

A propos de l'existence et de l'opposabilité de la LEN

Par David Melison¹

E-mail : david.melison@wanadoo.fr

« Faites-vous des amis prompts à vous censurer [...] Aimez qu'on vous conseille et non pas qu'on vous loue »
BOILEAU-DESPREUX, *L'Art poétique*, Chant I

1. Le juriste confronté à un texte normatif nouveau et déplaisant dispose d'un arsenal varié pour tenter d'en écarter l'application. Il peut chicaner sur son interprétation, contester pied à pied la définition de ses termes, faire appel à l'esprit contre la lettre, s'appliquer à distinguer les hypothèses, voire jouer sur la corde sensible de l'équité et de la justice.

Qui n'a cependant jamais rêvé d'éviter cette rhétorique de gagne-petit au profit du coup de maître, en écartant purement et simplement la loi ? C'est ce rêve que Benoît Tabaka nous invite à réaliser dans un article récent, « La loi pour la confiance dans l'économie numérique serait-elle inapplicable ? »².

Appâté par la forme interrogative du titre, le chaland suppose que l'auteur va lui révéler le secret de l'arme absolue du pourfendeur de lois. L'affaiblissement de la valeur de la loi dans l'ordre juridique est notoire : l'autorité sacrée dont elle était revêtue aurait disparu sous le feu croisé de l'inflation législative, de l'urgence, des mouvements de pression mais plus encore de la soumission à des normes supra-nationales et communautaires particulièrement mal rédigées et trompeuses. Ne peut-on dès lors imaginer que la loi sur la confiance dans l'économie numérique contrevienne à un texte supérieur, et puisse ainsi être écartée ?

L'objectif est ambitieux, puisqu'il consiste à faire tomber « *la clé de voûte de l'édifice législatif et réglementaire applicable aux services de communication au public en ligne* ». Suivant les règles des bons films de suspense, la force des arguments développés va croissant. Après avoir discuté l'entrée en vigueur du texte, l'auteur en appelle à une directive communautaire et à la Constitution française pour mettre en cause son opposabilité et son existence même.

A première vue, l'argumentation apparaît rigoureuse et les syllogismes implacables. L'accumulation et la gradation séduisent. Et pourtant, certaines propositions heurtent l'entendement par leurs conséquences. Si l'on approuvait les raisonnements les plus extrêmes de l'auteur, l'entrée en vigueur de tous les textes postérieurs au 1^{er} juin 2004 serait contestable, de même que l'existence des lois publiées en même temps que la décision statuant sur leur constitutionnalité.

Comme dirait l'auteur, « *c'est à ce moment-là que le doute s'immisce dans l'esprit pernicieux du juriste* », et il ne le quittera plus ! Une analyse plus approfondie fait bien vite ressortir des failles qui, sans détruire l'ensemble de l'ouvrage, le ramènent à des dimensions plus modestes et réalistes. Pour mener à bien cette réfutation méthodique, nous suivons un plan légèrement différent de celui choisi par l'auteur. L'affirmation de l'entrée en vigueur de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (« LEN »)³ au

¹ Titulaire d'un DESS en Droit du numérique et des nouvelles techniques (Universités Paris Sud/Panthéon-Sorbonne) et d'un DEA de Droit privé (Université Nancy 2), l'auteur a été chargé de cours à l'Université Nancy 2.

² Benoît Tabaka, « La loi pour la confiance dans l'économie numérique serait-elle inapplicable ? », *Juriscom.net*, 3 janvier 2005, <<http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=619>>.

³ Loi n°2004-575 du 21 juin 2005 pour la confiance dans l'économie numérique : *Journal officiel* du 22 juin 2005, p. 11168 ; <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0200175L>>.

regard du droit interne (I) est le préalable à l'analyse de l'opposabilité de ses dispositions à la lumière du droit communautaire (II).

I. L'entrée en vigueur de la LEN au regard du droit interne

2. Pour qu'une loi ordinaire entre en vigueur après son adoption définitive par le pouvoir législatif, au moins deux conditions doivent être remplies successivement⁴. La loi doit être promulguée par le chef de l'État (A) et portée à la connaissance des citoyens (B).

A. La promulgation

3. **Règles** – L'article 10 de la Constitution attribue au Président de la République la compétence de promulguer les lois définitivement adoptées. Il enferme la promulgation dans un délai préfix de 15 jours à compter de la transmission des textes au gouvernement. Le délai est toutefois suspendu en cas de saisine du Conseil constitutionnel, en vertu de l'article 61 alinéa 4 de la Constitution. Aux termes de l'article 21 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, « *la publication⁵ d'une déclaration du Conseil constitutionnel constatant qu'une disposition n'est pas contraire à la Constitution met fin à la suspension du délai de promulgation* ».

4. **Raisonnement** – Benoît Tabaka infère de l'ensemble de ces règles le principe selon lequel la loi ne peut être publiée, et *a fortiori*, promulguée avant ou le même jour que la publication de la décision du Conseil constitutionnel statuant sur sa conformité à la Constitution.

Faisant application de ce principe, il constate que la LEN a été publiée en même temps que la décision du 10 juin 2004 la concernant⁶. Il en déduit que le Président n'avait pas le pouvoir de promulguer la LEN avant la publication de la décision du Conseil constitutionnel la concernant.

Dès lors, il en conclut que la loi devrait être « *regardée comme inexistante* », car promulguée contrairement aux formes imposées par les normes constitutionnelles et organiques française.

5. **Force exécutoire et inexistence** – Avant de critiquer le raisonnement en lui-même, précisons tout d'abord que l'application du principe ne saurait aboutir à considérer la LEN comme inexistante. La conséquence est excessive car elle confond l'existence de la loi et son applicabilité.

En effet, la conception selon laquelle la promulgation serait un acte de perfection de la loi, autrement dit, participerait à l'exercice du pouvoir législatif, est aujourd'hui unanimement abandonnée⁷. La loi est parfaite et existe à partir du jour de son adoption définitive.

Si le raisonnement de Benoît Tabaka était juste, il conduirait donc à déclarer la LEN privée de force exécutoire. Néanmoins, il est permis de penser que le principe sur lequel repose ce raisonnement est lui-même erroné.

6. **Définition de la promulgation** – La promulgation est « *l'opération juridique par laquelle le chef de l'État constate que le Parlement a voté définitivement une loi et ordonne que cette loi soit exécutée* »⁸. La promulgation revêt donc un double aspect.

⁴ Sur l'ensemble de la question, voir notamment *Juris-Classeur Civil*, article 1^{er}, « Promulgation et publication des lois », par Yves Gaudemet, nov. 1993 ; Encyclopédie Dalloz, *Répertoire civil*, V° « Lois et décrets », par Louis Bach, sept. 2004.

⁵ L'auteur développe à l'étude du sens du terme « publié » utilisé à l'article 21 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Selon nous, la publication s'entend sans le moindre doute de la parution au *Journal Officiel*.

⁶ Décision n 2004-496 DC du 10 juin 2004 : *Journal officiel* du 22 juin 2004, p. 11182.

<<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=CSCL0407405S>>

⁷ Yves Gaudemet, *op. cit.*, n°92.

⁸ Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n°339 ; V. une définition voisine in Henri Roland et Laurent Boyer, *Introduction au droit*, *Juris-Classeur*, coll. *Traité*, 2002, n°562.

Le premier se situe dans les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. La fonction d'authentification consiste à vérifier le respect de la procédure législative, à prendre acte de la loi et à en certifier le texte.

Le second aspect s'inscrit quant à lui dans un rapport interne au pouvoir exécutif. Le Président donne ordre à l'administration d'exécuter et de publier la loi, afin d'en assurer l'opposabilité aux citoyens.

7. Fonctions du délai de promulgation – Le délai imparti au Président pour promulguer les lois a été institué dans un triple but.

Il est en premier lieu conçu au service de l'efficacité et de la rapidité. Il préserve en effet le pouvoir législatif contre une promulgation tardive, voire dilatoire. C'est l'objectif primordial du délai.

À l'opposé et accessoirement, il permet la préparation de l'exécution du texte législatif. Le chef de l'État peut en effet mieux coordonner l'action du gouvernement en vue de rendre celui-ci exécutoire, en fonction du volume d'activité de l'administration. La longueur du délai de promulgation est en pratique souvent liée à la charge de travail du service législatif du Secrétariat général du Gouvernement.

Enfin, le délai est un gage de réflexion. Le Président, à l'instar des députés et des sénateurs⁹, peut en effet saisir l'opportunité de ce délai pour demander au Conseil constitutionnel de statuer sur la conformité de la loi à la Constitution. Il lui est aussi loisible de demander une nouvelle délibération.

Le délai de promulgation est donc à la fois une garantie accordée au Parlement contre les excès du Président, mais aussi une protection accordée au chef de l'État, qui lui offre la maîtrise du temps de l'exécution et la faculté d'exercer ses prérogatives en tant que garant de la Constitution.

L'idée d'un délai protecteur du Président est renforcée par le fait que le point de départ du délai n'est pas la clôture des débats mais le jour de la communication du vélin au Secrétariat général du Gouvernement par le Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat¹⁰.

C'est dans cette même logique protectrice que se situe l'article 21 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Pour éviter au Président le risque d'une promulgation hors délai, ce dernier ne recommence à courir qu'au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire au moment où le chef de l'État a effectivement connaissance de celle-ci.

8. Distinction du pouvoir de promulguer les lois et du délai pour agir – Le Président doit-il attendre la communication officielle de la loi définitivement votée par les chambres ou la publication de la décision du Conseil constitutionnel, pour avoir le droit de promulguer la loi ?

Répondre affirmativement, c'est lier hâtivement la prérogative au délai pour agir. Or, il nous semble que ces deux éléments peuvent être dissociés. Nous l'avons déjà signalé, le point de départ et la suspension du délai garantissent les intérêts du chef de l'État. La pratique constitutionnelle confirme cette analyse.

Tout d'abord, on peut noter l'existence de la promulgation « avant-velin » qui consiste, pour des raisons d'urgence, à promulguer certaines lois avant la communication du vélin au Secrétariat général du Gouvernement¹¹. La promulgation intervient avant le point de départ du délai de promulgation. Doit-on en conclure qu'une promulgation dans des circonstances analogues serait contraire à la Constitution ?¹²

⁹ Art. 61 al. 2 de la Constitution : <<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm#titre7>>.

¹⁰ Sur les détails de la procédure, voir notamment Yves Gaudemet, *op. cit.*, n^{os} 34 et s.

¹¹ Sur la promulgation de la loi « avant-velin », voir Yves Gaudemet, *op. cit.*, n^{os} 38, citant Cannac, *Éléments de procédure législative en droit parlementaire français*, 1939, p. 85 et s.

¹² Il est vrai que la pratique est antérieure à la V^e République. On pourrait rétorquer que le Président, par une telle action, empêcherait les parlementaires d'exercer leur droit de saisir le Conseil constitutionnel.

Plus sérieusement, on voit mal ce qui justifierait une attente inutile. En l'espèce, l'unique intérêt du délai réside dans la protection qu'il confère au Président de la République. Dès la décision du Conseil constitutionnel rendue, tout milite en faveur d'une promulgation rapide¹³.

9. Promulgation et acte de gouvernement – Quand bien même le Président de la République aurait outrepassé ses pouvoirs, il conviendrait encore de s'interroger sur la compétence du juge à statuer sur le respect des dispositions constitutionnelles et organiques.

Selon une jurisprudence vivement discutée mais pérenne, le décret de promulgation est qualifié d'acte de gouvernement¹⁴.

Est-il utile de rappeler que le Conseil d'État se déclare incompétent pour se prononcer sur la légalité de tels actes ? Chacun se souvient, après un apprentissage parfois long et douloureux du GAJA, que cette catégorie d'actes connut son heure de gloire du temps de la jurisprudence *Laffitte*¹⁵, pour voir son influence décliner notablement après le célèbre arrêt *Prince Napoléon*¹⁶.

Il reste néanmoins deux catégories résiduelles d'actes de gouvernement : les actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le pouvoir législatif, d'une part, et les actes mettant en cause la conduite des relations extérieures de la France, d'autre part. La promulgation entre dans le premier groupe.

La légalité du décret de promulgation ne pourrait donc pas être mise en cause.

10. Conséquences pratiques du raisonnement – *Last but not least*, les conséquences pratiques du raisonnement de Benoît Tabaka quant à l'existence de la loi seraient catastrophiques. L'auteur l'avoue lui-même en conclusion de son propos. Quand on connaît la fréquence du recours aux juges de la rue de Montpensier¹⁷, on imagine les répercussions sur la sécurité juridique qu'aurait l'approbation de sa théorie.

C'est convaincu par l'ensemble des arguments précédents que nous affirmons l'existence de la LEN. Assurons-nous maintenant de son opposabilité et de son entrée en vigueur par le jeu de la publication.

B. La publication

11. Présentation de l'ordonnance du 20 février 2004 – La publication des lois est longtemps restée le révélateur du versant le plus poussiéreux du Code civil. Le jeune étudiant trouvait en première année la source d'un profond découragement lorsqu'il découvrait, à l'article 1^{er} du Code civil, la référence à des unités de mesure dont il ignorait jusqu'à l'existence, les myriamètres. Les multiples toilettages qu'a subis le vénérable Code avaient épargné ce vestige, qui avait tout de même poursuivi son évolution jusqu'à l'aube de la III^e République. Le bicentenaire de l'héritage impérial était propice à l'éviction de cette verrue unanimement critiquée.

L'ordonnance du 20 février 2004 est arrivée à point nommé pour moderniser les règles relatives à la publication et à l'entrée en vigueur des lois¹⁸. Elle a remplacé le vieil article inaugural du Code civil par un

¹³ L'objection évoquée dans la note précédente ne saurait prospérer ici, la saisine du Conseil constitutionnel ayant déjà eu lieu.

¹⁴ CE, 3 novembre 1933, *Desreumeaux* : *Recueil Lebon*, p. 993 ; Sirey 1934, 3, p. 9, note Alibert ; *Dalloz périodique* 1934, 3, p. 36, note GROS ; Édouard SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux », *Revue de droit public* 1981, p. 989.

¹⁵ CE, 1^{er} mai 1822, *Laffitte*.

¹⁶ CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon* : *Recueil Lebon*, p. 155, conclusions David ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvoe et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA), 14^e éd., Dalloz, 2003, n°3 ; voir également sur le site du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la03.shtml>.

¹⁷ Monsieur Pierre Mazeaud, dans ses vœux au Président de la République pour l'année 2005, affirme qu'un texte sur deux est désormais déféré au Conseil qu'il préside : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/voeuxpr2005.htm>>.

¹⁸ Ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, *Journal officiel* du 21 février 2004, p. 3514.

texte simple, aux termes duquel « les lois [...] entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication »¹⁹, sous réserve de mesures d'application.

Hélas, l'ordonnance souffre d'ambiguïtés rédactionnelles et a le mauvais goût d'être partiellement codifiée²⁰. Benoît Tabaka exploite ces maladresses. Il nous invite à méditer sur les conditions entourant la publication électronique.

12. Publication électronique et publication sur papier : conditions cumulatives ? – La publication est susceptible de s'effectuer sur deux supports, électronique et papier. Selon l'article 2 de l'ordonnance, « la publication des [lois] est assurée [...] sur papier et sous forme électronique »²¹.

La publication sur les deux supports est-elle obligatoire pour conférer au texte son opposabilité *erga omnes* ? Il s'agit de savoir si les conditions de publication sur papier et sur support électronique sont cumulatives ou alternatives.

La raison conduit à penser que l'affirmatif de l'article 2 a valeur d'impératif. La publication sur les deux supports serait donc nécessaire pour que le texte soit opposable.

13. Modalités de la publication électronique – L'ordonnance fixe les modalités de la publication électronique. D'après l'article 2, la publication est assurée sur les deux supports « le même jour, dans des conditions de nature à garantir leur authenticité ».

Benoît Tabaka dégage de ce texte deux conditions distinctes : l'authenticité et la concomitance.

a. S'agissant de l'authenticité, l'auteur se réfère à l'article 1317, qui définit l'acte authentique. Pour lui, une interprétation stricte conduirait à reconnaître « qu'en l'absence d'authentification par un officier ministériel, le Journal officiel doit être considéré comme n'étant pas « authentique » et donc ne satisfait pas aux conditions d'entrée en vigueur ».

Il serait superflu d'argumenter longuement. La définition proposée concerne la preuve des actes juridiques en droit civil et a un sens technique étroit²². L'acte authentique ou solennel s'oppose à l'acte sous seing privé. La loi ne saurait être assimilée à la catégorie des actes juridiques, du moins au sens civiliste du terme.

Il faut entendre l'authenticité dans son acception commune, à savoir la « qualité de l'objet ou du document dont l'auteur ou l'origine sont attestés, notamment sur la foi d'un certificat »²³ ou l'inscription sur un registre officiel.

La remise en cause d'un texte législatif en raison de l'absence d'authentification par un officier ministériel est vouée à l'échec.

b. S'agissant de la concomitance de la publication sur les deux supports, le terme n'apparaît pas expressément dans l'ordonnance. Il découle de la règle selon laquelle la publication doit avoir lieu « le même jour » sur les deux supports. Parler de concomitance ne nous satisfait pas car la notion renvoie à une idée de simultanéité. Elle amène d'ailleurs l'auteur à se poser des questions sur l'heure de la publication, dont nous peinons à saisir l'intérêt et la spécificité en matière électronique.

<<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX0300196R>>.

¹⁹ Le régime antérieur plaçait la date d'entrée en vigueur un jour franc après sa publication au Journal officiel à Paris et un jour franc après sa réception par la préfecture départementale en province.

²⁰ Seul l'article 1^{er} de l'ordonnance est codifié et modifie l'article 1^{er} du Code civil.

²¹ Des exceptions à la publication sous ces deux formes sont prévues aux articles 4 et suivants de l'ordonnance.

²² Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux et Muriel Fabre-Magnan, *Introduction générale*, op. cit., n^{os} 697 et s. ; François Terre, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Dalloz, 2003, n^{os} 500 et s.

²³ Association Henri Capitant (sous la direction de Gérard Cornu), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2004, V^o « Authenticité ».

Au fond, le problème se ramène irrésistiblement à deux questions concernant la preuve du respect des règles encadrant les modalités de la publication électronique et la sanction de ces règles.

14. Preuve de la publication électronique dans les conditions prévues par l'ordonnance – L'objet de la preuve ayant été abordé précédemment, nous nous intéresserons à la charge de la preuve de la publication dans les conditions prévues par l'ordonnance et aux modes de preuve admissibles.

Il est en général admis qu'en cas de contestation, la charge de la preuve de la loi nouvelle incombe à la partie qui se prévaut du texte nouveau, la preuve se rapportant par tous moyens²⁴.

Appartient-il à l'administration d'apporter la preuve de la date de la publication et du respect des conditions posées à l'article 2 de l'ordonnance ? Comme pour la presse périodique, on pourrait présumer que la date indiquée sur la page web ou sur le support papier fait foi à l'égard des tiers²⁵. Il serait néanmoins très difficile d'apporter la preuve de la fraude ou de l'erreur de l'administration.

15. Sanction – En cas de manquement à l'obligation de publication sur les deux supports, la seule sanction envisageable consiste à reporter l'opposabilité du texte au lendemain du jour où la publication sur le second support aura été effectuée.

Précisons que l'article 3 de l'ordonnance distingue clairement la publication, instantanée, de la mise à disposition des textes sous forme électronique, permanente²⁶. Seule la publication conditionne l'opposabilité et l'entrée en vigueur du texte, dont le caractère instantané demeure. La défaillance dans la mise à disposition des textes sera analysée comme un manquement à une obligation de service public et non pas comme une suspension de l'opposabilité de la norme²⁷.

16. Conséquences pratiques du raisonnement – À l'appui des arguments précédents, on peut enfin affirmer, en opportunité, qu'il serait déraisonnable pour un magistrat d'accueillir favorablement une demande fondée sur le raisonnement de Benoît Tabaka. Comme il l'indique lui-même, une pareille interprétation aurait des conséquences fâcheuses sur l'ensemble des lois publiées après le 1^{er} juin 2004, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 2 février 2004.

De notre point de vue, la LEN n'encourt aucun grief en droit interne tant en ce qui concerne sa promulgation que sa publication. Le droit communautaire offre des pistes plus sérieuses pour en contester partiellement l'opposabilité.

²⁴ Voir Yves Gaudemet, *op. cit.*, n° 143.

²⁵ Voir notamment Cass. crim., 1^{er} juillet 1953 : *Bulletin criminel*, n° 228 (jurisprudence constante).

²⁶ C'est la même nuance qui a suscité la querelle jurisprudentielle sur la définition du point de départ du délai de prescription de l'action en diffamation sur Internet.

²⁷ En l'absence de fiabilité technique suffisante et de garantie d'un accès permanent, le distinguo est légitime. Il serait néanmoins intéressant d'étudier les implications de ce passage progressif de l'instantané au continu qu'apporte Internet, notamment d'un point de vue répressif.

II. L'opposabilité des dispositions de la LEN à la lumière du droit communautaire

17. **Présentation de la directive n° 98/34/CE** – La directive 98/34/CE du 22 juin 1998²⁸ dite « *transparence réglementaire* » orchestre la procédure de notification des projets nationaux de normes techniques aux États membres de l'Union européenne. Considérée comme l'un des outils les plus efficaces de l'harmonisation législative, cette procédure a été étendue aux règles relatives à la société de l'information par la directive n° 98/48/CE du 20 juillet 1998, pour préserver le haut degré d'intégration communautaire en la matière et pour éviter des freins au libre établissement des opérateurs de services et à la libre circulation des services par voie électronique au sein de l'Union européenne²⁹.

Il semblerait que la France n'ait pas pleinement respecté la procédure de notification mise en place par la directive dans le cas de la LEN. Ce manquement (A), souligné par plusieurs auteurs³⁰, impliquerait l'inopposabilité d'un certain nombre de ses dispositions (B).

A. Le manquement au respect de la procédure de notification

18. **Respect de l'obligation de notification initiale du projet** – L'article 8 § 1 al. 1 de la directive 98/34/CE fait obligation aux États membres de communiquer « *immédiatement à la Commission tout projet de règle technique [...] Ils adressent également à la Commission une notification concernant les raisons pour lesquelles l'établissement d'une telle règle technique est nécessaire...* »

L'objet de l'expression « *projet de règle technique* » est particulièrement vaste, puisqu'il recouvre, en réalité, l'ensemble des règles juridiques relatives à la société de l'information³¹. Il est communément admis que doivent être notifiés les projets de loi relatifs à la signature électronique, au commerce électronique, aux noms de domaine, dès lors qu'ils ne se contentent pas d'une transposition littérale d'une directive communautaire³².

À l'instar de ses homologues européens, la France a respecté son obligation de notification, enregistrée auprès de la Commission le 22 novembre 2002³³. Elle s'est en outre conformée à l'article 9 § 1, qui

²⁸ Dir. 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques : JOCE n° L 204, 21 juil. 1998, p. 37-48, codifiant la directive « notification » (Dir. 83/189/CEE du 28 mars 1983 : JOCE n° L 109, 26 avril 1983, p. 8) et les textes ultérieurs.

<<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0034:FR:HTML>>

²⁹ Dir. 98/48/CE du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques : JOCE n° L 217, 5 août 1998, p. 18-26 ;

<<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0048:FR:HTML>>.

Version consolidée officieuse dir. 98/34/CE : <http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/consolidated/index_fr.pdf>.

Sur l'ensemble de la procédure : <http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/index_fr.htm>.

À propos de la directive 98/48/CE, voir notamment : Salvatore d'Acunto, « La Directive 98/48 prévoyant un mécanisme de transparence réglementaire pour les services de la société de l'information : un premier bilan après 12 mois de fonctionnement », *Rev. du droit de l'Union Européenne*, n° 3, juil. 2000, p. 621 ; Rudolphe Muñoz, « L'application concrète du principe de transparence dans la sphère des services de la société de l'information », *Rev. Europe*, déc. 2001, chron. n° 9, p. 3 ; Christoph De Preter, « La directive de notification : anguille sous roche ? » : <<http://www.droit-technologie.org>>, 20 fév. 2003. De manière plus large, voir Jean-Pierre Pizzio, « Le droit communautaire et le commerce électronique », *JCP éd. E*, 2004, Cah. dr. entr., n° 4, p. 15.

³⁰ Guillaume Teissonnière et Cyril Rojinsky, « L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Principes généraux », *JCP éd. G*, 2004, act. 405 ; Guillaume Teissonnière, « La responsabilité de plein droit des cybercommerçants existe-t-elle ? » : *Juriscor.net*, 21 oct. 2004, <<http://www.juriscor.net/pro/visu.php?ID=586>> ; Benoît Tabaka, « La notification des textes encadrant la société de l'information et le casse-tête du droit parlementaire français », *Légipresse* n° 215, oct. 2004, p. 114 ; Thibault Verbiest, « La responsabilité de plein droit du cybervendeur » : *Journal du net*, 11 janv. 2005 <<http://www.journaldunet.com/juridique/juridique050111.shtml>>.

³¹ Voir *infra*, n 22.

³² Voir *infra*, n 24.

³³ <http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYear=2002&inum=454&lang=FR&sNLang=FR>.

interdit aux États membres l'adoption du projet de règle technique dans les trois mois suivant sa notification³⁴.

19. Absence de « renotification » après modification significative du projet – L'article 8 § 1 al. 3 de la directive 98/34/CE impose de surcroît aux États membres de procéder à une nouvelle notification « *s'ils apportent au projet de règle technique, d'une manière significative, des changements qui auront pour effet de modifier le champ d'application, d'en raccourcir le calendrier initialement prévu, d'ajouter des spécifications ou des exigences ou de rendre celles-ci plus strictes* ».

Point n'est besoin de revenir sur les péripéties préalables à l'adoption de la LEN : le difficile et tardif accouchement a été abondamment commenté. Chaque passage devant les parlementaires a permis au projet de s'étoffer. Après deux navettes, c'est une commission mixte paritaire qui parvint à dégager un texte de compromis. Or, la France n'a soumis qu'une seule fois le projet à la Commission durant les débats, après la première lecture devant l'Assemblée Nationale³⁵.

a. Caractère significatif de la modification

On peut tout d'abord se demander à quel niveau doit se faire l'évaluation de la modification significative. D'après le texte, il faut se situer au niveau du projet de règle technique. Entend-on par là l'ensemble de la loi ou seulement les dispositions épineuses ? Nous inclinons pour la seconde solution car c'est bien le contenu de chaque règle, prise isolément, qui est visé³⁶.

L'appréciation du caractère significatif de la modification du projet n'est pas évidente. La notion-cadre est d'autant plus élastique qu'elle est assortie de critères eux-mêmes discutables (modification du champ d'application, du calendrier ou des spécifications).

La pratique communautaire consiste pour les États à demander officieusement un avis à la Commission³⁷. L'organe a néanmoins tendance à retenir facilement la modification substantielle. En l'occurrence, la délégation interministérielle aux normes a eu des échanges nombreux avec la Commission³⁸. La France a répondu sur de nombreux points aux observations formulées par l'organe communautaire. Néanmoins, de l'avis même de membres de la délégation interministérielle, certaines dispositions de la LEN souffrent de ne pas avoir été communiquées à la Commission au fur et à mesure de leur évolution.

b. Critique du mécanisme

³⁴ La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) se montre particulièrement sévère quant au manquement à cette seconde obligation, qu'elle assimile en effet à l'absence de notification. Arrêt de la Cour du 26 sept. 2000, Unilever SpA c/ Central Food SpA, affaire C-443/98 : http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/443_98/index_fr.doc.

³⁵ http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/pisa/app/search/index.cfm?fuseaction=pisa_notif_overview&iYear=2003&inum=127&sNLang=FR&lang=FR.

³⁶ C'est la position que défend la Commission, interrogée sur la question.

³⁷ Voir Commission européenne, Comité « Normes et règles techniques », *Vademecum relatif à la directive 98/48/CE...*, Doc. S-42/98-FR, p. 35 : http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/vade9848/index_fr.pdf.

³⁸ Dans le souci de garantir la confiance mutuelle qui s'instaure entre la Commission et les États membres, la Commission refuse de communiquer au public les observations émises dans le cadre des notifications, en application de l'exception prévue à l'article 4 § 2 al. 3 du Règlement 1049/2001 (voir, par analogie, l'arrêt « Petrie » du 11 décembre 2001, affaire T-191/99).

Contactée à ce sujet, la Commission a cependant précisé les points suivants :

« Les observations émises par la Commission dans le cadre des deux procédures de notification portent notamment sur des divergences entre les projets notifiés et certaines dispositions de la directive 2000/31/CE. La Commission, en outre, a saisi l'opportunité de ces notifications pour attirer l'attention des autorités françaises sur certaines dispositions de la directive 2000/31/CE qui ne semblaient pas avoir fait l'objet d'une transposition. Enfin, la Commission a formulé des observations sur les dispositions relatives à la cryptologie contenues dans les 2 projets notifiés. En particulier, elle a demandé de traiter les pays AELE, signataires de l'Accord sur l'Espace économique européen, sur un pied d'égalité avec les États membres de la Communauté et elle a exprimé des doutes quant à la compatibilité des dispositions en question avec le règlement n° 1334/2000 du 22 juin 2000 établissant un régime communautaire des contrôles à l'exportation des biens et technologies à double usage. »

De telles notifications en série allongent sensiblement la durée de la procédure législative. La société de l'information, dont l'un des traits est justement le caractère évolutif, mérite des règles établies promptement. La transparence prévient les recours *a posteriori* mais ralentit le processus législatif³⁹.

Dans l'Union, peu de textes sont renotifiés à chaque passage devant les chambres. Cela s'explique pour partie par l'ignorance de la directive 98/48 mais aussi par le fait que la directive 98/34 portait initialement sur les standards techniques des produits, qui relèvent davantage de textes réglementaires ou des normes de l'AFNOR. L'obligation de renotification se justifiait pleinement dans de tels cas, où l'édiction de la règle n'implique pas la maturation et la discussion du texte par des assemblées parfois opposées. Pour une règle de nature législative, les limites du système sont vite perceptibles. Cela serait sans gravité si les textes adoptés en infraction à l'obligation de renotification n'étaient pas frappés de la pire sanction concevable.

20. Sanction du manquement – Celle-ci est dissuasive : selon la jurisprudence communautaire, il incombe au juge national « *de refuser d'appliquer une règle technique nationale qui n'a pas été notifiée* » conformément à la procédure prévue par la directive⁴⁰. La règle se trouve écartée, inapplicable, inopposable⁴¹.

La Commission européenne affirme qu'une sanction identique concerne également le projet non renotifié⁴². Il est probable que la Cour se rallie à cette logique, aucun argument ne justifiant raisonnablement de distinguer entre les deux hypothèses. Et pourtant, nous ne pouvons nous empêcher d'émettre une réserve en opportunité. Devant la faible fréquence des notifications au niveau communautaire, il serait désolant de sanctionner avec autant de vigueur des textes que certains États ont pris le soin de notifier, ne serait-ce qu'initialement, quand d'autres ont totalement violé leurs obligations.

Dans la mesure où la France semble avoir manifestement oublié de respecter ses engagements communautaires, l'application de certaines dispositions de la LEN est susceptible d'être écartée. Sans tomber dans un excès de détails, il est utile de regarder d'un peu plus près les points les plus sensibles.

B. Les dispositions de la LEN susceptibles d'être écartées

21. L'inopposabilité ne frappe pas toutes les règles, mais seulement celles répondant à un ensemble de conditions précises⁴³. Il faut être en présence d'une règle technique portant spécifiquement sur un service de la société de l'information. Elle ne doit pas avoir été exclue expressément du champ de la directive. Enfin, en l'espèce, seules les normes ayant significativement évolué depuis la dernière notification méritent attention.

22. Une règle technique – Le terme *règle* s'oppose à la décision individuelle ou aux accords particuliers et ne crée ici aucun problème. Il en va tout autrement de la technicité de la règle. La sémantique s'impose encore, quoique la directive prenne la précaution de poser sa propre définition du caractère technique⁴⁴.

Avant la directive 98/48/CE, l'aspect technique de la règle correspondait au sens commun de spécification technique⁴⁵. Une règle prévoyant les conditions d'établissement des entreprises n'était pas notifiable dès

³⁹ Ce premier argument prête le flanc à la critique. La notification ne suspend pas le processus législatif, elle interdit uniquement l'adoption définitive du texte.

⁴⁰ Arrêt du 30 avr. 1996, CIA Security International SA, affaire C-194/94 :

<http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/194_94/index_fr.pdf> (attention, la numérotation des attendus est erronée)

⁴¹ Sur le choix entre inapplicabilité et nullité, les États ont le libre choix.

⁴² Voir Commission européenne, *Vademecum relatif à la directive 98/48/CE...*, *op. cit.*, p. 36.

⁴³ *Ibid.*, p. 9 et s.

⁴⁴ Voir, au sujet de la propension du législateur à la définition, l'excellente introduction de l'allocution d'Olivier Cachard, Rencontres annuelles du CEJEM, Colloque du 3 juin 2004 sur la LEN, « *Définition du commerce électronique et loi applicable* » : Comm. com. électr., sept. 2004, étude n 31, p. 53-56.

⁴⁵ Voir Commission européenne, Comité « Normes et règles techniques », *Document de travail : jurisprudence de la Cour de justice et pratique des services de la Commission*, Doc. 39/98 rév. 2-FR :

<http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/court/index_FR.doc>.

lors qu'elle ne définissait pas les caractéristiques d'un produit⁴⁶. De même, une règle relative aux horaires de fermeture d'un magasin ne relevait pas de la directive⁴⁷. Inversement, avaient un caractère technique les règles détaillées définissant les conditions des tests de qualité et de bon fonctionnement devant être remplies pour l'agrément d'un produit⁴⁸.

La directive 98/48/CE a dynamité cette définition. Selon l'article 1^{er} point 11 consolidé, la règle technique est en effet « *une spécification technique ou autre exigence ou une règle relative aux services [...] dont l'observation est obligatoire de jure ou de facto, pour la commercialisation, la prestation de services, l'établissement...* ».

La définition gigogne⁴⁹ renvoie à l'article 1^{er} point 5 d'après lequel une règle relative aux services est « *une exigence de nature générale relative à l'accès aux activités de services [...] et à leur exercice, notamment les dispositions relatives au prestataire de services, aux services et au destinataire de services...* »

La définition large qui émane du texte de la directive laisse mal entrevoir les limites des projets de normes à notifier. L'exigence de caractère technique serait-elle devenue superflue à l'égard des règles relatives à la société de l'information ?

L'hypertrophie est regrettable à plus d'un titre. Ainsi, doit-on considérer la responsabilité de plein droit du « commerçant électronique »⁵⁰ instituée par l'article 15 de la LEN comme une règle technique au sens de l'article 1^{er} de la directive 98/34/CE ? Ce mécanisme ne gêne absolument pas l'accès aux activités de services mais peut-on en dire autant de leur exercice ? La responsabilité est une règle générale relevant du régime des obligations. Elle ne touche l'exercice des activités que de manière lointaine.

Les exemples de mesures techniques présentés par la Commission sont plus précis⁵¹. Ils concernent l'interdiction d'exercice sous certaines formes professionnelles, l'expérience requise, les modalités d'inscription à un registre spécial, etc. Il est délicat de donner une réponse catégorique sur ce point.

23. ...portant spécifiquement sur un service de la société de l'information – L'activité visée par la règle doit porter spécifiquement sur un service de la société de l'information, c'est-à-dire être fourni à distance, électroniquement et à la demande d'un destinataire.

a. Limitation aux services

Dans le domaine de la société de l'information, seuls comptent les services et non pas les produits. La prestation doit avoir un caractère normalement onéreux. Pour reprendre l'exemple de la responsabilité du « commerçant électronique », il faudra savoir s'il agit à titre principal en tant que prestataire de service ou en tant que vendeur. L'article 15 I. de la LEN fait principalement référence à « l'acheteur », on pourrait donc retenir qu'il se situe en-dehors de la catégorie des services. Cependant, le « commerce électronique » vise toute fourniture de biens ou de services, sans distinction, d'après l'article 14 de la LEN.

Certains États membres ont insisté sur le départ byzantin entre les services et les produits. La responsabilité du commerçant électronique illustre parfaitement cette difficulté. A supposer que les autres conditions soient réunies, seule la responsabilité de plein droit du fournisseur de services en ligne serait inopposable et non pas la responsabilité du vendeur.

⁴⁶ Arrêt du 30 avr. 1996, CIA Security International SA, affaire C-194/94, *op. cit.*, attendu 25.

⁴⁷ Arrêt du 20 juin 1996, Semeraro Casa, affaires jointes C-418/93 à C-421/93, C- 460/93 à C-462/93, C-464/93, C-9/94 à C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 et C-332/94, Recueil p. I-2975, attendu 38.

⁴⁸ *Ibid.*, attendu 26.

⁴⁹ La directive utilise le principe des poupées russes. La rigueur aurait imposé de partir de la définition du « projet de règle technique », qui renvoie à celle de la « règle technique », qui renvoie à la définition de la « règle relative aux services », qui renvoie à la définition du « service ».

⁵⁰ L'expression n'est pas très heureuse mais évite une longue périphrase.

⁵¹ Voir Commission européenne, *Vademecum relatif à la directive 98/48/CE...*, *op. cit.*, p. 12 et s.

La Commission préconise une solution de bon sens (*sic*) qui consisterait à étendre encore le champ d'application de l'obligation de notification aux produits et services pour les règles relatives à la société de l'information⁵².

b. Services de la société de l'information

On suppose des services fournis à distance au moyen d'équipements électroniques et par des voies de télécommunication, à la demande individuelle du destinataire. Sont par là-même exclus les services de radiodiffusion télévisuelle ou sonore. Les dispositions de la LEN relatives à la communication audiovisuelle n'avaient donc pas à être notifiées.

c. Caractère spécifique

Les règles doivent en outre viser spécifiquement un service de la société de l'information. N'ont donc pas à être notifiées les règles relatives à la cryptologie (Titre III), qui dépassent le cadre des services de la société de l'information.

24. ...non exclues expressément du domaine de la directive... – De nombreuses normes sont expressément écartées de la procédure de notification. Il s'agit principalement des règles découlant de la nécessaire transposition de directives communautaires (art. 10) et de celles relatives aux télécommunications (art. 1^{er} § 5 al. 2), aux services financiers (art. 1^{er} § 5 al. 3) et aux marchés réglementés (art. 1^{er} § 5 al. 4). Les deux premières exclusions nous intéressent plus particulièrement.

a. Transposition d'une directive

Aux termes de l'article 10 § 1, la procédure de notification n'est pas applicable aux dispositions par lesquelles les États membres « *se conforment aux actes communautaires contraignants qui ont pour effet l'adoption [...] de règles relatives aux services* ».

Ne peut-on arguer du fait que la LEN transpose la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000⁵³ pour écarter l'obligation d'en notifier le texte à la Commission ? La LEN ne se contente pas d'une transposition littérale de la directive sur le commerce électronique. Le législateur a, au contraire, adopté une loi très générale et parfois éloignée du texte communautaire⁵⁴. Dès lors que la loi porte sur des questions non couvertes par la directive à transposer, la procédure de notification doit être respectée pour ces dernières⁵⁵.

N'encourent pas la sanction de l'inopposabilité les règles relatives à l'information prévues par les articles 5 et 6 de la directive du 8 juin 2000 et celles relatives à la passation des contrats électroniques.

b. Télécommunications

Il résulte des dispositions précitées que sont notamment exclues de l'obligation de notification les règles relatives aux systèmes satellitaires et au développement des technologies de l'information et de la communication, prévues aux articles 47 et suivants de la LEN (Titres IV et V).

⁵² Rapport de la Commission au Parlement européen et au conseil, Évaluation de l'application de la directive 98/34/CE dans le domaine des services de la société de l'information, COM(2003) 69, 13 fév. 2003, p. 33 : http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/rebs_2002_1999_IS/COMM_PDF_COM_2003_0069_F_FR_ACTE.pdf.

⁵³ Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur : JOCE n° L 178, 17 juil. 2000, p. 1-16 ; <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:FR:HTML>.

⁵⁴ Voir *infra* n° 26 à propos d'un recours en manquement contre la France.

⁵⁵ Voir Commission européenne, *Vademecum relatif à la directive 98/48/CE...*, *op. cit.*, p. 22.

25. ...**significativement modifiées depuis la dernière notification...** – Comme la LEN a été notifiée, seules les dispositions modifiées de manière significative par rapport aux deux premières notifications pourraient être déclarées inopposables.

Pour ne reprendre que le cas de la responsabilité du commerçant électronique, la rédaction n'a guère évolué entre la version adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture et le texte définitif.

La première version indique :

« On entend par commerce électronique l'activité par laquelle une personne, agissant à titre professionnel, s'engage à assurer, contre paiement, la bonne fin d'une fourniture de biens ou d'une prestation de services, après en avoir reçu la commande à distance et par voie électronique. »

La responsabilité de la personne qui assure cette activité se trouve engagée non seulement sur les opérations réalisées par voie électronique, mais plus généralement sur toutes les opérations intermédiaires concourant à la satisfaction finale de la commande. »

Quant à la version finale, elle précise que *« toute personne physique ou morale exerçant l'activité [de commerce électronique] est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. »*

Les deux textes sont voisins et traitent de la responsabilité du commerçant électronique du fait des intermédiaires, qui a suscité une vive opposition entre les chambres. La version finale est moins floue en ce qu'elle pose clairement un cas de responsabilité de plein droit⁵⁶. On ne constate néanmoins aucune modification du champ d'application, du calendrier ou des spécifications. Cet article pourrait donc être déclaré opposable.

26. Une longue analyse révèle que la LEN est certes exécutoire, mais que le doute plane sur l'opposabilité de quelques-unes de ses dispositions⁵⁷. Doit-on être déçu de n'avoir point découvert « l'arme de destruction massive de loi » à laquelle on s'attendait ? Si les conclusions sont plus limitées que celles auxquelles aboutissait Benoît Tabaka⁵⁸, il apparaît néanmoins que la sécurité juridique concernant un domaine fondamental de la société de l'information se trouve fragilisé par la légèreté des services de l'État français.

La présente étude s'est contentée d'analyser les aspects procéduraux. Au péril de l'inopposabilité s'adjoint la menace d'un recours en manquement en raison de la transposition incorrecte de la directive Commerce électronique. Les services de la Commission privilégient en effet cette voie de recours par rapport à la question subsidiaire du respect de la procédure de notification. À trop promouvoir l'adoption d'une grande loi, nous avons pris le risque de la voir partir en lambeaux⁵⁹.

⁵⁶ Selon Benoît Tabaka, appelé à donner son point de vue sur le présent article, « la rédaction adoptée par l'Assemblée en première lecture ne fixe pas un principe de responsabilité de plein droit, mais opère plutôt une clarification du régime existant. La différence vient qu'en posant un régime de responsabilité de plein droit, la notion de faute disparaît. Si le texte adopté par l'Assemblée en première lecture demeurait, le consommateur devait prouver cette faute. Ce texte instituant un nouveau régime de responsabilité aurait donc dû être renouveau ». Nous ne partageons pas cette opinion, qui démontre cependant le flou entourant les conditions d'application de la procédure de notification.

⁵⁷ Il conviendrait assurément d'approfondir la recherche en dressant un tableau récapitulatif reprenant, pour chacune des dispositions de la LEN, l'ensemble des conditions de la directive transparence.

⁵⁸ Je remercie sincèrement Benoît, avec lequel j'entretiens une relation de longue date, et qui m'a très aimablement encouragé à nuancer un article qu'il voulait délibérément provocateur, quitte à tordre parfois les mots dans tous les sens. Qu'il reçoive ici le témoignage de mon amitié et de mon admiration.

⁵⁹ Nous ne pouvons que souscrire à la conclusion formulée par Olivier CACHARD, *article précité* n° 22, dans laquelle l'auteur émet des regrets concernant l'éloignement du texte de la loi par rapport à celui de la directive. L'étude sur le fond de la conformité de la LEN aux textes communautaires mériterait une recherche complémentaire. Voir à ce sujet, *supra*, note 38