

DOCTRINE

Les paiements électroniques dans les contrats à distance depuis la loi du 10 décembre 2009

Hervé Jacquemin¹

L'article analyse les nouveautés introduites par la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement et leur application en matière de contrats à distance. Outre le champ d'application de la loi, l'examen porte sur les droits et les obligations des parties (notamment en cas d'opérations de paiement non autorisées) et les sanctions susceptibles d'être prononcées si ces règles ont été méconnues.



The paper will focus on new rules introduced by the Act of 10 December 2009 on payment services, in the field of contracts concluded at a distance. The scope of the Act is analysed, as well as the rights and duties of the parties (in particular in the case of unauthorised payment transaction) and the penalties if the rules have not been observed.

INTRODUCTION

En droit civil, le paiement peut être entendu comme « l'exécution volontaire, en nature, de l'obligation telle qu'elle est née initialement, quel[s] qu'en soi[en]t la source² ou l'objet. Dans le langage courant, la notion reçoit toutefois une acception plus réduite puisqu'elle vise seulement le versement d'une somme d'argent. Tel est d'ailleurs le sens qui lui est donné dans l'expression « paiement électronique », généralement usitée en pratique. Quant à l'adjectif « électronique », il

¹ Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur. Directeur de recherches au Centre de recherche informatique et droit (CRID).

² P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement : rapport introductif », *Les aspects juridiques du paiement*, Rev. dr. U.L.B., 1993, pp. 10-11, n° 4. Voy. aussi H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 391, n° 394 (« le paiement est l'exécution par le débiteur, telle qu'elle doit être, de l'obligation à laquelle il est soumis. C'est l'accomplissement de son obligation. Payer, c'est s'exécuter; c'est effectuer la prestation à laquelle on s'est obligé, quel que soit par ailleurs l'objet de cette prestation (donner, faire, ne pas faire) »); S. STUNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, p. 835, n° 42; H. JACQUEMIN, « Notion de paiement et conséquences sur le plan probatoire », *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, V.1.1., p. 2.

ne permet guère de particulariser l'opération³ dans la mesure où désormais, sous réserve notamment des paiements en espèces, l'informatique ou, plus globalement, les technologies de l'information et de la communication, sont mobilisées pour verser des sommes d'argent par carte de débit ou de crédit (depuis le terminal d'un commerce traditionnel ou à travers un site internet), par virement (depuis un automate de type *self-banking* ou par l'intermédiaire d'une application d'*internet banking*), voire encore par des procédures plus récentes, tel l'envoi d'un SMS surtaxé.

Lorsqu'un contrat est conclu à distance, spécialement par voie électronique, il n'est pas rare que la méfiance ou les craintes des consommateurs se focalisent sur la sécurité du processus de paiement et son encadrement normatif. Aussi convient-il d'identifier les règles applicables à cette opération. Tel est l'objet de la présente étude: nous n'analyserons pas l'ensemble des opérations ressortissant à la notion de «paiement électronique» pour nous concentrer sur l'encadrement légal et réglementaire des principaux moyens de paiement disponibles lors de la conclusion de contrats par le biais des réseaux: on songe au paiement par carte de crédit, par virement *on-line*, par de la monnaie électronique, notamment en utilisant son téléphone portable⁴, ou par des SMS surtaxés.

Plus précisément, ceux-ci permettront d'illustrer les nouveautés introduites par la récente loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement⁵ (ci-après, «L.S.P.»). Celle-ci figure

parmi les textes adoptés par le législateur belge pour transposer la directive 2007/64/CE sur les services de paiement⁶. Nous ne nous penchons pas sur les règles spécifiquement applicables à la monnaie électronique⁷.

Jusqu'au 1^{er} avril 2010, date d'entrée en vigueur de la L.S.P., la matière était principalement régie par la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds⁸

pp. 518 et s.; R. STEENNOT et T. BAES, «Wet op belastingendiensten: bescherming of overbescherming?», *B.F.R.*, 2010, pp. 208 et s.

⁶ Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, *J.O.*, n° L 319 du 5 décembre 2007. Cette directive est également transposée par la loi du 21 décembre 2009 relative au statut des établissements de paiement, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement et à l'accès aux systèmes de paiement, *M.B.*, 19 janvier 2010, et la loi du 22 décembre 2009 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et restaurant l'action en cessation des infractions à la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, *M.B.*, 19 janvier 2010.

⁷ Voy. spéc. la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 19 avril 1993, dans laquelle a été transposée la 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.*, n° L 275 du 27 octobre 2000. On note que ces règles devront être corrigées à brève échéance pour transposer la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE, *J.O.*, n° L 267 du 10 octobre 2009.

⁸ *M.B.*, 17 août 2002. Cette loi assurait la transposition de la recommandation 97/489/CE de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, *J.O.*, n° L 208 du 2 août 1997. Pour un commentaire

³ Pour une critique de la notion de paiement électronique, voy. J. FELD, «Le paiement électronique à la lumière de la nouvelle loi sur les services de paiement», *Le paiement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 67-68.

⁴ Voy. par ex. le service offert par Ping Ping.

⁵ *M.B.*, 15 janvier 2010. Pour un premier commentaire de cette loi, voy. J. FELD, *op. cit.*, pp. 63 et s.; R. STEENNOT, «Girale en elektronische betalingen», *NjW*, 2010,

(ci-après, «L.T.E.F.») ou l'article 83*novies* de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs⁹. Ces textes sont désormais abrogés¹⁰. Aussi veillerons-nous à souligner les modifications introduites par la L.S.P., de manière à apprécier leur incidence sur la protection accordée aux parties à une opération de paiement réalisée en exécution d'un contrat à distance.

Nous analysons le domaine d'application de la loi (I), les droits et obligations des prestataires de services de paiement et des utilisateurs de services de paiement (II), ainsi que les sanctions susceptibles d'être prononcées si ces règles ont été méconnues (III).

I. CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI

Ratione materiae, la loi s'applique aux «services de paiement». L'expression est définie à l'article 2 de la L.S.P., qui énumère les sept catégo-

ries de services offerts en vente dans le cadre d'une activité professionnelle et susceptibles de répondre à la notion. Sont notamment visées «l'exécution d'opérations de paiement, y compris les transferts de fonds sur un compte de paiement auprès du prestataire de services de paiement de l'utilisateur ou auprès d'un autre prestataire de services de paiement: [...] – l'exécution d'opérations de paiement par le biais d'une carte de paiement ou d'un dispositif similaire; – l'exécution de virements, y compris d'ordres permanents de paiement»¹¹, y compris lorsque les fonds sont couverts par un contrat de crédit¹², l'émission et/ou l'acquisition d'instruments de paiement¹³ voire encore les transmissions de fonds¹⁴. Les paiements par carte de crédit ou de débit, par l'exécution d'un virement *on-line* ou au moyen de monnaie électronique constituent des services de paiement soumis aux dispositions de la L.S.P.

S'agissant des contenus numériques (films, musique, software, sonneries, etc.) qui, contre paiement, peuvent être consultés/exécutés en ligne ou doivent faire l'objet d'un téléchargement, avec un ordinateur ou un téléphone portable, une nuance s'impose¹⁵. Peut être

de cette loi, voy. not. E. WÉRY, *Paiements et monnaie électroniques*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 82 et s.; M. DEMOULIN, «Le paiement électronique», *Obligations – Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, V.1.7; M. VAN HUFFEL, «Ma carte bancaire est-elle suffisamment européenne?», *D.C.C.R.*, 2006/70, pp. 3 et s.; Th. LAMBERT, «La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *R.D.C.*, 2003, pp. 573 et s.; L. ROLIN JACQUEMYNS, «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, pp. 9 et s.; R. STEENNOT, «De wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen», *B.F.R.*, 2002, pp. 255 et s.

⁹ *M.B.*, 29 août 1991. On note que cette loi a par la suite été abrogée et remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*M.B.*, 12 avril 2010, p. 20.803) et la loi du 6 avril 2010 concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*M.B.*, 12 avril 2010, p. 20.841).

¹⁰ Article 77 de la L.S.P.

¹¹ Article 2, 1^o, c), de la L.S.P.

¹² Article 2, 1^o, d), de la L.S.P. Le «contrat de crédit» est défini à l'article 2, 28^o, de la L.S.P.

¹³ Article 2, 1^o, e). L'«instrument de paiement» est défini à l'article 2, 10^o, de la L.S.P. Outre les cartes de paiement, sont également visées les procédures de vérification (code pin, digipass, etc.) permettant à l'utilisateur de donner au prestataire l'instruction d'exécuter une opération de paiement (commentaires des articles du projet de loi sur les services de paiement, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2008-2009, n° 2179/001, p. 15, ci-après «Commentaire des articles»).

¹⁴ Article 2, 1^o, f), de la L.S.P. La «transmission de fonds» est définie à l'article 2, 14^o, de la L.S.P.

¹⁵ En effet, la directive sur les services de paiement n'a pas pour but de réglementer la fourniture de tels contenus (voy. le considérant n° 6 de la directive sur les services de paiement). Sur les règles applicables à ces contenus, indépendamment des questions de paiement, voy. F. COPPENS, M. DEMOULIN, R. ROBERT et S. DUSOLLIER, *Digital products in the acquis communau-*

considérée comme un service de paiement «l'exécution d'opérations de paiement, lorsque le consentement du payeur à une opération de paiement est donné au moyen de tout dispositif de télécommunication, numérique ou informatique et que le paiement est adressé à l'opérateur du système ou du réseau de télécommunication ou informatique, agissant uniquement en qualité d'intermédiaire entre l'utilisateur de services de paiement et le fournisseur de biens ou services»¹⁶. Ainsi, lorsque l'exploitant – l'opérateur de téléphonie mobile auquel un SMS surtaxé est envoyé, par exemple – ajoute une valeur intrinsèque à ces contenus (une sonnerie de GSM, par exemple) sous la forme d'un système de recherche ou les fournit directement, il n'agit pas uniquement en qualité d'intermédiaire¹⁷. Par contre, l'opérateur du système ou du réseau de communication qui reçoit le paiement ne sort pas de

son rôle d'intermédiaire lorsque le produit est fourni par un autre prestataire que lui¹⁸. Tel est par exemple le cas si un ticket de parking est payé à une entreprise de parking moyennant l'envoi d'un SMS surtaxé. Par ailleurs, si le téléphone portable est seulement utilisé en tant qu'instrument d'authentification pour réaliser un paiement de son compte de paiement (*m-banking*), aucun paiement n'est transféré à l'exploitant et l'opération ne constitue pas un service de paiement à son égard.

Il convient de noter que de nombreuses opérations de paiement sont exclues du domaine d'application de la loi conformément à l'article 4. Il s'agit notamment des paiements en espèces¹⁹; des opérations fondées sur divers documents au format papier²⁰ (chèque, titre de service ou un chèque de voyage)²¹ ou des services fournis par des prestataires de services techniques qui, sans entrer en possession des fonds, peuvent néanmoins intervenir en appui des prestataires de services de paiement²². De même, les services fondés sur des instruments de paiement susceptibles d'être chargés ou déchargés de monnaie électronique mais sans accès à un compte de paiement ne sont pas soumis à la L.S.P. lorsqu'ils ne peuvent être utilisés, «pour l'acquisition de biens ou de services, que dans les locaux utilisés par l'émetteur ou dans le cadre d'un accord commercial

taire in the field of consumer protection, Research study for the BEUC, 2009; M. DEMOULIN, Droit des contrats à distance et du commerce électronique, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 7 et s., n° 8 et s.; H. JACQUEMIN, «Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché», La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 63 et s.

¹⁶ Article 2, 1°, g), de la L.S.P. Nous soulignons. Voy. aussi l'article 4, 12°, de la L.S.P., qui exclut de son champ d'application «les opérations de paiement exécutées au moyen d'un appareil de télécommunication numérique ou informatique, lorsque les biens ou les services achetés sont livrés et doivent être utilisés au moyen d'un appareil de télécommunication numérique ou informatique, à condition que l'opérateur du système de télécommunication, numérique ou informatique n'agisse pas uniquement en qualité d'intermédiaire entre l'utilisateur de services de paiement et le fournisseur des biens ou services» (nous soulignons). Cette disposition semble le pendant négatif de l'article 2, 1°, g), à cette différence près que l'exigence soulignée – la livraison et l'utilisation du bien ou du service au moyen d'un appareil de télécommunication numérique ou informatique – ne figure pas dans cette dernière disposition.

¹⁷ Voy. le commentaire des articles du projet de loi relatif aux services de paiement, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹⁸ *Ibidem*, p. 11 et p. 29.

¹⁹ Article 4, 1°, de la L.S.P.

²⁰ À ce sujet, il est intéressant de souligner que, dans les travaux préparatoires, le législateur se demande si «les critères retenus par l'Union européenne ne vont pas mener à un décalage injustifié sur le plan du contenu même des instruments de paiement selon qu'ils sont basés sur un support papier ou électronique» (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 27). La question mérite d'être posée et il conviendrait, pour y répondre, d'analyser les caractéristiques de ces instruments à la lumière des objectifs poursuivis par les règles adoptées.

²¹ Article 4, 7°, de la L.S.P.

²² Article 4, 10°, de la L.S.P.

avec l'émetteur, à l'intérieur d'un réseau limité de prestataires de services ou pour un éventail limité de biens ou de services»²³.

Ratione personae, les services de paiement sont fournis par un « prestataire de services de paiement »²⁴ à un « utilisateur de services de paiement »²⁵, qui peut être le « payeur »²⁶ ou le « bénéficiaire »²⁷ du paiement.

L'article 3 de la loi circonscrit également son champ d'application dans l'espace, ce qui était nécessaire eu égard au caractère transfrontière des services de paiement, favorisé par l'avènement de la société de l'information.

II. DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

Les dispositions matérielles de la loi sont regroupées en deux titres portant, d'une part, sur la transparence des conditions régissant les services de paiement et les exigences en matière d'information (titre II), d'autre part, sur les droits et obligations liés à la prestation et à l'utilisation de services de paiement (titre III). Eu égard à l'objet de cette étude, qui se concentre sur les paiements électroniques réalisés à l'occasion de contrats à distance, il ne paraît pas utile d'examiner l'ensemble des dispositions contenues dans ces titres²⁸.

Aussi focaliserons-nous l'étude sur certaines règles, dont l'application présente un intérêt particulier dans le contexte retenu. Pour les

circonscrire, nous croyons utile de cerner préalablement les objectifs poursuivis par le législateur en introduisant celles-ci (A). Ensuite, à la lumière de cette analyse, nous examinerons les règles visant à garantir la transparence et la loyauté des relations contractuelles et des opérations de paiement exécutées dans ce cadre (B) ainsi que les dispositions visant à garantir la sécurité desdites opérations (C).

A. Objectifs poursuivis par le législateur

La directive 2007/64/CE sur les services de paiement a pour but de garantir le bon fonctionnement du marché unique de services de paiement, de manière à réaliser le marché intérieur²⁹. Dans cette perspective, une grande importance est attachée à la confiance des utilisateurs et à la saine concurrence entre les prestataires. S'agissant précisément des paiements en ligne, réalisés en exécution d'un contrat conclu à distance, ces questions possèdent une acuité certaine.

Pour y répondre adéquatement, la directive et la loi belge de transposition introduisent diverses dispositions, qui tiennent compte de la faiblesse supposée des utilisateurs de services de paiement ou des fraudes dont ils peuvent être les victimes.

On suppose d'abord qu'ils peuvent souffrir d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit en lien avec l'opération de paiement ou la relation contractuelle qui a pu être nouée dans ce cadre³⁰. La faiblesse peut également être liée à la position respective des parties dans le contrat, l'une étant spécialement puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière³¹. Pour réduire l'asy-

²³ Article 4, 11°, de la L.S.P.

²⁴ La notion est définie à l'article 2, 2°, de la L.S.P.

²⁵ La notion est définie à l'article 2, 3°, de la L.S.P.

²⁶ La notion est définie à l'article 2, 4°, de la L.S.P.

²⁷ La notion est définie à l'article 2, 5°, de la L.S.P.

²⁸ Est par conséquent exclue de la présente étude l'analyse des dispositions portant notamment sur le remboursement des opérations de paiement initiées par ou via le bénéficiaire (articles 38 et s.); les ordres de paiement (articles 40 et s.); le délai d'exécution et la date valeur (articles 44 et s.) ou la protection des données (article 58). Sur ces questions, voy. les références citées *supra*, note 5.

²⁹ Voy. notamment le considérant n° 1 de la directive.

³⁰ Sur cette faiblesse d'une partie au rapport contractuel, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 64 et s.

³¹ *Ibidem*, pp. 70 et s.

métrie informationnelle et garantir une relation contractuelle loyale et équilibrée, diverses obligations sont imposées aux parties. Il s'agit essentiellement d'obligations de transparence et d'information³² même si, accessoirement, d'autres exigences sont également prescrites.

La faiblesse des utilisateurs tient également aux fraudes dont ils peuvent être les victimes, de la part de tiers, et qui sont susceptibles de donner lieu à des opérations de paiement non autorisées. Pour lutter contre ces risques, un subtil partage de responsabilité est consacré par la loi. Celui-ci doit encourager chacune des parties, tenant compte des compétences et des moyens dont elle dispose, à prendre les mesures qui s'imposent pour renforcer la sécurité des opérations de paiement et empêcher les fraudes.

Les dispositions de la L.S.P. s'appliquent à tous les utilisateurs de services de paiement mais, s'agissant des obligations d'information et de transparence (visées par le titre II de la loi), on observe que seuls les consommateurs³³ sont considérés comme étant *a priori* en position de faiblesse³⁴. Lorsque l'utilisateur de services de paiement n'est pas un consommateur, les parties sont en effet autorisées à déroger conventionnellement aux dispositions du titre II de la loi³⁵. Pour ce qui est de la sécurité des opérations de paiement (régie principalement par le titre III), une analyse plus nuancée s'im-

pose dans la mesure où, même lorsque l'utilisateur n'est pas un consommateur, les dérogations conventionnelles restent interdites dans certaines hypothèses³⁶. Aussi veillerons-nous à indiquer, le moment venu, si la règle est impérative, voire d'ordre public, ou simplement supplétive.

B. Transparence et loyauté des relations contractuelles et des opérations de paiement réalisées dans ce cadre

La transparence et la loyauté des opérations de paiement figurent parmi les moyens permettant de renforcer la confiance des utilisateurs et de garantir une saine concurrence entre les prestataires, au bénéfice du marché intérieur des services de paiement.

Ces objectifs sont principalement atteints par la prescription, à charge du prestataire, d'obligations d'information, dont le contenu et le mode d'extériorisation sont précisément définis. On note que ces exigences s'ajoutent à celles qui sont requises par ailleurs, dans d'autres dispositions légales ou réglementaires³⁷. On songe à la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ou, conformément à la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché

³² Voy. le considérant n° 18 de la directive sur les services de paiement.

³³ La notion de « consommateur » est définie à l'article 2, 23°, de la L.S.P.

³⁴ Voy. à cet égard le considérant n° 20 de la directive sur les services de paiement : « les consommateurs et les entreprises ne se trouvant pas dans la même situation, ils ne requièrent pas un niveau de protection identique. Alors qu'il importe de garantir les droits des consommateurs au moyen de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par contrat, il est judicieux de laisser les entreprises et les organisations en décider autrement ».

³⁵ Article 27 de la L.S.P.

³⁶ Article 55 de la L.S.P. Voy. aussi le considérant n° 20 de la directive sur les services de paiement : « en tout état de cause, certaines dispositions essentielles de la présente directive devraient toujours être applicables, indépendamment du statut de l'utilisateur ». Ce même considérant ajoute toutefois que « les États membres devraient avoir la possibilité de prévoir que les micro-entreprises définies par la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro-, petites et moyennes entreprises devraient être traitées de la même manière que les consommateurs ». Cette possibilité n'est toutefois pas retenue par le législateur belge (à ce propos, voy. le commentaire des articles, *op. cit.*, p. 13 et p. 33).

³⁷ Voy. en ce sens l'article 5, alinéa 2, de la L.S.P. Voy. également le considérant n° 22 de la directive sur les services de paiement.

et à la protection du consommateur³⁸ (ci-après, «L.P.M.C.»), aux règles applicables aux contrats à distance portant sur des services financiers (articles 49 et s. de la L.P.M.C.). Des obligations d'information, assorties d'exigences de forme sont en effet imposées par ces dernières dispositions. Le législateur veille à leur articulation³⁹ et, conformément à l'article 24 de la L.S.P., les informations visées aux articles 8, 9, 13 et 14 de cette même loi remplacent (et priment donc sur) les informations visées à l'article 50, § 1^{er}, de la L.P.M.C.⁴⁰, à l'exception du 2^o, c) à g), 3^o, a), d) et e) et 4^o, b).

La L.S.P. distingue selon que l'opération de paiement est couverte par un contrat-cadre⁴¹ ou, dans le cas contraire, constitue une opération de paiement isolée.

S'il s'agit d'une *opération de paiement isolée*⁴² qui n'est pas couverte par un contrat-cadre, les exigences sont assez réduites et se limitent aux informations essentielles (l'utilisateur étant généralement présent au moment de l'ordre

de paiement). Avant que l'utilisateur ne soit lié par un contrat ou une offre de service de paiement isolé, ces informations portent sur l'identifiant unique, les frais ou le délai d'exécution maximal⁴³, ainsi que, le cas échéant, les informations et les conditions visées à l'article 14. Après l'ordre de paiement ou la transaction de paiement, elles concernent respectivement les références permettant d'identifier l'opération de paiement et les parties à celle-ci, son montant, les frais, le taux de change éventuel, ainsi que la date (soit la date de réception de l'ordre de paiement, soit la date valeur du crédit)⁴⁴. Pour ce qui est de l'extériorisation des informations, la loi exige seulement qu'elles soient *mises à la disposition* de l'utilisateur, sous une forme accessible, ce qui requiert de la part de ce dernier une démarche active pour en prendre connaissance⁴⁵. Il lui est cependant permis de demander qu'elles lui soient fournies, sur support papier ou sur un autre support durable⁴⁶. Considérant que la conclusion du contrat par un moyen de communication à distance peut empêcher le prestataire de se conformer à ses obligations d'information préalable, celui-ci est autorisé à y satisfaire immédiatement après l'opération de paiement⁴⁷.

Les opérations de paiement couvertes par *un contrat-cadre* sont soumises à des obligations d'information nettement plus lourdes. Cette hypothèse est de loin la plus fréquente en pratique, l'utilisateur disposant généralement d'un compte de paiement ou d'un instrument de paiement pour lequel un contrat a été

³⁸ M.B., 12 avril 2010. Depuis le 12 mai 2010, date de son entrée en vigueur, cette loi abroge et remplace la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après, L.P.C.C.).

³⁹ Suivant le considérant n° 22 de la directive, «il y a lieu de préciser [...] le lien entre les exigences d'information précontractuelle figurant dans la présente directive et celles figurant dans la directive 2002/65/CE».

⁴⁰ L'article 24 de la L.S.P. fait référence aux dispositions de la L.P.C.C. mais, conformément à l'article 139, § 1^{er}, de la L.P.M.C., «les dispositions légales non contraires à la présente loi, qui font référence à des dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, sont présumées faire référence aux dispositions équivalentes de la présente loi». Aussi ne mentionnons-nous que lesdites dispositions équivalentes.

⁴¹ La notion est définie à l'article 2, 16^o, de la L.S.P.

⁴² Les travaux préparatoires indiquent les opérations visées: il s'agit notamment d'un «type particulier de pratiques commerciales anglo-saxonnes, comme les transmissions de fonds (*"money remittance"*) et certains modèles de services de paiement de factures (*"bill payment services"*)» (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 34).

⁴³ Article 9 de la L.S.P.

⁴⁴ Article 10 de la L.S.P.

⁴⁵ Article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.S.P. Sur la distinction entre la mise à disposition d'informations et leur fourniture, voy. le considérant n° 27 de la directive ou le commentaire des articles, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁴⁶ Article 8, § 1^{er}, alinéa 2, de la L.S.P.

⁴⁷ Article 8, § 2, de la L.S.P.

établi⁴⁸. Elles portent d'abord sur le contrat-cadre en tant que tel puisque, pour garantir un consentement libre et éclairé de l'utilisateur, diverses informations et conditions doivent lui être *fournies* sur un support papier ou sur un autre support durable⁴⁹, en temps utile et, en tout cas, avant qu'il ne soit lié par le contrat-cadre ou l'offre⁵⁰. Le cas échéant, si le moyen de communication à distance utilisé à la demande de l'utilisateur ne le permet pas, les formalités peuvent être accomplies immédiatement après la conclusion du contrat-cadre⁵¹. Sur le fond, les informations requises portent sur le prestataire de service de paiement (données d'identification et coordonnées de l'autorité de contrôle prudentiel), l'utilisation d'un service de paiement (la description du service, en ce compris les caractéristiques techniques de l'équipement de communication qui peut être utilisé, l'identifiant unique, le délai d'exé-

cution, etc.), les frais encourus, la communication, les mesures de protection et les mesures correctives, la modification et la résiliation du contrat-cadre⁵² ainsi que les recours⁵³.

Les opérations de paiement individuelles couvertes par un contrat-cadre peuvent (ou doivent, selon le cas) également faire l'objet de mesures d'information, préalablement ou postérieurement à leur exécution. Dans le premier cas, elles concernent le délai d'exécution maximal ou les frais, et ne sont fournies qu'à la demande du payeur⁵⁴. Dans l'autre hypothèse, les informations doivent être fournies sans tarder par le prestataire du payeur, après la réception de l'ordre de paiement⁵⁵, et par celui du bénéficiaire, après l'exécution de l'opération de paiement⁵⁶. Les renseignements portent sur les références permettant d'identifier l'opération, son montant, les frais, le taux de change éventuellement appliqué ainsi que la date valeur du débit ou du crédit. La loi n'exige toutefois pas que l'utilisateur soit informé après chaque opération de paiement: le contrat-cadre peut en effet prévoir «une condition selon laquelle les informations [...] sont fournies ou mises à disposition périodiquement, au moins une fois par mois, et selon des modalités convenues qui permettent [à l'utilisateur] de stocker les informations et de les reproduire à l'identique, de façon à lui permettre de suivre raisonnablement l'état de ses dépenses»⁵⁷. À cet égard, on peut s'étonner que, par souci de cohérence, le législateur n'ait pas imposé la fourniture ou la mise à disposi-

⁴⁸ Voy. le considérant n° 24 de la directive sur les services de paiement.

⁴⁹ La notion est définie à l'article 2, 22°, de la loi. Sont notamment visés, suivant les travaux préparatoires, «les CD-ROM, les DVD, et les disques durs d'ordinateurs personnels sur lesquels le courrier électronique peut être stocké, ainsi que les sites internet, à condition que ceux-ci puissent être consultés ultérieurement pendant une période adaptée aux fins pour lesquelles les informations sont destinées et permettant la reproduction à l'identique des informations stockées» (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 19). Ils ajoutent qu'«un sms peut par exemple être assimilé à un e-mail, puisqu'un sms peut être stocké sur le disque dur interne ou sur la carte SIM du GSM qui peut être assimilé à une disquette ou un CD-ROM». Pour un examen de la notion de support durable, voy. M. DEMOULIN, «La notion de 'support durable' dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?», *R.E.D.C.*, 2000, pp. 361 et s.; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 365 et s., n° 278.

⁵⁰ Article 13, § 1^{er}, de la L.S.P. Conformément à l'article 13, § 3, de la L.S.P., le prestataire peut également «s'acquitter des obligations découlant du § 1^{er} en fournissant une copie du projet de contrat-cadre comportant les informations et les conditions définies à l'article 14».

⁵¹ Article 13, § 2, de la L.S.P.

⁵² On note à ce propos que des obligations tenant à la modification des conditions contractuelles ou à la résiliation du contrat sont prescrites par les articles 16-17 de la L.S.P.

⁵³ Article 14 de la L.S.P.

⁵⁴ Article 18 de la L.S.P.

⁵⁵ Article 19 de la L.S.P.

⁵⁶ Article 20 de la L.S.P.

⁵⁷ Articles 19, § 2, et 20, § 2, de la L.S.P.

tion des informations sur un support papier ou sur un autre support durable.

Il convient de souligner que, lorsque les opérations réalisées au moyen de certains instruments de paiement portent sur des montants limités, la L.S.P. réduit sensiblement les obligations d'information dont le prestataire est normalement débiteur dans les hypothèses décrites précédemment⁵⁸, eu égard, principalement, aux risques limités qu'ils présentent.

Des exigences figurant dans le titre III de la loi, traitant des droits et obligations liés à la prestation et à l'utilisation de services de paiement, ont également pour but de garantir la transparence et la loyauté des relations contractuelles. Des obligations d'archivage incombent ainsi au prestataire, qui doit tenir un registre interne des opérations de paiement⁵⁹. Le délai de conservation est de cinq ans. Il prend cours dès l'exécution des opérations et s'applique sans préjudice des autres dispositions légales ou réglementaires encadrant la fourniture de pièces justificatives. En cas de litige, il importe en effet que les données aient été conservées dans de bonnes conditions. Dans le même objectif de protection de l'utilisateur de services de paiement, pour éviter les fournitures non demandées, le prestataire doit s'abstenir « d'envoyer tout instrument de paiement non sollicité, sauf dans le cas où un instrument de paiement déjà donné à l'utilisateur de services de paiement doit être remplacé »⁶⁰ (article 32, 2°, de la L.S.P.).

C. Sécurité des opérations de paiement

Les risques de fraude et le manque de confiance corrélatif des utilisateurs de services de paiement qui effectuent des transactions à travers les réseaux peuvent constituer un obstacle au développement du commerce électronique. Il s'agit en effet d'un argument avancé pour expliquer les réticences des internautes au moment de conclure des contrats par ce biais, spécialement lorsqu'ils effectuent un paiement par carte de crédit⁶¹. Ce moyen de paiement est très répandu sur le net en raison, notamment, de sa simplicité d'utilisation. Il suffit en effet au titulaire de la carte d'introduire le numéro de celle-ci, sa date d'expiration, le code de sécurité qui figure au verso, ainsi que son nom. Corrélativement, il faut cependant admettre que le risque de fraude est accru: les données peuvent être interceptées lors de la transmission; le vendeur peut utiliser frauduleusement les données; enfin, la base de données du commerçant (dans laquelle il conserve les informations bancaires) peut être piratée.

Pourtant, au-delà des mesures techniques ou organisationnelles mises en place pour obvier aux risques de fraudes (cryptage des données ou intervention d'un tiers de confiance), le cadre normatif comporte des mesures préven-

⁵⁸ Il s'agit des instruments de paiement qui, « conformément au contrat-cadre, concernent exclusivement des opérations de paiement n'excédant pas 30 euros unitairement ou, soit ont une limite de dépenses de 150 euros, soit stockent des fonds dont le montant n'excède à aucun moment 150 euros » (article 21 de la L.S.P.). Il s'agit par exemple de la carte proton.

⁵⁹ Article 33 de la L.S.P.

⁶⁰ Comp. aux articles 94, 6°, et 98 de la L.P.M.C.

⁶¹ Plusieurs décisions de jurisprudence traitent du partage de responsabilité à opérer en cas d'utilisation non autorisée (ou prétendue telle) d'une carte de crédit: voy. Bruxelles, 15 mars 2007, *D.C.C.R.*, 2007, p. 45, note J. DEWEZ; Bruxelles, 13 septembre 2005, *D.C.C.R.*, 2006, p. 86; Comm. Bruxelles, 27 novembre 2006, *Dr. Banc. Fin.*, 2006, p. 137. Voy. aussi Bruxelles, 19 juin 2008, *D.A. O.R.*, 2009/90, p. 167, note A. VANDOO-LAEGHE, *R.D.C.*, 2010, p. 117, note M. DELIERNEUX et J.-P. BUYLE ou Bruxelles, 10 mars 2009, *Dr. Banc. Fin.*, 2009, p. 173, note R. STEENNOT (dans ces affaires, la cour analyse la relation entre le commerçant et BCC, qui échappe au prescrit de la L.S.P. et est réglée contractuellement entre ces parties, pour décider qu'en cas de paiement par carte de crédit sans la présence physique du titulaire de la carte, le risque de fraude doit être assumé par le commerçant).

tives et curatives. L'analyse qui suit portera principalement sur le paiement par carte de crédit mais, *mutatis mutandis*, les règles peuvent également s'appliquer aux autres moyens de paiements utilisés sur le net.

1. Mesures préventives

Pour garantir la sécurité des opérations de paiement, la loi impose diverses obligations au prestataire. Il est ainsi requis qu'«il s'assure que les dispositifs de sécurité personnalisés de tout instrument de paiement ne sont pas accessibles à d'autres parties que l'utilisateur de services de paiement autorisé à utiliser cet instrument, sans préjudice des obligations de l'utilisateur de services de paiement visées à l'article 31»⁶² (article 32, 1^o). Diverses informations que le prestataire doit fournir à l'utilisateur conformément à l'article 14, 5^o, de la L.S.P., avant qu'il ne soit lié par un contrat-cadre ou une offre, portent sur ces mesures de protection⁶³.

Parallèlement, l'utilisateur doit également contribuer à la poursuite de cet objectif, eu égard à ses moyens et compétences. De manière générale, la loi lui impose ainsi d'«utiliser l'instrument de paiement conformément aux conditions régissant l'émission et l'utilisation de cet instrument de paiement» (article 31, § 1^{er}, 1^o, de la L.S.P.). Plus précisément, il doit prendre «toutes les mesures raisonnables afin de préserver la sécurité de l'instrument de paiement et de ses dispositifs

de sécurité personnalisés»⁶⁴ (article 31, § 2, de la L.S.P.).

2. Mesures curatives

D'un point de vue curatif, la loi comporte des mesures favorables à l'utilisateur, en ce sens que, moyennant certaines conditions, elles le dispensent de supporter tout ou partie des conséquences résultant des opérations de paiement non autorisées.

En cas d'opération de paiement non autorisée, la première obligation incombe à l'utilisateur: dès qu'il a connaissance de la perte, du vol, du détournement ou de toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement, l'article 31, § 1^{er}, 2^o, de la L.S.P. lui impose d'informer sans délai son prestataire de services de paiement ou l'entité indiquée par celui-ci⁶⁵. Corrélativement, des moyens appropriés doivent être mis à sa disposition par le prestataire pour lui permettre de procéder à cette notification (le système «Card Stop», par exemple)⁶⁶.

Un régime de responsabilité spécifique est mis en place par la L.S.P., de manière à désigner la partie sur laquelle reposent, totalement ou partiellement, les risques encourus suite à une opération de paiement non autorisée.

⁶² En lien avec cette exigence, il appartient au prestataire d'assumer «le risque lié à l'envoi au payeur d'un instrument de paiement ou de tout moyen qui en permet l'utilisation, en particulier tout dispositif de sécurité personnalisé de celui-ci» (article 32, 5^o).

⁶³ Il s'agit en effet de «la description des risques et des mesures de prudence que l'utilisateur de services de paiement prend pour préserver la sécurité d'un instrument de paiement de même que les modalités de notification au prestataire de service de paiement [...]» (article 14, 5^o, a), de la L.S.P.).

⁶⁴ Les travaux préparatoires précisent à juste titre que «cela ne peut en aucun cas empêcher l'utilisateur de réaliser certaines transactions pour lesquelles il est habituel et même nécessaire de donner le numéro apparent de sa carte de paiement, lequel ne peut être considéré comme un dispositif de sécurité personnalisé (opérations à distance comme par exemple par internet ou par téléphone)» (commentaire des articles, *op. cit.*, pp. 61-62).

⁶⁵ Sur la procédure de notification, voy. aussi les articles 34-35 de la L.S.P.

⁶⁶ Article 32, 3^o, de la L.S.P. La loi ajoute que «le prestataire de services de paiement fournit, sur demande, à l'utilisateur de services de paiement, pendant dix-huit mois à compter de la notification, les moyens de prouver qu'il a bien procédé à cette notification». Il importe en effet qu'outre l'existence de la notification, son moment exact puisse être démontré avec précision (date et heure).

L'article 36 de la L.S.P. pose le principe suivant lequel, en cas d'opération de paiement non autorisée, le payeur doit être remboursé immédiatement par son prestataire de services de paiement. La règle s'applique si, à l'issue d'une vérification *prima facie*, aucune fraude n'a été détectée dans le chef du payeur. Le *statu quo ante* doit être rétabli, en créditant par exemple le compte du payeur du montant de l'opération de paiement non autorisée, complétée, le cas échéant d'intérêts calculés sur la somme. D'autres conséquences financières éventuelles doivent aussi être couvertes⁶⁷.

Ce principe connaît toutefois des tempéraments. Pour les présenter, une distinction doit être faite suivant que les opérations de paiement non autorisées ont été réalisées avant ou après la notification du payeur. Il convient de noter que ces règles (articles 37-39 de la L.S.P.) sont supplétives lorsque l'utilisateur n'est pas un consommateur⁶⁸.

Après la notification, lorsque l'instrument de paiement a été perdu, volé ou détourné, les conséquences financières sont supportées par le prestataire⁶⁹. Au nombre des exigences imposées au prestataire par l'article 32 de la L.S.P. figure en effet l'obligation d'empêcher « toute utilisation de l'instrument de paiement après une notification effectuée en application de l'article 31, § 1^{er}, 2^o » (4^o). Cette règle est toutefois inapplicable s'il est démontré que le payeur a agi frauduleusement (la charge de la preuve incombant au prestataire). La négli-

gence grave de ce dernier est toutefois insuffisante.

Avant la notification, les règles introduites par la loi en vue de partager la responsabilité en cas d'opérations de paiement non autorisées distinguent selon que les pertes subies par le payeur résultent ou non « soit d'un agissement frauduleux de sa part, soit du fait qu'il n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, à une ou plusieurs des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 31 ».

Si le prestataire établit que tel est le cas⁷⁰, le payeur devra supporter toutes les pertes occasionnées par les opérations de paiement non autorisées⁷¹. La loi donne des exemples de circonstances pouvant être considérées comme des négligences graves⁷². Sont ainsi mentionnés le fait, pour le payeur de noter ses dispositifs de sécurité personnalisés, comme son numéro d'identification personnel ou tout autre code, sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument de paiement ou sur un objet ou un document conservé ou emporté par le payeur avec l'instrument de paiement, ainsi que le fait de ne pas avoir notifié au prestataire de services de paiement, ou à l'entité indiquée par celui-ci, la perte ou le vol, dès qu'il en a eu connaissance » (article 37, § 3, alinéa 2, de la L.S.P.). Ces hypothèses ne sont toutefois pas constitutives d'une présomption de négligence grave, celle-ci devant être établie à la lumière des circonstances de l'espèce⁷³.

⁶⁷ Cfr article 36, alinéa 2, de la L.S.P. Sont notamment visés les frais supportés par le titulaire pour la détermination du dommage indemnisable.

⁶⁸ Article 55 de la L.S.P. Suivant le considérant n° 35 de la directive sur les services de paiement, « des dispositions différentes peuvent s'appliquer à des utilisateurs de services de paiement qui ne sont pas des consommateurs, de tels utilisateurs étant généralement plus à même d'apprécier le risque de fraude et de prendre des mesures compensatoires ».

⁶⁹ Article 37, § 2, de la L.S.P.

⁷⁰ C'est en effet sur lui que repose la charge de prouver la fraude, l'intention ou la négligence grave (article 37, § 3, alinéa 1^{er}, de la L.S.P.).

⁷¹ Article 37, § 1^{er}, alinéa 2, de la L.S.P.

⁷² Pour des applications jurisprudentielles, sous l'empire de la LTEF, voy. not. Bruxelles, 4 octobre 2005, *NjW*, 2006, p. 709; Bruxelles, 13 septembre 2005, *D.C.C.R.*, 2006, p. 86; Comm. Bruxelles, 27 novembre 2006, *Dr. Banc. Fin.*, 2006, p. 137.

⁷³ Voy. l'article 37, § 3, *in fine*: « pour l'appréciation de la négligence, le juge tient compte de l'ensemble des

En l'absence de fraude, d'intention ou de négligence grave, la responsabilité du payeur est plafonnée, avant la notification, à 150 EUR pour « les pertes liées à toute opération de paiement non autorisée consécutive à l'utilisation d'un instrument de paiement perdu ou volé ou, si le payeur n'est pas parvenu à préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés, au détournement d'un instrument de paiement » (article 37, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.S.P.). L'objectif est d'inciter l'utilisateur à notifier la perte ou le vol dans les meilleurs délais.

Sauf en cas de fraude ou de manquement intentionnel, par le payeur, aux obligations prescrites par l'article 31, une double exception est introduite par la loi en vue de dispenser celui-ci de toute perte occasionnée par une opération de paiement non autorisée⁷⁴. *A contrario*, la double exception s'applique également dans l'hypothèse d'une négligence grave.

Tel est *d'abord* le cas « si l'instrument de paiement a été utilisé sans présentation physique et sans identification électronique » (article 37, § 1^{er}, alinéa 3, 1^o, de la L.S.P.). Cette exception pourra généralement être invoquée en matière de contrats à distance puisque, par définition, la conclusion de ceux-ci doit se faire sans la présence physique et simultanée des parties⁷⁵ (par téléphone ou à travers un site internet, par exemple). L'objectif du législateur est clair : encourager les prestataires de services de paiement à mettre en place des dispositifs suffisamment sécurisés lorsque les parties ne sont

pas en présence physique l'une de l'autre lors du paiement⁷⁶ (hypothèses dans lesquelles les risques de fraudes sont plus importants). Il est en effet de leur intérêt que leur responsabilité demeure exclue pour les sommes couvertes par la franchise de 150 EUR ou en cas de négligence grave.

Reste à comprendre la notion « d'identification électronique ». Les travaux préparatoires de la loi nous enseignent que « l'identification électronique vise le cas où l'instrument est par exemple identifié au moyen d'un lecteur de carte (*smart card reader*). [...] La simple utilisation d'un "code secret" ou d'une preuve similaire n'est pas suffisante en soi pour engager la responsabilité du payeur-titulaire de la carte »⁷⁷. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 décembre 2009, cette question était régie par l'article 8 de la L.T.E.F.⁷⁸, qui prévoyait une

circonstances de fait. La production par le fournisseur de services de paiement des enregistrements visés à l'article 35 et l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul utilisateur de services de paiement ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci ».

⁷⁴ On en revient donc à l'application du principe énoncé à l'article 36 de la L.S.P.

⁷⁵ Voy., dans la L.P.M.C., les définitions du « contrat à distance » (article 2, 21^o) et de la « technique de communication à distance » (article 2, 22^o).

⁷⁶ À ce sujet, voy. les travaux préparatoires de la loi : « si le prestataire de services de paiement fait le choix économique de ne pas utiliser de système de sécurité optimal, il ne peut en reporter les conséquences sur l'utilisateur » (commentaire des articles, *op. cit.*, p. 71). À ce propos, on note qu'en pratique, il devient de plus fréquent, en cas de paiement par carte de crédit, qu'il soit demandé d'insérer celle-ci dans un lecteur de carte de manière à générer, après introduction du code pin de la carte, un code unique de validation. Dans ce cas de figure, on devrait en principe considérer que l'exigence de l'identification électronique est respectée.

⁷⁷ Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 71. Il est intéressant de noter que la disposition correspondante du projet de loi était complétée comme suit : « le simple usage d'un code confidentiel ou d'une autre preuve similaire de l'identité n'est pas suffisant pour engager la responsabilité du payeur » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 2179/001, p. 131). Cette formule a toutefois disparu dans les versions ultérieures, sans véritable explication. Il ne semble toutefois pas que la volonté ait été d'aller à l'encontre de cette considération, à la lumière du commentaire de l'article tiré des travaux préparatoires.

⁷⁸ Sur cette disposition, voy. not. M. DEMOULIN, « Le paiement électronique », *Obligations – Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, V.1.7, p. 26 ; Th. LAMBERT, « La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de

règle similaire. Les travaux préparatoires relatifs à cette disposition évoquaient le recours à un mécanisme de signature électronique⁷⁹. La matière des paiements électroniques est en effet l'une des hypothèses dans lesquelles on peut exploiter utilement les fonctions que les procédés de signature électronique permettent d'atteindre et qui, par comparaison aux fonctions de la signature manuscrite⁸⁰, tantôt sont différentes, tantôt peuvent être remplies avec une efficacité renforcée⁸¹. En Belgique, la reconnaissance et les effets juridiques de la signature électronique sont visés, de manière générale, par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil⁸² et par la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification⁸³ (ci-après, la loi du 9 juillet 2001)⁸⁴. Suivant l'article 4, § 4, de la loi

du 9 juillet 2001, est assimilée de plein droit à une signature manuscrite la « signature électronique avancée », « réalisée sur la base d'un certificat qualifié » et « conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique ». Pour la désigner, la doctrine⁸⁵, suivie par le législateur⁸⁶, utilise l'expression « signature électronique qualifiée ». À l'analyse, il apparaît que, suivant les exigences légales, le procédé doit non seulement garantir l'authenticité de l'origine mais également l'identification du signataire⁸⁷ et ce, avec une efficacité accrue⁸⁸. L'article 1322, alinéa 2, du Code civil ne pose pas de telles exigences. Les travaux préparatoires de la loi et les commentaires doctrinaux sont en effet unanimes pour dire

transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2003, p. 584, n° 40; O. GOFFARD, « *Status quaestionis* : risques et responsabilités en cas de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2005, pp. 5 et s.

⁷⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1389/001, p. 36. Il n'est plus fait expressément référence à un procédé de signature électronique dans les travaux préparatoires de la L.S.P. mais celui-ci constitue assurément l'un des moyens auxquels les prestataires peuvent recourir pour atteindre les fonctions attendues.

⁸⁰ On admet généralement que la signature manuscrite poursuit deux fonctions : identifier le signataire (à comprendre comme authentifier son identité) et marquer son adhésion au contenu de l'acte (voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 99 et s., n°s 59 et s., et les références citées).

⁸¹ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, « La signature électronique en droit belge : questions choisies », *An Information Society for All: A Legal Challenge*, Actes du colloque organisé à l'occasion des 30 ans du CRID, 2011, à paraître.

⁸² Cet alinéa a été ajouté par l'article 2 de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000.

⁸³ *M.B.*, 29 septembre 2001.

⁸⁴ Ces textes transposent la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre

1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 2000. Pour une analyse récente de ceux-ci, voy. E. MONTERO, « La preuve des actes juridiques privés électroniques en droit belge », *R.L.D.I.*, 2009, pp. 19-26; P. VAN EECKE, « De elektronische handtekening in het recht », *R.D.C.*, 2009, pp. 323-354.

⁸⁵ E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *D.A. O.R.*, 2002/61-62, p. 14, n° 6, note 10.

⁸⁶ Voy. l'article 2, 3°, de la loi du 10 juillet 2006 relative à la procédure par voie électronique, *M.B.*, 7 septembre 2006 ou l'article 1^{er}, 5^e tiret, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 12 juillet 2007 pris en application du décret du 14 décembre 2006 relatif à la reconnaissance juridique des formulaires électroniques de la Région wallonne, *M.B.*, 20 août 2007.

⁸⁷ La signature électronique avancée est en effet définie à l'article 2, 2°, de la loi du 9 juillet 2001, comme « une donnée électronique, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de *méthode d'authentification* et satisfaisant aux exigences suivantes :

- a) être liée uniquement au signataire ;
- b) permettre l'identification du signataire ;
- c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
- d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée » (nous soulignons).

⁸⁸ Voy. les exigences posées par le certificat qualifié (article 2, 4°, de la loi du 9 juillet 2001) et le dispositif sécurisé de création de signature électronique (article 2, 7°, de la loi du 9 juillet 2001).

que la notion d'imputabilité, à laquelle cette disposition fait référence, couvre les fonctions traditionnellement reconnues à la signature manuscrite: l'identification du signataire – à comprendre comme l'authentification de son identité – et son adhésion au contenu de l'acte⁸⁹. C'est principalement la signature digitale, basée sur la cryptographie asymétrique⁹⁰, qui répond aux conditions de l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 ou de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil⁹¹.

En pratique, les banques proposent des lecteurs de carte ou des *Digipass* qui génèrent un code chiffré nécessaire pour accéder au service en ligne et effectuer des transactions. *A priori*, ces mécanismes permettent à tout le moins d'authentifier l'identité du titulaire et, par conséquent, remplissent la condition relative à l'identification électronique, au sens de la loi. En principe, ces mécanismes devraient en tout cas remplir les exigences prescrites par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil.

Il est intéressant de noter que les conditions contractuelles établies par les institutions bancaires (et auxquelles le client consent en ouvrant un compte et en utilisant les services qui y sont associés) contiennent généralement des dispositions relatives à la preuve de certaines opérations, notamment les paiements réalisés au moyen de l'informatique et des technologies de l'information⁹². Dans le règlement général des opérations d'une banque, on peut lire que «le client accepte que les données informatiques/électroniques enregistrées par la banque font preuve des opérations ainsi que des ordres, avis ou information échangés par voie électronique, quel que soit le support sur lequel ces données sont enregistrées. Pour ces opérations électroniques, la signature électronique du client remplace la signature manuscrite». Il est ensuite précisé les procédés qui peuvent être considérés comme une signature électronique. Il s'agit notamment de l'introduction d'un code pin, d'un code secret, d'un code d'accès, voire de la combinaison de l'introduction d'une carte bancaire ou de crédit avec un code personnel. S'agissant de la signature, il

⁸⁹ Voy. le rapport fait au nom de la Commission de la justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 30. En doctrine, voy. E. MONTERO, «Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge: appréciation critique», *D.A. O.R.*, 2002/61-62, p. 16; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, «La preuve du contrat conclu par voie électronique», *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter*, Liège, éd. du Jeune Barreau, 2001, p. 114; L. GUINOTTE, «La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001», *J.T.*, 2002, p. 558.

⁹⁰ Dans ce mécanisme, il y a deux clés: une clé privée, connue uniquement de son titulaire et une clé publique, connue de tous. Les deux clés sont liées et la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée. Cette technique permet de garantir l'identification du signataire, la confidentialité et l'intégrité du message. L'internet est un réseau ouvert, dans lequel les intervenants ne se connaissent généralement pas. Pour que chacun puisse avoir la certitude que telle clé publique appartient bien à la personne qui s'en prétend titulaire, l'intervention d'un tiers de confiance était nécessaire. C'est la raison pour laquelle l'activité des prestataires de service de certification est désormais visée par la loi. Sur ce mécanisme, voy. D. MOUGENOT, *La preuve, La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 174, n° 121-2; L. GUINOTTE, *op. cit.*, pp. 555-556; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 77-84; M. STORME, «De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen», *R.W.*, 2000-2001, pp. 1515-1516.

⁹¹ Pour une description des différentes formes de signature électronique (combinaison d'une carte et d'un code secret, signatures biométriques, signatures digitales, etc.), voy. D. GOBERT et E. MONTERO, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle», *D.A. O.R.*, 2000, pp. 19-21; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 169 et s., n° 121.

⁹² De manière générale, sur les questions de preuve posées par ces opérations, voy. J.-P. BUYLE, «La preuve et le coût du paiement», *Les aspects juridiques du paiement*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 172 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, pp. 297 et s., n° 253 et s.; H. JACQUEMIN, «Questions de preuve posées par le paiement», *Le paiement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 194-196, n° 25.

est permis de se demander si un juge aurait pu décider que ces procédés répondent aux conditions fixées par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. *A priori*, sous réserve d'un examen approfondi du cas d'espèce, la réponse devrait être positive, spécialement pour la combinaison de la carte et du code personnel⁹³.

Dans la *seconde hypothèse* établie à l'article 37, § 1^{er}, alinéa 3, le payeur ne supporte aucune perte si « l'instrument de paiement a été copié par un tiers ou a été indûment utilisé pour autant que le payeur était, au moment de l'opération contestée, en possession de l'instrument de paiement ». Sont ainsi visés les cas de contrefaçons ou de *hacking*.

On note qu'il existe des exceptions à certaines des règles précitées lorsqu'il s'agit d'instruments de paiement de faible montant⁹⁴.

III. SANCTIONS DU NON-RESPECT DES RÈGLES PRESCRITES PAR LA LOI

En cas d'inobservation des obligations prescrites par la loi, outre une action en cessation⁹⁵, des sanctions civiles, pénales ou administratives sont susceptibles d'être mises en œuvre.

Les *sanctions pénales* consistent principalement en des peines d'amendes, qui oscillent entre 250 et 100 000 EUR⁹⁶. Elles peuvent notamment être prononcées si des exigences d'information ont été méconnues ou si le prestataire a manqué aux obligations qui lui incombent (en matière de sécurité des opérations de paiement, par exemple). Le cas échéant, des peines d'emprisonnement sont également envisageables⁹⁷. Ces infractions⁹⁸ sont recherchées et constatées par les officiers de police judiciaire ou par les agents commissionnés par le ministre ayant les Affaires économiques dans ses attributions, dont les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire⁹⁹. Ceux-ci peuvent adresser un avertissement au contrevenant pour le mettre en demeure de cesser l'infraction¹⁰⁰. Ils peuvent également proposer un règlement transactionnel permettant au contrevenant, moyennant le paiement d'une somme d'argent, d'éteindre l'action publique¹⁰¹. S'il n'a pas été donné suite à l'avertissement ou si la proposition de transaction n'a pas été acceptée, le procès-verbal est transmis au procureur du Roi¹⁰².

Au niveau *administratif*, l'article 71 de la L.S.P. impose à ces agents commissionnés de communiquer la violation, par un prestataire, des dispositions de la loi, à l'autorité de

⁹³ Dans le règlement d'une autre banque, on lit qu'« afin de signer de manière électronique des opérations, en ce compris des contrats, le titulaire de la carte utilise ses moyens de signature, à savoir la carte mise à sa disposition par [la banque] et son code secret de 4 chiffres. [...] Pour toutes ses opérations, le titulaire du compte accepte que la signature électronique du titulaire de la carte – validée par les systèmes informatiques de [la banque] et reconnue comme émanant du titulaire de la carte – remplit les conditions d'identification du titulaire de la carte et d'intégrité du contenu attachées à une signature au sens de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et que l'opération revêtue de cette signature électronique a la même valeur probante qu'une opération écrite signée de manière manuscrite par le titulaire de la carte et engage le titulaire du compte comme tel ». On note que la fonction d'adhésion du contenu de l'acte, pourtant dégagée de l'exigence d'imputabilité, n'est pas reprise.

⁹⁴ Article 57 de la L.S.P.

⁹⁵ Article 59 de la L.S.P.

⁹⁶ Article 64 de la L.S.P.

⁹⁷ Article 65 de la L.S.P.

⁹⁸ On note qu'aux termes de l'article 73, § 1^{er}, ces agents sont également compétents pour « rechercher et constater les actes qui, sans être punissables, peuvent faire l'objet d'une action en cessation formée à l'initiative du ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions ».

⁹⁹ Article 72, § 2, de la L.S.P. Voy. aussi l'A.M. du 19 avril 2010 désignant les agents chargés de rechercher et de constater les infractions à la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, *M.B.*, 27 avril 2010. Les pouvoirs dont ils disposent dans l'exercice de leurs fonctions sont énumérés à l'article 72, § 2, de la L.S.P.

¹⁰⁰ Article 60 de la L.S.P.

¹⁰¹ Article 74 de la L.S.P.

¹⁰² Article 72, § 5, de la L.S.P.

contrôle qui a accordé l'autorisation d'offrir des services de paiement. Celle-ci examinera « si et dans quelle mesure des sanctions de droit administratif ou d'autres mesures particulières doivent être prises à l'encontre du prestataire de services de paiement et ce, conformément au statut spécifique de celui-ci ».

La méconnaissance des dispositions de la loi peut également être *sanctionnée civilement*. Les mesures sont de trois ordres.

Primo, diverses clauses sont interdites et nulles de plein droit. Il s'agit des dispositions contractuelles par lesquelles « l'utilisateur de services de paiement renonce, même partiellement, au bénéfice des droits prévus par la [...] loi »¹⁰³ (article 61, 1^o, de la L.S.P.). Il en va de même des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, au profit du prestataire de services de paiement¹⁰⁴. Enfin, lorsque la charge de la preuve incombe au prestataire conformément à la loi, des dérogations conventionnelles ne peuvent avoir pour effet de renverser celle-ci au préjudice de l'utilisateur de services de paiement¹⁰⁵.

Secundo, si le prestataire n'a pas fourni à l'utilisateur une « description des risques et des mesures de prudence que l'utilisateur de services de paiement prend pour préserver la sécurité d'un instrument de paiement de même que les modalités de notification au prestataire de services de paiement au regard de l'article 31, § 1^{er}, 2^o » (article 14, 5^o, a), de la L.S.P.), ou s'il n'a pas mis en place des dispositifs de sécurité personnalisé (article 32, 1^o, de la L.S.P.) ou des moyens appropriés pour notifier les opérations de paiement non autorisées (article 32, 3^o, de la L.S.P.), le régime

de responsabilité établi à l'article 62 de la L.S.P. s'applique. Conformément à celui-ci, il est responsable, vis-à-vis de l'utilisateur, des conséquences résultant de l'usage d'un instrument de paiement par un tiers non autorisé. La règle ne s'applique toutefois pas s'il démontre une fraude dans le chef du payeur.

Tertio, la méconnaissance de diverses obligations énumérées à l'article 63 de la L.S.P. permet à l'utilisateur de résilier le contrat-cadre sans délai et sans frais ni pénalités¹⁰⁶. Il doit le faire par lettre recommandée mise (*sic*) à la poste, à partir du moment où il a connaissance, ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations. Sont notamment concernés les manquements à certaines exigences d'information¹⁰⁷ ou le non-respect, par le prestataire de son obligation de remboursement immédiat en cas d'opération de paiement non autorisée¹⁰⁸.

Plusieurs critiques peuvent être adressées à l'encontre de cette mesure.

Pour éviter que la sanction puisse être invoquée plusieurs semaines, voire plusieurs mois après la violation des dispositions concernées, nous aurions préféré que la disposition indique expressément que la résiliation peut être demandée *dans un délai raisonnable* à partir du moment où l'utilisateur a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations.

En outre, si la sanction peut se justifier en l'absence de certaines mentions – concernant par exemple les limites de dépenses pour les opérations de paiement exécutées au travers

¹⁰³ Même si la précision eût été utile, il ne paraît discutable que la règle s'applique sous réserve des dispositions auxquelles il est permis de déroger contractuellement.

¹⁰⁴ Article 61, 2^o, de la L.S.P.

¹⁰⁵ Article 61, 3^o, de la L.S.P.

¹⁰⁶ Pour une mesure similaire, voy., en matière de contrats à distance portant sur des services financiers, l'article 55, § 2, de la L.P.M.C.

¹⁰⁷ Voy. not. les articles 13, 14, 2^o à 6^o, 15, 23, alinéa 2, ou 25 de la L.S.P.

¹⁰⁸ Article 36, alinéa 1^{er}, de la L.S.P.

de l'instrument de paiement¹⁰⁹ – la méconnaissance par le prestataire de ses obligations pourrait être jugée plus accessoire par l'utilisateur, de sorte qu'il souhaite poursuivre les engagements résultant du rapport contractuel. On songe par exemple à l'imputation de certains frais, dans le cas visés aux articles 41, § 1^{er}, 42, alinéa 5, ou 49, § 2, sans qu'ils aient été convenus dans le contrat-cadre ou lorsqu'ils se révèlent excessifs par rapport aux coûts réels (en violation de l'article 56, § 1^{er}, de la L.S.P.). Si le contrat est maintenu, la réparation du préjudice subi pourrait consister à dispenser l'utilisateur de payer ces frais supplémentaires. Pour autoriser cette sanction (qui pourrait d'ailleurs être mise en œuvre sans l'intervention des cours et tribunaux), une modification législative est souhaitable. À notre estime, l'article 63, de la L.S.P. pourrait être amendé de la manière suivante (nous soulignons les modifications): «en cas de non-respect par le prestataire de services de paiement des obligations qui découlent des articles 13, 14, 2^o à 6^o, 15 et 16, 21, 23, alinéa 2, 25, 29, 32, 36, alinéa 1^{er}, 38, 39, § 2, 40 et 41, 43, 45 à 48, 50 à 52, 56, 57 et 78, l'utilisateur de services de paiement peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, par lettre recommandée [...] à la poste et motivée, résilier sans délai et sans frais ni pénalités le contrat-cadre *dans un délai raisonnable* à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations, *ou demander l'application de toute autre mesure permettant de réparer le dommage résultant de l'observation de ces obligations*».

On s'étonne également que les manquements à certaines obligations d'information ne soient pas visés par l'article 63 et, par voie de conséquence, ne fassent pas l'objet d'une sanction civile spécifique¹¹⁰. Tel est notamment le cas

du non-respect de l'article 14, 1^o et 7^o, ou des articles 18 à 20 de la L.S.P.

Enfin, lorsque l'utilisateur de services est un consommateur, la loi prescrit l'établissement d'une procédure extrajudiciaire adaptée de traitement des plaintes, à l'issue de laquelle la décision est rendue par un organisme indépendant¹¹¹.

EN GUISE DE CONCLUSION

En substance, on observe que le législateur européen, suivi par le législateur belge, a mis en place en matière de paiement – notamment électronique – un cadre normatif dont le champ d'application est large et qui impose diverses obligations à chacune des parties. S'agissant des paiements réalisés en exécution d'un contrat conclu à distance, qui peuvent prendre des formes variées (paiement par carte de crédit, envoi d'un SMS surtaxé, portemonnaie électronique, etc.), ces règles doivent, pour l'essentiel, être observées.

Plusieurs mécanismes sont mobilisés pour protéger l'utilisateur de services de paiement, en particulier lorsqu'il est consommateur. On vise les nombreuses obligations de transparence ou d'information ainsi que les règles applicables en cas d'opérations de paiement non autorisées. Aussi faut-il espérer qu'elles seront de nature à renforcer la confiance des utilisateurs, pour promouvoir, *in fine*, le développement du commerce électronique au bénéfice de tous les acteurs.

ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 445 et s., n^{os} 326 et s.) mais à divers égards, la protection de l'utilisateur serait assurée avec une efficacité renforcée si la mesure était expressément prévue par la loi (*ibidem*, pp. 502 et s., n^{os} 373 et s.).

¹⁰⁹ Article 14, 2^o, a), de la L.S.P.

¹¹⁰ Des sanctions civiles pourraient être appliquées conformément à la théorie générale des contrats (à

¹¹¹ Article 75 de la L.S.P.