



**Présente :**

**QUI VA PAYER ?  
OU QUESTION QUAND À  
LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉMETTEUR  
DE LA CARTE EN CAS DE TRANSFERT  
ÉLECTRONIQUE DE FONDS**

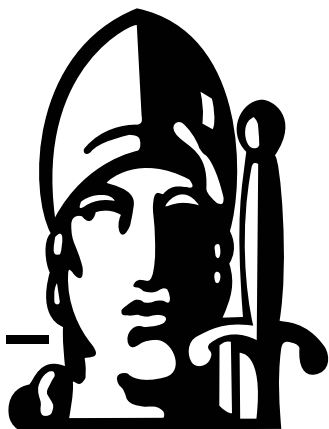
**Par**

**Francis de Clippele**  
Avocat à Anvers, assistant à l'U.F.S.I.A.-U.A.

**&**

**Olivier Goffard**  
Juriste d'entreprise

Date de mise en ligne : 6 septembre 2004



## QUI VA PAYER ? OU QUESTIONS QUANT À LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉMETTEUR DE LA CARTE EN CAS DE TRANSFERT ÉLECTRONIQUE DE FONDS <sup>(1)</sup>

*La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds règle les responsabilités incombant aux émetteurs, premièrement, en cas de perte ou de vol de l'instrument de transfert électronique de fonds, deuxièmement, de fraude lors de l'utilisation de cet instrument et enfin en cas de paiement erroné. Cette législation a pour objectif essentiel la protection des particuliers-titulaires. Elle est d'application aux transferts électroniques de fonds, aux retraits et dépôts d'argent liquide, à l'accès à distance d'un compte et aux rechargements et déchargements d'un instrument rechargeable. Le titulaire est obligé de par la loi de mentionner la perte ou le vol de son instrument de transfert électronique de fonds. Après cette notification, qui entraîne le blocage de l'instrument et donc le refus du paiement sollicité au moyen de cet instrument bloqué, la responsabilité pour l'usage de cet instrument repose entièrement sur l'émetteur, excepté la circonstance dans laquelle l'émetteur pourrait prouver le comportement frauduleux du titulaire. Conformément à l'article 12 de la loi du 17 juillet 2002 est interdite et nulle de plein droit toute clause exonératoire contraire. A première vue cette sanction de nullité s'applique aux transferts off-line de fonds. En cas de paiement off line l'émetteur ne dispose pourtant pas de la possibilité de vérification de la carte. Il ne faut donc pas faire dire à cette loi ce qu'elle ne dit pas.*

### INTRODUCTION

Par transfert électronique de fonds il faut entendre chaque modalité de paiement à l'exception de la remise d'argent scriptural ou de monnaie sonnante et trébuchante. En ce qui concerne les paiements prenant place dans le vaste domaine des télécommunications et des nouvelles technologies, se posent inexorablement les mêmes questions que celles rencon-

(1) Pour une vue plus globale des relations juridiques régissant le paiement électronique, nous renvoyons à F. de Clippele, *De betaling door middel van de elektronische overdracht van geldmiddelen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 168 et R. Steennot, *Elektronisch betalingsverkeer*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 751.

trées habituellement dans cette matière dans le monde réel. Ainsi des interrogations existent au sujet de la problématique de la preuve, du contrôle de l'usage non autorisé de la responsabilité du fonctionnement du système et enfin, du droit applicable aux transactions électroniques se déroulant à distance. Le dommage pouvant résulter de l'exécution d'une opération de transfert électronique de fonds peut entre autre se concrétiser dans la perte d'une somme d'argent, des intérêts sur cette somme, ainsi que dans toutes les formes de dommage indirect liées au dysfonctionnement du système de paiement (2).

Les opérations de paiement réalisées par les particuliers au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds sont traitées par la loi du 17 juillet 2002 (3). Cette loi règle la ré-

(2) H. Schutte, C. Stuurman, E. Van Spiegel et G. Vanderberghe, *Elektronische betalingsverkeer en teleshopping*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 50.

## S O M M A I R E

- Qui va payer? Ou questions quant à la responsabilité de l'émetteur de la carte en cas de transfert électronique de fonds, par Fr. de Clippele et O. Goffard . . . . . 369
- L'instauration de la version néerlandaise des textes légaux et réglementaires belges, par J. Leliard . . . . . 376
- Secret professionnel - Correspondance échangée entre avocat et client et entre juriste d'entreprise et employeur. T.P.I., ord., 30 octobre 2003, observations de L. Defalque . . . . . 380
- Séparation des pouvoirs - Pouvoir discrétionnaire de l'autorité - Concentration ou dispersion des routes aériennes. (Cass., 1<sup>re</sup> ch., 4 mars 2004) . . . . . 382
- Divorce - Mesures provisoires - Enfants mineurs - Contributions alimentaires - Détention du débiteur d'aliments - Article 203 du Code civil - Facultés contributives - Insolvabilité volontaire. (Liège, 1<sup>re</sup> ch., 3 février 2004) . . . . . 383
- Clôture de la faillite - Entraîne la dissolution de la société - Fin de la personnalité juridique active - Survie passive pendant cinq ans. (Bruxelles, 16<sup>e</sup> ch., 27 janvier 2004) . . 383
- Action paulienne - Conditions de son exercice. (Liège, 16<sup>e</sup> ch., 23 décembre 2003) . . . 384
- Procédure civile - I. Appel contre une décision interprétative - Recevable - II. Appel téméraire et vexatoire - Conditions. (Bruxelles, 9<sup>e</sup> ch., 25 septembre 2003) 385
- Pratiques du commerce - Interdiction pour le vendeur de faire signer une lettre de change par le consommateur - Contravention à cette règle - Conséquences. (Comm. Bruxelles, 8<sup>e</sup> ch., 23 septembre 2003) . . . . . 387
- Sommaires de jurisprudence . . . . . 388
- Chronique judiciaire : Le mariage homosexuel et l'ordre international ministériel - Le procès d'Arlon - Coups de règle - Bibliographie - Echos - Communiqué.

2004

369

partition de la responsabilité entre le titulaire d'une carte de paiement et l'émetteur de cette carte en ce qui concerne son utilisation. Le titulaire est obligé de par la loi de mentionner la perte ou le vol de la carte. Après cette notification, la responsabilité pour l'usage illégal de cette carte repose alors sur l'émetteur, excepté la circonstance dans laquelle l'émetteur pourrait prouver le comportement frauduleux du titulaire.

La loi (art. 2) est d'application aux transferts de fonds, aux retraits et dépôts d'argent liquide, à l'accès à distance à un compte et aux rechargements et déchargements d'un instrument rechargeable. On entend par instrument rechargeable tout instrument de transfert électronique de fonds sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement. En Belgique, la carte Proton représente l'exemple type de l'instrument rechargeable.

La carte (4) est quant à elle considérée comme étant tout instrument de transfert électronique de fonds du titulaire d'un compte auprès d'une institution de crédit (5).

Le titulaire est quant à lui toute personne physique qui, en vertu d'un contrat qu'elle a conclu avec un émetteur, détient un instrument de transfert électronique de fonds. Il s'agit donc de la personne disposant d'un instrument de paiement électronique ainsi que du code personnel et intransmissible qui donne accès au paiement électronique.

L'émetteur est 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 conformé-

ment à un contrat conclu avec celle-ci. Par l'utilisation combinée d'une carte et d'un code personnel (ou code PIN) sur un terminal de paiement, le compte du titulaire de la carte est alors débité. L'émetteur est en fait le co-contractant du titulaire (6).

L'émission et la mise à disposition à une personne physique, qu'elle soit commerçante ou pas, d'une carte comme instrument qui donne accès au transfert électronique de fonds sur un compte est un contrat *sui generis*, régi par les dispositions impératives de la loi du 17 juillet 2002. Le contrat ayant comme objet l'émission d'une carte pour le transfert électronique de fonds est quant à lui un contrat de sous-traitance qui peut être qualifié de mandat imparfait (7).

## 1 APPLICATION DE LA LOI DU 17 JUILLET 2002

Les dispositions de cette loi sont d'application aux transactions exécutées au moyen d'un instrument de transfert électronique de fonds. Cette notion recouvre aussi bien les paiements qui éteignent une obligation que les libéralités ou les simples transferts de fonds par une même personne d'un compte vers un autre (8). Le critère déterminant l'application de cette loi n'est pas la nature électronique de l'instrument utilisé mais bien la nature électronique de l'opération. C'est en effet le transfert en tant que tel qui doit être au moins partiellement réalisé par voie électronique. Les nouvelles technologies telles que le *home-banking* (9) et les opérations via internet, où le caractère électronique est moins lié à l'instrument de paiement lui-même, tombent donc aussi par conséquent sous ce champ d'application. Sont donc globalement visées toutes les opérations effectuées sur un terminal POS, dans les distributeurs automatiques de billet (ATM), par téléphone (cf. la prochaine apparition du M-commerce), par internet de même que les installations mises en place par chaque banque comme le *self banking* (10). Les travaux parlementaires proposent une définition pour la notion de transfert électronique de

fonds : « Toutes les techniques de virement ayant pour but, ou pour effet, d'une part, d'éliminer partiellement ou totalement le recours à des documents papier signés pour l'émission et l'exécution d'ordres de paiement, ou tout au moins leur circulation et d'autre part, de remplacer ces documents papiers par des impulsions électroniques susceptibles d'être traitées par ordinateur » (11).

Les dispositions de la loi sont ensuite applicables aux retraits et dépôts électroniques d'argent via les ATM (Automated Teller Machine), à l'accès à distance à un compte (sans qu'il soit nécessaire qu'une opération soit effectuée sur ce compte) et aux chargements et déchargements électroniques d'instruments de paiement rechargeables. Les instruments de paiement doivent en outre bénéficier d'une sécurité suffisante.

La loi est d'application à tout titulaire d'un instrument de paiement à l'exception des personnes morales. Toute personne physique, qu'elle agisse à des fins privées ou professionnelles, bénéficie de la protection de cette loi. Les instruments de transfert électronique de fonds qui sont mis à la disposition de personnel de sociétés ne sont pas visés par cette loi si c'est la société qui s'engage et supporte les risques liés à son usage.

La loi n'est par contre pas applicable aux transferts de fonds réalisés au moyen de chèques, de lettres de change et d'instruments rechargeables lorsqu'il n'y a pas d'accès direct à un compte pour effectuer ce rechargement ou ce déchargement, et qui ne sont utilisés que par un seul vendeur. Par cette exception, la loi entend soustraire de son champ d'application les cartes de téléphone rechargeables, les cartes de photocopies, etc. Le risque lié à ces cartes est en effet limité par les possibilités d'usage réduites et par le fait qu'il n'y a pas d'accès direct à un compte bancaire. La loi n'est de même pas d'application aux virements, aux ordres de paiement ou aux domiciliations manuscrites (12). Les virements non manuscrits, et donc réalisés par voie partielle ou totalement électronique tombent donc bien dans le champ d'application de cette loi, de même qu'ils sont aussi visés par la loi du 9 janvier 2000 concernant les virements transfrontaliers (13).

## 2 LE BUT DE LA LOI

La loi du 17 juillet 2002 a comme objet la transposition en droit belge de la recommandation européenne 97/489/C.E. du 30 juillet 1997 relative aux opérations effectuées au moyen d'instrument de paiement électroni-

(11) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 9; voy. aussi, M. Vasseur, « Le paiement électronique - Aspects juridiques », *J.C.P.*, 1985, I, 3206; X. Theunis, *Responsabilité du banquier et automatisation de paiements*, P.U.N., 1996, p. 4, n° 2.

(12) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 14.

(13) Loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent transfrontaliers, *M.B.*, 9 févr. 2000, p. 3911.

(3) Loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, *M.B.*, 17 août 2002. Pour de la doctrine sur le sujet nous renvoyons à R. Steennot, « De wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen », *Bank. Fin.*, 2002, pp. 255-271; R. Steennot, « Elektronisch betalen : eindelijk een wettelijke regeling », *N.J.W.*, 83-87; F. de Clippele, « De elektronische overmaking van geldmiddelen : een juridische overzicht », *R.W.*, 2002-2003, 281-285; A. Salaun, « Paiements électroniques : présentation de la loi du 17 juillet 2002 », disponible sur [www.e-consult.be](http://www.e-consult.be).

(4) Article 2, alinéa 4, loi du 17 juillet 2002.

(5) Directive 2000/28/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 modifiant la directive 2000/12/C.E. concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *J.O. L.*, 27 oct. 2000, n° 275, 37-38, modifie la définition d'établissement de crédit : un établissement de crédit est en premier lieu une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte ou, en deuxième lieu, un établissement de monnaie électronique au sens de la directive 2000/46/C.E. 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. L.*, 27 oct. 2000, n° 275, 39-43. Les dépôts et les autres fonds que les établissements de crédit reçoivent de leurs clients ne sont pas les seules sources de financement de leurs activités. Elles font aussi appel de manière importante aux emprunts pour financer leurs activités soit à la Banque centrale, soit sur le marché interbancaire. Cf. aussi J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1988, IV, 241.

(6) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 24.

(7) R. Steennot, « De wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen », *Bank Fin.*, 2002, 255-271.

(8) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 6.

(9) Le *home-banking*, le *phone-banking* et le *self-banking* sont disponibles pour les particuliers. Les *selfbank* sont les automates qui sont à la disposition de la clientèle dans les agences bancaires et qui offrent une grande diversité de fonctions à l'utilisateur, telle que la consultation de l'état des comptes, l'impression d'extraits de compte, la consultation des cours boursiers, les virements... Le terme *phone-banking* est parlant. Des opérations élaborées peuvent maintenant être réalisées au moyen d'un téléphone. Pour les personnes préférant l'ordinateur, il existe encore une troisième possibilité pour effectuer ces opérations, il s'agit du *home-banking*.

(10) A. Salaun, *Paiements électroniques : présentation de la loi du 17 juillet 2002*, disponible sur [www.econsult.be](http://www.econsult.be).

que (14). Le but de cette loi est d'offrir une grande protection aux utilisateurs d'instrument pour le transfert électronique de fonds en conformité avec la recommandation (qui n'est pas de droit impératif) et ce afin de gagner la confiance totale de l'utilisateur et ainsi favoriser le commerce électronique (15).

Afin d'atteindre ce but, la loi prévoit dans le chef de l'émetteur des obligations d'information spécifiques, aussi bien précontractuelles que périodiques. Un autre aspect important de cette loi a trait au partage de responsabilité et au partage des obligations entre l'émetteur et le porteur de carte.

Dans ce but de favoriser la confiance de l'utilisateur, le législateur a choisi de reprendre les dispositions en matière de protection émanant de la loi du 14 juillet 1991 relative aux pratiques du commerce, à l'information et la protection du consommateur. La loi du 17 juillet 2002 doit de plus être lue en corrélation avec la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation qui a comme but la protection de la partie faible — c'est-à-dire le consommateur — lors de la conclusion d'un contrat de crédit. Ces deux lois ont un champ d'application différent avec un but identique; la protection du consommateur dans les transactions financières. Alors que l'une d'entre elles vise la protection du consommateur lors de la conclusion de crédits, l'autre le protège plus largement lors de l'utilisation des cartes de paiement, dont les cartes de crédit.

## L'OBJET DE LA LOI DU 17 JUILLET 2002 : RÉPARTITION DES OBLIGATIONS ET DES RESPONSABILITÉS DANS LES RELATIONS ENTRE LE DÉTENTEUR ET L'ÉMETTEUR DE LA CARTE

La loi du 17 juillet 2002 (16) relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de

(14) *J.O. L.*, 2 août 1997, 208/52. Cette recommandation est le résultat de deux initiatives de la Commission européenne : l'approbation, le 8 décembre 1987, d'une recommandation concernant un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique, et concernant les relations entre les institutions financières, les commerçants-prestataires de services et les consommateurs, *J.O. L.*, 24 déc. 1987, p. 72; et l'approbation le 17 novembre 1988 d'une deuxième recommandation en matière de paiement électronique et plus précisément relative aux relations entre le titulaire de carte et l'émetteur de la carte, *J.O. L.* 24 nov. 1988, p. 55.

(15) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 3.

(16) Pour un aperçu de doctrine pertinente, nous renvoyons à : R. Steennot, « De wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen », *Bank Fin.*, 2002, pp. 255-271; R. Steennot, « Elektronisch betalen : eindelijk een wettelijke regeling? », *N.J.W.*, 2002, pp. 83-87; F. de Clippele, « De elektronische overmaking van geldmiddelen : een juridische overzicht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 281-285; A. De Boeck en F. de Clippele « Betaalkaarten - Juridische analyse van de rechtsverhoudingen en aansprakelijkheid », *N.J.W.*, 2002, pp. 480-484.

transfert électronique de fonds se limite au règlement des obligations et responsabilités respectives entre d'une part, l'émetteur (en majorité les institutions financières) et, d'autre part, le détenteur de la carte. Le but recherché est d'offrir une protection et une sécurité suffisante aux utilisateurs d'instrument de transfert électronique de fonds.

Le transfert électronique de fonds au moyen d'une carte de paiement est réalisé par l'intermédiaire d'un gestionnaire de réseau (17), en particulier Banksys, par lequel l'ordre de transfert de fonds est réalisé au moyen d'une télécommunication *on-line*. Un transfert *on-line* suppose que l'ordre du détenteur de carte soit transféré par une liaison directe du commerçant au réseau de Banksys. Le transfert *on-line* offre comme avantage la possibilité d'une vérification immédiate de la présence de fonds suffisants sur le compte. Ce caractère *on-line* garantit de même la possibilité d'un contrôle des limites prévues et du statut de la carte, entre autre le fait de savoir si la carte a été bloquée ou pas par CardStop après notification de perte ou de vol. Les caractéristiques d'accès au réseau de la carte de paiement peuvent aussi être vérifiées. En effet, certaines cartes ne bénéficient pas d'un accès à l'infrastructure complète de paiement électronique. Par exemple, les cartes ayant été émises sous le régime du service bancaire universel n'ont qu'un accès limité aux ATM et pas aux terminaux de paiement se trouvant dans un POS. Après que ces vérifications aient été effectuées, le transfert est immédiat et définitif. Cela découle de l'application du principe de non-répudiation (18) des opérations qui sont signées au moyen d'une signature électronique (code PIN) dans un réseau fermé. Dans cette hypothèse de paiement *on-line*, le commerçant a donc la garantie que si une transaction est acceptée par le terminal de paiement, son compte sera alors crédité pour le montant de la transaction.

En ce qui concerne le commerce électronique, après de nombreuses tentatives infructueuses pour trouver un moyen de paiement adéquat sur internet et propre à ce média (19), il a fallu se rendre compte que les solutions de paiement susceptibles d'offrir les garanties suffisantes aux consommateurs étaient basées sur les moyens de paiement existants, cartes de crédit ou de débit.

(17) Pour une qualification des obligations : F. de Clippele, « De kwaliteit herkent men ook aan de manier waarop wordt omgegaan met dingen die fout gaan » (note sous Bruxelles, réf., 20 juill. 2000), *T.B.H.*, 2001, pp. 773-778; F. de Clippele, « De dingen die fout gaan : Banksys en Unizo in kortgeding », note sous Bruxelles, 12 févr. 2002, *T.B.H.*, 2002, pp. 387-388; Cass., 12 juin 2002, R.G., n° 02C62-1, F. Pétillon, « Het Banksys-arrest : een instinker », *Computerr.*, 2002, p. 372; R. Steennot, *Juristenkrant* 2002, afl. 44, 16.

(18) Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique de la signature électronique et de services de certification, *M.B.*, 29 sept. 2001.

(19) L. Rolin Jacquemyns et T. Verbiest, « Les paiements dans le cadre du commerce électronique avec les consommateurs », *C.J.*, 2001, 55-61.

## RESPONSABILITÉ DE L'ÉMETTEUR POUR L'USAGE INCORRECT DE LA CARTE

### 1. — Qualification du contrat de mise à disposition d'un compte bancaire

Le compte bancaire est l'élément matérialisant la relation juridique entre l'institution de crédit et le client. Cette relation s'exprime par l'obligation de résultat qu'a l'institution de crédit de mettre des fonds à disposition du client après un dépôt, un paiement scriptural sur compte ou une attribution de crédit (20).

Les qualifications les plus courantes pour le compte en banque sont le contrat de dépôt ou le contrat de prêt (de consommation) (21). Cependant, le contrat de compte en banque ne peut pas être assimilé en tout point avec le dépôt ou le prêt de consommation. Le dépositaire n'est pas autorisé à utiliser les biens qui ont été remis en dépôt. L'institution bancaire qui reçoit de l'argent sous forme de dépôt peut utiliser celui-ci moyennant l'obligation de le garder à disposition du client à première demande. Les droits et obligations de la banque ne correspondent donc pas à ceux du dépositaire (22). La compensation de biens sur les comptes en banque est donc par conséquent possible étant donné que le compte à vue n'est pas un dépôt au sens de l'article 1293,2 du Code civil (23). La qualification du compte bancaire comme contrat de mandat n'est de même pas totalement adaptée. L'utilisation du compte est régie par les conditions générales bancaires; s'y attachent un avantage, les intérêts, et une sanction, les intérêts débiteurs en cas de dépassement du dépôt initial sujet de la loi du 14 mai 2001 (24). L'argent se trouvant sur le compte est à la disposition du client, entre autres afin d'effectuer une transaction électronique, de telle manière que la relation juridique entre l'institution de crédit et le client ne puisse, *in fine*, rentrer sous aucun des contrats nommés du Code civil, et pour lequel les dispositions trouvent donc à s'appliquer *mutatis mutandis* (25).

(20) Cass., 16 sept. 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 703; *Pas.*, 1993, I, 698; *R.W.*, 1993-1994, p. 1268.

(21) K. Bytbeier, *Handboek Financieel Recht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 195; Y. Merchiers, *Bijzondere overeenkomsten*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, 296.

(22) Cass., 16 sept. 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 703; *Pas.*, 1993, I, 698; *R.W.*, 1993-1994, p. 1268.

(23) Voy. aussi, E. Dirix, « Compensatie en tegoe-den op bankrekeningen », *R.W.*, 1993-1994, p. 1268; G. Dal, « La nature juridique du dépôt à vue », in *Mélanges Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 55; O. Poelmans et A. Doeme, « Les relations entre le banquier et son client titulaire d'un compte en banque après l'arrêt de la Cour », *Rev. Banque*, 1994, 411; J. Van Ryn et J. Henen, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, p. 336.

(24) Loi du 14 mai 2001 réglant les intérêts débiteurs sur les comptes à vue, *M.B.*, 13 juin 2001, pp. 19649-19650; R. Steennot et M. Tison, « De wet van 14 mei 2001 tot regeling van de debetrente op zichtrekeningen », *Bank- en financieel recht*, 2001, pp. 203-204.

(25) Cass., 16 sept. 1993, *Bank Fin.*, 1994, 43.

## 2. — Types de cartes bancaires

Il existe *grosso modo* trois types de paiement électronique par carte qui se différencient selon que le compte du titulaire est débité avant, pendant ou après la transaction (26) : Proton : débit avant la transaction; cartes de débit (Bancontact/Mister Cash) : débit pendant la transaction; et cartes de crédit (Visa, MasterCard, American Express, Diners, les cartes privatives tels que la carte Shell) : débit après la transaction. Lorsque le débit a lieu avant et pendant la transaction, le réseau de Banksys intervient. Lorsque le débit a lieu après la transaction, il est réalisé soit via le réseau de Banksys en sous-traitance de Bank Card Company soit via un autre prestataire de services (Citibank ou Europabank) soit enfin via le système d'American Express.

La carte de paiement ou carte de débit comporte bien évidemment une fonction de paiement et constitue donc finalement un instrument de paiement remplaçant l'argent comptant (27). La carte de débit est, dans la grande majorité des cas, émise par une institution financière sous son propre logo, associé avec un logo Bancontact/Mister Cash (28). Lors du paiement avec une telle carte, l'argent est retiré directement du compte du payeur pour autant que celui-ci dispose d'une provision suffisante (29). Une carte de débit est utilisée pour effectuer des paiements (POS) (30). A côté de cette utilisation, les cartes de débit peuvent aussi être utilisées pour retirer de l'argent des distributeurs de billets (ATM) (31). La carte BC/MC peut ensuite servir de clé d'accès à votre portefeuille virtuel lorsqu'un utilisateur effectue un paiement sur internet à l'aide de la solution Banxafe. En effet, après avoir fait une demande à sa banque pour disposer d'un portefeuille virtuel (qui contient toutes les cartes que l'utilisateur désire utiliser sur internet), le titulaire, lorsqu'il veut effectuer un paiement, doit alors insérer sa carte Bancontact/Mister Cash dans un lecteur approprié afin de s'identifier pour pouvoir avoir accès à son portefeuille.

La carte de garantie ou carte de crédit garantit le paiement pour autant qu'une certaine limite financière ne soit pas dépassée. A la suite de l'émission d'une carte de crédit bancaire, la banque émettrice ouvre un compte en faveur de la personne à qui la carte est attribuée. Le titulaire de la carte peut alors utiliser ce crédit pour des achats de biens ou de services ou pour une avance en argent comptant. Les paiements effectués au moyen de la carte de crédit sont exécutés dans les limites du crédit autorisées par l'institution financière. Parmi les cartes de crédit étant actuellement en circulation, une différence peut être faite entre les « deferred debit cards » et « revolving credit cards ». Par l'utilisation de la « deferred debit card », il est accordé au titulaire de la carte un

report de paiement jusqu'à réception de la facture mensuelle. Le titulaire d'une « revolving credit card » bénéficie quant à lui du privilège de pouvoir étaler les remboursements des montants déboursés à l'aide de sa carte de crédit (32). Les paiements au moyen d'une carte de crédit peuvent aussi bien être réalisés *on-line* qu'*off-line*. Lors des paiements *on-line*, un lien de communication direct avec l'institution émettrice nécessaire pour l'autorisation de la transaction est établi (33). Le paiement est alors immédiatement enregistré dans l'ordinateur de l'institution émettrice et le client reçoit une preuve de la transaction (34). Les paiements *off-line* sont utilisés par les commerçants qui ne reçoivent qu'un nombre limité de paiements par carte. Au-delà d'un certain montant, le commerçant contacte l'émetteur de la carte pour la réalisation du transfert des paiements enregistrés vers son compte (35). De même que les cartes de débit, les cartes de crédit peuvent aussi être utilisées pour réaliser des paiements POS et des retraits d'argent. Elles peuvent aussi être utilisées comme moyen de paiement au moyen d'ordres postaux ou d'ordre téléphoniques et pour les paiements *E-cash* sur internet (36).

A côté de cette distinction en fonction de l'utilisation de la carte, une distinction peut aussi être faite en fonction de l'émetteur de la carte. Les cartes bancaires sont en effet émises par les institutions financières. Les cartes d'achat ou cartes d'entreprise, souvent multifonctionnelles, sont quant à elles émises par de grandes sociétés de distribution telles que les grandes surfaces, les sociétés pétrolières, les compagnies aériennes. Enfin, les « travel and entertainment cards », émises par des sociétés spécialisées telles Eurocard et American Express (37), peuvent quant à elles être utilisées pour beaucoup d'applications (38).

Les institutions qui émettent des moyens de paiements sous la forme de monnaie électronique, c'est-à-dire plus précisément une valeur monétaire représentée par une créance sur l'institution émettrice (ex. : les cartes pétrolières) ou qui sont émises contre la remise de fonds (Proton), font l'objet de la directive 2004/46/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité d'établissement de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (39). La carte à puce Proton est une carte rechargeable qui enregistre de l'argent élec-

tronique dans sa mémoire. Après chaque paiement, le solde de la carte diminue et est transféré vers le terminal du commerçant. Celui-ci peut virer cet argent vers son propre compte en banque.

## 3. — Analyse de droit privé des relations juridiques

L'institution bancaire, la société pétrolière ou le distributeur doivent conclure un contrat avec le titulaire de la carte. Ce contrat peut être qualifié de contrat *intuitu personae* étant donné qu'il suppose que le demandeur de carte dispose d'un compte à vue sur lequel les montants seront débités et que ce dernier soit en même temps solvable (bien que dans la pratique, il faille constater que cette enquête de solvabilité ne se déroule pas de manière approfondie, l'émetteur se limitant la plupart du temps à poser une série de questions sur la situation personnelle du demandeur). Il s'agit de plus d'un contrat d'adhésion : toutes les conditions contractuelles sont en effet rédigées de manière unilatérale par l'émetteur dans un règlement d'utilisation (40). Il est cependant vrai que ce règlement doit être porté à la connaissance du titulaire de la carte dès la phase précontractuelle afin d'avoir une force liante à son égard (41).

Par dérogation à la loi du 14 juillet 1991 concernant les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur, le titulaire doit disposer d'un délai d'au moins deux mois pour pouvoir résilier ce contrat sans indemnités. Ce délai aurait été introduit afin de permettre au client de chercher une nouvelle institution financière et de pouvoir disposer de sa nouvelle carte de paiement (42).

Dans la relation entre le titulaire (personne physique pour utilisation à des fins privées ou professionnelles) et l'émetteur, s'appliquent les dispositions impératives de la loi du 17 juillet 2002 (43). Chaque clause par laquelle le titulaire renonce même partiellement au bénéfice de ses droits, de même que chaque clause par laquelle l'émetteur est exonéré, même partiellement, de ses obligations découlant de la loi, est à considérer comme interdite et nulle. La loi prévoit de même un régime de

(40) N. Spruyt, « VI. Betaalverrichtingen : wisselbrief, orderbriefje en elektronisch betalingsverkeer en telematisch bankieren », in *Recht voor de onderneming*, Antwerpen, Kluwer, 41. Dans les relations entre les entreprises professionnelles et le consommateur ces conditions devront passer avec succès « l'épreuve » de la conformité à l'interdiction des clauses abusives introduites par la loi sur les pratiques de commerce.

(41) En ce qui concerne l'obligation de communiquer les conditions contractuelles dans le cadre de la structure offre - acceptation nous renvoyons à : A. De Boeck, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 106-131.

(42) A. Salaun, *Paiements électroniques : présentation de la loi du 17 juillet 2002*, disponible sur [www.econsult.be](http://www.econsult.be).

(43) F. De Ly et G.-L. Ballon, « Elektronisch banken koperskaarten - Juridische aspecten naar Belgischen Frans recht », in *Preadviezen van de vereniging nadelrechten 1987*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 142-144; article 4 de la loi du 17 juillet 2002.

(26) F. Pétilion, « Het Banksys-arrest : een inkstinker », *Computerr.*, 2002, pp. 366-375.

(27) Cass., 6 déc. 2002, RC02C62-1.

(28) Rapport European monetary institute, 1999, p. 13.

(29) Rapport du Committee on Payment and Settlement Systems, 1999, p. 4.

(30) Point Of Sale : point de vente dans un magasin.

(31) Automated Teller Machine : distributeur de billets.

(32) Rapport de l'Association belge des banques, 1996, p. 23.

(33) Rapport du Committee on Payment and Settlement Systems, 1999, p. 4.

(34) Rapport du European Monetary Institute, 1999, p. 23.

(35) Rapport du Committee on Payment and Settlement Systems, 1999, p. 5.

(36) Rapport du Committee on Payment and Settlement Systems, 1999, p. 5.

(37) N. Spruyt, « VI. Betaalverrichtingen : wisselbrief, orderbriefje en elektronisch betalingsverkeer en telematisch bankieren », in *Recht voor de onderneming*, Antwerpen, Kluwer, pp. 39-40.

(38) F. De Ly et G.-L. Ballon, « Elektronisch banken koperskaarten - Juridische aspecten naar Belgischen Frans recht », in *Preadviezen van de vereniging nadelrechten 1987*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 109.

(39) *J.O.* L 27 oct. 2000, n° 275, pp. 39-43.

responsabilité impératif pour l'émetteur des instruments de paiement.

#### 4. — Responsabilités de l'émetteur pour les pertes réalisées en cas de non-exécution ou d'exécution fautive de la transaction du titulaire

Selon l'article 7 de la loi du 17 juillet 2002, relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, l'émetteur est responsable jusqu'au montant des pertes financières liées à l'inexécution ou à l'exécution incorrecte des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds sur des dispositifs, terminaux ou équipements agréés par l'émetteur.

#### 5. — Responsabilité de l'émetteur pour les transactions effectuées sans l'autorisation du titulaire

L'émetteur est responsable pour les transactions effectuées sans l'autorisation du titulaire lorsque l'émetteur n'a pas satisfait à ses obligations et, en particulier, à la communication obligatoire des conditions relatives à la notification de la perte ou du vol. Il sera de même responsable pour toutes les fautes liées à une erreur ou une irrégularité qu'il aurait commise dans la gestion du compte du titulaire. L'émetteur est bien entendu responsable en cas de contrefaçon de la carte et en cas d'usage de cette carte ainsi contrefaite.

Une obligation de résultat repose de plus sur l'émetteur, qui doit prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir la confidentialité du numéro d'identification personnel ou d'un autre code d'identification du titulaire envers les tiers. Cette obligation est réalisée par l'attribution d'un numéro d'identification personnel, sans intervention humaine de l'émetteur ou de son personnel. Le numéro d'identification personnel n'est pas conservé par l'émetteur. En cas de perte, un autre numéro d'identification personnel est alors attribué. Le lien entre l'instrument de paiement et le numéro d'identification est inséré automatiquement dans le système sans intervention humaine.

L'émetteur est ensuite responsable de l'envoi de l'instrument de paiement vers le titulaire, de même que pour l'envoi des moyens nécessaires à son utilisation, et en particulier l'envoi du numéro d'identification personnel. Cette responsabilité s'applique jusqu'au moment où le titulaire est entré en possession de l'instrument.

Une obligation de résultat de discrétion et de prévention de la fraude, aussi bien lors de la production des moyens d'accès aux systèmes de paiement que lors de leur envoi vers le titulaire, repose sur l'émetteur. Lors de l'envoi de ce moyen d'accès, de la carte et du code personnel, on peut distinguer deux risques : l'envoi non désiré et l'envoi par poste (44). Il faut

partir du postulat que lorsqu'une partie choisit un certain mode d'envoi elle doit aussi supporter les risques qui y sont liés. Cela implique que la charge de la preuve de l'envoi et de la réception reposent sur l'émetteur.

#### 6. — Etendue de la responsabilité de l'émetteur

L'étendue de la responsabilité de l'émetteur dépend de différentes hypothèses (art. 7, § 2, L. 17 juill. 2002) (45) :

— le montant de l'opération non exécutée ou incorrectement exécutée éventuellement augmenté des intérêts sur ce montant;

— la somme éventuellement nécessaire pour rétablir le titulaire dans la situation dans laquelle il se trouvait avant l'opération non autorisée, éventuellement augmentée d'intérêts sur cette somme;

— la somme nécessaire pour rétablir le titulaire dans la situation dans laquelle il se trouvait avant l'usage de l'instrument contrefait;

— les autres conséquences financières éventuelles et notamment le montant des frais supportés par le titulaire pour la détermination du dommage indemnifiable.

#### 7. — Responsabilité de l'émetteur concernant les instruments rechargeables

En ce qui concerne l'utilisation d'un instrument rechargeable (avec débit avant la transaction) s'appliquent d'autres règles de responsabilité. L'émetteur est responsable pour la perte de la valeur enregistrée sur l'instrument et pour l'exécution déficiente de la transaction exécutée à l'aide de l'instrument si deux conditions cumulatives sont respectées : la transaction doit être exécutée par le porteur lui-même et la perte ou l'exécution déficiente doivent être dues au fonctionnement défectueux de l'instrument, de l'appareil, du terminal ou de quelque autre installation acceptée.

Si l'instrument rechargeable est utilisé par un tiers n'en ayant pas l'autorisation, l'émetteur n'est alors pas responsable, excepté lorsque la valeur chargée sur la carte dépasse 125 €.

Dans ces deux hypothèses, c'est-à-dire en cas de fonctionnement technique défectueux et lorsqu'un montant supérieur à 125 € a été rechargé sur l'instrument, la responsabilité de l'émetteur n'est alors pas identique. Dans la première hypothèse, l'émetteur est responsable pour la perte totale de la valeur enregistrée ou pour la mauvaise exécution de la transaction, alors que dans la deuxième hypothèse, la répartition de la responsabilité est d'application. Cela signifie qu'avant la notification, le porteur de carte peut seulement être tenu responsable jusqu'à un montant de 150 €.

L'émetteur de l'instrument rechargeable ne sera cependant pas responsable si le titulaire n'a pas satisfait à l'usage imposé par les conditions d'utilisation, et/ou si le fonctionnement défectueux de l'instrument, du terminal ou de quelque autre installation acceptée a été

causé par le titulaire lui-même. L'émetteur devra cependant en apporter la preuve. La responsabilité de l'émetteur concernant les instruments de transfert électronique de fonds ne s'étend pas encore aux cas du vol ou de la perte d'un instrument rechargeable car on ne dispose pas à l'heure actuelle de la possibilité technologique de bloquer l'utilisation de ces instruments après la notification de leur perte ou de leur vol, étant donné que le déchargement des unités valeurs ne se déroule pas *on-line* (46). La notification de la perte ou du vol de l'instrument rechargeable peut cependant être utile pour le titulaire car l'élément rechargeable est souvent couplé à un instrument de transfert électronique de fonds.

#### 8. — Responsabilité de l'émetteur pour l'utilisation d'un instrument de transfert électronique de fonds sans présentation physique et sans vérification électronique

Une dernière application de la loi vise l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds sans présentation physique et sans vérification électronique. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un paiement est effectué au moyen d'une carte de crédit en communiquant le numéro visible et la date d'échéance. S'il est satisfait à ces deux conditions, l'émetteur sera par conséquent responsable. Au contraire, si l'instrument utilisé est identifié électroniquement à distance (c'est-à-dire sans être présenté), le titulaire sera alors responsable. L'identification électronique doit être interprétée comme étant l'introduction de l'instrument dans un terminal de paiement qui possède la possibilité technique de vérifier si l'instrument introduit est authentique, c'est-à-dire, s'il appartient bien comme tel au système de transferts électronique de fonds. Cette vérification de l'authenticité est rendue possible grâce à des technologies telles que la signature électronique (47). Cette disposition, dont l'objectif précis est loin d'être clair, a vraisemblablement été introduite en vue de pousser les émetteurs d'instruments de transfert électronique de fonds à créer, à côté du code PIN, un autre moyen permettant d'identifier avec certitude le titulaire de l'instrument.

Le paiement qui se déroule au moyen de la communication du numéro de carte et de la date d'échéance est très fréquemment utilisé sur internet. Cela entraîne, par conséquent de grands risques pour le titulaire de la carte. Sans perte ou vol de la carte, les pirates informatiques peuvent en effet, utiliser les numéros de carte et les dates d'échéance dans un but de fraude (48). Voilà pourquoi le régime de répartition des responsabilités ne s'applique pas en cas de paiement réalisé sur internet par la seule communication de son numéro de carte et de sa date de validité.

(44) H. De Schutte, C. Stuurman, E. Van Spiegel et G. Vandenberghe, *Elektronisch betalingsverkeer en teleshopping*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 52.

(45) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 28.

(46) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 28.

(47) Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/001, 28.

(48) M. Van Huffel, « Moyens de paiements et de protection du consommateur en droit communautaire et en droit belge », *D.C.C.R.*, 2000, p. 107.

## 9. — La charge de la preuve

Les différentes formes de dommages peuvent avoir diverses origines :

- un tiers incompétent a réalisé des transactions au nom d'un utilisateur légitime;
- l'instrument de paiement mis à disposition du titulaire par l'émetteur peut être falsifié;
- le système de paiement mis à la disposition par l'entrepreneur de réseau peut être touché par des dysfonctionnements;
- la bande magnétique de l'instrument de paiement peut être endommagée;
- le distributeur de billets peut être épuisé ou son fonctionnement peut être fautif.

En cas de contestation portant sur une transaction effectuée à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, la charge de la preuve repose sur l'émetteur en ce qui concerne le fait que la transaction a été correctement enregistrée et qu'elle n'a pas été techniquement influencée par une perturbation ou un autre défaut. Le titulaire aura toujours le droit de prouver le contraire.

La perte d'une somme d'argent peut être la conséquence du débit injustifié du compte. La nécessité pour l'utilisateur de conserver de manière précautionneuse son moyen d'accès et plus particulièrement de garder secret son code PIN afin d'éviter l'utilisation du système par un tiers incompétent, est liée à l'obligation pour le fournisseur de services en cas d'usage illégal et après notification, de bloquer le fonctionnement du système.

L'utilisation du code PIN par des personnes incompétentes ne livre plus comme telle la preuve d'une négligence fautive du titulaire de la carte relativement à son obligation de tenir son code secret (49).

## 10. — La responsabilité de l'émetteur de la carte est fondée sur la certitude d'identification du code PIN et sur la vérification *on-line* de la perfection de l'ordre de paiement, c'est-à-dire la vérification de la présence d'une provision sur le compte et du blocage de la carte

La loi du 17 juillet 2002 prévoit que l'émetteur de la carte est responsable pour chaque perte touchant le porteur après notification de la perte ou du vol de la carte (50). Après la notification du vol ou de la perte, le risque repose de nouveau sur l'émetteur de la carte électronique (51). L'émetteur supporte en plus toujours le risque de contrefaçon (52).

(49) Trib. Comm. Bruxelles, 5 juin 2003, R.G. n° 7467/2001.

(50) F. de Clippele, « De elektronische overmaking van geldmiddelen - Een juridisch overzicht », *R.W.*, 2002-2003, p. 281.

(51) Article 2 de la loi du 17 juillet 2002 : l'émetteur est 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. On entend évidemment par cette disposition les institutions financières, les grands magasins et les entreprises de vente à distance qui mettent de telles cartes à disposition de leurs clients (Chambre, 2000-2001, doc. 50, 1389/01, p. 11).

(52) Article 61, alinéa 4, de la loi sur le crédit à la consommation du 12 juin 1991, *M.B.*, 9 juill. 1991

Le code PIN donnant accès à l'utilisation de la carte de paiement est strictement personnel et incessible. Le titulaire de la carte se voit donc imposer une obligation de tenir le code au secret. Selon la jurisprudence de la Nederlandse Geschillencommissie Bankbedrijf la négligence du titulaire dans son obligation de discrétion n'est pas encore établie en prouvant que la carte a été utilisée par une personne incompétente avec le code PIN et avant la notification de la perte (53). Le client utilisateur doit en outre supporter le risque jusqu'à la notification de la perte (54). Ce risque est toutefois limité à un montant de 150 €, excepté les cas de fraude ou de négligence grave. Le seul fait qu'une carte ait été utilisée avec son code PIN par une personne incompétente ne livre pas pour autant et/ou comme tel la preuve d'une négligence fautive du titulaire de la carte dans son obligation de discrétion (55). Le titulaire doit prouver que la notification de la perte et/ou du vol de la carte a été réalisée de manière correcte et dans les délais. Le titulaire est aussi tenu de présenter toutes les pièces en sa possession qui sont en relation avec la notification de la perte ou du vol. Ces pièces, et en particulier l'enregistrement auprès de CardStop, doivent être interprétées de manière limitée. Ainsi, s'il est demandé de bloquer une carte bancaire normale alors que, dans la conversation, il n'est pas fait mention du blocage d'une carte pétrolière, l'émetteur ne sera alors pas responsable des pertes consécutives à l'usage de cette carte pétrolière (56).

Jusqu'au moment de la notification, le titulaire est responsable des conséquences liées à la perte ou au vol de l'instrument de transfert électronique de fonds jusqu'à un montant de 150 € excepté en cas de négligence grave ou de fraude. Dans ces hypothèses, le montant maximum n'est pas d'application. Après la notification de la perte ou du vol de la carte et après le blocage de celle-ci, l'émetteur est responsable de la perte engendrée par un usage illégal sauf si un comportement frauduleux de la part du titulaire peut être prouvé.

Du fait que les transactions sont réalisées *on-line*, les paiements réalisés au moyen d'une carte bancaire bloquée après une notification de perte ou de vol sont d'office refusés. La transaction *off-line* n'offre pas cette possibilité.

Comme déjà indiqué dans la doctrine récente (57), nous pouvons nous interroger sur la compatibilité entre cet article 8 visant la non-

concernant les crédits octroyés aux particuliers à des fins privées; article 7, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi du 17 juillet 2002 concernant les transactions effectuées au moyen d'instrument de transfert électronique de fonds, *M.B.*, 17 août 2002.

(53) Geschillencommissie Bankbedrijf, 16 nov. 1989, *Computerr.*, 1990, 199, note C. Knobbout-Bethlem.

(54) Article 8, § 2, de la loi du 17 juillet 2002 concernant les transactions effectuées au moyen d'instrument de transfert électronique de fonds, *M.B.*, 17 août 2002.

(55) Trib. Comm. Bruxelles, 5 juin 2003, R.G. n° 7467/2001.

(56) Trib. Comm. Bruxelles, 5 juin 2003, R.G. n° 7467/2001.

(57) E. Roger France, E. De Groote, « La valeur probante des signatures électroniques », *R.D.C.*, 2002, liv. 3, 185.

répudiation des opérations effectuées au moyen d'un instrument de transfert électronique de fonds et les dispositions sur la non-répudiation des lois du 20 octobre 2000 (58) et du 9 juillet 2001 (59) relatives à la signature électronique. Selon ces dernières, une signature électronique avancée créée par un dispositif sécurisé de création de signature et combinée à un certificat qualifié ont force probante. Ce type de signature sera donc assimilé à une signature manuscrite au sens de l'article 1322 du Code civil et toute opération signée avec ce type de signature électronique est donc censée être non répudiable. Or la loi du 17 juillet 2002 vient nuancer ce principe qui, à première vue, ne suscitait aucune contestation. En effet, à supposer qu'une opération passée au moyen d'un instrument de transfert électronique de fonds soit signée par une signature électronique avancée, il découle de l'application de l'article 8 de la loi que le titulaire pourrait répudier (sauf le cas de la négligence grave ou de fraude) une telle opération en notifiant la perte ou le vol de son instrument à CardStop selon les règles de responsabilité détaillées *supra*. Ceci va à l'encontre de l'objectif annoncé, pousser les émetteurs à créer un nouvel outil de signature permettant d'identifier le porteur. Quel est en effet son intérêt étant donné que le régime de partage des responsabilités s'applique, *mutatis mutandis*, à lui. A supposer que les émetteurs décident quand même de poursuivre dans cette voie, *quod non*, cela entraînerait une confrontation flagrante entre deux normes législatives que le législateur ne peut laisser subsister plus longtemps.

La récente loi sur les services de l'information du 11 mars 2003(60) ne prévoit-elle pas aussi dans sa partie consacrée aux contrats conclus par voie électronique que le Roi, dans les dix-huit mois suivant l'entrée en vigueur de cette loi, peut adapter toute disposition législative qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique? Ne serait-ce pas là une piste qu'il faudrait approfondir?

## APPLICATION DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ AU MOYEN DE LA SANCTION DE NULLITÉ

Conformément à l'article 12 de la loi du 17 juillet 2002, est interdite et nulle de plein droit, toute clause par laquelle le titulaire renonce même partiellement au bénéfice des droits prévus par la loi.

La lecture de l'article 12 fait présupposer (61) qu'une clause contractuelle qui prévoit la res-

(58) 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 déc. 2000, p. 42698.

(59) Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 sept. 2001, p. 33070.

(60) Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, 12962.

ponsabilité exclusive du commerçant pour les pertes résultant d'un usage illégal lors d'un transfert *off-line* de fonds est nulle.

Cette disposition empêcherait que l'émetteur se débarrasse de ses obligations au moyen d'un contrat avec un tiers et plus précisément avec le commerçant. Par la formulation « toute clause », la disposition peut clairement être invoquée contre un tiers. L'émetteur ne pourrait donc plus se libérer de sa responsabilité pour les conséquences financières de la perte ou du vol et pour l'usage illégal d'un instrument de transfert électronique de fonds en stipulant dans le contrat que celui qui accepte l'instrument (le vendeur) serait responsable (62).

L'application du droit de la responsabilité au moyen de la sanction de nullité, est cependant une exception à la liberté contractuelle (63). La clause d'exonération de responsabilité est licite, excepté si une disposition légale particulière de droit impératif ou d'ordre public interdit cette exonération totale ou partielle. Une clause d'exonération qui rend nul l'objet de l'obligation reprise et qui fait donc perdre au contrat, de par sa nature, tout sens ou toute signification, est de même nulle (64). La prescription légale qui interdit toute clause par laquelle le titulaire est exonéré, même partiellement, des obligations découlant de la loi, est de droit impératif. Le droit impératif suppose que le législateur ait comme but de protéger la partie faible, *in casu* le titulaire de carte, en prévoyant la sanction de nullité pour les dispositions dérogoires (65).

Selon le droit commun, la sanction de nullité doit être utilisée avec circonspection. Il faut à chaque fois s'interroger sur le but recherché par cette sanction de nullité afin de déterminer les conséquences de ces nullités en conformité avec ce but. Il ne faut en effet jamais laisser jouer la nullité plus loin que son but le rend nécessaire (66).

La responsabilité peut, selon le droit commun, et en respect des législations particulières d'ordre public, être exclue ou limitée si le dommage a aussi été causé par la faute de la victime ou d'une personne pour laquelle la victime était responsable (67). La question se pose cependant de savoir si le choix du commerçant d'opter pour une transaction *off-line* est de nature à justifier cette possibilité.

## 6

### POSSIBILITÉ DE RECOURS

Lorsque la transaction se déroule *off-line*, l'émetteur ne dispose pas de possibilité de vérification de la carte. Lorsque le commerçant choisit de réaliser une transaction *off-line*, il en supporte le risque en connaissance de cause. Serait-il donc interdit en vertu de l'article 12 de la loi du 17 juillet 2002 et serait-il même nul de prévoir dans le contrat de l'entrepreneur de réseau les responsabilités du commerçant?

En premier lieu, l'article 12 n'interdit pas la possibilité d'un droit de recours contractuel à l'avantage de l'émetteur contre le commerçant, pour autant que cela ne rende pas sans sens la responsabilité primaire de l'émetteur envers le porteur de carte. Cela suppose que les conditions d'émission de la carte et les conditions de prestation de services prévoient restrictivement la responsabilité, objet de ce droit de recours en cas de paiement *off-line*.

De plus, l'utilisation de l'article 12 comme fondement de la nullité d'une disposition contractuelle concernant la responsabilité d'un commerçant est *de facto* [1] et juridiquement [2] contestable.

1. — *De facto*, il est inéquitable que l'émetteur d'une carte de paiement soit tenu pour responsable lorsque, lors d'un transfert de fond *off-line*, ce dernier n'est plus protégé par les sécurités inhérentes aux moyens de paiement, telles que la vérification *on-line* de la provision suffisante sur le compte, le blocage de la carte et le contrôle des limites applicables (68). Il est de plus normal que la partie qui prend le risque en supporte les conséquences. Lorsque le commerçant choisit d'accepter des transactions *off-line*, il devra aussi ici raisonnablement en supporter le risque. Il n'est de plus pas impensable que si l'émetteur de la carte est dans tous les cas tenu pour responsable, que le titulaire de la carte et le marchand ne se mettent ensemble pour utiliser le système de manière frauduleuse lors de transferts de fonds réalisés de manière *off-line*. Le commerçant pourrait aussi réaliser des paiements *off-line* au moyen d'une carte volée ou trouvée. Les dispositions de l'article 12 ne peuvent pas mener à l'exclusion de la responsabi-

lité du titulaire ou d'un tiers en cas de fraude personnelle. La responsabilité de l'émetteur peut être exclue en cas de faute volontaire ou de dol. Depuis l'arrêt de cassation de 1959 (69) une différence est faite entre la faute intentionnelle personnelle et la faute grave. Il n'existe pas de principe général de droit selon lequel la faute grave soit équivalente au dol (70). L'élément intentionnel manque pour la faute grave.

2. — La loi protège les intérêts du titulaire de carte. L'esprit de la loi tend à régler les relations entre l'émetteur et le titulaire. Cette protection a une portée semblable à la protection du consommateur dans diverses législations consuméristes. Nonobstant le fait que le commerçant ne soit pas une partie à cette loi, l'article 12 serait quand même interprété de manière large si la clause de responsabilité du commerçant était déclarée interdite et nulle d'office.

En exécution d'une interprétation restrictive, le champ d'application de la disposition dans la loi qui prévoit la sanction de nullité est limité. En faisant appel à l'esprit de la loi, il est possible d'exclure plusieurs hypothèses du champ d'application possible. La loi du 17 juillet 2002 règle les relations entre l'émetteur et le titulaire. Le législateur n'avait pas l'intention de traiter les droits et obligations de tiers dans cette loi, en particulier les commerçants. A tous égards, le législateur n'avait pas cette intention si les droits avaient trait à une application de transfert électronique de fonds par laquelle l'équilibre dans les relations entre l'émetteur et le titulaire serait faussé, c'est-à-dire lorsque la sécurité, la possibilité de vérification de provision sur le compte ou les limites applicables ne jouent plus lors d'un paiement *off-line*.

L'article 12 ne découle pas de la recommandation européenne qui sert de fondement à la loi étant donné que la recommandation ne prévoit pas de sanction. L'effet à l'égard des tiers de la sanction de nullité pourrait donc donner lieu à un écartement pour l'application de la recommandation dans les pays nous entourant.

Etant donné que l'interprétation de l'article 12 ne nous donne pas de sécurité suffisante — cette disposition dans la loi du 17 juillet 2002 a été prise à l'unanimité sans observations — peut-on ici se permettre de suggérer une modification de la loi en reprenant une description encore plus précise des obligations? Le législateur pourrait ajouter à l'article 12,2 de la loi du 17 juillet 2002 une clause définissant de manière précise les obligations avec la possibilité d'introduire une différence entre les transactions effectuées *on-line* ou *off-line*.

Francis DE CLIPPELE

Avocat à Anvers, assistant à l'U.F.S.I.A.-U.A.

Olivier GOFFARD

Juriste d'entreprise

(66) W. Van Gerven, « Algemeen deel », in *Beginnelen van het Belgisch Privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 76-77.

(67) Article 10, § 1<sup>er</sup>, de la loi sur la responsabilité des produits défectueux du 25 février 1991.

(68) Une application similaire de la responsabilité du commerçant se retrouve avec l'internet et les MoTo (Mail Order, Telephone Order).

(69) Cass., 25 sept. 1959, *Arr. Cass.*, 1960, 86; *Pas.*, 1960, 113 avec les conclusions de l'avocat général Mahaux; *R.C.J.B.*, 1960, p. 10 avec note Dabin.

(70) Cass., 7 mars 1988, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 882.

(61) Conformément à la règle d'interprétation *contra proferentem*. Cf. article 31, § 4, L.P.C.

(62) Travaux parlementaires, p. 37; R. Steennot, « De wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen », *Forum Financier*, 2002, 255, *ad* p. 266 : « De vaststelling dat de houder niet aansprakelijk gesteld kan worden, heeft, gelet op de extensieve interpretatie die in de memorie van toelichting wordt gegeven aan het verbod om bedingen op te nemen die de verplichtingen van de uitgever beperken, tevens tot gevolg dat de uitgever zijn aansprakelijkheid (die bij heeft in de verhouding met de houder) niet langer zal kunnen afwentelen op de begunstigde handelaar. Clausules die de uitgever de mogelijkheid bieden om de rekening van de begunstigde opnieuw te debiteren van zodra de houder de transactie betwist, zijn verboden, voor zover zij betrekking hebben op transacties waarvoor de houder in geen geval aansprakelijk kan gesteld worden ».

(63) S. Stijns, « Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie », *R.W.*, 2002, pp. 1258-1287.

(64) Cass., 27 sept. 1990, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 88, *R.W.*, 1990-1991, p. 854; *J.T.*, 1991, p. 88, *Bank Fin.*, 1992, 37, note Romain; S. Stijns, « Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie », *R.W.*, 2002, p. 1263 et la jurisprudence qui y est citée.

(65) W. Van Gerven, « Algemeen deel », in *Beginnelen van het Belgisch Privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 76-77.