des prestataires établis en France. Ces mêmes services peuvent être fournis librement en France par un prestataire établi dans un autre État membre sous réserve de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat et de l'application à ces prestataires européens de certaines législations qui correspondent à des matières reprises en annexe de la directive⁴⁴.

43. En effet, le considérant précise : “ le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée ; cette exigence est également remplie lorsqu'une société est constituée pour une période donnée ”. Le considérant ajoute : “ (...) le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où il exerce son activité économique ; dans le cas où un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer de quel lieu d'établissement le service concerné est presté ; dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique ”.

44. Le législateur devra le cas échéant ajouter une autre exception lorsqu'il transposera la directive sur l'émission de monnaie électronique, puisque celle-ci est exemptée lorsqu'elle est émise “ par des institutions pour lesquelles les États membres ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8, paragraphe 1, de la directive

Dans un style peu pédagogique, le projet rajoute ensuite les trois dernières exceptions prévues à l'annexe de la directive :

“ L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :

1° De priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ;

2° De déroger aux règles de forme impératives prévues par la loi française pour les contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé sur le territoire national ;

3° De déroger aux règles déterminant la loi applicable aux contrats d'assurance pour les risques situés sur le territoire d'un ou plusieurs États parties à l'accord sur l'Espace économique européen et pour les engagements qui y sont pris, prévues aux articles L. 181-1 à L. 183-2 du Code des assurances. ”

La première de ces trois exceptions n'apporte rien de nouveau au droit positif puisque la directive sur le commerce électronique “ n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions ” (*article 1.4 de la directive*). Or, la formulation choisie, directement inspirée des considérants 55 et 56 de la directive, n'est qu'une application de l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

À côté de ces exceptions générales, l'article 8 du projet permet des dérogations au cas par cas :

“ Dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État, des mesures restreignant, au cas par cas, le libre exercice de leur activité par les personnes mentionnées aux articles 6 et 7 peuvent être prises par l'autorité administrative lorsqu'elles sont nécessaires pour le maintien de l'ordre et de la sécurité publics, pour la protection des mineurs, pour la protection de la santé publique, pour la préservation des intérêts de la défense nationale ou pour la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs ou des investisseurs autres que les investisseurs appartenant à un cercle restreint définis à l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier. ”

Le décret à intervenir devra être en tous cas conforme aux principes et à la procédure décrits à l'article 3 de la directive⁴⁵.

C. - Les informations générales à fournir en ligne

Transposition de l'article 5 de la directive, l'article 9 du projet vise à introduire en droit français des obligations d'information applicables à tout prestataire de services de la société de l'information, et ce quelque soit la qualité du destinataire (consommateur ou professionnel) :

2000/46/CE”. Cette directive, adoptée le 18 septembre 2000, concerne l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements.

45. Les mesures ne pourront être prises qu'à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au projet de loi ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs. Elles devront être proportionnelles à ces objectifs. En outre, l'autorité française concernée devra, préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale :

- demander à l'État membre d'où émane le service litigieux de prendre des mesures ;
- si ce dernier n'a pas pris de mesures ou si celles-ci sont insuffisantes, l'autorité devra notifier à la Commission et à l'État membre d'origine son intention de prendre de telles mesures.

La directive permet toutefois en cas d'urgence de déroger à ces conditions. Dans ce cas, les mesures sont notifiées dans les plus brefs délais à la Commission et à l'État membre d'origine, en indiquant les raisons pour lesquelles l'État membre de destination estime qu'il y a urgence.

Sans préjudice de la faculté pour l'État membre de prendre et d'appliquer les mesures en question, la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité des mesures notifiées avec le droit communautaire. Lorsqu'elle parvient à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demande à l'État membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question.

“ Sans préjudice des autres obligations d’information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l’activité définie à l’article 6 ainsi que tout prestataire concourant directement à la transaction est tenu d’assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes sur sa page d’accueil et sur chacune des pages visionnées par le client à partir du moment où il commence la transaction :

1° S’il s’agit d’une personne physique, ses nom et prénoms et, s’il s’agit d’une personne morale, sa raison sociale ;

2° L’adresse où elle est établie ainsi que son adresse de courrier électronique ;

3° Si elle est assujettie aux formalités d’inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l’adresse de son siège social ;

4° Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l’article 286 *ter* du Code général des impôts, son numéro individuel d’identification ;

5° Si son activité est soumise à un régime d’autorisation, le nom et l’adresse de l’autorité ayant délivré celle-ci ;

6° Si elle est membre d’une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l’État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l’ordre ou de l’organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite.

Les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l’article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de commerce ”.

Trois remarques s’imposent :

1. Parmi les obligés, le projet ajoute une catégorie inconnue de la directive : les prestataires qui concourent directement à la transaction. Bel exemple d’expression à fabriquer des litiges... Que doit-on entendre par là ? Est-ce à dire que tout intermédiaire technique qui intervient “ directement ” – notion à géométrie variable – dans la réalisation de la transaction (un fournisseur de moyens de paiement en ligne par exemple ?) doit lui aussi communiquer les mêmes informations aux destinataires du service, alors même qu’il n’entretient aucun contact avec eux ?

2. L’article 9 du projet contient une obligation non prévue par la directive : les informations doivent figurer sur la page d’accueil et sur chacune des pages visionnées par le client à partir du moment où il commence la transaction. Ces exigences ont été conçues par rapport à l’environnement “ web ”, mais comment les respecter dans le cas du commerce par téléphonie mobile ? Il nous semble dangereux pour la sécurité juridique d’imposer des exigences qui soient liées à une technologie particulière, laquelle évolue, voire disparaît, plus vite que le droit...

3. La référence à une “ transaction ” induit une ambiguïté quant au champ d’application de l’article 9 du projet, qui, conformément à la directive, devrait être mis en œuvre par tout prestataire de services de la société de l’information nonobstant l’existence d’une transaction (pour rappel, de tels services peuvent même être gratuits).

D. - Un oubli : la définition de la publicité en ligne

L’article 2-f de la directive sur le commerce électronique définit la communication commerciale – synonyme de “ publicité ” – 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 de profession libérale ”.

La loi française ne fournit en revanche aucune définition générale de la publicité. Les contours de ce concept ne se dessinent qu’indirectement, dans le cadre des articles L.121-1 et suivants du Code de

la consommation⁴⁶ et de quelques dispositions spécifiques⁴⁷.

Certes, confrontée à ce flou législatif, la jurisprudence a fait œuvre utile ; il est aujourd’hui acquis que “ constitue une publicité, tout moyen d’information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé ”⁴⁸, “ ainsi que sur les caractéristiques des biens ou des services proposés ”⁴⁹.

Le Conseil d’État a également tenté de circonscrire cette importante notion dans son rapport sur “ Internet et les réseaux numériques ”⁵⁰. Il distingue deux critères essentiels dans la démarche de qualification : d’une part, le message doit avoir pour finalité d’assurer une promotion, et, d’autre part, il doit être adressé au public⁵¹.

Mais il eût été à notre sens nécessaire, au regard des impératifs de la sécurité juridique et de la conformité au droit communautaire, de reprendre la définition de la directive, et ce d’autant que celle-ci introduit d’importantes limitations : “ ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales :

- les coordonnées permettant l’accès direct à l’activité de l’entreprise, l’organisation ou la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ;

- les communications relatives aux biens, services ou à l’image de cette entreprise, organisation ou personne, élaborées d’une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu’elles sont fournies sans contrepartie financière ”.

Ce régime spécifique a été introduit essentiellement pour tenir compte de l’importance du lien hypertexte sur le web. En effet, le fait d’introduire sur un site des hyperliens⁵² peut-il constituer une communication commerciale ? L’acuité de la question est accrue pour tous les sites non commerciaux, qui ne relèvent *a priori* pas de la publicité, mais qui renvoient vers des sites assurant une promotion commerciale, ainsi que pour les annuaires disponibles sur des portails (tels que Yahoo ! ou Voilà) qui compilent à l’intérieur de rubriques et sous-rubriques des milliers de liens hypertextes renvoyant à des sites de toutes sortes, notamment de nature commerciale.

Le lien hypertexte n’est donc pas, “ en tant que tel ”⁵³, une communication commerciale lorsqu’il est fourni sans contrepartie financière.

46. L’article L. 121-1 interdit – sans la définir – toute publicité “ comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèces, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l’objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l’annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires ”.

47. L’article 2 du décret du 27 mars 1992, qui n’a qu’un champ d’application limité, régit la publicité entendue comme “ toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens, y compris ceux qui sont présentés sous leur application générique, dans le cadre d’une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d’assurer la promotion commerciale d’une entreprise publique ou privée ”. *D. n° 92-280, 27 mars 1992, (pris pour l’application de l’art. 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage), Code de la consommation, Appendice (V. publicité télévisée).*

48. *Cass. crim., 12 nov. 1986 : Bull. crim., n° 861.*

49. *Cass. crim., 14 oct. 1998 : D., 1999, inf. rap., p. 7 ; JCP E, 1998, panor., p. 1904.*

50. *Section du rapport et des études, étude générale adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’État, 2 juillet 1998 : Paris, La documentation française, 1998 ; E. Wéry, Le rapport du Conseil d’État français sur Internet et les réseaux numériques : la bible ! : actualité du 1^{er} octobre 1998, <http://www.droit-technologie.org>.*

51. *Sur cette question voy. Th. VERBIEST, La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.*

52. *Pour les implications juridiques des hyperliens : Ch. Caron, Les liens hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale : Comm. com. électr. 3 mars 2001, p. 21-22 ; Ch. Curtelin, L’utilisation des liens hypertextes, des frames ou des metatags sur les sites d’entreprises commerciales : Revue de droit de l’informatique et des télécoms (DIT), 3 juill. 1999, p. 6-21 ; A. Dimeglio, Le renvoi à la page Web d’un tiers, par un lien hypertexte, est-il ou non constitutif d’un acte de contrefaçon ? : Lamy droit de l’informatique, mai 1999, p. 20-23 ; A. Hollande et C. Zuber, Précautions juridiques en matière de conception de liens hypertextes : Comm. com. électr., 1^{er} janvier 2001, p. 8 ; Ch. Le Stanc, Du lien hypertexte à l’extraction de données : Comm. com. électr. mai 2001, comm. 46, p. 27-28 ; C. Rojinsky, Un clic de trop menace-t-il les hyperliens ? : Expertises, janv. 2001, p. 430-432 ; Th. Verbiest et E. Wéry, La responsabilité des fournisseurs d’outils de recherche et d’hyperliens du fait du contenu des sites référencés : Légipresse 2001, p. 49-53.*

53. La précision est importante : si les conditions de la définition de la communication commerciale sont néanmoins présentes, la qualification de publicité pourra malgré tout être retenue.

La majorité des outils de recherche bénéficieront également de l'exonération prévue à l'article 2-f : les liens qu'ils affichent comme résultat de la requête sont en effet généralement élaborés de manière indépendante du site pointé, et de surcroît sans contrepartie financière de celui-ci⁵⁴.

Ce régime exonérateur devrait certainement figurer dans le texte final qui sera voté.

E. - La publicité par voie électronique doit être identifiable et transparente

Informé le destinataire de la nature publicitaire d'un message répond à une volonté de protection, et permet d'éviter la confusion avec un message informationnel et de susciter la vigilance des personnes visées.

Le principe d'identification figure à l'article 6 de la directive sur le commerce électronique, au terme duquel " la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle ". Cette obligation constitue une nouveauté au niveau européen puisque la directive de 1984 relative à la publicité trompeuse était muette sur ce point. Soulignons qu'en raison de la définition du " destinataire " dans la directive sur le commerce électronique, l'obligation d'identification joue au bénéfice des consommateurs mais aussi des professionnels.

En France, le principe d'identification est posé par l'article 10, alinéa 2, de la loi du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, qui énonce que " tout article de publicité à présentation rédactionnelle doit être précédé de la mention publicité ou communiqué ". Le même principe se retrouve consacré à l'article 43-2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à l'audiovisuel⁵⁵, qui dispose que " les messages publicitaires diffusés par les services mentionnés au présent article doivent être présentés comme tels ". Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux services en ligne, et ce depuis que ceux-ci ne sont plus soumis à déclaration préalable auprès du procureur de la République et du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁵⁶.

C'est la raison pour laquelle le projet prévoit d'insérer, après l'article 43-14 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, un article 43-15 ainsi rédigé :

" Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication publique en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit également permettre d'identifier la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée.

L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1 du Code de la consommation. "

Le même principe est imposé en ce qui concerne les publicités non sollicitées par courrier électronique, puisque l'article 11 du projet prévoit d'insérer, après l'article L. 121-15 du Code de la consommation, l'article L. 121-15-1 ainsi rédigé :

" Les publicités non sollicitées, notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire.

Les infractions aux dispositions du présent article sont passibles des peines prévues à l'article L. 213-1. Elles sont recherchées et constatées dans les conditions prévues à l'article L. 121-2. Les articles L. 121-3 et L. 121-4 sont également applicables. "

S'agissant précisément des offres promotionnelles et des concours, le projet ajoute :

" Art. L. 121-15-2. – Sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1, les conditions

auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles ".

Ces deux dernières dispositions introduites dans le Code de la Consommation sont déclarées applicables aux professionnels⁵⁷. Au regard de la cohérence législative, il n'est certainement pas heureux de faire figurer pareilles obligations dans un texte en principe réservé à la protection du consommateur...⁵⁸

Par ailleurs, l'industrie a déjà exprimé ses craintes en ce qui concerne l'application pratique de l'obligation d'identification de la publicité en ligne, au motif qu'une identification systématique de tous les contenus publicitaires présents sur les sites pourrait être préjudiciable à leur lisibilité et au confort de l'internaute⁵⁹.

Des interrogations ont également été soulevées par rapport aux terminaux mobiles, en particulier dans le cas de sollicitations commerciales par SMS : " (...) les publicités non sollicitées (...) par courriers électroniques doivent pouvoir être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception... "

En effet, à la différence du courrier électronique, qui comprend un champ d'objet qui peut être lu dès réception, le SMS n'affiche quant à lui qu'un champ lié à l'expéditeur du message.

Ces critiques posent le problème plus fondamental de la définition du " courrier électronique ".

Il serait sans doute prudent de se référer, au moins dans l'exposé des motifs, à la définition aujourd'hui consacrée par le droit communautaire : " courrier électronique : tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère ".

Cette définition s'appliquera sans conteste aux SMS⁶⁰ ainsi qu'aux messages multimédias de type MMS.

F. - Courriers électroniques publicitaires non sollicités : consécration de l'opt-in

Actuellement, et sous réserve du respect de la loi Informatique et Libertés⁶¹, le droit français connaît le système de l'opt-out, à savoir qu'il appartient au consommateur d'effectuer la démarche pour s'opposer aux communications non sollicitées par courriers électroniques, par opposition au système de l'opt-in dans lequel la *pollupostage* n'est permis que si le consommateur a donné son consentement préalable⁶².

En effet, l'article L. 121-20-5 du Code de la consommation (introduit par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001⁶³ dispose qu'" est interdite la prospection directe par un professionnel, au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs, d'un consommateur qui n'a pas exprimé son consentement à recevoir de tels appels. Lorsqu'elles permettent une communication individuelle, les techni-

57. " Art. L. 121-15-3. – Les articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 sont également applicables aux publicités, offres, concours ou jeux à destination des professionnels ".

58. Th. VERBIEST et E. WERY, *Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information* : Rev. Lamy dr. aff. 2001, suppl. n° 44, p. 6.

59. Voir position de l'AFA sur l'avant-projet de loi relatif à l'économie numérique, décembre 2002.

60. Le considérant 40 de la directive ne laisse aucun doute à cet égard : " Il importe de protéger les abonnés contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, en particulier au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS) ".

61. Selon la CNIL, la prospection par e-mail est irrégulière si les personnes concernées n'ont pas exprimé leur consentement à l'occasion d'un contact direct et personnel. La position de la CNIL à l'égard du publipostage électronique a évolué dans le temps, dans un sens de plus en plus restrictif. Voy. : " *Le publipostage électronique et la protection des données personnelles* ", rapport et délibération adoptés en séance plénière de la CNIL du 14 octobre 1999 ; l'avis de la CNIL sur le projet de loi sur la société de l'information rendu le 3 mai 2001 ; le communiqué de presse du 7 décembre 2001 de la CNIL, disponibles à l'adresse <http://www.cnil.fr>. Voir à ce sujet : A. Mole, *Publipostage électronique : entre certitudes et incertitudes* : Gaz. Pal. 2002, 1, doctr. p. 29 et s.

62. Sur cette question voy. Th. VERBIEST, *La protection juridique du cyberconsommateur* : Litec, 2002.

63. JO 25 août 2001.

54. Toutefois, de plus en plus de moteurs de recherche proposent des liens payants, qui apparaissent de manière prioritaire en fonction de certains mots clés utilisés par les internautes. En Europe, ces liens revêtiront un caractère publicitaire, conformément à l'article 2-f de la directive sur le commerce électronique, puisqu'ils sont établis moyennant contrepartie financière.

55. L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication : JO, 5 août 1994.

56. L. n° 2000-719, 1^{er} août 2000, qui a abrogé l'alinéa premier de l'article 43.

ques de communication à distance, autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent, ne peuvent être utilisées que si le consommateur n'a pas manifesté son opposition⁶⁴.

En outre, l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 a achevé la transposition de la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications. Le nouvel article L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications interdit la prospection directe, par automate d'appel ou télécopieur, d'un abonné ou d'un utilisateur d'un réseau de télécommunications qui n'a pas exprimé son consentement à recevoir de tels appels (*opt-in*). En revanche, les autres moyens de communication à distance, tels que le courrier électronique, demeurent soumis au régime de l'*opt-out*.

Afin d'anticiper la transposition de la récente directive "vie privée dans les communications électroniques"⁶⁴, qui doit intervenir avant le 31 octobre 2003, le projet de loi introduit le système de l'*opt-in*.

En effet, l'article 12 prévoit de remplacer l'article L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications ainsi que l'article L. 121-20-5 du Code de la consommation par les dispositions suivantes :

" Est interdite la prospection directe, au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, de toute personne qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir de tels appels ou courriers électroniques. "

Par dérogation, le projet de loi permet toutefois la prospection directe par courrier électronique si les cinq conditions suivantes sont cumulativement remplies :

1. les coordonnées électroniques du destinataire doivent être recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁶⁵, ce qui suppose notamment qu'elles ne pourraient être collectées de manière "sauvage" dans un forum de discussion.

2. la collecte initiale du courrier électronique doit se dérouler à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services.

3. la prospection directe ultérieure doit concerner des produits ou services "analogues" à ceux antérieurement fournis par la même personne.

4. le destinataire doit avoir la possibilité, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, de s'opposer, sans frais et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées électroniques.

5. ce droit d'opposition (*opt-out*) doit pouvoir être exercé lorsque les coordonnées électroniques sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection est adressé au destinataire.

La notion à géométrie variable de produits ou services "analogues", directement reprise du texte de la directive, risque de soulever des divergences d'interprétation, à défaut de références pratiques dans l'exposé des motifs.

En outre, la CNIL a exprimé ses craintes en ce qui concerne l'interprétation à donner aux termes "prestation de services", dans la mesure où ils pourraient être compris comme s'appliquant aussi aux prestations fournies par le secteur non marchand⁶⁶.

64. 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 : JOCE, 31 juill. 2002, L 201/37.

65. Voy. la position de la CNIL à l'égard du publipostage électronique : "Le publipostage électronique et la protection des données personnelles", rapport et délibération adoptés en séance plénière de la CNIL du 14 octobre 1999 ; l'avis de la CNIL sur le projet de loi sur la société de l'information rendu le 3 mai 2001 ; le communiqué de presse du 7 décembre 2001 de la CNIL, disponibles à l'adresse <http://www.cnil.fr>. À noter que la France reste en défaut de transposer dans les délais la directive européenne 95/46/CE sur la protection des données personnelles (mais il est vrai que la loi "Informatique et Libertés" assure déjà un niveau de protection comparable). À l'occasion du Conseil des ministres du 18 juillet 2001, la garde des Sceaux, ministre de la justice a présenté un projet de loi relatif à la protection des données à caractère personnel. Ce texte, qui modifie la loi du 6 janvier 1978, a pour objet d'assurer la transposition de la directive 95/46/CE. Il vise également à adapter le droit des fichiers informatiques à la société contemporaine. Une présentation du projet de loi est disponible sur le site du ministère de la justice à l'adresse : <http://www.justice.gouv.fr/actua/loicnild.htm>.

Le 30 janvier 2002, l'Assemblée nationale a adopté en première lecture le projet de loi.

Le considérant 41 de la directive semble exclure pareille extension puisqu'il situe la dérogation dans "une relation client-fournisseur existante".

Une précision dans l'exposé des motifs serait de nature à clarifier cette question.

Le même considérant a été invoqué par l'industrie pour critiquer la formulation retenue au motif qu'elle ne tient pas compte de la possibilité - prévue par ce considérant - de mettre à charge du destinataire "les coûts liés à la transmission du refus." L'on pense évidemment aux coûts d'une opposition formulée par téléphone, télécopie, par courrier postal ou via une communication électronique par modem analogique.

Par ailleurs, le projet ajoute :

" Dans tous les cas, il est interdit d'émettre des courriers électroniques à des fins de prospection directe sans indiquer d'adresse valable à laquelle le destinataire peut transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise, notamment en mentionnant un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé. "

La notion d'"adresse" est ambiguë : se réfère-t-elle exclusivement à une adresse de courrier électronique à laquelle le destinataire peut notifier son droit d'opposition ? Si tel est le cas, d'autres modes d'opposition, couramment utilisés en pratique, seraient exclus (par exemple, l'activation d'un lien hypertexte de désinscription figurant dans le message de sollicitation).

Une telle interprétation restrictive ne nous semble pas indiquée et il serait probablement utile que l'exposé des motifs apporte des précisions à cet égard.

Notons enfin que le projet prévoit des sanctions⁶⁷ et qu'un décret en Conseil d'État devra préciser en tant que de besoin les conditions d'application du régime précité.

G. - Les contrats par voie électronique

1. - L'écrit électronique "ad validitatem"

La loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique a introduit dans le Code civil une définition fonctionnelle de l'écrit permettant de recouvrir tant l'écrit traditionnel sur support physique que l'écrit électronique (*nouvel art. 1316, C. civ.*).

Toutefois, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, la doctrine estime, dans sa grande majorité⁶⁸, que le législateur n'a pas entendu viser les écrits exigés "ad validitatem". Ainsi, pour les contrats de consommation qui requièrent l'établissement d'un écrit "ad validitatem" (par exemple, la stipulation du taux effectif global dans les contrats de prêt : *art. L. 313-2, C. consom.*), le recours à l'écrit électronique ne serait pas possible.

Cette interprétation n'est en tous cas pas conforme à la directive sur le commerce électronique, qui oblige les États membres à supprimer toutes interdictions ou restrictions concernant l'utilisation des contrats électroniques, sous réserves de certains contrats particuliers (ventes immobilières, contrats notariés, conventions de divorce etc.).

C'est la raison pour laquelle l'article 14 du projet de loi propose d'insérer dans le Code civil un article 1108-1 rédigé comme suit :

" 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. "

66. CNIL, Délibération n° 02-093 du 28 novembre 2002 portant avis sur le projet de loi relatif à l'économie numérique, p. 5.

67. " Les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de commerce. "

68. P. Catala, *Le formalisme et les nouvelles technologies* : Defrénois 2000, p. 897 ; P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent* : JCP G 2000, I, n° 236 ; L. Grynbaum, *Projet de loi sur la société de l'information : le régime du "contrat électronique"* : D. 2002, n° 4, p. 378 ; *En sens contraire* : J. Passa, *Commerce électronique et protection du consommateur* : D. 2002, n° 6, *doctr.*, p. 562.

Pour des motifs similaires, le projet prévoit de consacrer une définition fonctionnelle des mentions manuscrites exigées “ *ad validitatem* ” par certains textes légaux, afin de pouvoir les étendre à l’environnement électronique :

“ Lorsqu’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. ”

En conformité avec l’article 9-2 de la directive sur le commerce électronique, le projet propose d’introduire les exceptions suivantes dans un article 1108-2 :

“ – Il est fait exception aux dispositions de l’article 1108-1 pour :

1° Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ;

2° Les actes soumis à autorisation ou homologation de l’autorité judiciaire ;

3° Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s’ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession. ”

2. - Les conditions générales et particulières

Le législateur a toujours apporté un soin particulier à l’opposabilité des conditions générales. La démarche est logique : comment en effet prétendre inclure dans la sphère contractuelle un document – généralement défavorable à l’acheteur – si ce dernier n’en a pas pris connaissance et n’a pas marqué son consentement “ complet et éclairé ” ?

L’article L. 113-3 du Code de la consommation impose à tout vendeur de produits ou tout prestataire de services d’informer le consommateur par voie de marquage, d’étiquetage, d’affichage ou par tout autre procédé approprié des conditions particulières de la vente.

Le projet de loi confirme cette obligation transposée à l’univers électronique puisqu’il prévoit d’insérer dans le Code civil un article 1369-1 comme suit :

“ Quiconque propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services transmet les conditions générales et particulières applicables d’une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ”.

3. - L’offre en ligne : valable indéfiniment ?

Le même article ajoute que “ L’auteur de l’offre est tenu par sa proposition tant qu’elle reste accessible par voie électronique ”.

L’on sait qu’en droit français, l’offre du vendeur est liante⁶⁹, ce qui n’est pas le cas dans tous les pays européens (Allemagne et Angleterre par exemple)⁷⁰. La directive sur le commerce électronique n’a pas permis de rapprocher les points de vue et laisse les États trancher cette question.

L’auteur de l’offre peut néanmoins la limiter, à la fois dans le temps et dans l’espace. Si le vendeur n’a pas spécifié de durée, la jurisprudence retient au cas par cas un délai raisonnable : le pollicitant doit laisser au destinataire de l’offre le temps nécessaire pour l’examiner et le cas échéant y répondre, au risque d’engager sa responsabilité délictuelle en cas de retrait prématuré de l’offre⁷¹.

Dès lors, si la disposition précitée était adoptée, elle entraînerait une discrimination par rapport à l’univers “ papier ”, dans la mesure

69. En ce sens, voy. D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, Paris, PUF, 1986, n° 386. Toutefois, des réserves peuvent être apportées puisque le professionnel peut limiter son offre en la présentant comme une simple proposition : en recourant à des formules de type “ sans engagement de notre part ”, “ ne constitue pas un document contractuel ”, ou encore “ la commande devra faire l’objet d’une acceptation spéciale de notre part ”, etc., il peut se réserver la possibilité d’accepter ou non la commande du consommateur. Il ne faut toutefois pas préjuger de la possibilité pour le juge de qualifier ces formules de manœuvres ne poursuivant d’autres buts pour le vendeur que ne pas être lié par son offre.

70. En Allemagne et en Angleterre, l’offre existe dès qu’un acheteur – consommateur ou professionnel – répond à une sollicitation du vendeur en lui adressant une “ offre de contracter ”. Ce ne sont donc pas les informations fournies par le vendeur (description du produit ou du service, prix, modalités, etc.) qui constituent l’offre, mais bien la proposition que l’acheteur adresse au vendeur de contracter au sujet de tel produit, à tel prix, et moyennant telles conditions. Le vendeur n’effectue pour sa part qu’une “ invitation à offrir ”.

71. Lamy Droit des médias et de la communication : 2000, n° 468-74.

où seul le cyber-vendeur serait tenu indéfiniment par une offre qui serait encore disponible, d’autant qu’en raison de techniques qui lui sont propres (serveurs *proxy*, mémoire cache de certains moteurs de recherche etc.), une information en principe supprimée du réseau “ survit ” souvent, et ce à l’insu ou contre la volonté même de son auteur...

4. - Le consentement complet et éclairé

La proposition modifiée du 1^{er} septembre 1999 de la directive sur le commerce électronique comportait à l’article 10 des règles concernant le “ consentement complet et éclairé ”. Bien que ces termes ne soient pas repris dans la version finale de la directive, le même objectif justifie les “ informations à fournir ” prévues par l’article 10 final.

Ces informations figurent au nouvel article 1369-1 que le projet de loi vise à insérer dans le Code civil :

“ Lorsque l’offre est faite à titre professionnel, elle énonce, en outre :

1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2° Les moyens techniques permettant à l’utilisateur, avant la conclusion du contrat, d’identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;

4° Le cas échéant, les modalités d’archivage du contrat par l’auteur de l’offre et les conditions d’accès au contrat archivé ;

5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l’auteur de l’offre entend, le cas échéant, se soumettre. ”

La manière de fournir ces informations n’est pas précisée dans le projet de loi, là où la directive sur le commerce électronique stipulait quelles doivent être “ de manière claire, compréhensible et non équivoque, avant que le destinataire ne passe sa commande ”. Cette omission est regrettable.

5. - Les étapes obligatoires de conclusion du contrat électronique : le système du “ double clic ”

Une chose est de contraindre le prestataire à signaler les étapes de la conclusion du contrat ; autre chose est de fixer certaines étapes obligatoires. L’article 11, § 1, de la directive sur le commerce électronique apporte d’intéressants renseignements : il y est notamment précisé que “ le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire (...) ”, ce qui implique qu’une des étapes de la conclusion du contrat doit obligatoirement être l’envoi de l’accusé de réception de la commande.

Le projet de loi reprend cette idée en insérant dans le Code civil un nouvel article 1369-2 rédigé comme suit :

“ Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l’offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d’éventuelles erreurs, confirme celle-ci pour exprimer son acceptation.

L’auteur de l’offre doit accuser réception sans délai par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

La commande, la confirmation de l’acceptation de l’offre et l’accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. ”

Deux remarques s’imposent. La première porte sur le formalisme : même si l’informatique allège le poids des formalités prescrites, il demeure que beaucoup d’opérations risquent d’être inachevées, moins par volonté délibérée des parties que par incompréhension du système. Quel sera le sort à réserver à ces contrats – parfois exécutés en tout ou en partie – dont on contestera ensuite la conclusion parfaite ? La seconde tient à la discrimination du contrat électronique par rapport au contrat papier, dans lequel l’échange de volonté suffit sous réserve de prouver ensuite l’existence et le contenu du contrat.

Contrairement au projet de LSI, le projet de loi LEN consacre l’idée d’un “ récapitulatif de la commande ”, ce qui doit être salué.

Bien que la directive ne le mentionne pas explicitement, son esprit suggère en effet la présence d’un récapitulatif de la commande avant que le destinataire n’exprime son consentement. Comment, autre-

ment, mettre en œuvre l'obligation de correction qui requiert du prestataire la mise à disposition du destinataire " des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande " (article 11, § 4, de la directive).

6. - Un régime allégé pour les contrats conclus par courriers électroniques ou entre professionnels

Conformément à la directive, le projet introduit un article 1369-3 rédigé comme suit :

" Il est fait exception aux obligations des deux premiers alinéas de l'article 1369-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques. "

Ainsi, par dérogation, de tels contrats seront valablement conclus par simple échange de courriers électroniques, conformément au droit commun des obligations.

Une exception à l'exception qui confirme la règle, en somme...

Par ailleurs, le même article prévoit :

" Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-2 et des 1° à 5° de l'article 1369-1 dans les conventions conclues entre professionnels. "

Par conséquent, si les parties en relations d'affaires le conviennent, elles pourront conclure entre elles des contrats par voie électronique sans que le prestataire ne soit soumis aux obligations d'information sur le processus de commande et sans devoir proposer un système de double clic suivi d'un accusé de réception. A nouveau, le droit commun des obligations retrouve... ses droits.

7. - Une délégation curieuse au Gouvernement...

L'article 15 du projet de loi prévoit d'autoriser le Gouvernement 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 électronique⁷².

5 L'IMAGE DU PROCÈS⁷³

Par Véronique MIKALEF-TOUDIC,
Maître de conférences à l'Université de Paris XIII

L'image du procès se pose lors de l'enregistrement des audiences et l'utilisation possible de ces enregistrements.

En application du principe de la publicité des débats, les procès doivent se dérouler en présence du public. Tout citoyen peut assister à une audience. Le développement des procédés audiovisuels et plus particulièrement, la technique de la vidéo conférence peut permettre à des personnes non présentes dans la salle d'assister au déroulement des débats.

C'est le cas lorsque les locaux sont trop exigus pour accueillir l'ensemble des victimes. Ainsi, les audiences du procès d'assises ouvert à l'encontre des auteurs présumés des attentats de 1995 étaient retransmises grâce à un circuit interne de vidéo dans une salle du Palais de justice de Paris afin que toutes les victimes puissent suivre les débats.

Mais le droit français refuse d'élargir le public de l'audience jusqu'aux téléspectateurs. Aucun procès ne peut être diffusé en direct ou en léger différé sur les ondes françaises. Hormis la vive polémique consistant à savoir s'il fallait ou non juger Klaus Barbie, Paul Touvier ou Maurice Papon, les procès pour crimes contre l'humanité qui ont eu lieu ces dernières années ont donné lieu à un débat plus discret qui constitue le cœur de notre sujet : la question de l'enregistrement des audiences et l'utilisation possible de ces enregistrements⁷⁴. Par image du procès, il faut entendre l'enregistrement d'une audience et l'accès à cet enregistrement. Ainsi défini, il faut écarter de notre propos un certain nombre d'éléments.

73. Il s'agit du texte de la communication faite lors du colloque Image et droits organisé par l'Institut de Recherche en Droit des Affaires de l'Université de Paris XIII le 29 novembre 2002 à la maison du Barreau de Seine-Saint-Denis à Bobigny.

Il est curieux que pareille délégation, normalement prévue dans des cas d'urgence, soit proposée par le Gouvernement, dans une matière dont les enjeux juridiques sont débattus depuis des années. En outre, compte tenu de leur complexité juridique, il serait probablement plus sain que le Parlement reste associé à l'élaboration des futures adaptations législatives.

8. - Une obligation de conservation pour les contrats de consommation d'un certain montant

L'article 16 prévoit d'insérer, après l'article L. 134-1 du Code de la consommation, un article L. 134-2 ainsi rédigé :

" Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande. "

Conclusions

Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, s'il a le mérite d'exister, n'est probablement pas à la hauteur de son titre. Certes, il transpose l'essentiel de la directive sur le commerce électronique, mais, à part quelques exceptions, le gouvernement ne semble pas avoir fait grand cas des critiques formulées par la doctrine et les différents régulateurs à l'encontre du feu projet de loi LSI.

Gageons que le travail parlementaire permettra de revoir la copie sur les nombreux points d'achoppement que nous avons relevés dans cette étude, qui se voulait délibérément critique. C'est en effet maintenant ou jamais qu'il convient de formuler des griefs sur un texte qui a vocation à poser les premières fondations juridiques d'un commerce électronique qui se cherche encore...

72. Il est en outre précisé que " L'ordonnance prévue à l'alinéa précédent devra être prise dans l'année suivant la publication de la présente loi. Un projet de loi de ratification devra être déposé devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance. "

En premier lieu, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse permet la rédaction et la publication de comptes rendus d'audience⁷⁵. Cette publication ne peut donner lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage dès lors qu'il s'agit " d'un compte rendu fidèle fait de bonne foi ". Le législateur fait prévaloir le droit à l'information et le principe de publicité des débats. Une personne impliquée dans un procès ne peut pas s'opposer à la publication de son image permettant d'illustrer le compte rendu du débat.

En deuxième lieu, la reconstitution de procès ou les émissions organisant un simulacre de procès ne concernent pas, au sens où nous venons de le définir, l'image du procès⁷⁶.

Enfin, en dernier lieu, il ne s'agit pas de traiter ici l'image dans le procès autrement dit le problème des témoignages filmés ou des films de scènes de crimes pouvant être projetés pendant l'audience.

Il faut à présent se poser la question du droit sur son image d'un participant à un procès. En effet, l'image du procès est concrétisée par l'image de ses acteurs : magistrats, jurés, témoins, prévenu. Le droit à l'image⁷⁷ permet de protéger la vie privée de l'individu : il est

74. J. VERIN, *Téléviser les débats judiciaires ?* : *Chronique de criminologie, Revue de sciences criminelles* 1984, p. 811 ; R. LINDON, *La télévision à l'audience* : *D.* 1985, *chron.* XV, p. 81.

75. A. MARRON, *Tribunal correctionnel, publicité et police des audiences* : *Juris-Classeur Procédure pénale*, 2000, art. 400 à 405, n° 20 et s. ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée, presses universitaires d'Aix-Marseille* : 3^e édition, 1995, n° 156 ; E. DERIEUX, *Les comptes rendus d'audience* : *Légipresse* 1994, n° 110, II, p. 25.

76. Sur ce point, voir notamment S. GUINCHARD, *Les procès hors les murs, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, p. 201 : PUF 1994 ; A. GARAPON, *La justice est-elle " délocalisable " dans les médias ?* : *Revue Droit et société* 1994, n° 26, p. 73.

77. Sur le droit à l'image, voir notamment J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* : *Bibliothèque de droit privé, tome CLIII, LGDJ* 1978, n° 130 et s. ; R. Lindon, *Dictionnaire juridique, les droits de la personnalité* : *Dalloz* 1983, *image*, p. 103 et s. et *vie privée et image* p. 280 et s. ; B. Beignier, *Le droit de la personnalité* : *Que sais-je ?* n° 2703, PUF 1992, p. 61 et s. ; P. Kayser, *op. cit.*, note n° 75, n° 87 et s. ; A. Bertrand, *Droit à la vie privée et droit*