

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le paiement électronique

Demoulin, Marie

Published in:

Obligations : commentaire pratique : ouvrage à feuillets mobiles

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Demoulin, M 2007, Le paiement électronique. dans *Obligations : commentaire pratique : ouvrage à feuillets mobiles*. vol. 2, n° 1.7, Kluwer, Bruxelles, pp. 1-27.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Chapitre 7

Le paiement électronique

par MARIE DEMOULIN¹

Plan

Introduction

Section 1^{re}. La loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds

§ 1^{er}. Origine et perspectives

§ 2. Champ d'application

I. Ratione materiae

A. Notion de transfert électronique de fonds

B. Les instruments rechargeables

1. Le choix de la terminologie

2. Les dispositions applicables

C. Les instruments exclus par la loi

II. Ratione personae

A. L'émetteur

B. Le titulaire

III. Articulation avec d'autres textes législatifs applicables

A. La loi sur les pratiques du commerce

B. La loi sur le crédit à la consommation

C. Autres textes

§ 3. Obligations des parties

I. Obligations de l'émetteur

A. Les conditions contractuelles

1. Communication précontractuelle des conditions contractuelles (art. 4)

a. Exigences formelles

b. Contenu des conditions contractuelles

1) Les informations techniques (1°)

2) Les utilisations possibles (2°)

3) Les plafonds (3° et 4°)

4) Obligations et responsabilités de chacun (5° et 6°)

5) Délai de débit ou de crédit du compte (7°)

6) Frais (8°)

7) Contestation d'une opération (9°)

c. Charge de la preuve

2. Modification des conditions contractuelles en cours de contrat (art. 5, § 4)

B. Information périodique relative aux opérations effectuées au moyen de l'instrument

1. Etat des dépenses (art. 5, § 1^{er})

2. Le cas particulier des instruments rechargeables (art. 5, § 3)

C. Conseils de prudence (art. 5, § 2)

¹ Assistante aux FUNDP et Chercheuse au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID).

- D. Mesures de confidentialité (art. 6, al. 1^{er}, 1^o et 2^o)
- E. Interdiction de fournir un instrument non sollicité (art. 6, al. 1^{er}, 3^o)
- F. Obligation d'archivage (art. 6, al. 1^{er}, 4^o)
- G. Obligations liées à la notification en cas de perte ou de vol de l'instrument (art. 6, al. 1^{er}, 5^o et 7^o)
- H. Possibilité pour le titulaire de modifier les plafonds (art. 6, al. 1^{er}, 6^o)
- I. Mesures en cas de contestation d'une opération par le titulaire (art. 6, al. 1^{er}, 8^o)
- II. Obligations du titulaire (art. 8, § 1^{er})
 - A. Utilisation de l'instrument conforme aux conditions contractuelles
 - B. Notification en cas de problème
 - C. Précautions relatives à la sécurité
 - D. Irrévocabilité des instructions de paiement
- III. Nullité de certaines clauses
- § 4. Responsabilités des parties
 - I. Responsabilités de l'émetteur
 - A. Inexécution ou mauvaise exécution des opérations, erreurs, irrégularités ou opérations exécutées sans autorisation du titulaire
 - B. Contrefaçon de l'instrument
 - C. Inexécution des obligations de l'émetteur
 - II. Partage des Responsabilités en cas de perte ou de vol de l'instrument
 - A. Responsabilités jusqu'à la notification
 - B. Responsabilités après la notification
 - C. Exception en cas d'utilisation de l'instrument sans présentation physique ni identification électronique
 - III. Instruments rechargeables
 - A. Perte ou vol de l'instrument rechargeable
 - B. Dysfonctionnements
- Section 2. Les paiements électroniques dans le cadre des contrats à distance
 - § 1^{er}. L'obligation d'information
 - § 2. L'utilisation frauduleuse des moyens de paiement électronique
 - I. Champ d'application
 - A. *Ratione personae*
 - B. *Ratione materiae*
 - II. Conditions
 - § 3. Le problème du paiement anticipé

Bibliographie

- DE CLIPPELE, F. et GOFFARD, O., « Qui va payer ? Ou questions quant à la responsabilité de l'émetteur de la carte en cas de transfert électronique de fonds », *J.T.*, 2004, 369-376.
- LAMBERT, Th., « La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2003, 573-588.
- ROLIN JACQUEMYNS, L., « Régime juridique des paiements électroniques à la lumière de la nouvelle loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *Ubiquité*, 2003/16, 9-26.
- SALAÛN, A., « Une nouvelle pierre à l'édifice de protection des consommateurs : la loi sur les instruments de transfert électronique de fonds », *J.T.*, 2003, 205-211.
- X., *Aspects juridiques du paiement électronique – Juridische aspecten van de elektronische betaling*, Bruxelles, Kluwer, 2004, 3 vol.

INTRODUCTION

Les paiements électroniques sont aujourd'hui largement entrés dans les mœurs. Chaque jour, ils sont utilisés dans les magasins, les restaurants, les stations essences, aux guichets bancaires automatiques et, bien entendu, sur Internet. La survie même du commerce électronique passe par la recherche et la création de nouveaux modes de paiement, toujours plus adaptés à la communication en réseaux ouverts.

Quel que soit le *modus operandi*, le paiement électronique est avant tout un paiement, au sens juridique du terme. Il s'agit donc, très classiquement, de l'acquittement d'une dette portant sur une somme d'argent. A cet égard, les règles traditionnelles entourant le paiement sont d'application.

Cependant, le recours à des moyens électroniques pour opérer le paiement suscite un certain nombre de questions particulières, sur lesquelles le législateur s'est penché. Un pas important a été franchi avec l'adoption de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (ci-après loi TEF)². D'autres initiatives, plus ponctuelles, visent à encadrer les paiements dans le cadre des contrats à distance, et notamment les paiements électroniques sur Internet, afin d'assurer au consommateur une protection suffisante.

SECTION 1^{re}. LA LOI SUR LES OPÉRATIONS EFFECTUÉES AU MOYEN D'INSTRUMENTS DE TRANSFERT ÉLECTRONIQUE DE FONDS

§ 1^{er}. *Origine et perspectives*

La loi du 17 juillet 2002 a été adoptée dans le but de transposer la recommandation 97/489/CE du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire³.

Une recommandation de la Commission européenne est un texte non contraignant, mais la Belgique a pris l'option de transposer celle-ci intégralement. S'ils ne devaient pas procéder à une transposition proprement dite du texte, les Etats Membres étaient en tout cas tenus de mettre leur législation en conformité avec la recommandation pour la fin de l'année 1998⁴. En adoptant la loi TEF en 2002, la Belgique faisait pourtant figure de bon élève. Quelques libertés et ajouts ont cependant été pris, sur lesquels nous ne nous étendrons pas⁵.

Il s'est avéré par la suite que les législations respectives des Etats membres en matière de paiements électroniques étaient encore très disparates, lorsqu'elles existaient. C'est pourquoi la Commission européenne s'est lancée dans la rédaction d'une proposition de directive

² M.B., 17 août 2002.

³ J.O.C.E., n° L 208, du 2 août 1997, p. 52 (ci-après « la recommandation 97/489/CE »).

⁴ Art. 11 de la recommandation 97/489/CE.

⁵ Voy. A. SALAÜN, *op. cit.*, pp. 205-211.

concernant les services de paiement dans le marché intérieur⁶, qui devrait être adoptée à la fin de l'année 2007. L'objet de cette directive n'est pas limité aux paiements électroniques, mais elle aura sans aucun doute un impact sur l'actuelle législation belge en matière de transferts électroniques de fonds⁷.

D'autres textes européens présentent des accointances certaines, quoique moins directes, avec la question des paiements électroniques. On songe notamment à la directive sur l'émission de monnaie électronique⁸ ou à celle sur les services financiers à distance auprès des consommateurs⁹, toutes deux transposées en droit belge¹⁰.

§ 2. *Champ d'application*

I. *RATIONE MATERIAE*

A. **Notion de transfert électronique de fonds**

C'est intentionnellement que le législateur écarte la notion de « paiements électroniques » (retenue par la recommandation 97/489/CE), au profit de celle, plus large, de « transferts électroniques de fonds ». Sans équivoque, les travaux préparatoires de la loi indiquent que l'objectif est de viser non seulement les paiements, en tant que contre-prestations d'une obligation, mais également les libéralités, ainsi que le simple fait d'accéder à un compte par voie électronique¹¹.

L'article 2, 1^o, de la loi TEF définit en effet l'instrument de transfert électronique de fonds comme « tout moyen permettant d'effectuer, par voie entièrement ou partiellement électronique, une ou plusieurs des opérations suivantes :

- a) des transferts de fonds ;
- b) des retraits et dépôts d'argent liquide ;
- c) l'accès à distance à un compte ;
- d) le chargement et le déchargement d'un instrument rechargeable ».

On déplore le caractère quelque peu tautologique de la définition en son point a, dans la mesure où elle revient à dire qu'un instrument de transfert électronique de fonds est... un

⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services de paiement dans le marché intérieur et modifiant les directives 97/7/CE, 2000/12/CE et 2002/65/CE, COM (2005) 603 final.

⁷ Pour un exposé sur les perspectives envisagées au niveau européen, voy. S. DE BROUWER, « Un nouveau cadre juridique pour les paiements électroniques dans le marché intérieur », in *Aspects juridiques du paiement électronique – Juridische aspecten van de elektronische betaling*, Bruxelles, Kluwer, 2004, vol. 1, pp. 239 à 269.

⁸ Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, *J.O.C.E.*, n° L 275, du 27 octobre 2000, p. 39.

⁹ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° L 271, du 9 octobre 2002, p. 16.

¹⁰ Voy. la loi du 25 février 2003 modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 7 mars 2003, ainsi que la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, *M.B.*, 31 août 2005.

¹¹ Cf. l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1389/1, pp. 6 et 8 (cité ci-après « Projet de loi TEF »).

moyen permettant d'effectuer par voie électronique des transferts de fonds. Les opérations visées au point b de la définition sont principalement les retraits et dépôts d'espèces auprès d'un guichet automatique. L'accès à distance à un compte, envisagé au point c, peut simplement avoir pour objectif de consulter le solde d'un compte ou d'imprimer des extraits. Ce point c laisse les auteurs perplexes à plusieurs égards¹², si on envisage l'accès à un compte sans opérer de transfert de fonds. La plupart des dispositions de la loi seront difficilement applicables à la simple consultation du solde et à l'impression d'extraits de compte. Il s'agit, selon les travaux préparatoires, de faire jouer la protection prévue par la loi en cas de vol de l'instrument de transfert électronique de fonds¹³. On voit pourtant mal quel serait le préjudice financier subi par le titulaire suite au vol de son instrument de transfert électronique de fonds, si le voleur se contente d'imprimer des extraits ou de consulter le solde du compte du titulaire. Le point d de la définition, enfin, concerne le chargement et le déchargement d'un instrument rechargeable. Nous reviendrons sur cette notion, qui subit un traitement particulier dans la loi (cf. *infra*, point B).

Défini aussi largement, le transfert électronique de fonds peut s'opérer à partir d'un guichet bancaire automatisé, d'un distributeur automatique d'argent, d'un terminal point de vente (magasin, restaurant, station essence, parking...), d'un ordinateur relié à un réseau (*home-banking* ou *web-banking*), d'un téléphone (*phone-banking*), ou encore d'un dispositif mis en place par l'émetteur (*self-banking*).

Les instruments visés sont notamment les cartes bancaires dans toutes leurs formes (à puce, à bande magnétique...) et leurs déclinaisons : de la carte de crédit à la carte de débit, en passant par la carte de type Proton ou encore la carte accréditive. La carte est d'ailleurs définie, de manière redondante¹⁴, à l'article 2, 5°, de la loi comme « tout instrument de transfert électronique de fonds dont les fonctions sont supportées par une carte ». Notons qu'à l'heure actuelle, la majorité des paiements sur Internet se réalisent avec une carte bancaire, le plus souvent une carte de crédit. Sont également considérés comme instruments les systèmes de banque à domicile mis à la disposition de l'utilisateur, via Internet ou le téléphone.

Ce n'est pas tant l'instrument qui doit être électronique, mais bien l'opération qu'il permet de réaliser¹⁵. Il n'est cependant pas nécessaire que l'opération soit entièrement réalisée par voie électronique. L'automatisation d'une des étapes suffit à l'application de la loi. Ceci permet, notamment, de tenir compte des instruments comme la carte de crédit, qui peut être utilisée comme moyen de paiement non seulement via un lecteur de carte (avec ou sans introduction d'un code secret), mais aussi, plus prosaïquement, par la signature manuscrite d'une facture papier, sans lecture électronique¹⁶. Les dispositions de la loi s'appliqueront indistinctement dans les deux hypothèses. Par contre, la loi ne vise pas les transferts initialisés par voie manuscrite (comme le virement papier) et qui ne font l'objet d'un traitement informatisé qu'au stade de l'exécution (cf. *infra*, point C)¹⁷. Notons encore que le transfert ne doit pas nécessairement être opéré « à distance »¹⁸.

¹² Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 574, n° 2.

¹³ Projet de loi TEF, p. 10.

¹⁴ Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 575, n° 6 ; A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 207.

¹⁵ Projet de loi TEF, p. 7.

¹⁶ L'exemple est cité dans le projet de loi TEF, p. 8, ainsi qu'au considérant n° 3 de la recommandation 97/489/CE.

¹⁷ Cf. art. 3, 4°, de la loi TEF.

¹⁸ Projet de loi TEF, p. 7.

B. Les instruments rechargeables

Un instrument rechargeable est « tout instrument de transfert électronique de fonds sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement » (art. 2, 2°, de la loi TEF). Il s'agit d'une sous-catégorie d'instrument de transfert électronique de fonds, que la loi entend viser sans le traiter tout à fait comme les autres. En Belgique, l'instrument rechargeable le plus connu est la carte Proton, mais les unités de valeur qui seraient stockées sur la mémoire d'un ordinateur sont également concernées.

1. Le choix de la terminologie

Ce genre d'instrument est communément appelé « porte-monnaie électronique ». Cependant, le législateur, à la suite de la doctrine, a préféré éviter toute référence à la « monnaie électronique », source de confusion. Les auteurs s'accordent en effet à dire que la monnaie électronique n'est pas une nouvelle sorte de monnaie ayant cours légal, mais simplement de la monnaie scripturale mobilisée par voie électronique¹⁹. On relève pourtant que le législateur a, par la suite, consacré la notion de monnaie électronique en l'introduisant dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit²⁰. La monnaie électronique y est définie comme : « une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est stockée sur un support électronique, est émise contre la remise de fonds et est acceptée comme instrument de paiement par des personnes autres que l'émetteur ». Certes, la loi du 22 mars 1993 et la loi TEF n'ont pas le même champ d'application : la première règle l'accès à l'activité de l'émetteur, et la seconde les relations entre l'émetteur et le titulaire. Cependant, certains auteurs déplorent cette dichotomie, source de confusion²¹.

2. Les dispositions applicables

La loi s'applique au chargement et au déchargement des instruments rechargeables (art. 2, 1°, d). La fonction de chargement peut être utilisée pour stocker des unités de valeur sur l'instrument. En ce qui concerne le déchargement, sont visées non seulement les opérations de paiement, mais également celles visant à retransférer vers un compte en banque les unités de valeurs stockées sur l'instrument rechargeable²².

Lorsque l'instrument rechargeable est utilisé dans sa fonction de déchargement, sans accès à un compte, certaines dispositions de la loi ne sont pas applicables (art. 3, § 2). On songe, typiquement, à l'utilisation de la carte Proton à des fins de paiement. Les risques sont en effet limités au montant stocké sur l'instrument. Par ailleurs, certaines exigences de la loi seraient techniquement impossibles à remplir par l'émetteur dans cette hypothèse. Les dispositions inapplicables sont l'article 5, § 1^{er}, l'article 6, 4° et 7°, l'article 7, § 1^{er}, 1° et 2°, ainsi que l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, 2° et 3°. Nous y reviendrons lors de l'examen de ces dispositions. Il convient encore de noter qu'un régime particulier de responsabilité est d'application en cas de

¹⁹ A. BRUYNEEL, « Le virement », in *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1986, p. 352 ; M. CABRILLAC, « Monétique et droit du paiement », in *Aspects du droit privé en fin du 20e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 86 ; Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 576, n° 7 ; F. MOURLON BEERNAERT, « Les cartes à mémoire prépayées (prepaid cards) : un nouvel instrument de paiement ? », *J.T.*, 1997, p. 379 ; L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 17.

²⁰ Voy. l'art. 3, § 1^{er}, 7°, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 19 avril 1993, modifiée par la loi du 25 février 2003, *M.B.*, 7 mars 2003, qui transposait la directive 2000/46/CE sur l'émission de monnaie électronique.

²¹ L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 18.

²² Projet de loi TEF, p. 9.

perte ou de vol d'un instrument rechargeable dont la valeur rechargeable est limitée à 125 euros (art. 8, § 3).

Si la loi s'applique aux instruments rechargeables, elle ne s'applique pas, *a contrario*, aux instruments non rechargeables qui peuvent être utilisés comme moyen de paiement électronique²³. Ne sont donc pas visées, par exemple, les « cartes de surf » à gratter (semblables dans leur principe aux cartes téléphoniques prépayées), que l'on peut acheter dans un magasin et qui recèlent un code unique, représentant un certain nombre d'unités de valeur, que l'on pourra utiliser sur Internet pour effectuer des paiements jusqu'à épuisement des unités.

C. Les instruments exclus par la loi

L'article 3 de la loi TEF prévoit un certain nombre d'exclusions du champ d'application.

En premier lieu, la loi ne s'applique pas « aux transferts de fonds réalisés par chèque et aux fonctions de garantie des transferts de fonds réalisés par chèque » (art. 3, § 1^{er}, 1^o), étant donné que cette matière est déjà régie par la loi du 1^{er} mars 1961 concernant l'introduction de la législation uniforme sur le chèque²⁴. La même exclusion vaut pour les lettres de change, déjà régies par le Livre premier, Titre VIII, du Code de commerce (art. 3, § 1^{er}, 2^o).

La loi ne s'applique pas davantage aux instruments rechargeables qui n'impliquent pas l'accès direct à un compte pour le chargement et le déchargement, et qui ne sont utilisables qu'auprès d'un seul vendeur (art. 3, § 1^{er}, 3^o). On songe ici aux cartes de photocopie ou aux cartes de téléphone qui sont rechargeables²⁵. Ce genre d'instrument est rechargeable sans accès à un compte en banque (moyennant espèces, par exemple) et ne peut être utilisé que dans un cadre unique (les photocopieuses et les cabines téléphoniques). Les risques sont alors doublement limités : d'une part, les possibilités d'utilisation de l'instrument sont réduites à un seul prestataire, d'autre part, les dommages liés au vol ou à la perte de l'instrument sont limités à la somme stockée sur l'instrument, généralement modique. C'est pourquoi il a paru inutile et excessif au législateur d'accorder une protection particulière au titulaire et d'imposer à l'émetteur les obligations de la loi dans une telle hypothèse.

Enfin, la loi n'est pas applicable « aux transferts de fonds réalisés suite à un virement, un ordre de paiement ou une domiciliation initialement effectué manuscritement » (art. 3, § 1^{er}, 4^o). La précision semblait utile, dans la mesure où la définition de l'instrument de transfert électronique de fonds est tellement large qu'elle pourrait englober, en définitive, les opérations réalisées par la traditionnelle voie « papier » et qui seraient par la suite, durant la phase d'exécution, traités de manière électronique par les organismes financiers concernés. Pour tomber dans le champ d'application de la loi, les virements, ordres permanents ou domiciliations de factures doivent donc être initialisés par voie électronique, par exemple au départ d'un guichet automatique ou d'une application de banque à domicile.

II. RATIONE PERSONAE

²³ Projet de loi TEF, p. 11.

²⁴ *M.B.*, 2 février 1962.

²⁵ Exemples développés dans le projet de loi TEF, p. 13.

La loi s'applique aux relations entre l'émetteur d'un instrument électronique de fonds et le titulaire de celui-ci.

A. L'émetteur

L'émetteur est entendu comme « toute personne qui, dans le cadre de son activité commerciale, met un instrument de transfert électronique de fonds à la disposition d'une autre personne conformément à un contrat conclu avec celle-ci » (art. 2, 3^o). Très largement, cette définition englobe les émetteurs financiers, tels les banques ou organismes de crédit, mais également les grands magasins et les entreprises qui mettent de tels instruments à la disposition de leurs clients²⁶. C'est bien le cocontractant du titulaire qui est visé.

Certains soulignent que, malgré cette définition particulièrement large, l'émission de moyens de paiement n'est pas ouverte au premier venu²⁷. Encore faut-il se conformer à la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, modifiée en 2003, qui réserve l'émission de monnaie électronique aux établissements de crédit. Ceux-ci sont définis, à l'article 1^{er}, alinéa 2, de cette même loi, comme les entreprises belges ou étrangères dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte, ou à émettre des instruments de paiement sous la forme de monnaie électronique. Il est donc nécessaire de respecter les conditions d'accès et d'exercice de l'activité établies par cette loi pour pouvoir émettre de tels instruments de paiement.

B. Le titulaire

Le titulaire est défini par la loi comme « toute personne physique qui, en vertu d'un contrat qu'elle a conclu avec un émetteur, détient un instrument de transfert électronique de fonds » (art. 3, 4^o). La protection ne se limite donc pas uniquement aux consommateurs. Ceux qui sont titulaires d'un instrument de transfert électronique de fonds dans le cadre de leur profession sont donc couverts par la loi, à condition toutefois qu'ils agissent comme personne physique. Les personnes morales ne sont en effet pas visées. Ainsi, un employé qui disposerait d'une carte de crédit attribuée à une société ne jouirait pas de la protection accordée par la loi, pas plus que la société elle-même.

Le législateur justifie cette distinction, non conforme à la recommandation 97/489/CE²⁸, par le fait que les personnes morales sont en général mieux armées pour négocier avec les émetteurs et ne présente dès lors pas un caractère de faiblesse particulier justifiant une protection. On peut douter de la pertinence de l'argument, dans la mesure où le fait d'être une personne morale ne signifie pas nécessairement que l'on dispose d'un poids suffisant pour peser significativement dans les négociations avec un émetteur. Toujours est-il qu'il est estimé dans le projet de loi que cette distinction entre personnes physiques et personnes morales se justifie également par l'état actuel du marché²⁹.

III. ARTICULATION AVEC D'AUTRES TEXTES LÉGISLATIFS APPLICABLES

²⁶ Projet de loi TEF, p. 11.

²⁷ L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 19.

²⁸ L'article 2, f), de la recommandation définit en effet le titulaire plus largement, comme « une personne qui, en vertu d'un contrat qu'elle a conclu avec un émetteur, détient un instrument de paiement ».

²⁹ Projet de loi TEF, p. 12.

A. La loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur

Il était initialement prévu que la recommandation 97/489/CE soit transposée dans la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après LPCC). En raison de leurs champs d'application matériel et personnel différents, il a été jugé préférable, selon l'avis du Conseil d'Etat, d'adopter une loi séparée, qui reprendrait les mécanismes de protection du consommateur prévus par la LPCC, pour les ajuster à la relation entre un émetteur et un titulaire d'instrument de transfert électronique de fonds³⁰. Nous reviendrons au fil de notre étude sur ces ajustements. Les dispositions générales de la LPCC ne sont donc pas d'application, dans la mesure où les dispositions particulières de la loi TEF y dérogent. Néanmoins, la loi TEF a maintenu dans la LPCC un régime spécifique de responsabilité au bénéfice du consommateur, en cas d'utilisation frauduleuse d'un instrument de transfert électronique de fonds dans le cadre d'un contrat à distance³¹.

B. La loi sur le crédit à la consommation

Par ailleurs, la loi TEF s'applique sans préjudice de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation³². Les deux lois répondent à des objectifs distincts, parfois concomitants, mais non contradictoires, à savoir, d'une part, la protection du titulaire d'un instrument de transfert électronique de fonds, d'autre part, la protection du consommateur lors de la conclusion d'un contrat de crédit³³. Dans certains cas, les obligations d'information ou les exigences formelles respectives des deux lois se cumuleront. Notons enfin que lors de l'adoption de la loi TEF, le législateur a pris soin d'abroger l'article 61 de la loi sur le crédit à la consommation, qui traitait des paiements électroniques, afin d'éviter les possibles redondances et contradictions.

C. Autres textes

Pour le reste, nous avons vu que la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit s'appliquait aux émetteurs d'instruments de paiement sous la forme de monnaie électronique, depuis la modification opérée par la loi du 25 février 2003 (cf. *supra*, II, A).

§ 3. Obligations des parties

I. OBLIGATIONS DE L'ÉMETTEUR

A. Les conditions contractuelles

1. Communication préalable des conditions contractuelles (art. 4)

L'article 4 de loi impose à l'émetteur la communication, préalablement à la conclusion du contrat, des conditions générales régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds.

³⁰ Projet de loi TEF, p. 5. Voy. aussi l'avis du Conseil d'Etat, pp. 50-51 du projet de loi TEF.

³¹ Voy. *infra*, section 2.

³² *M.B.*, 9 juillet 1991.

³³ Projet de loi TEF, p. 6.

Ces conditions générales doivent également être remises gratuitement à toute personne intéressée qui en fait la demande (art. 4, § 3), qu'elle soit ou non intéressée par la conclusion d'un contrat avec l'émetteur. L'objectif est de favoriser la transparence et la diffusion la plus large des conditions générales.

a. Exigences formelles

Les conditions doivent être présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ou sur un support durable, à la disposition du titulaire et auquel il a accès. La notion de support durable doit être comprise à la lumière de l'article 77, 5°, de la LPCC, c'est-à-dire comme « tout instrument permettant [...] de stocker des informations [...] d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ». Le caractère durable s'applique non pas au support lui-même mais aux informations stockées sur le support³⁴.

Concrètement, les conditions contractuelles peuvent être valablement fournies sur un support papier ou sur un 'support' digital, par exemple sur le CD-ROM d'installation du logiciel de *home-banking*. Il semble également possible de communiquer les conditions générales par courrier électronique, ou encore de les communiquer sur un site web, en veillant toutefois à permettre au titulaire de les enregistrer et/ou de les imprimer, pour pouvoir en garder une trace durable³⁵.

b. Contenu des conditions contractuelles

La liste est longue des informations devant obligatoirement figurer dans les conditions contractuelles de l'émetteur.

1) Les informations techniques (1°)

En premier lieu, un certain nombre d'informations techniques doivent être fournies, en particulier une description de l'instrument et, le cas échéant, de l'équipement de communication que le titulaire peut employer. Ainsi, dans le cas d'un paiement requérant l'utilisation d'un ordinateur ou d'un téléphone portable, certains prérequis ou certaines incompatibilités doivent être mentionnées, comme par exemple la configuration requise pour l'ordinateur (puissance, système d'exploitation...) ou le modèle spécifique de téléphone mobile.

2) Les utilisations possibles (2°)

Les utilisations possibles de l'instrument doivent également être décrites, y compris, le cas échéant et dans la mesure du possible, les utilisations à l'étranger. Il s'agit donc d'indiquer, selon les travaux préparatoires : les territoires sur lesquels l'instrument peut être utilisé ; les points d'accès au service ; les vecteurs techniques qui peuvent être utilisés et leurs

³⁴ A ce sujet, voy. M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. eur. dr. cons.*, 4/2000, p. 361 à 377.

³⁵ Pour un examen des différents supports envisageables et de leurs qualités et défauts respectifs, voy. M. DEMOULIN, *op. cit.*, p. 369 et s.

caractéristiques techniques ; la liste des vecteurs agréés ou du moins le sigle permettant de les reconnaître, y compris les ordinateurs et modems qui remplissent les exigences techniques et de sécurité posées par l'émetteur ; les différentes opérations qu'il est possible d'effectuer au moyen de l'instrument ; la durée de validité et le sort du solde restant après l'expiration de cette période dans le cas des instruments rechargeables ; la forme de la tarification (par redevance, par opération, pourcentage...) ³⁶.

3) Les plafonds (3° et 4°)

Il convient d'indiquer également les plafonds éventuellement appliqués, y compris, le cas échéant et dans la mesure du possible, ceux appliqués à l'étranger. Lorsque l'instrument est une carte, son titulaire doit être informé du fait qu'il a le droit de choisir des plafonds correspondant à ses besoins propres. L'émetteur peut toutefois déterminer un certain nombre de plafonds fixes entre lesquels le titulaire a la faculté de choisir et fixer des montants maxima pour ces plafonds, pour autant que le titulaire en soit clairement informé. L'émetteur doit également informer le titulaire que ce dernier a le droit de demander la modification des plafonds, et indiquer les conditions mises à l'exercice de ce droit, conformément à l'article 6, 6°.

Il peut sembler difficile, en ce qui concerne les opérations effectuées à l'étranger, d'informer le titulaire de manière exhaustive sur les plafonds appliqués pour tous les réseaux de terminaux. Aussi, l'obligation d'information, tout en devant être aussi complète que possible, doit tenir compte du besoin d'information exprimé par le titulaire ou raisonnablement prévisible ³⁷.

4) Obligations et responsabilités de chacun (5° et 6°)

Les conditions générales doivent bien entendu décrire les obligations et responsabilités respectives des parties, détaillées aux articles 5 à 8 de la loi. La sécurité étant un élément essentiel de ce genre de contrat, les conditions contractuelles doivent également décrire de manière claire les risques et prodiguer des conseils de prudence quant à l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds. L'utilisateur doit également être informé des conditions et modalités d'exercice de la notification en cas de vol, perte ou autre incident, conformément à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2.

5) Délai de débit ou de crédit du compte (7°)

Si le titulaire dispose d'un compte chez l'émetteur, les délais de débit ou de crédit du compte doivent être indiqués dans les conditions contractuelles, ainsi que la date de valeur. Si le titulaire n'a pas de compte chez l'émetteur, les conditions mentionnent le délai normal dans lequel la facturation lui sera adressée.

6) Frais (8°)

Tous les frais susceptibles d'être à charge du titulaire doivent être mentionnés dans les conditions générales, notamment, le cas échéant, le taux d'intérêt appliqué, son mode de calcul ainsi que celui du taux de change, mais aussi tous les frais relatifs à l'instrument et les frais de gestion du compte y afférent.

³⁶ Projet de loi TEF, pp. 17-18.

³⁷ Projet de loi TEF, p. 18.

7) Contestation d'une opération (9°)

Les conditions et modalités de contestation d'une opération doivent enfin être mentionnées, y compris l'adresse géographique du service où les réclamations peuvent être faites.

c) Charge de la preuve

De manière classique lorsqu'il s'agit de protection de la partie faible, l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, fait peser sur l'émetteur la charge de la preuve de l'accomplissement de cette obligation d'information. Il est vrai qu'il pourrait être difficile pour le titulaire d'apporter la preuve négative de l'absence, totale ou partielle, d'information.

2. Modification des conditions contractuelles en cours de contrat (art. 5, § 4)

L'article 5, § 4, de la loi TEF permet à l'émetteur de se réserver la faculté de modifier unilatéralement les conditions générales d'un contrat à durée indéterminée, moyennant le respect de certaines formalités. En cas de modification, il est tenu d'en informer individuellement le titulaire, par écrit ou sur un autre support durable³⁸ à la disposition du titulaire et auquel il a accès, et ce, au moins deux mois avant l'entrée en vigueur de la modification concernée.

L'information doit porter non seulement sur la modification en tant que telle, mais également sur le fait que le titulaire dispose d'un délai de deux mois au moins pour dénoncer le contrat, que cette faculté s'exerce sans frais, et que l'absence de dénonciation vaut acceptation de la clause contractuelle modifiée. Ce délai de dénonciation de deux mois est censé permettre au titulaire d'effectuer les démarches nécessaires à l'ouverture d'un compte et l'obtention d'un instrument de transfert électronique de fonds auprès d'un autre émetteur³⁹.

L'article 5, § 4, déroge expressément à l'article 32.9 de la LPCC qui considère comme abusive et, partant, interdite et nulle, la clause qui autorise le vendeur à rompre ou à modifier le contrat unilatéralement, sans dédommagement pour le consommateur, hormis le cas de force majeure. Cette faculté de modification unilatérale et sans dédommagement, prévue par la loi TEF, serait contrebalancée par la possibilité offerte au titulaire de dénoncer le contrat dans un délai de deux mois⁴⁰. Certains auteurs estiment toutefois que le titulaire qui a la qualité de consommateur devrait quand même pouvoir invoquer le bénéfice de l'article 32.9 de la LPCC : s'il dénonce le contrat suite à une modification unilatérale de celui-ci, il devrait pouvoir obtenir un dédommagement de l'émetteur, sauf si ce dernier peut invoquer une force majeure⁴¹.

L'obligation de fournir l'information au moins deux mois avant la mise en application de la modification concernée ne s'applique pas en cas de modification du taux d'intérêt débiteur (art. 5, § 4, al. 3). Dans ce cas, l'information individuelle peut avoir lieu *a posteriori*, dans les meilleurs délais, mais le titulaire conserve en tout état de cause le droit de résilier le contrat, sans frais.

³⁸ Cf. *supra*, § 3, I, A, 1, a.

³⁹ Projet de loi TEF, p. 22.

⁴⁰ A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 208.

⁴¹ Opinion défendue par Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 578, n° 18 et note 33.

B. Information périodique relative aux opérations effectuées au moyen de l'instrument

1. Etat des dépenses (art. 5, § 1^{er})

En vertu de l'article 5, § 1^{er}, l'émetteur doit fournir périodiquement au titulaire des informations relatives aux opérations réalisées au moyen de l'instrument de transfert électronique de fonds.

Ces informations doivent être présentées de manière claire et non équivoque, et fournies par écrit ou sur un autre support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès (alinéa 1^{er}). Il ne s'agit donc pas des souches et autres tickets de caisse délivrés après chaque opération distincte, mais bien d'un relevé des opérations effectuées au cours d'une période donnée. En ce qui concerne les applications de *web-banking*, on relève que le titulaire peut visualiser, sauvegarder et imprimer ses extraits de compte. Un auteur évoque l'hypothèse où le titulaire, après avoir cliqué sur l'icône d'impression, ne parviendrait pas à imprimer ses extraits, suite à un problème technique⁴². L'émetteur reste-t-il tenu de son obligation de fournir les extraits, alors qu'il croit de bonne foi que ceux-ci ont été dûment imprimés ? L'auteur, qui semble avoir été suivi par certaines banques dans la pratique, propose de demander au titulaire de confirmer que l'impression s'est bien déroulée. Dans la négative, l'émetteur restera tenu de fournir les extraits.

La périodicité est laissée à l'appréciation de l'émetteur. Elle doit en tout cas permettre au titulaire de suivre régulièrement l'état de ses dépenses, mais aussi de se rendre compte d'une éventuelle utilisation frauduleuse de son instrument.

A nouveau, la preuve de l'accomplissement de cette obligation d'information périodique incombe à l'émetteur (alinéa 3).

Le relevé de chaque opération doit contenir certaines informations minimales (alinéa 2). La date de l'opération et la date de valeur doivent être mentionnées, ainsi qu'une identification de l'opération, y compris l'éventuel bénéficiaire (nom et adresse) chez qui ou avec qui l'opération a été effectuée (1^o). Il s'agit de permettre au titulaire de replacer l'opération dans son contexte et d'identifier clairement l'autre partie.

Le montant débité du compte du titulaire doit bien entendu figurer sur le relevé des dépenses et être exprimé dans la monnaie du compte du titulaire et, le cas échéant, dans la devise étrangère utilisée (2^o).

L'émetteur doit également indiquer le montant des commissions et frais appliqués à certains types d'opérations à charge du titulaire, et le cas échéant le cours de change utilisé pour convertir le montant des opérations en devise étrangère (3^o). Typiquement, l'émetteur doit mentionner les commissions qui lui sont dues en cas d'opérations réalisées à l'étranger avec l'instrument.

2. Le cas particulier des instruments rechargeables (art. 5, § 3)

⁴² A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 208, note 22.

L'article 5, § 1^{er}, n'est pas applicable aux opérations de déchargement réalisées au moyen d'un instrument rechargeable, sans accès direct au compte du titulaire⁴³. L'émetteur n'est toutefois pas dispensé de toute obligation d'information quant aux dépenses effectuées, mais celle-ci a été adaptée à la nature particulière de l'instrument.

Selon l'article 4, § 3, l'émetteur d'un instrument rechargeable doit permettre au titulaire de vérifier au moins les cinq dernières opérations effectuées avec cet instrument, ainsi que la valeur résiduelle stockée sur ce dernier. Il ne s'agit pas de fournir cette obligation périodiquement et spontanément, mais d'offrir au titulaire les moyens techniques pour obtenir cette information, notamment par la mise à disposition de suffisamment de lecteurs accessibles au public⁴⁴. Cette possibilité technique a été mise en place en Belgique, pour la carte Proton.

C. Conseils de prudence (art. 5, § 2)

En plus des conseils figurant dans les conditions contractuelles communiquées avant la conclusion du contrat⁴⁵, l'émetteur doit fournir périodiquement au titulaire des conseils de prudence, destinés à éviter tout usage abusif de son instrument de transfert électronique de fonds et des moyens qui en permettent l'utilisation. Il s'agit de maintenir l'attention du titulaire quant aux risques liés à l'utilisation de son instrument de paiement et de l'avertir des éventuels risques nouveaux et mesures de protection adéquates, non seulement pour préserver l'instrument lui-même, mais également les moyens qui permettent de s'en servir, comme les données bancaires relatives à l'instrument ou le nom d'utilisateur et le code secret.

D. Mesures de confidentialité (art. 6, al. 1^{er}, 1^o et 2^o)

L'émetteur doit garantir le secret du numéro d'identification personnel ou de tout autre code d'identification du titulaire. C'est une véritable obligation de résultat qui pèse ainsi sur l'émetteur⁴⁶. En outre, il lui revient d'assumer les risques liés à l'envoi au titulaire de son instrument de transfert électronique de fonds et de tout moyen qui en permet l'utilisation. L'émetteur est donc responsable de toute interception et utilisation frauduleuse jusqu'à la prise de possession de l'instrument et de ses moyens d'utilisation par le titulaire.

Tout cela implique notamment de prendre des mesures de confidentialité au sein de l'entreprise de l'émetteur, par exemple en utilisant un procédé de génération automatique du code secret du titulaire, sans intervention humaine. La conservation du code en interne n'est pas nécessaire et serait inutilement risquée dans la mesure où, en cas de perte, un nouveau code est généré.

Le processus de communication du code au titulaire par l'émetteur doit, lui aussi, être entouré de garanties de confidentialité. Un moyen couramment utilisé consiste à envoyer au titulaire un courrier postal, dans lequel le code figure dans une « zone à gratter ». Si la zone est intacte, le titulaire peut être certain que nul n'a pu prendre connaissance du code en interceptant ce

⁴³ Cf. l'art. 3, § 2, de la loi TEF.

⁴⁴ Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 577, n° 17.

⁴⁵ Voy. l'art. 4, § 2, 5^o, de la loi TEF.

⁴⁶ Projet de loi TEF, p. 24.

courrier. Souvent, la communication de l'instrument et/ou de ses moyens d'utilisation (code secret et nom d'utilisateur) se fait dans des courriers séparés, de sorte que l'interception d'un seul des courriers est insuffisante pour pouvoir utiliser l'instrument.

Le code lui-même peut être généré de telle sorte qu'il soit impossible de le déduire ou de le reconstituer par calcul. Ainsi, il est préférable que les clés cryptographiques utilisées pour signer électroniquement comportent une suite de bits suffisamment longue, et soient régulièrement renouvelées. Il est également possible de combiner le code et l'identifiant personnels avec une calculatrice de type « *Digipass* », qui génère à chaque utilisation un code différent.

La confidentialité du code doit également être préservée lorsque le titulaire communique son code par voie électronique à l'émetteur. Ainsi, il est préférable d'utiliser une connexion sécurisée et cryptée (de type SSL, p. ex.) pour les communications sur les réseaux numériques.

Nous verrons qu'en cas de non respect de l'obligation de maintenir la confidentialité du code d'identification personnel, l'émetteur est responsable à l'égard du titulaire, des conséquences résultant de l'utilisation de l'instrument par un tiers non autorisé, sauf en cas de fraude du titulaire⁴⁷. Bien entendu, cette obligation ne dispense pas le titulaire de l'obligation d'être prudent dans l'utilisation et la communication de son code personnel⁴⁸.

E. Interdiction de fournir un instrument non sollicité (art. 6, al. 1^{er}, 3^o)

L'émetteur doit s'abstenir de fournir un instrument de transfert électronique de fonds non sollicité, sauf pour remplacer un tel instrument, par exemple en cas de vétusté ou pour des raisons de sécurité.

Le non-respect de cette obligation met à charge de l'émetteur toutes les conséquences qui seraient liées à l'utilisation de l'instrument par un tiers non autorisé, sauf si le titulaire a agi frauduleusement⁴⁹.

F. Obligation d'archivage (art. 6, al. 1^{er}, 4^o)

L'émetteur a l'obligation de conserver un relevé interne des opérations effectuées par le titulaire avec son instrument de transfert électronique de fonds, pendant au moins cinq ans à partir de l'exécution des opérations.

Cette durée correspond à celle prévue par l'article 7, alinéa 3, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme⁵⁰. Les émetteurs sont en effet également tenus, en vertu de cette disposition, de conserver « pendant une période d'au moins cinq ans à partir de l'exécution des opérations, une copie sur quelque support d'archivage que ce soit, des enregistrements, bordereaux et documents des opérations effectuées de façon à pouvoir les reconstituer précisément ». Les modalités mêmes de l'archivage sont laissées à l'appréciation

⁴⁷ Art. 12, al. 2, de la loi TEF.

⁴⁸ Cf. not. l'art. 8, § 1^{er}, al. 3, de la loi TEF.

⁴⁹ Art. 12, al. 2, de la loi TEF.

⁵⁰ *M.B.*, 9 février 1993.

de l'émetteur, du moment qu'il peut réagir dans les délais à la demande d'une autorité de contrôle. A cet égard, il peut choisir entre un archivage papier 'classique' ou un archivage électronique, du moment qu'il est possible d'accéder aux informations archivées pendant cinq ans⁵¹.

Cette obligation ne s'applique pas aux opérations de déchargement d'un instrument rechargeable, lorsqu'il n'y a pas d'accès direct au compte du titulaire⁵². Cette dérogation est logique, puisque l'émetteur n'a de toute façon pas l'obligation de fournir au titulaire un relevé périodique des opérations de déchargement de l'instrument rechargeable dans ce cas (cf. *supra*, B, 2).

G. Obligations liées à la notification en cas de perte ou de vol de l'instrument (art. 6, al. 1^{er}, 5^o et 7^o)

L'émetteur doit mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés lui permettant de notifier la perte ou le vol de son instrument ou toute autre anomalie. Cette obligation est corrélative à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi, qui impose au titulaire de procéder à une telle notification dès qu'il a connaissance du problème. Cette notification est en effet cruciale dans la répartition des responsabilités de chacun (cf. *infra*, § 4, II).

L'enjeu est tel que l'article 6, 5^o, impose également à l'émetteur de fournir au titulaire un moyen d'identification lui permettant de prouver qu'il a procédé à la notification. A titre d'exemple, les travaux préparatoires suggèrent qu'il soit attribué au titulaire un numéro de dossier dès qu'il procède à la notification, par exemple par téléphone. Il s'agit non seulement de permettre au titulaire d'établir l'existence de la notification, mais également la date et l'heure de celle-ci⁵³. De la sorte, il sera possible de déterminer, en vertu de la loi, sur qui doit peser la charge des dépenses effectuées par un tiers non autorisé au moyen de l'instrument volé ou perdu.

En cas de non-respect de ces deux obligations, l'émetteur reste responsable des conséquences liées à l'utilisation de l'instrument par un tiers non autorisé, sauf si le titulaire a agi frauduleusement⁵⁴.

Dès la notification de la perte ou du vol de l'instrument par le titulaire, l'émetteur doit empêcher toute nouvelle utilisation de celui-ci (art. 6, 7^o). Le législateur considère qu'il s'agit là d'une obligation de résultat, dans la mesure où l'émetteur est le seul à disposer des moyens techniques en vue de stopper l'utilisation de l'instrument⁵⁵.

Encore faut-il préciser que l'émetteur ne dispose pas toujours, dans la réalité, de la possibilité d'empêcher l'utilisation ultérieure de l'instrument. Certes, il est aisé de bloquer l'utilisation de l'instrument par voie électronique, du moins s'il y a connexion avec le réseau du gestionnaire du moyen de paiement. Il est alors possible de confronter la requête en ligne avec une éventuelle liste des instruments pour lesquels il y a eu opposition, et de bloquer

⁵¹ En ce qui concerne l'archivage électronique en général, voy. not. M. DEMOULIN et D. GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ? », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 101 à 130.

⁵² Pour rappel, cf. l'art. 3, § 2, de la loi TEF.

⁵³ Projet de loi TEF, p. 25.

⁵⁴ Art. 12, al. 2, de la loi TEF.

⁵⁵ Projet de loi TEF, p. 25.

l'opération. Par contre, il arrive encore que l'instrument soit utilisé sans lecture électronique, comme c'est parfois le cas lorsque la carte de crédit est utilisée avec un système d'impression manuelle d'une facturette. Dans ce cas, le législateur estime qu'il revient à l'émetteur de prendre les mesures adéquates pour fournir aux commerçants une information à jour sur les cartes bloquées⁵⁶, même si une telle information s'avère impossible et irréaliste en pratique⁵⁷. Fort heureusement, de tels systèmes de paiement sans lecture électronique sont en voie de disparition.

Cette obligation de « blocage » s'impose dès qu'il y a notification, sans égard au fait que le titulaire aurait commis une négligence grave ou un acte frauduleux. Il s'agit là, aux termes des travaux préparatoires, d'une « obligation absolue de protection du titulaire »⁵⁸. Certes, en cas de fraude ou de négligence grave du titulaire, le régime de responsabilité est différent (cf. *infra*, § 4, II), mais le caractère frauduleux ou négligent de l'attitude du titulaire sera apprécié *a posteriori* par le juge, dans le cadre d'une contestation. Aussi est-il plus prudent de procéder au blocage de l'instrument en tout état de cause.

En ce qui concerne les instruments rechargeables, l'émetteur n'a pas l'obligation d'empêcher toute utilisation ultérieure⁵⁹. Cette dérogation s'explique par le fait qu'en cas de perte ou de vol d'un tel instrument, un régime spécial de responsabilité est d'application, de sorte que l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la valeur stockée sur l'instrument, même après la notification (cf. *infra*, § 4, III, A)⁶⁰.

H. Possibilité pour le titulaire de modifier les plafonds (art. 6, al. 1^{er}, 6^o)

Dans le cas de cartes, si le titulaire demande une modification des plafonds appliqués, l'émetteur est tenu de se conformer à son souhait. Il peut fixer des conditions à l'exercice de ce droit par le titulaire, limiter le choix du titulaire à un certain nombre de plafonds fixes, ou déterminer des montants maxima pour ces plafonds.

Les modalités que l'émetteur peut déterminer pour la modification des plafonds doivent néanmoins respecter deux principes : d'une part, le titulaire doit avoir la possibilité de réviser les plafonds au moins deux fois par an, d'autre part, le titulaire peut toujours faire valoir son droit en cas de perte ou de vol de sa carte, ou s'il détecte une opération effectuée sans son accord.

Rappelons qu'une information complète concernant le choix des plafonds et la possibilité de les modifier doit être fournie au titulaire⁶¹.

I. Mesures en cas de contestation d'une opération par le titulaire (art. 6, al. 1^{er}, 8^o)

Lorsque le titulaire conteste une opération effectuée au moyen d'un instrument de transfert électronique de fonds, il revient à l'émetteur de prouver que l'opération a été correctement enregistrée et comptabilisée, et n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre

⁵⁶ Projet de loi TEF, p. 26.

⁵⁷ Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 579, n^o 25.

⁵⁸ Projet de loi TEF, p. 25.

⁵⁹ Art. 3, § 2, de la loi TEF.

⁶⁰ Du moins si la valeur maximale susceptible d'être stockée sur l'instrument est limitée à 125 EUR. Cf. art. 8, § 3, de la loi TEF.

⁶¹ Art. 4, § 2, 3^o et 4^o, de la loi TEF.

défaillance. Il semble logique d'attribuer la charge de la preuve à l'émetteur, étant donné que dans la majorité des cas⁶², c'est lui qui a accès aux enregistrements permettant d'établir le bon fonctionnement du système⁶³, tels que la bande journal « papier » ou le journal électronique⁶⁴. Ceci n'empêche évidemment pas le titulaire d'apporter la preuve contraire, par toutes voies de droit.

Cette preuve n'incombe à l'émetteur que si la contestation lui est notifiée dans les trois mois de la communication au titulaire du relevé des opérations effectuées au moyen de l'instrument. Le titulaire est ainsi invité à faire preuve de diligence, en consultant et en vérifiant régulièrement le relevé qui lui est communiqué⁶⁵.

La loi réserve au Roi la faculté d'imposer des règles particulières auxquelles devra satisfaire la preuve à fournir par l'émetteur. Il peut également établir une distinction en fonction de la nature de l'opération et de l'instrument utilisé⁶⁶. Selon un auteur, une telle distinction pourrait s'avérer utile, par exemple, à l'égard des instruments rechargeables⁶⁷. En effet, dans ce cas, l'élément le plus probant est l'instrument lui-même, sur lequel figure la trace des dernières opérations effectuées. Le rôle du titulaire, qui est en possession de l'instrument, mériterait alors d'être précisé par le Roi, afin d'assurer la collaboration de celui-ci à la charge de la preuve. Notons qu'à ce jour, le Roi n'a pas encore fait usage des facultés qui lui sont offertes par l'article 6 de la loi.

II. OBLIGATIONS DU TITULAIRE (ART. 8, § 1^{ER})

A. Utilisation de l'instrument conforme aux conditions contractuelles

Le titulaire, de son côté, est tenu d'utiliser son instrument de transfert électronique de fonds conformément aux conditions contractuelles qui en régissent l'émission et l'utilisation⁶⁸. Rappelons que ces conditions ont dû lui être communiquées par l'émetteur avant la conclusion du contrat⁶⁹.

B. Notification en cas de problème

L'une des obligations principales du titulaire est de notifier à l'émetteur (ou à l'entité indiquée par celui-ci) les problèmes et anomalies, dès qu'il en a connaissance⁷⁰. Cette obligation est lourde en conséquences quant au régime de responsabilité des parties (cf. *infra*, § 4, II).

Il doit ainsi signaler la perte ou le vol de l'instrument. Il doit également signaler la perte ou le vol des moyens qui permettent de s'en servir (1°) et ce, même s'il est toujours en possession de l'instrument. En ce qui concerne les moyens qui permettent l'utilisation de l'instrument, on songe à la perte ou au vol du *Digipass* ou du support matériel à la signature électronique du

⁶² Sous réserve des instruments rechargeables, par exemple.

⁶³ L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁴ Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 579, n° 24.

⁶⁵ L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁶ Art. 6, 8°, al. 2 à 4, de la loi TEF.

⁶⁷ L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁸ Art. 8, § 1^{er}, al. 1, de la loi TEF.

⁶⁹ Art. 4, § 1^{er}, de la loi TEF.

⁷⁰ Art. 8, § 1^{er}, al. 2, de la loi TEF.

titulaire. Le titulaire devrait également prévenir l'émetteur s'il a des doutes quant à la prise de connaissance de son code secret par un tiers non autorisé, suite à une indiscretion, voire à une attaque de son ordinateur (*hacking*) sur lequel seraient stockés les moyens d'identification.

De même, s'il constate, à la lecture de son relevé ou de ses extraits de compte, l'imputation d'une opération effectuée sans son accord (2°), ou toute autre erreur ou irrégularité, il doit en informer l'émetteur (3°). Cette obligation n'est toutefois pas d'application pour les opérations de déchargement de son instrument rechargeable sans accès direct à son compte, puisque dans ce cas l'émetteur ne fournit ni relevé ni extraits de compte⁷¹.

C. Précautions relatives à la sécurité

Le titulaire est également tenu de prendre les précautions raisonnables pour assurer la sécurité de son instrument de transfert électronique de fonds, ainsi que des moyens qui permettent de s'en servir⁷².

Ainsi, il doit éviter de noter son numéro d'identification personnel ou son code secret sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument lui-même ou sur un objet ou un support qu'il conserve avec cet instrument. De même, il ne doit pas communiquer son identifiant et/ou son code secret à un tiers. Toutefois, il est bien entendu autorisé à communiquer au commerçant son numéro de carte de crédit avec sa date d'expiration, lorsque cette information est nécessaire pour effectuer certaines opérations (par exemple un paiement par téléphone ou sur Internet)⁷³.

D. Irrévocabilité des instructions de paiement

Enfin, la loi pose le principe de l'irrévocabilité des instructions de paiement données par le titulaire au moyen de son instrument de transfert électronique⁷⁴.

Il reste toutefois possible de révoquer les opérations dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée. Cette dérogation vise certaines pratiques dans le secteur de l'hôtellerie et de la location de voiture, où il est habituel de demander le numéro de la carte de crédit dès la réservation, alors que le montant final qui sera dû en définitive n'est pas encore connu⁷⁵. Si le montant débité ne correspond pas au montant que le titulaire devait effectivement payer, ce dernier conserve son droit de révocation.

III. NULLITÉ DE CERTAINES CLAUSES

Au titre des sanctions civiles prévues par la loi, signalons la nullité de toute clause par laquelle le titulaire renonce, même partiellement, au bénéfice des droits que la loi TEF lui accorde⁷⁶. De même, est nulle et interdite toute clause par laquelle l'émetteur est exonéré, même partiellement, des obligations découlant de la même loi⁷⁷. En vertu de cette disposition,

⁷¹ Conformément aux exceptions prévues par l'article 3, § 2, de la loi TEF.

⁷² Art. 8, § 1^{er}, al. 3, de la loi TEF.

⁷³ Projet de loi TEF, p. 30.

⁷⁴ Art. 8, § 1^{er}, al. 4, de la loi TEF.

⁷⁵ Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 581, n° 32.

⁷⁶ Art. 12, al. 1^{er}, 1°, de la loi TEF.

⁷⁷ Art. 12, al. 1^{er}, 2°, de la loi TEF.

l'émetteur ne peut se décharger de ses obligations dans le cadre d'un contrat avec un tiers, par exemple en transférant ses responsabilités sur un vendeur⁷⁸.

Par ailleurs, la loi prévoit que l'émetteur est responsable des conséquences liées au non-respect par lui de certaines obligations que la loi lui impose (cf. *infra*, § 4, I, A).

§ 4. Responsabilités des parties

I. RESPONSABILITÉS DE L'ÉMETTEUR

L'article 7 de la loi définit les hypothèses et l'étendue de la responsabilité de l'émetteur. Cette responsabilité n'a lieu que dans la mesure où le titulaire, de son côté, a rempli les obligations que lui impose l'article 8 (cf. *supra*, § 3, I). L'article 12, alinéa 2, prévoit également la responsabilité de l'émetteur s'il n'exécute pas certaines de ses obligations.

A. Inexécution ou mauvaise exécution des opérations, erreurs, irrégularités ou opérations exécutées sans autorisation du titulaire

L'émetteur est d'abord responsable en cas d'inexécution ou d'exécution incorrecte des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, à partir de dispositifs, terminaux ou au moyen d'équipements agréés par lui⁷⁹. Dans ce cas, l'émetteur est tenu de rembourser au titulaire, dans les délais les plus brefs, le montant de l'opération non exécutée ou incorrectement exécutée, éventuellement augmenté d'intérêts sur ce montant⁸⁰. Le fait que les dispositifs, terminaux et équipements soient placés sous son contrôle ou non n'importe pas, du moment qu'il les a préalablement agréés.

Il est également responsable des opérations effectuées sans autorisation du titulaire et de toute erreur ou irrégularité commise dans la gestion de son compte et imputable à l'émetteur⁸¹. Il doit alors rembourser au titulaire la somme éventuellement nécessaire pour rétablir le titulaire dans la situation qui était la sienne avant l'opération non autorisée, éventuellement augmentée d'intérêts sur cette somme⁸².

L'émetteur est également tenu de rembourser, dans les deux cas, « les autres conséquences financières éventuelles, notamment le montant des frais supportés par le titulaire pour la détermination du dommage indemnifiable », selon une formulation particulièrement large et imprécise de la loi⁸³.

Ces deux hypothèses de responsabilité ne sont pas applicables au déchargement des instruments rechargeables sans accès direct au compte du titulaire⁸⁴, car un régime spécifique de responsabilité est prévu pour ce type d'instrument (cf. *infra*, III).

B. Contrefaçon de l'instrument

⁷⁸ Projet de loi TEF, p. 37.

⁷⁹ Art. 7, § 1^{er}, 1^o, de la loi TEF.

⁸⁰ Art. 7, § 2, 1^o, de la loi TEF.

⁸¹ Art. 7, § 1^{er}, 2^o, de la loi TEF.

⁸² Art. 7, § 2, 2^o, de la loi TEF.

⁸³ Art. 7, § 2, 4^o, de la loi TEF.

⁸⁴ Cf., pour rappel, l'art. 3, § 2, de la loi TEF.

En cas de contrefaçon de l'instrument de transfert électronique de fonds par un tiers, l'émetteur est responsable de l'usage de l'instrument contrefait⁸⁵. Dans ce cas, l'émetteur doit rembourser au titulaire, dans les plus brefs délais, la somme nécessaire pour le rétablir dans la situation où il se trouvait avant l'usage de l'instrument contrefait, mais aussi les autres conséquences financières éventuelles, notamment le montant des frais supportés par le titulaire pour la détermination du dommage indemnisable⁸⁶.

C. Inexécution des obligations de l'émetteur

L'article 12, alinéa 2, prévoit que l'émetteur est responsable lorsqu'il ne respecte pas certaines des exigences que la loi lui impose.

Ainsi, il est responsable s'il ne décrit pas, dans les conditions contractuelles, les obligations et responsabilités respectives des parties, ainsi que les risques et les mesures de prudence relatives à l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds⁸⁷.

Il est également responsable s'il ne garantit pas le secret du code personnel du titulaire, s'il fournit un instrument non sollicité au titulaire, s'il ne met pas à la disposition de celui-ci les moyens appropriés lui permettant de procéder à la notification d'un incident, et s'il ne lui fournit pas un moyen d'identification lui permettant de prouver la notification⁸⁸.

Cette responsabilité ne joue qu'à l'égard du titulaire, et s'étend à toutes les conséquences résultant de l'usage de l'instrument par un tiers non autorisé. Elle ne joue cependant pas si le titulaire a agi frauduleusement.

II. PARTAGE DES RESPONSABILITÉS EN CAS DE PERTE OU DE VOL DE L'INSTRUMENT

A. Responsabilités jusqu'à la notification

Jusqu'à la notification faite à l'émetteur par le titulaire en cas de perte ou de vol, le titulaire est responsable des conséquences liées à la perte ou au vol.

Sa responsabilité est toutefois plafonnée à 150 EUR, du moins s'il est de bonne foi. Autrement dit, il revient à l'émetteur d'assumer les éventuelles dépenses qui auraient été faites par un tiers non autorisé avant la notification, déduction faite d'une franchise de 150 EUR à charge du titulaire. Par contre, si le titulaire a agi frauduleusement ou avec négligence grave, il doit assumer toutes les conséquences, sans pouvoir invoquer l'application du plafond⁸⁹.

« Par fraude, on entend notamment le fait pour le titulaire de donner son instrument avec le numéro d'identification personnel à un tiers et ensuite d'adresser une notification à l'émetteur,

⁸⁵ Art. 7, § 1^{er}, 3^o, de la loi TEF.

⁸⁶ Art. 7, § 2, 3^o et 4^o, de la loi TEF.

⁸⁷ Non-respect de l'article 4, § 2, 5^o, de la loi TEF.

⁸⁸ Non-respect de l'article 6, 1^o, 3^o et 5^o, de la loi TEF.

⁸⁹ Art. 8, § 2, al. 1, de la loi TEF.

ainsi que d'utiliser lui-même l'instrument après avoir sciemment notifié à l'émetteur la perte ou le vol de l'instrument »⁹⁰.

Est notamment considéré comme négligence grave du titulaire, aux yeux de la loi⁹¹, le fait de noter son identifiant et/ou son code personnel, sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument lui-même ou sur tout objet ou document conservé ou emporté avec l'instrument. Une autre négligence grave du titulaire est de ne pas avoir notifié la perte ou le vol dès qu'il en a eu connaissance. On peut s'étonner que de telles précisions casuelles figurent dans le texte même de la loi et non dans les travaux préparatoires. Elles ne sont en tout cas qu'exemplatives, d'autres circonstances pouvant être constitutives de négligence grave⁹².

« Pour l'appréciation de la négligence du consommateur [sic], le juge tiendra compte de l'ensemble des circonstances de fait »⁹³. La négligence du titulaire est un fait juridique dont la preuve peut être apportée par toutes voies de droit, y compris des témoignages et des présomptions graves, précises et concordantes⁹⁴. La loi précise cependant que la négligence ne peut être présumée à suffisance par le fait que l'instrument a été utilisé avec un code connu du seul titulaire⁹⁵. En effet, des tiers mal intentionnés pourraient se procurer ce code par indiscretion, menace, *hacking* informatique ou usage de procédés dolosifs, comme cela s'est déjà vu en pratique⁹⁶. De même, la production, par l'émetteur, des enregistrements montrant la bonne exécution de l'opération, sa comptabilisation et l'absence d'incidents techniques (p. ex. la bande journal ou le journal électronique) ne suffit pas à elle seule à faire présumer la négligence du titulaire⁹⁷.

A vrai dire, vu l'interprétation que la loi donne de la négligence, force est de constater que l'émetteur aura bien du mal à établir celle-ci, sauf à retrouver l'instrument perdu ou volé, sur lequel serait inscrit le code secret du titulaire !⁹⁸ La loi précise en outre que sont interdites et nulles les clauses et conditions, ou les combinaisons de clauses et conditions contractuelles qui auraient pour effet « d'aggraver la charge de la preuve dans le chef du consommateur [sic] ou d'atténuer la charge de la preuve dans le chef de l'émetteur ». Cela ne signifie cependant pas que l'émetteur ne peut pas ajouter une série d'obligations supplémentaires de prudence à charge du titulaire, dans les conditions contractuelles⁹⁹.

Les auteurs s'accordent à dire que la référence au « consommateur » et non au « titulaire » dans les articles 8, § 2, al. 3 et 4, de la loi relève d'une inadvertance du législateur¹⁰⁰. A l'origine, la première mouture du texte était destinée à s'insérer dans la loi sur les pratiques du commerce, ce qui peut expliquer ce lapsus terminologique. Toujours est-il que l'erreur n'a

⁹⁰ Projet de loi TEF, pp. 31-32.

⁹¹ Art. 8, § 2, al. 2, de la loi TEF.

⁹² Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 583, n° 35.

⁹³ Art. 8, § 2, al. 3, de la loi TEF.

⁹⁴ Art. 1341 C. civ. (*a contrario*) et art. 1353 C. civ.

⁹⁵ Pour un aperçu de la position contraire, qui prévalait en jurisprudence jusqu'à l'adoption de la loi TEF, voy. Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 582, n° 34 ; L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁶ Positionnement d'une caméra sur le pavé numérique d'un distributeur de billets, contrefaçon d'un distributeur de billets qui ne restituerait pas la carte après introduction du numéro... Cf. A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 209, note 30. Voy. aussi la justification de l'amendement n° 6 du gouvernement, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2000-2001, n° 1389/3, p. 3.

⁹⁷ Référence à l'article 6, 8°, de la loi TEF.

⁹⁸ A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 209.

⁹⁹ L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁰ Th. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 582-582, n° 34 ; L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 25.

jamais été corrigée et que, prise au pied de la lettre, la loi établit une différence de traitement entre les titulaires professionnels et les titulaires consommateurs.

B. Responsabilités après la notification

Après la notification, le titulaire n'est plus responsable des conséquences liées à la perte ou au vol de son instrument, à moins que l'émetteur établisse que le titulaire a agi frauduleusement¹⁰¹. On relève que le titulaire négligent, lui, reste protégé¹⁰².

Ce régime contient donc deux incitants pour les parties à respecter leurs obligations. D'une part, le titulaire est incité à procéder le plus rapidement possible à la notification de la perte ou du vol de son instrument¹⁰³, d'autre part, l'émetteur a tout intérêt à empêcher, dès la notification, toute nouvelle utilisation de l'instrument¹⁰⁴.

C. Exception en cas d'utilisation de l'instrument sans présentation physique ni identification électronique

La règle qui organise le partage des responsabilités autour de la notification rencontre une exception dans le cas où l'instrument a été utilisé « sans présentation physique et sans identification électronique »¹⁰⁵. Dans ce cas, la responsabilité du titulaire n'est plus engagée et l'émetteur assume seul les conséquences liées à la perte ou au vol de l'instrument, qu'elles aient lieu avant ou après la notification. Ce régime a pour objectif affirmé d'inciter les émetteurs à développer des instruments de transfert électronique de fonds sécurisés recourant à des procédés d'identification électronique¹⁰⁶. Il ne dispense pas le titulaire de procéder à la notification requise par l'article 8, § 1^{er}, dans la mesure où la dérogation ne porte que sur le § 2. Il ne l'exonère pas davantage de sa fraude, en vertu de l'adage *fraus omnia corrumpit*¹⁰⁷.

Le régime de partage de responsabilité ne joue donc que s'il y a eu présentation physique, ou identification électronique de l'instrument : si l'instrument est utilisé à distance (i. e., sans présentation physique), il doit être identifié électroniquement ; à l'inverse, si l'instrument n'est pas identifié électroniquement, il doit être présenté physiquement. S'il n'y a ni présentation physique, ni identification électronique, l'émetteur est seul responsable. On vise ici, typiquement, les paiements effectués à distance (par téléphone, par email ou sur le web) par simple communication du numéro de carte de crédit et de sa date d'expiration. Un tel mode de paiement semble tellement peu fiable que le législateur a choisi de faire reposer l'entièreté du risque sur l'émetteur.

La loi ajoute que « la seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout élément d'identification similaire n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du titulaire ». Ainsi, les systèmes de *phone-banking* qui permettent de réaliser des opérations par l'introduction d'un mot de passe et du numéro de compte en banque du titulaire ne permettent pas l'identification électronique de l'instrument¹⁰⁸. Selon les travaux préparatoires,

¹⁰¹ Art. 8, § 2, al. 5, de la loi TEF.

¹⁰² L. ROLIN JACQUEMYNS, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰³ Obligation imposée à l'article 8, § 1^{er}, al. 2, de la loi TEF.

¹⁰⁴ Obligation imposée à l'article 6, 7^o, de la loi TEF.

¹⁰⁵ Art. 8, § 4, de la loi TEF.

¹⁰⁶ Projet de loi TEF, p. 34.

¹⁰⁷ A. SALAÛN, *op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁸ M. VAN HUFFEL, « Moyens de paiement et protection du consommateur en droit communautaire et en droit belge », *D.C.C.R.*, 2000, p. 32.

l'identification électronique suppose la mise en place de moyens plus sécurisés, comme l'insertion de l'instrument dans un terminal de paiement qui possède la capacité technique de vérifier que l'instrument inséré est authentique. Des technologies comme celle de la signature électronique sont évoquées¹⁰⁹. Certains auteurs précisent que l'identification électronique désigne le processus de lecture, de vérification et de validation électroniques des données figurant sur l'instrument, par exemple sur la bande magnétique ou la puce électronique d'une carte¹¹⁰ (en utilisant, par exemple, un lecteur de carte relié à l'ordinateur du titulaire ou couplé à un *Digipass*).

Notons qu'un régime similaire a été inséré dans la loi sur les pratiques du commerce par la loi TEF, pour protéger le consommateur (et non plus le titulaire) dans le cadre spécifique des contrats à distance (cf. *infra*, section 2, § 2).

III. INSTRUMENTS RECHARGEABLES

A. Perte ou vol de l'instrument rechargeable

Le régime de partage de responsabilité instauré autour de la notification ne s'applique pas en cas de perte ou de vol d'un instrument rechargeable, à condition toutefois que la valeur susceptible d'être stockée sur l'instrument soit limitée à 125 EUR¹¹¹. La somme de 125 EUR correspond à la limite actuelle de stockage de la carte Proton, en Belgique.

Dans ce cas, l'article 8, § 3, prévoit que l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la somme stockée sur l'instrument rechargeable, même après la notification. Cette dérogation à l'article 8, § 2, s'explique par l'impossibilité technique pour l'émetteur d'empêcher toute utilisation de l'instrument rechargeable postérieurement à la notification, si l'instrument est utilisé dans sa fonction de déchargement sans accès direct au compte du titulaire.

Si, par contre, la valeur susceptible d'être stockée sur l'instrument rechargeable est supérieure à 125 EUR, le régime de responsabilité de l'article 8, § 2, s'applique. Dès lors, jusqu'à la notification, le titulaire sera responsable de la perte des sommes stockées sur l'instrument, à concurrence de 150 EUR. Après la notification, les pertes seront entièrement assumées par l'émetteur. L'objectif est d'assurer que la mise à disposition d'instruments rechargeables susceptibles de stocker des valeurs importantes soit accompagnée de garanties suffisantes. Ainsi, les risques, plus élevés dans cette hypothèse, seront partagés par l'émetteur¹¹².

B. Dysfonctionnements

En cas de dysfonctionnement de l'instrument rechargeable, du dispositif, du terminal ou de tout autre équipement agréé par l'émetteur, ce dernier est responsable¹¹³. Il doit assumer les pertes qui résultent de ces dysfonctionnements, à savoir la perte de toute valeur stockée sur l'instrument rechargeable, ainsi que de la perte financière résultant de l'exécution incorrecte des opérations par le titulaire suite au dysfonctionnement.

¹⁰⁹ Projet de loi TEF, p. 36.

¹¹⁰ Th. LAMBERT, *op. cit.*, p. 584, n° 40.

¹¹¹ Art. 8, § 3, de la loi TEF.

¹¹² Projet de loi TEF, pp. 33-34.

¹¹³ Art. 7, § 2, 5° et 6°, de la loi TEF.

Cette responsabilité ne joue que pour autant que le dysfonctionnement n'ait pas été provoqué par le titulaire, soit sciemment, soit parce qu'il n'a pas utilisé son instrument conformément aux conditions contractuelles d'utilisation.

Ce régime de responsabilité particulier ne joue que dans l'hypothèse où c'est le titulaire lui-même qui utilise l'instrument rechargeable. En cas d'utilisation par un tiers, on retombe dans le régime dérogatoire de responsabilité prévu par l'article 8, § 3, selon lequel l'émetteur n'est responsable que si la valeur susceptible d'être stockée sur l'instrument est supérieure à 125 EUR. Notons que l'étendue de la responsabilité de l'émetteur n'est pas la même, puisqu'en cas de dysfonctionnement, elle s'étend à l'entièreté de la perte subie lors de l'utilisation par le titulaire (quelle que soit la valeur maximale susceptible d'être stockée sur l'instrument), alors qu'en cas de perte ou de vol, l'émetteur n'est pas responsable ou ne l'est que partiellement, selon la valeur susceptible d'être stockée sur l'instrument rechargeable.

SECTION 2. LES PAIEMENTS ÉLECTRONIQUES DANS LE CADRE DES CONTRATS À DISTANCE

La question des paiements électroniques se pose de manière particulière dans le cadre des contrats à distance, et plus particulièrement du commerce électronique sur Internet. C'est pourquoi la section 'Contrats à distance' de la loi sur les pratiques du commerce y consacre quelques dispositions en vue d'assurer davantage de protection au consommateur.

§ 1^{er}. L'obligation d'information

Un certain nombre d'informations doivent être fournies au consommateur par le vendeur à distance, avant et après la conclusion du contrat. Parmi ces informations figurent les modalités de paiement.

Ces informations doivent d'abord être fournies au consommateur lors de l'offre en vente à distance de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée (art. 78 LPCC). Elles doivent ensuite être confirmées, par écrit ou sur un autre support durable à la disposition du consommateur et auquel il a accès, au plus tard au moment de la livraison du produit, ou avant l'exécution du contrat de service, voire pendant celle-ci (art. 79 LPCC). A défaut d'une telle confirmation, le consommateur disposera d'un droit de renonciation de trois mois (art. 80, § 2, LPCC).

§ 2. L'utilisation frauduleuse des moyens de paiement électronique

L'article 83^{novies} de la LPCC prévoit un régime spécifique de responsabilité de l'émetteur en cas d'utilisation frauduleuse d'un instrument de transfert électronique de fonds dans le cadre d'un contrat conclu à distance par un consommateur. Cette disposition a été introduite par l'article 19 de la loi TEF.

Ce régime de responsabilité distinct de ceux prévus par la loi TEF se justifie, selon les travaux préparatoires, par la nécessité de rester conforme à l'article 8 de la directive sur les contrats à

distance¹¹⁴ qui pose le principe de l'annulation et du remboursement en cas d'utilisation frauduleuse de l'instrument de transfert électronique de fonds dans le cadre d'un contrat à distance avec un consommateur¹¹⁵. Tout en se référant explicitement à la loi TEF, en particulier son article 8, § 4, l'article 83*novies* de la LPCC présente un champ d'application différent et des conditions de responsabilité particulières.

I. CHAMP D'APPLICATION

A. *Ratione personae*

L'article 83*novies* s'applique aux relations entre l'émetteur d'un instrument de transfert électronique de fonds (tel que défini à l'article 2, 3°, de la loi TEF) et un consommateur, alors que la loi TEF vise les relations entre un émetteur et un titulaire, qu'il soit professionnel ou consommateur. Sur ce plan, le champ d'application de l'article 83*novies* est donc plus restreint.

B. *Ratione materiae*

En ce qui concerne les instruments visés, l'article 83*novies* s'applique aux instruments de transfert électronique de fonds autres que les instruments rechargeables, ainsi qu'aux instruments rechargeables dont la valeur susceptible d'être stockée est supérieure à 125 EUR. Selon les travaux préparatoires, les instruments rechargeables avec une capacité de stockage limitée à 125 EUR ne sont pas visés car l'article 8, § 4, ne s'y applique pas. Les autres sont visés, par contre, parce que dans ce cas la responsabilité de l'émetteur est déjà susceptible d'être engagée en vertu de l'article 8, § 3, de la loi TEF, donc il fallait en tenir compte¹¹⁶.

De manière plus restrictive que la loi TEF, seuls les transferts électroniques de fonds qui ont lieu dans le cadre d'un contrat à distance sont concernés par l'article 83*novies* de la LPCC. Autrement dit, la disposition s'applique plus spécifiquement aux paiements, alors que la loi TEF vise les transferts électroniques de fonds en général, y compris les libéralités et les mouvements de fonds entre comptes d'un même titulaire. Les contrats à distance, quant à eux, sont définis à l'article 77, 1°, de la LPCC comme « tout contrat concernant des produits ou services conclu entre un vendeur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le vendeur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ».

II. CONDITIONS

Le consommateur peut demander l'annulation du paiement et le remboursement des sommes versées à trois conditions.

D'abord, l'instrument de transfert électronique de fonds doit avoir été utilisé frauduleusement par un tiers. Ensuite, il ne doit pas y avoir eu de présentation physique ni d'identification

¹¹⁴ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

¹¹⁵ Projet de loi TEF, p. 40.

¹¹⁶ Projet de loi TEF, pp. 40-41.

électronique de l'instrument¹¹⁷. Enfin, le consommateur ne peut avoir lui-même agi frauduleusement. Nous renvoyons le lecteur aux développements qui ont été faits à propos de la condition d'identification électronique et des hypothèses de comportement frauduleux du consommateur (*supra*, section 1, § 4, II, C).

Lorsque ces conditions sont réunies, le consommateur a le droit de demander l'annulation du paiement. Dans ce cas, l'émetteur a l'obligation de procéder au remboursement du consommateur dans les plus brefs délais.

§ 3. *Le problème du paiement anticipé*

L'article 80, § 3, de la LPCC figure parmi les dispositions les plus polémiques (et les moins respectées !) de la réglementation des contrats à distance. Cet article prévoit en effet qu'aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours ouvrables accordé par l'article 80, § 1^{er}. Cela signifie que le vendeur ne peut imposer au consommateur un paiement avant livraison. Il ne peut que le proposer, en alternative à un mode de paiement différé.

Or, en pratique, la majorité des vendeurs en ligne imposent le paiement anticipé, faute de quoi le consommateur ne pourra même pas passer commande. Cette attitude contraire à la loi s'explique par la crainte de certains prestataires de ne pas être payés par leurs clients. De son côté, les consommateurs éprouvent une certaine méfiance à l'idée de payer anticipativement un prestataire inconnu, sans avoir la certitude qu'il va bel et bien exécuter la commande en retour.

Les vendeurs belges se plaignent de cette disposition qui n'a pas d'équivalent dans les autres pays membres de l'Union Européenne, ce qui conduit à les pénaliser sur le marché de la vente en ligne.

Certes, le Roi peut prévoir des dérogations à cette interdiction, en fixant les règles à suivre par les vendeurs pour garantir le remboursement du consommateur au cas où il exercerait son droit de renonciation après avoir payé le prix¹¹⁸. Cependant, il n'a pas encore fait usage de cette faculté. Une réflexion est en cours afin de déterminer quelles sont les solutions les plus adéquates à cet égard¹¹⁹. L'enjeu est crucial, puisqu'il s'agit d'établir une confiance réciproque entre les parties en vue d'assurer le développement du commerce électronique.

Pour un commentaire plus détaillé de l'article 80, § 3, de la LPCC, nous renvoyons à la contribution d'Etienne MONTERO, *supra*, Partie II, Titre 1^{er}, Chapitre 4, Section 2*bis*.

¹¹⁷ L'article 83*novies* de la LPCC fait expressément référence aux conditions posées par l'article 8, § 4, de la loi TEF.

¹¹⁸ Art. 80, § 3, al. 3, LPCC.

¹¹⁹ Voy. l'avis n° 3 de l'Observatoire des droits de l'Internet, « Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique », juin 2004, p. 15 et s., disponible à l'adresse <http://www.internet-observatory.be> ; voy. aussi H. JACQUEMIN et E. MONTERO, « L'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance », in *Aspects juridiques du paiement électronique – Juridische aspecten van de elektronische betaling*, Bruxelles, Kluwer, 2004, vol. 1, pp. 143-169, ainsi que H. JACQUEMIN, « Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance », *D.A./O.R.*, 2002, pp. 350-364.