HAL
open science

Les prestations financières en ligne

Fatima Zahra Boulaich Bayssa

To cite this version:

Fatima Zahra Boulaich Bayssa. Les prestations financières en ligne. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2012. Français. NNT : . tel-00788560

HAL Id: tel-00788560

https://theses.hal.science/tel-00788560

Submitted on 14 Feb 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PANTHEON - SORBONNE (PARIS I)

ECOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVE

LES PRESTATIONS FINANCIERES EN LIGNE

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue publiquement le 17 décembre 2012
devant le jury de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
par

Fatima Zahra BOULAICH BAYSSA

Jury :

Directeur de recherches : **Monsieur Gilbert PARLEANI**

Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Membres du Jury : **Madame Myriam ROUSSILLE**

Professeur à l'Université du Maine

Monsieur Dominique LEGEAIS

Professeur à l'Université Paris V René Descartes

Monsieur Gautier BOURDEAUX

Maître de Conférences à l'Université Paris V René Descartes

Monsieur : Léo PALMIERI

Directeur Juridique Groupe du Crédit du Nord

L'UNIVERSITE PANTHEON-SORBONNE (PARIS I) Droit – Economie – Sciences Sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements les plus chaleureux vont tout d'abord à mon directeur de recherches Monsieur le professeur Gilbert PARLEANI, qui m'a fait l'honneur de diriger ma thèse. Je le remercie vivement pour sa grande disponibilité, sa gentillesse, ses précieux conseils ainsi que pour ses méticuleuses relectures.

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à mes parents, à qui je dédis cette thèse, pour avoir été depuis toujours une source inépuisable d'amour et de soutien. Je leur dit tout simplement MERCI pour tout, même si ce mot est insignifiant par rapport à ce qu'ils ont fait pour moi. Je tiens à remercier également mes sœurs, leurs maris ainsi que mon frère pour m'avoir soutenue durant les années de rédaction de ce travail, et ce, malgré la distance qui nous sépare.

Toute ma gratitude va également à mon mari qui m'a soutenue et supportée durant ces dernières années et à qui je dois l'achèvement de la rédaction de cette thèse. J'adresse également une pensée affectueuse à mon fils, aujourd'hui âgé de six mois, pour le temps que j'ai consacré à la rédaction de la thèse qui était normalement le sien. Qu'ils trouvent ici tous les deux l'expression de mon affection et de ma gratitude.

Je suis particulièrement reconnaissante à Madame HADJAZI Tassadit qui m'a soutenue comme une grande sœur sans relâche pendant des années.

Enfin, je ne peux clore ces remerciements sans adresser une tendre pensée à mon oncle TEDJINI BAILICHE Hicham, une personne exceptionnelle aujourd'hui au ciel. J'aurai tant aimé qu'il partage avec moi ce moment. Je lui dis simplement, tu me manques beaucoup « bijou » de la famille.

RÉSUMÉ

A l'instar des autres secteurs du droit, le secteur financier a incontestablement subi de profondes transformations dues à l'évolution profonde et rapide des nouvelles technologies au cours de ces dernières décennies. L'activité bancaire et financière s'est fortement dématérialisée, et s'est trouvée facilitée, avec le recours grandissant à Internet qui est devenu le nouveau canal de commercialisation des services financiers. Le site Internet, support de cette commercialisation a permis, aussi bien la conclusion du contrat en ligne, que le règlement des conflits qui peuvent en découler, grâce à l'intervention des législateurs européen et français. Tout nouveau est désormais le cadre dans lequel s'inscrit l'offre des services financiers en ligne. Cette offre nouvelle a réussi à gagner, puis à renforcer la confiance des consommateurs, grâce à un dispositif sécuritaire efficace, parfaitement adapté au contexte électronique qui sécurise le paiement en ligne. Une nouvelle évolution se dessine avec l'évolution de plus en plus massive des téléphones mobiles, dans la mesure où demeure garantie la protection des données personnelles numériques.

Mots clés. Internet, services financiers, consommateurs, sécurité, paiement en ligne, données personnelles.

Ecole doctorale de droit privé, 12, place du Panthéon, 75005 Paris.

ONLINE FINANCIAL SERVICES

ABSTRACT

The financial sector, as the other areas of law, has indisputably undergone major changes due to the fast and momentous development of new technologies over the past decades. The banking and financial business is going through a serious dematerialization, particularly with the growing reliance on the Internet, which has become the new marketing channel of financial services. As a medium of this marketing, websites have made possible the conclusion of on-line contracts as well as the resolution of the disputes that may arise, thanks to the intervention of French and European lawmakers. However, the framework governing the offer of on-line financial services is completely new. This new offer has managed to gain and strengthen the consumers' confidence, thanks to an efficient security system well adjusted to the electronic context that secures the online payment. A new trend is taking shape with the huge increase of mobile phones inasmuch as the protection of personal digital data is ensured.

Keywords. Internet, financial services, consumers, security, online payment, personal data.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Bull.	Bulletin
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
CA	Cour d'Appel
C. assur.	Code des assurances
C.civ.	Code civil
C. com	code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
Cass.	Cour de cassation
Cass.civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass.com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CCC	Revue Contrats, Concurrence, Consommation
Comm. com. électr.	Communication Commerce électronique
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMF	Code monétaire et financier
D.	Dalloz
D. aff.	Dalloz Affaires
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid	Ibidem Latin= même endroit (renvoie à la référence citée ci-dessus)
JCP E	La semaine juridique. Edition entreprises
JCP G	La semaine juridique. Edition générale
JDI	Journal du droit international
JOAN	Journal Officiel Assemblée Nationale
JO	Journal Officiel

JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LPA	Les Petites Affiches
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Op. cit	*Opere citato*
RED consom	Revue européenne du droit de la consommation
Rec.	Recueil de la Cour de Justice de l'Union Européenne
Rev. éco. fin.	Revue d'économie financière
RDAI	Revue du Droit des Affaires Internationales
RDBF	Revue du Droit Bancaire et Financier
RDC	Revue des contrats
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJDA	Revue de Jurisprudence du Droit des Affaires
RLDA	Revue Lamy droit des Affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RTD civ	Revue Trimestrielle de droit civil
RTD com	Revue Trimestrielle de droit commercial
RTD eur	Revue Trimestrielle de droit européen
TGI	Tribunal de Grande Instance
TI	Tribunal d'Instance

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LA COMMERCIALISATION DES SERVICES FINANCIERS EN LIGNE

TITRE I : LE SITE INTERNET, SUPPORT DE COMMERCIALISATION DE SERVICES FINANCIERS A DISTANCE

Chapitre I : Le site Internet mode d'établissement ou de libre prestation de services ?
Chapitre II : Le contrôle prudentiel adapté aux services financiers en ligne

TITRE II : L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT EN LIGNE

Chapitre I : L'expression des volontés dans le monde financier numérique
Chapitre II : La naissance du formalisme probatoire électronique et la preuve des transactions financières en ligne

TITRE III : LE REGLEMENT DES LITIGES DES TRANSACTIONS FINANCIERES ELECTRONIQUES

Chapitre I : L'adaptation des règles de conflit de lois et de juridictions au contexte électronique
Chapitre II : Le règlement des litiges en ligne

DEUXIEME PARTIE : LA SECURITE DES TRANSACTIONS FINANCIERES EN LIGNE

TITRE I : LA SECURISATION DES PAIEMENTS EN LIGNE

Chapitre I : La cryptologie
Chapitre II : L'usage de la cryptologie dans la sécurisation du paiement en ligne

TITRE II : LE PAIEMENT ELECTRONIQUE

Chapitre I : Le paiement via un porte monnaie électronique
Chapitre II : Le paiement via un téléphone mobile

TITRE III : LA PROTECTION DES DONNEES NOMINATIVES NUMERISEES DANS LE SECTEUR FINANCIER

Chapitre I : Le traitement et le transfert des données à caractère personnel dans le secteur bancaire et financier
Chapitre II : Les mesures de protection des données nominatives dans le secteur bancaire et financier

INTRODUCTION

''L'Internet n'est ni un nouveau monde ni un septième continent. C'est le monde réel mis en situation virtuelle. Si l'on accepte de considérer qu'il est tout aussi réel en virtuel, la majeure partie des questions trouve une réponse''[1].

Le développement des nouvelles technologies. Le développement des nouvelles technologies, et en particulier Internet[2], a bouleversé les relations sociales. Internet occupe actuellement une place centrale dans les habitudes quotidiennes des millions de personnes à travers le monde. Grâce à ses caractéristiques 3 D (dépersonnalisation, dématérialisation et délocalisation), Internet est de plus en plus sollicité pour effectuer des opérations diverses. En supprimant les contraintes liées au temps et à l'espace, et en réduisant les coûts, Internet a ainsi transformé la physionomie des relations contractuelles[3] et est devenu de ce fait le nouveau canal privilégié de commercialisation des biens et des services. Comme on l'a justement souligné, *«Notre époque est dédiée pour le meilleur et pour le pire, à la technologie, qui permet notamment aux êtres humains de communiquer entre eux par l'intermédiaire des ordinateurs et de se passer en un trait de temps, d'un point à un autre de la planète, des images, des sons et des textes»*[4]. Ainsi, grâce à Internet, et avec le concours des professionnels qui facilitent la circulation des offres (les opérateurs de télécommunication, les fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs de site), la distance ne présente plus un obstacle pour ceux qui souhaitent se rapprocher pour échanger des informations, conclure un contrat ou pour effectuer une opération quelconque y compris financière.

---

[1] BENSOUSSAN A., Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque du 13 mai 1998), Gaz. Pal. 20 octobre 1998, pp1338-1339.

[2] L'appellation ''Internet '' sans article défini ne fait pas unanimité. Selon ses partisans, ''Internet '' est un nom propre. Pour d'autres, il faut plutôt l'accorder à un article '' l'Internet'' du fait que c'est un nom générique, et ne doit pas porter une majuscule.

[3] « Internet, quelles conséquences prudentielles ?, Livre blanc, décembre 2000, disponible sur le site de la banque de France http://www.banque-france.fr

[4] GAUTIER P.-Y. & DE BELLEFONDS X. L., De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP G, 2000, doctrine, I, 236, p 1113.

Internet a de ce fait rendu possible l'acheminement d'importantes masses d'informations, notamment financières, par la liaison entre les réseaux et les ordinateurs du monde entier[5]. Par ailleurs, le développement des nouvelles technologies a entraîné entre autres l'apparition d'une nouvelle terminologie: site web, portail, lien hypertexte, cryptographie à clé publique, signature électronique, autorité de certification, spamming, cookie…etc. On entend de plus en plus parler de consultation de compte en ligne, de virement électronique, de souscription de crédit en ligne, d'achats d'actions en ligne, de conclusion de contrat d'assurance sur Internet, paiement de prime en ligne….etc.

Le commerce électronique[6]. «*Le commerce électronique constitue peut être la transformation la plus radicale que connaîtront les nations depuis la révolution industrielle»*[7]. De dimension mondiale, le commerce électronique a réalisé, grâce à la croissance d'Internet, une révolution dans le monde des affaires étant donné qu'il couvre une large gamme d'activités allant de la vente de biens divers à la commercialisation des services, financiers également. Ainsi, afin de promouvoir ce nouveau mode de commerce, il fallait mettre en place un cadre politique et juridique particulièrement adapté. Ainsi, dès les années 1990, aussi bien les instances européennes qu'internationales se sont intéressées à réglementer l'activité commerciale qui transite via Internet. La Commission européenne a publié une communication en date du 18 avril 1997 intitulée «Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique », dont l'objectif principal était de *« stimuler une croissance vigoureuse du commerce électronique en Europe»* en prévoyant des mesures pour assurer la compétitivité de l'Europe au niveau mondial. C'est ainsi qu'elle a prévu la libéralisation des télécommunications à travers la réduction des prix et l'instauration des systèmes de tarification plus souples, en s'appuyant, sur ce point, sur les travaux de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

---

[5] L'accessibilité d'Internet dans le monde entier est le critère qui le distingue de ''l'intranet'', un réseau local, limité dans l'espace qu'on retrouve souvent dans le cadre de l'organisation du travail des entreprises.

[6] Selon l'OCDE, le commerce électronique ''*constitue un élément fondamental de l'optique dans laquelle l'OCDE envisage la croissance économique, l'emploi et l'amélioration des conditions sociales*''. Conférence ministérielle de l'OCDE, ''un monde sans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial''. Plan d'action de l'OCDE pour le commerce électronique. Documents de travail de l'OCDE, n°98, 1998.

[7] *in « le commerce électronique et l'administration fiscale du canada* » Rapport du ministre de revenu national présenté par le comité consultatif ministériel du commerce électronique, avril 1998. Citation mentionnée dans le mémoire de DEA droit des affaires de l'université Robert Schuman: '' La notion fiscale d'établissement stable à l'épreuve du commerce électronique, en droit fiscal français et en droit fiscal communautaire'' par Hervé LACHAISE année universitaire 1999-2000.

Adaptation particulière du commerce électronique aux services financiers. Conscient de l'importance des services financiers dans l'économie moderne, l'OMC a engagé, dès 1997, des négociations en vue d'assurer une parfaite libéralisation de ces services, afin d'abolir les distorsions qui existent entre les différents marchés financiers. Cette action s'est inscrite en parallèle avec l'action européenne, dans le but d'assurer l'émergence d'un marché mondial du commerce électronique, ce qui a permis –entre autres- de promouvoir le commerce des services financiers. Dématérialisés, les services financiers (grâce aux avantages que confère Internet et l'action internationale et européenne pour encadrer cette activité) ont pu librement circuler sur la toile, profitant des potentialités qu'offre un marché mondial de biens et de services. On peut considérer qu'Internet constitue un réseau ouvert particulièrement adapté à la commercialisation des services financiers, du fait qu'il en a facilité la gestion et la circulation, par la suppression, entre autres, des frais de transport et de logistique. Il faut souligner que le commerce électronique ne se serait certainement pas développé sans la dématérialisation des mécanismes financiers. Le développement du premier n'aurait pu se réaliser sans la dématérialisation des seconds. En effet, comment un commerçant aurait pu commercialiser son produit en ligne, proposer de bas prix, si le client internaute n'avait pas la possibilité de payer en ligne avec les moyens financiers électroniques adéquats (carte bleue, porte monnaie électronique..etc)?

Émergence de la société de l'information en France. Depuis les années 1990, la France a agi activement afin de mettre en œuvre les bases d'une société de l'information. En effet, cette dernière a été une des priorités du gouvernement français depuis 1997, avec l'objectif d'adapter le droit aux exigences de cette société. Le 5 octobre 1999 fut publié un document d'orientation intitulé ''une société de l'information pour tous''. Le 1er août 1999, le premier ministre a annoncé l'adaptation du droit français aux exigences de la société de l'information. Le plan RE/SO 2007 présenté par le premier ministre français le 12 novembre 2002 dans le but d'asseoir une REpublique numérique dans la Société de l'information. La loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN) a été un des projets de ce plan.

En l'espace de quelques années seulement, et sous l'impulsion de l'Union européenne, qui a adopté plusieurs directives qui réglementent la commercialisation des services en ligne, dont certaines sont spécifiques aux services financiers, la France a réussi le pari d'adapter le droit français aux exigences des nouvelles technologies.

Avantages pour les professionnels. Support compétitif, Internet a rapidement séduit les professionnels qui ont mis à profit cette innovation technologique pour rentabiliser leur activité grâce au gain en termes de coûts et de temps[8]. En supprimant les barrières et contraintes traditionnelles (temps, distance et coût) qui freinaient jadis le développement des services et des activités, et en présentant plusieurs avantages, tels que la baisse des coûts des télécommunications[9], Internet a facilité ainsi l'activité de nombreux professionnels, y compris financiers, désireux d'étendre leurs services au-delà des frontières, en remplaçant la création coûteuse et onéreuse d'agence[10], par une simple vitrine ouverte sur le monde : le site Internet. Accessible 24 heures sur 24, il a rendu obsolète la notion d'heures de bureau. Ainsi, le prestataire de service financier français n'est plus cantonné dans son offre aux seuls ressortissants établis sur le territoire national et peut tenter de capter une clientèle européenne de plus en plus nombreuse -pourvu qu'il dispose de l'agrément dans l'un des pays membres de l'Union Européenne (passeport européen). Les résultats sont surprenants, car les avantages conférés sont innombrables. Ainsi, l'échange d'informations, la passation de commandes, la conclusion de contrats peut s'effectuer en temps réel, en un simple clic, entre des personnes situées dans les deux bouts du globe. Le site Internet a permis ainsi aux clients des établissements bancaires et financiers, d'un tour d'horizon, consulter, comparer tranquillement chez eux les différentes offres et de choisir celle qui leur correspond à l'aide notamment de sites électroniques qui sont spécialisés dans la comparaison des offres en ligne. Cette facilité d'accès et de comparaison a conduit à une concurrence exacerbée entre les prestataires financiers.

[8] SIMON P., Oui ! L'Internet transforme l'industrie financière, Rev. éco. fin. 2002, n°69, page 11.
[9] SIMON P., Oui ! L'Internet transforme l'industrie financière, opt.cit.
[10] Cependant, la réduction en termes de coûts de personnel et de structure est compensée par une élévation des investissements en termes d'achats d'équipements informatiques et de logiciels adaptés.

Concurrence accrue entre les prestataires financiers. La réduction des coûts et la transparence des prix en ligne ont accru la concurrence entre les opérateurs financiers. La course vers la sophistication des techniques financières est devenue frénétique. En effet, *« nul ne pouvait rater le train de* l'*Internetbanking »*[11], et chacun des prestataires voulait se réserver la meilleure place et proposer le meilleur service au plus bas prix pour attirer le plus de clientèle possible, car la captation et la fidélisation de la clientèle sont les enjeux fondamentaux d'Internet[12]. Par ailleurs, la concurrence a été accentuée à un certain moment entre les banques traditionnelles ouvrant un site Internet et les banques 100 % virtuelles. Ces dernières, ayant des coûts d'investissement de création et de maintenance du site Internet moins onéreux que ceux d'une agence, proposent des prix défiant toute concurrence. Toutefois, et à l'exception de quelques cas, l'échec[13] rencontré par la majorité des banques 100 %, montre que leur développement est encore aujourd'hui tributaire de l'adoption d'une politique ''multicanal '', qui consiste à créer un réseau d'agences en parallèle de la création du site Internet. Les banques françaises ont tiré les leçons de cet échec, et ont donc privilégié la méthode du « multicanal », en s'appuyant sur leur solide réseau d'agences et de leur forte relation avec les clients. Elles ont utilisé Internet comme un moyen supplémentaire et non comme un canal exclusif de prestation de services bancaires.

Commerce électronique et confiance des consommateurs. Le commerce électronique a connu un succès considérable ces dernières années. En dix ans seulement, il a vu son chiffre d'affaires se multiplier par…35[14]!, soit plus de 30 milliards d'Euros au titre de l'année 2010[15]. Ce succès est dû en grande partie à la confiance que les consommateurs ont placée petit à petit dans les supports numériques.

---

[11] SOUSI B., L'adaptation du droit bancaire et financier européen aux nouvelles technologies, Le droit des affaires du XXIe siècle, colloque de Deauville des 27 et 28 juin 2000, p 77.

[12] ABI-RIZK G.D. L'Internet au service des opérations bancaires et financières, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon Assas, Paris II, 2006 p 3.

[13] ''L'organisation du secteur bancaire et financier français et ses évolutions'' in Rapport annuel du CECEI, exercice 2006, disponible sur : http://www.banque-france.fr/fr/supervi/telechar/agrement/5_3cecei.pdf.

[14] Rapport d'activité de la FEVAD au titre de l'année 2010. Disponible sur : http://www.fevad.com/images/Publications/ra2010.pdf

[15] Rapport d'activité de la FEVAD au titre de l'année 2010 précitée.

Les instances européennes[16], et les acteurs du commerce électronique[17], ont bien compris que sans un niveau de protection élevé, et sans une harmonisation des règles applicables[18], le consommateur ne se sentira pas en confiance, et le commerce électronique ne se développera pas : ‘’…. *la confiance est un élément essentiel au développement de la vente à distance. Et ce n’est certainement pas un hasard si, au cours des dernières années, la courbe des ventes sur Internet a suivi celle de la confiance des internautes*’’[19]. C’est la raison pour laquelle la courbe de la confiance a suivi celle de la sécurité au fil des années. Si la moitié des consommateurs français fait aujourd’hui confiance à Internet[20], c’est parce qu’est apparu au fil des années, un arsenal de dispositions européennes et nationales protectrices, qui a réussi à dissiper ses craintes et vaincre sa réticence initiale à utiliser Internet. Force est de constater que confiance, protection et développement du commerce électronique et en particulier la commercialisation des services financiers vont de pair.

Risques. L’effacement des frontières a exacerbé la concurrence entre les prestataires financiers, soucieux de tirer un maximum de profit de la part de leur clientèle nationale ou étrangère. Ainsi, la partie faible au contrat -le consommateur- peut avoir affaire à un prestataire financier peu scrupuleux qui peut profiter de la distance, de la virtualité, et de l’instantanéité de l’exécution de certaines transactions et surtout de son manque de connaissance en domaine financier pour lui détourner de l’argent ou encore lui faire supporter des risques au-delà de ses moyens financiers. C’est la raison pour laquelle la Commission européenne, dans son Livre vert ‘’*services financiers : répondre aux attentes des consommateurs*’’ du 22 mai 1996, a considéré le consommateur comme *‘’relevant d’une catégorie particulière d’utilisateurs de services financiers’’,* qui ‘’*a généralement besoin d’un niveau de protection plus élevé que d’autres catégories d’utilisateurs, plus expérimentés ou mieux à même de défendre leurs intérêts*’’[21].

---

[16] ‘’*…..un niveau élevé de protection des consommateurs est nécessaire pour accroître leur confiance dans la vente à distance.’’* Considérant 3 DSF.

[17] ‘’*Cette perspective ne pourra cependant se matérialiser qu’à une seule condition, c’est que nous continuions à conforter la confiance des consommateurs. Car la confiance est un élément essentiel au développement de la vente à distance.’’* FEVAD, rapport 2010 précité.

[18] PIZZIO J.-P., ‘’*L’apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs», Dossier ‘’Protection du consommateur dans l’espace européen’’ in* revue Droit et patrimoine, n° 108, octobre 2002, p 59 et s.

[19] FEVAD, rapport 2010, p 3, disponible sur : http://www.fevad.com/images/Publications/ra2010.pdf

[20] FEVAD, rapport 2010, p 3. Disponible sur : http://www.fevad.com/images/Publications/ra2010.pdf

[21] Disponible sur : http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_209_fr.pdf

Par ailleurs, un niveau de protection plus élevé[22] est préconisé afin d'accroitre la confiance des consommateurs pour conclure des contrats électroniques portant sur des services financiers[23]. De nombreuses réglementations ont été mises en place aussi bien au niveau européen que national afin de réglementer le commerce électronique et en particulier les services financiers en ligne.

L'action européenne. Les autorités européennes œuvrent depuis une dizaine d'années pour créer un cadre adéquat pour les opérations en ligne en adoptant une série de directives. Sous la pression de la nouvelle réglementation européenne, les autorités nationales des différents pays de l'Union européenne ont procédé à la modification de leurs réglementations et les ont adaptées -plus ou moins-[24] aux nouvelles technologies. On a ainsi assisté à un foisonnement de règles qui sont compétentes pour régir les transactions en ligne et en particulier les services financiers. On citera particulièrement la directive du 8 juin 2000[25], relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment le commerce électronique dans le marché intérieur « *Directive sur le commerce électronique* », ci-après DCE et la directive n° 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, ci-après DSF[26]. Grâce à ces deux directives et aux autres directives sectorielles, Internet dispose d'un cadre juridique clair qui en fait aujourd'hui un moyen puissant pour réaliser le marché unique européen. Grâce aux avantages qu'il confère, Internet a permit de faciliter la libre prestation de services -financiers notamment-, qui est un vecteur important de l'interpénétration des différents marchés européens.

---

[22] Le considérant 9 de la DSF prévoit que ''*La réalisation des objectifs du plan d'action pour les services financiers nécessite un niveau encore plus élevé de protection des consommateurs dans certains secteurs.*''

[23] *''… la mise en place d'un cadre juridique applicable à la commercialisation à distance de services financiers devrait accroître la confiance des consommateurs dans le recours aux nouvelles techniques de commercialisation à distance de services financiers tels que le commerce électronique.''* Considérant 5 DSF.

[24] Du fait de l'harmonisation partielle des directives européennes laissant la voie libre aux Etats d'appliquer leurs lois nationales.

[25] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») JOUE n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 - 0016

[26] Elle a modifié les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE du Conseil, JO L 271 du 9.10.2002, p. 16–24.

La directive du 8 juin 2000. Cette directive a constitué une avancée importante[27] dans l'édifice de la réglementation des services prestés en ligne. Son adoption est l'un des résultats du plan d'action pour les services financiers qui a pour vocation de couvrir l'ensemble des activités de vente en ligne et de prestation de services. Elle revêt une importance particulière du fait qu'elle a jeté les bases d'une libre prestation des services de la société de l'information[28] dans l'espace européen. Il s'agit d'une directive cadre horizontale, c.à.d. qui n'est pas applicable spécialement aux services financiers en ligne[29]. Toutefois, malgré l'importance de son apport, ce dernier est resté lacunaire. La Commission a constaté que malgré son adoption, des divergences existaient toujours dans les règles applicables aux contrats conclus entre les prestataires et les consommateurs. La protection de ces derniers n'était pas pleinement consacrée. De plus, le besoin était de plus en plus pressant d'adopter une directive sectorielle qui s'applique spécialement aux services financiers. D'où l'adoption de la directive du 23 septembre 2002.

La Directive du 23 septembre 2002. Après l'adoption de la DCE, et après en avoir perçu les lacunes, la Commission européenne s'est tracée comme priorité '' *la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs''* lors de la fourniture des services financiers en ligne[30]. Cet objectif a été atteint avec la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002[31] [32], relative à la commercialisation à distance de services financiers aux consommateurs transposée en droit français par l'ordonnance du 6 juin 2005[33] [34].

---

[27] CAPRIOLI É. A. & PRÜM A., Adoption de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000, RDBF, sept.-oct. 2000 n°5 p 293.

[28] DE BROUWER F. & MARTY C., La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique de services financiers, Vers un véritable marché intérieur des services financiers ? Revue Banque & Droit n°76, mars-avril 2001 p 9.

[29] Transposée en droit français par la loi LCEN du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, JO 22 juin 2004.

[30] Livre vert de la Commission européenne, '' Services financiers : répondre aux attentes des consommateurs'', COM (1997), 309 final, 26 juin 1997.

[31] Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE. JOUE, n°L271, 9 Oct. 2002, p 16.

[32] Modifiée récemment par la Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, qui a modifié entre autres les directives 97/7/CE ; 2002/65/CE ; 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la Directive 97/5/CE.

[33] Pour une étude de cette ordonnance, v. PATUREAU N., Sécurité juridique et commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : l'ordonnance n° 2005-648, RLDA, n°2, février 2006, pp 29-35.

[34] Voir sur ce point PARLEANI G., Commercialisation à distance des services financiers : Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002, RDBF n°6, novembre-décembre2002, p 337.

Par cette directive, le législateur européen a voulu réglementer la commercialisation à distance de ces services en assurant notamment qu' « *en raison de leur nature immatérielle, les services financiers se prêtent particulièrement à la vente à distance* ». Cette directive a pour but d'instaurer un marché sans frontières tout en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs, dont les dispositions primeront sur celles de la directive DCE. Pour ce faire, la DSF a prévu un niveau d'harmonisation maximale. Les législateurs des pays membres, ''trop protecteurs ''[35] ne peuvent prévoir des dispositions plus contraignantes sous peine d'être poursuivis par la CJUE. Le considérant 13 de la directive l'a bien précisé : « *les Etats membres ne devraient pas pouvoir prévoir d'autres dispositions que celles établies par la présente directive pour les domaines qu'elle harmonise ».* La seule dérogation prévue dans le cas particulier de l'information précontractuelle[36]. En droit français, cette directive a eu le mérite de combler une grande lacune juridique, car le code de la consommation[37], et la directive du 20 mai 1997[38] excluaient de leur champ d'application la vente à distance des services financiers. Grâce à cette réglementation, s'appliqueront désormais aux services financiers à distance les dispositions protectrices de la DSF, de la directive du 20 mai 1997[39], auxquelles s'ajoute le décret du 18 février 2003 instituant des sanctions contre le vendeur pour non respect des dispositions protectrices des consommateurs[40].

Champ d'application de la DSF. La directive s'applique à « *tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements »*[41] conclu à distance, c'est-à-dire « *par tout moyen*, *sans qu'il y ait présence simultanée …. »* [42] d'un fournisseur, c'est-à-dire « *une personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit dans le cadre de son activité professionnelle*[43] *»,* et d'un consommateur qui agit « *à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité*

[35] V. CJUE, 25 avril 2002, D. 2002, JP p. 2462.
[36] DSF, Art 4§2
[37] Article L. 121-16.
[38] Directive n°97/77 du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de vente à distance, transposée en droit français par une ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001.
[39] PEROT- REBOUL C., Commercialisation à distance des services financiers : champ d'application de la directive, RLDA, juin 2003, n° 61, p 5.
[40] Décret n° 2003-137, JO n° 43, du 20 févr. 2003, 3106.
[41] DSF, Art. 2(b)
[42] DSF, Considérant 15, Art. 2(e)
[43] DSF, Art. 2 (c)

professionnelle[44]*».* L'article 2 de la DSF pose ainsi le cadre général de la conclusion des contrats à distance qui sont définis comme étant « *ceux dont l'offre, la négociation et la conclusion sont effectuées à distance »* à l'aide des techniques de communication à distance tels que le téléphone (avec ou sans visiophonie), la radio, le courrier électronique, le fax, Internet ainsi qu'à l'aide de supports durables[45]. Cette définition de conclusion des contrats à distance se rapproche de celle prévue par l'article L. 121-16 du code de la consommation qui prévoit que la vente à distance est «*une vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue sans la présence physique et simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».* Dès lors qu'un prestataire financier utilise l'un de ces moyens de communication, il tombe sous le coup de la DSF, et le consommateur bénéficie de tous les droits qui en sont prévus.

Plan. L'étude des prestations financières en ligne va donc mettre l'accent sur les éléments qui ont favorisé cette nouvelle forme de prestation ainsi que sur les questions sécuritaires qui y sont liées. Deux axes se dévoilent. Il faut d'abord se préoccuper de l'appréhension par le droit des modalités techniques et pratiques de la commercialisation des services financiers en ligne, du site Internet au départ de l'offre à la naissance de la relation contractuelle et le règlement des conflits nés en ligne. La commercialisation des services financiers en ligne apparait grandement facilitée par Internet (Partie I). Mais l'accès des consommateurs à des offres diverses, nouvelles, et lointaines, pose aussitôt la question de la sécurisation des transactions, essentielle tout particulièrement en matière des services financiers (Partie II).

PREMIÈRE PARTIE. LA COMMERCIALISATION DES SERVICES FINANCIERS EN LIGNE

DEUXIÈME PARTIE. LA SECURITÉ DES TRANSACTIONS FINANCIÈRES EN LIGNE

---

[44] DSF, Art. 2 (d)

[45] L'article 2 F de la Directive DSF définit le support durable comme étant « *tout instrument permettant au consommateur de stocker les informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées* ».

PREMIÈRE PARTIE : LA COMMERCIALISATION DES SERVICES FINANCIERS EN LIGNE

La dématérialisation des services financiers. A l'instar des autres branches de droit, le droit financier a été profondément bouleversé par le développement des nouvelles technologies qui a entraîné une dématérialisation massive des transactions financières. Entamée dès les années 1980[46], la dématérialisation a touché aussi bien le système bancaire[47] , les valeurs mobilières[48] (actions, obligations ou encore leurs portefeuilles (OPCVM, SICAV) et les effets de commerce[49] par la création dès 1973 de la lettre de change relevé afin de permettre une circulation informatisée des créances mobilisées[50] facilitant ainsi leur prestation en ligne). Ainsi, et grâce à leur dématérialisation, les services financiers ont pu être commercialisés à distance comme l'a souligné la DSF : « *En raison de leur nature immatérielle, les services financiers se prêtent particulièrement à la vente à distance »*[51], et particulièrement sur Internet.

Le recours au site Internet. Les établissements de crédit et les établissements financiers disposent ainsi par le biais du site Internet d'une plateforme supplémentaire pour commercialiser leurs produits et entrer en contact avec leurs clientèles et conquérir de nouvelles. C'est le concept du ''*multicanal* '' que beaucoup de banques –notamment françaises- ont privilégié suite à l'échec de nombreuses banques 100% virtuelles qui n'ont pas pu résister à une concurrence d'ampleur mondiale. Ainsi, le développement des nouvelles technologies a ainsi permis de passer de sites simplement ''informatifs'' qui mettent à la disposition de leur clientèle toutes les informations nécessaires sur les produits financiers proposés à des sites ''transactionnels'' qui permettent la conclusion en ligne d'opérations pour lesquelles une présence en agence était indispensable.

---

[46] La loi de finances n°81-1160 du 30 décembre 1981 (article 94 et s) qui a rendu obligatoire la dématérialisation des valeurs mobilières.

[47] La Banque de France a mis en place en 1969 un ordinateur de compensation remplacé ensuite par un système interbancaire de télécompensation (SIT) plateforme de compensation interbancaire française qui a fonctionné de 1992 à 2008 avant de céder place en juin 2008 au système CORE qui permettra de développer davantage l'échange entre banques par voie informatique.

[48] Article L. 228-1 alinéa 6 modifié par l'article 7 de l'Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009.

[49] Considérés comme des moyens sûrs de preuve dans la pratique non bancaire, les effets de commerce « (…) se prêtent parfaitement au processus de dématérialisation lié à la nouvelle définition de l'écrit », voir TRÉBULLE F.G., l'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, in RDBF, mars/avril 2000 n°2 p 116.

[50] LECLERCQ P. &GERARD Y., L'évolution du droit des effets de commerce sous l'influence de l'informatique, in RDBB n°15, septembre/octobre 1989, p 154.

[51] Considérant 5 de la directive.

L'ouverture de sites Internet a permis le rapprochement des prestataires de services financiers de leurs clients en leur offrant une palette de services à domicile. Le dialogue est certes virtuel, indirect, se passe entre ordinateurs, mais permet d'exprimer la volonté aussi bien du client que celle de l'opérateur financier.

Plan. La dématérialisation croissante des services financiers a fait donc du site Internet un nouveau support de commercialisation des services financiers au même titre des autres supports classiques (TITRE I) qui a permis la conclusion des contrats financiers en ligne que nous étudierions dans une optique de protection des consommateurs (TITRE II). Toutefois, en raison de la mondialisation des échanges financiers qui peuvent s'effectuer sur la toile, Internet a conduit à réguler et à moderniser les règles du commerce électronique pour les adapter à un contexte nouveau. Cela se vérifie notamment en matière de règlement des conflits (TITRE III).

TITRE I : LE SITE INTERNET, SUPPORT DE COMMERCIALISATION DE SERVICES FINANCIERS À DISTANCE

Internet : un média ou un multimédia ? Etant à la fois considéré comme un support publicitaire[52], un moyen d'information, de recherche et de divertissement, Internet a la particularité de réunir l'ensemble des modes de télécommunications déjà existants (son, image, texte, vidéo, autrement dit la télévision, la radio et la presse écrite). Le site Internet se trouve ainsi *''….au carrefour de la presse et de l'édition, de l'informatique et des télécommunications, de la communication électronique et de l'audiovisuel* »[53]. C'est ce qu'on appelle un multimédia[54], terme d'origine américaine qui s'est inscrit progressivement dans le droit européen[55]. De ce fait, Internet est-il alors considéré comme un nouveau média à part entière nécessitant l'adoption de règles spécifiques adaptées ou bien un multimédia, et lui sera applicable alors, les réglementations applicables à chacun de ces médias ? Ou ni l'un ni l'autre, comme le prétendent certains qui considèrent qu'Internet est une zone de non droit qui échappe à toute réglementation[56]?

''Le mythe du vide juridique''[57]. Prétextant la dématérialisation des services prestés en ligne et qu'Internet constitue uniquement une relation entre ordinateurs, certains acteurs du commerce électronique ont souhaité soustraire les opérations en ligne de toute réglementation nationale. Cette approche a bien évidemment été contestée, et il a été considéré qu'Internet, malgré sa virtualité et son immatérialité, n'échappe pas à l'emprise

---

[52] Directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JO L 376 du 27 décembre 2006, p 21-27 abrogeant et codifiant la Directive n°84/450/CEE du 10 septembre 1984.

[53] ANDRE L., Multimédia et droit d'auteur, in AFTEL, Le droit du multimédia. De la télématique à Internet, les éditions du téléphone, 1996.

[54] Le rapport adressé au premier ministre M. E.BALLADUR élaboré par G.Théry, A. Bonnafé et M. Guieysse en 1994 ''Les autoroutes de l'information'' a définit le multimédia comme étant *''un ensemble de services interactifs utilisant le seul support numérique, pour le traitement et la transmission de l'information dans toutes ses formes : textes, données, sons, images fixes, images animées réelles ou virtuelles''.*

[55] MUENCHINGER N. E., Le droit français du multimédia et des télécommunications, 1ère partie, Gaz. P al. 1996, p 285.

[56] Voir*'' notre activité souffre actuellement d'un vide juridique* » entretien avec BENVENISTE F., Président de l'association française des professionnels de l'Internet (*AFPI),* Libération, « cahier multimédia » du 26 janvier 1996

[57] DEMOULIN M. & autres, Les pratiques du commerce électroniques, Cahiers du centre de recherches, Informatique et Droit, éditions Bruylant, 2007.

du droit. Messieurs BONNEAU et DRUMMOND ont justement souligné que « *l'absence d'autorité centrale propriétaire du réseau ne signifie pas qu'il existe un vide juridique »*[58]. Le même constat a été fait par la mission interministérielle sur l'Internet présidée par Mme FALQUE –PIERROTIN qui a affirmé que « ….*contrairement à ce qui a pu être dit ici ou là, il n' y a pas de vide juridique sur l'Internet mais au contraire pléthore de textes applicables, certaines adaptations doivent cependant être mises en œuvre par chaque branche du droit afin de faciliter le respect par les services en ligne d'un genre nouveau des règles protectrices de la personne et du consommateur*[59] *».*

Quelles règles applicables à Internet ? Les premières réponses du droit français[60] quant à la question de savoir si Internet nécessitait l'élaboration de règles spécifiques ou demeurait soumis aux règles générales et sectorielles applicables à chaque activité ont été fournies entre autres, par le Conseil d'Etat, par les autorités de régulation, en l'occurrence la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF) déjà confrontées aux questions de Minitel, par la Banque de France dans son livre blanc qui comporte une série de recommandations en matière prudentielle dans le contexte électronique. Le Conseil d'Etat a tranché en faveur de l'application des dispositions nationales sous réserve de quelques adaptations : *« Les questions juridiques suscitées par le développement d'Internet et des réseaux numériques ne sont pas de nature à remettre en cause les fondements mêmes de notre droit »,* au contraire, *« l'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs d'Internet (…)»*[61]. Par ailleurs, la COB a rappelé, en son temps, à travers plusieurs recommandations que la réglementation financière préexistante s'applique également dans le contexte électronique : « *les règles relatives à la diffusion de l'information financière s'appliquent également à la diffusion sur Internet »*[62]. De même, elle a rappelé que les *''règles relatives à la promotion et à la commercialisation de produits de placement collectif et de services de gestion sous mandat s'appliquent également aux*

[58]BONNEAU T., DRUMMOND F., Droit des marchés financiers, Paris, Economica, 2005, p 792, n°1053.

[59]FALQUE-PIERROTIN I., Internet, enjeux juridiques, rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la culture, La documentation française, 1997.

[60] DAIGRE J.-J., commerce électronique et services financiers : premières réponses du droit français ; Actes pratiques, sociétés, éditions du Juris- Classeur, mars-avril 2001, p 3.

[61] Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, Paris, Doc. Fr. 1998.

[62] Recommandation n°98-05 relative à la diffusion sur Internet d'informations financières par les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, Bulletin mensuel n° 334- avril 1999.

opérations effectuées via Internet''[63]*.* Quant au CMF, il a prévu dans une décision générale en septembre 1999 un ensemble de dispositions spécifiques destinées aux prestataires de services d'investissement commercialisant les services en ligne[64]. Par ailleurs, la Banque de France a publié en décembre 2000 un important livre blanc intitulé *« Internet, quelles conséquences prudentielles ? »* qu'elle a rédigé en collaboration avec les représentants des établissements de crédit, d'entreprises d'investissement et du secrétariat général de la Commission bancaire. Ce livre contient une série de recommandations et de conseils concernant l'exercice des services financiers en ligne. Il prévoit sur ce point que ''*réaliser des opérations bancaires ou financières par Internet ne constitue pas un type nouveau d'activité. Le réseau joue simplement le rôle d'un nouveau média permettant l'exercice de ces opérations à distance, sans considération de frontières géographiques''*[65]*.*

Elaboration de règles spécifiques à Internet en parallèle des règles classiques. L'exercice des services via Internet a constitué un sérieux défi pour les Etats qui ont amélioré peu à peu leurs droits nationaux afin d'appréhender ce nouveau mode de fourniture de services. Par ailleurs, ils ont transposé dans leurs droits nationaux les dispositions européennes spécifiques et harmonisées relatives à la prestation des services en ligne. Le droit de l'Union européenne s'est constamment adapté (à travers notamment la mise à jour régulière des directives et par l'adoption de nouvelles directives spécifiques) afin de réglementer les services qui transitent en ligne, et afin de mieux appréhender les questions juridiques posées par ce nouveau mode de prestation de services. Grâce à ces efforts, en l'espace de quelques années seulement, le socle de la réglementation de services financiers en ligne s'est peu à peu élargi.

---

[63] Recommandation n°99-02 relative à la promotion ou la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat via Internet, bulletin mensuel n° 337- juillet/août 1999. Voir également Recommandation n°2000-02 relative à la diffusion d'informations financières sur les forums de discussion et les sites Internet dédiés à l'information ou au conseil financier, novembre 2000.

[64] Décision générale n° 99-07 relative aux prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant une réception des ordres via Internet, septembre 1999.

[65] Internet, quelles conséquences prudentielles ?, opt.cit. p 29.

Il regroupe actuellement plusieurs directives européennes spécifiques dont : la DCE, la DSF, la directive du 16 septembre 2009 relative aux établissements de monnaie électronique[66][67], la directive du 13 décembre 1999 sur la signature électronique[68], la directive du 12 juillet 2002 dite de vie privée et communications électroniques[69], etc.

Nature du site Internet : un établissement ou une nouvelle forme de prestation de services ? Internet n'arrête pas de susciter des interrogations, à savoir, le site Internet accessible dans le monde entier est un établissement ou plutôt une nouvelle forme de prestation de services ? (Chapitre I). Cependant, quelque soit sa nature juridique, le site Internet, du fait qu'il commercialise des services financiers, nécessite un agrément (Chapitre II).

[66] 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. JO L 267 du 10/10/2009 p 7-17.

[67] Sur ce point, voir PARLEANI G. et STOUFFLET J., Etablissements de monnaie électronique, RDBF, Juillet-Août 2000, n° 4, p 247.

[68] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JO L 13/12 du 19 janvier 2000.

[69] Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOUE L 201/37 du 31 juillet 2002.

CHAPITRE I : LE SITE INTERNET MODE D'ÉTABLISSEMENT OU DE LIBRE PRESTATION DE SERVICES ?

Particularité du site Internet. Etant virtuel et présent comme une vitrine dans tous les pays où il est accessible, le site Internet a suscité l'interrogation de savoir s'il développe une présence permanente dans le pays où il est accessible ou s'il est plutôt une forme de libre prestation de services. Les frontières sont parfois délicates à tracer entre ces deux notions. Or, pour dire que c'est un établissement ou une libre prestation de services, il faut déterminer avec précision la localisation de ce site, ce qui n'est pas chose aisée. Classiquement, la localisation d'un établissement est simple, il suffit de se référer à l'adresse du siège, du bureau ou de la succursale mais quand il s'agit du site Internet, par définition virtuel, la notion de localisation devient très délicate.

Importance de la distinction entre un établissement et une libre prestation de services. La distinction entre un établissement et une libre prestation de services est importante aussi bien pour les prestataires de services financiers qui opèrent en ligne que pour les Etats[70]. En effet, les premiers doivent en effet être assurés s'ils exercent plutôt en libre établissement, et se voir donc appliquer les règles relatives au droit d'établissement prévues aux articles 49 et suivants du Traité de Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ou plutôt celles des articles 56 et suivants du même Traité relatives à la libre prestation de services. Quant aux seconds (les Etats), ils doivent s'assurer si les prestataires sont bel et bien ''établis'' sur leurs sols afin de leur appliquer leurs réglementations internes, et entre autres leurs règles fiscales et de leur imposer les bénéfices générés par cette activité en se fondant sur le critère classique de ''territorialité de l'impôt''.

[70] Elle l'est également pour les consommateurs de l'Etat dans lequel le service est fourni qui doivent être vigilants et s'assurer qu'il ne déborde pas du champ d'action dans lequel il doit intervenir. En effet, selon le titre du professionnel, ''établi'' ou ''prestataire de services'', les obligations changent. Le premier étant assimilé à un professionnel national et donc soumis aux mêmes obligations que lui, le second, étant toujours rattaché aux lois de son pays d'origine.

Plan. Afin de distinguer si on est en présence d'un établissement ou d'une prestation de services, les autorités de contrôle françaises[71] s'attachent au critère de la volonté du prestataire. S'il développe une présence permanente avec la volonté de fidéliser la clientèle et de pérenniser les relations avec elles, en remplissant les conditions tirées des réflexions de l'OCDE[72], on peut considérer que dans ce cas le site Internet s'apparente à un établissement, et c'est la position du droit international à travers l'OCDE (section 1). S'il destine son offre à une clientèle non résidente, on peut penser qu'il s'agit d'un vecteur de la libre prestation de services, et c'est la position du droit de l'Union européenne (section 2).

SECTION 1 : LE SITE INTERNET, FORME D'ÉTABLISSEMENT

L'établissement : critère de rattachement juridique. Sur le plan juridique, on considère classiquement que la présence permanente d'un établissement sur un territoire donné à travers la création d'une succursale, agence ou bureau relève du champ du libre établissement. Il s'agit d'un critère retenu par la CJUE qui a prévu à l'occasion de l'arrêt célèbre Commission contre Allemagne du 4 décembre 1986 qu'*"... une entreprise d'assurance d'un autre État membre qui maintient, dans l'État membre en cause, une présence permanente relève des dispositions du traité sur le droit d'établissement, et cela même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou d'une agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau, géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante, mais mandatée pour agir en permanence pour celle-ci comme le ferait une agence"*[73]. Ce critère a été repris par la Cour à l'occasion de l'arrêt GEBHARD du 30 novembre 1995 en prévoyant qu'''*un ressortissant d'un Etat membre qui, de façon stable et continue, exerce une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat, relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services*''[74].

[71] Rapport CECEI, 20 novembre 1998, « la libre prestation de services en matière de services d'investissement ».
[72] Organisation de coopération et de développement économique.
[73] CJUE, arrêt du 4/12/1986, 205/84 aff. Commission/Allemagne, Recueil p 3755.
[74] CJUE, arrêt du 30/11/1995, aff. C-55/94, GEBHARD, recueil 1995, P I-4165.

Du fait du lien de cet établissement avec ce territoire, il se trouve ainsi assujetti au droit de ce pays, et doit se conformer à toute la législation imposée en pareille matière.

L'établissement : critère de rattachement fiscal[75]. L'établissement revêt une importance particulière en droit fiscal. En effet, il est le fondement classique d'imposition des bénéfices d'une entreprise en se basant sur le concept de la taxation à la source utilisé en Angleterre depuis 1803[76] dans le but d'éviter les doubles impositions. Par conséquent, et dans un souci d'équité entre les Etats, il a été admis qu'un Etat ne peut imposer que les bénéfices des établissements stables établis sur son territoire. C'est le critère traditionnellement admis par le droit international à travers la Convention fiscale modèle de l'OCDE qui a inspiré les autres conventions signées entre les Etats relatives à la prévention de la double imposition. Ainsi, *''La notion d'établissement stable[77] est essentiellement utilisée pour déterminer le droit d'un Etat contractant d'imposer les bénéfices d'une entreprise de l'autre Etat contractant. En vertu de l'article 7, un Etat contractant ne peut imposer les bénéfices d'une entreprise de l'autre Etat contractant que si celle-ci exerce ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans le premier Etat''[78].* Pour ce qui concerne les impôts directs, la France n'impose que les revenus des seuls contribuables ayant leur résidence sur son sol[79] ainsi que les bénéfices des sociétés qui y sont implantées: '' (….) *les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés dont déterminées…..en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France….''[80].*

Bouleversement. Le développement du commerce électronique a bouleversé les fondements juridiques sur lesquels se basaient les règles conventionnelles en matière d'imposition des bénéfices, en particulier celles relatives à la qualification d'un

[75] ''Selon ce principe, un Etat a compétence fiscale sur toux ceux qui participent à sa vie économique ou sociale *in* La notion fiscale d'établissement stable à l'épreuve du commerce électronique. H. LACHAIZE, Mémoire de DEA en droit des affaires précité.
[76] http://www.tax.org.uk/showarticle.pl?id=1622
[77] Les racines de cette notion remontent au 19ème siècle (vers 1850) dans le but d'éviter les doubles impositions dans les relations intermunicipales en Prusse. DOENBERG R. et HINNEKENS L., «electronic commerce and international taxation » Kluwer law international, the Hague, the Netherlands, 1999, p 309.
[78] Convention fiscale modèle, commentaires de l'article 5 relatif à l'établissement stable.
[79] Article 10 du CGI.
[80] Article 209-I du CGI

établissement stable[81]. De plus en plus de sociétés et de prestataires fournissent aujourd'hui une partie ou la totalité de leurs services financiers en ligne. Le site étant aisément accessible dans plusieurs pays, rendant ainsi difficile la détermination du lieu de ''territorialité'' de l'activité sur laquelle se base la notion d'établissement stable. Les administrations fiscales craignaient qu'Internet ne favorise l'évasion fiscale des sociétés opérant en ligne. Dans ce contexte nouveau, il fallait revoir et déterminer avec précision quels sont les cas d'implantation d'établissement qui permettent de qualifier un établissement de stable. Faut-il donc considérer le site Internet localisé par le biais d'un serveur sur le territoire d'un Etat donné comme une implantation au sens classique du terme ? Une incertitude a longtemps régné pour répondre à cette question.

Nouveaux critères de l'OCDE. Consciente des nouveaux enjeux fiscaux qu'a posé le commerce électronique notamment dans la détermination des critères de l'établissement stable, l'OCDE a mené plusieurs réflexions et débats[82] pour savoir si un site peut être assimilé à un établissement stable, et dans l'affirmative, dans quelles conditions. Après plusieurs années de débats et de conférences qui ont réuni aussi bien les pays membres de l'OCDE [83] que les pays non membres, et tenant compte des différents points de vue des gouvernements, administrations fiscales, des représentants d'entreprises, l'OCDE a conclu que le site Internet peut être assimilé à un établissement stable, à condition de respecter certains critères. Mais ce constat n'a pas fait l'unanimité.

Le lieu d'établissement en droit de l'Union européenne. Sur le plan européen, le lieu d'établissement s'entend comme le lieu de ''*l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée''*[84]. Toutefois, et afin de lever toute ambigüité, la DCE a tenu à préciser que dans le cadre de la prestation des services en ligne, le lieu d'installation des moyens techniques et technologiques ne peut servir à lui seul

[81] Dans toutes les conventions fiscales que la France a signées, figure toujours le critère de l'établissement stable avec à la clé la notion de ''territorialité''.

[82] La première vague de conférences avait pour objet d'exposer les problèmes auxquels était confrontée la notion d'établissement stable dans le contexte numérique. En juin 1996, il a organisé un débat sur les questions fiscales soulevées par le commerce électronique, suivi par une conférence tenue les 19 et 20 novembre 1997 en Finlande s'intitulant ''Commerce électronique : les enjeux pour les autorités fiscales et les contribuables''. Ensuite, des solutions ont été proposées par la Conférence d'Ottawa « un monde sans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial » du 7 au 9 octobre 1998.

[83] Ils sont énumérés sur le site Internet de l'OCDE http://www.oecd.org/document/1/0,2340,fr_2649_201185_1889409_1_1_1_1,00.html

[84] DCE, article 2, c ; CJUE, arrêt du 30/11/1995, aff. C-55/94, GEBHARD précité.

de lieu d'établissement stable[85], il faut qu'il soit corroboré par d'autres critères que nous étudierons ultérieurement.

Plan. Le droit européen au moyen de directives spéciales (en particulier la DCE), et par la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, refuse de qualifier le site Internet comme un établissement stable. Force est ainsi de déduire que le droit international et le droit européen ont de ce fait adopté des positions diamétralement opposées, le premier (qui est animé par des considérations fiscales) accepte en effet cette assimilation (sous section 1), tandis que le deuxième (qui poursuit un but général d'harmonisation des règles juridiques) la refuse (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : L'ASSIMILATION DU SITE INTERNET À UN ÉTABLISSEMENT PAR LE DROIT INTERNATIONAL FISCAL (OCDE)

Travaux de l'OCDE. Sous l'égide de l'OCDE, une conférence s'est tenue le 22 décembre 2000[86] dans le but d'apporter des modifications aux commentaires de l'article 5 de la Convention Modèle de l'OCDE. Mais, compte tenu de la technicité et de l'importance de la notion de l'établissement stable, le Comité a chargé un ''Groupe Technique Consultatif''[87] (GTC) et un ''Groupe de travail n°6''[88] afin de savoir s'il y avait lieu de modifier la teneur de la définition traditionnelle de la notion d'établissement stable telle qu'elle figure dans l'article 5 de cette convention tenant compte des spécificités du monde numérique ou s'il ya lieu de garder la définition actuelle. Le Groupe technique consultatif a essayé de rapprocher les idées divergentes des pays participants à cette réunion, notamment quant à la question de

[85] DCE, Considérant 19.

[86] *''Clarification pour l'application de la définition de l'établissement stable dans le cadre du commerce électronique : modifications sur les commentaires de l'article 5''*. Comité des affaires fiscales de l'OCDE du 22 décembre 2000. Cette réunion a fait suite à deux versions provisoires respectivement tenues en octobre 1999 et mars 2000. http://www.oecd.org/dataoecd/46/33/1923388.pdf .

[87] Institué en janvier 1999 par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE. Il a été chargé d'« *examiner les modalités d'application des dispositions actuelles des conventions en matière d'imposition des bénéfices des entreprises dans le contexte du commerce électronique et d'étudier les propositions en faveur d'autres règles''.* Il a établi un rapport final en anglais sur cette question ''Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce ?'' Disponible sur : http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf, la version française est disponible sur : http://www.oecd.org/dataoecd/58/54/35869074.pdf

[88] Sur l'imposition des entreprises multinationales concernant la question de savoir quelle proportion des revenus devrait être imputée aux opérations de commerce électronique effectuées à l'aide d'un équipement informatique dans des où il existerait un établissement stable.

savoir si le commerce électronique nécessitait l'élaboration de nouvelles règles ou si les règles traditionnelles demeuraient valables. Il a été soutenu –notamment – qu'une refonte radicale des principes fiscaux n'a pas été jugée nécessaire[89]. Beaucoup d'observateurs et fiscalistes[90] qui redoutaient que le commerce électronique bouleverse les concepts et fondements fiscaux contenus dans la convention modèle, se sont félicités de ce constat car, preuve en est, les critères adoptés par l'OCDE au milieu du 20ème siècle demeurent toujours applicables même après l'avènement de l'ère numérique !

Plan. En droit international et particulièrement sous l'égide de l'OCDE, le site Internet peut être assimilé à un établissement stable sous réserve de certaines conditions (paragraphe 1). Toutefois, malgré les difficultés qui peuvent être générées, le droit français reste favorable à cette assimilation (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les conditions de l'assimilation du site Internet à un établissement stable

Plan. L'OCDE approuve –sous réserve de quelques conditions- l'assimilation du site Internet à un établissement stable en lui appliquant entre autres les critères classiques de la convention fiscale modèle de 1958 (A). Cependant, compte tenu de la spécificité du contexte électronique, le comité a ajouté des commentaires (42.1 à 42.10) qui ont adapté les critères classiques au site Internet (B).

[89] L'Observateur de l'OCDE, http://www.observateurocde.org/m/fullstory.php/aid/2353
[90] Ibid.

A. Application des critères classiques au site Internet

Critères généraux. Traditionnellement, le paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention fiscale modèle de l'OCDE[91] définit l'établissement stable comme étant toute « *installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité qui comprend notamment : a) un siège de direction, b) une succursale, c) un bureau, d) une usine, e) un atelier, f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles*»[92]. Bien qu'elle ait été rédigée au milieu du 20ème siècle, cette définition présente l'avantage d'être universelle. Elle repose sur des critères généraux qui sont à priori applicables au contexte électronique. En effet, en fondant sa définition sur le concept ''installation fixe d'affaires'' (1), en ne limitant pas la liste des établissements qui peuvent être considérés comme tels (2), en n'obligeant pas une présence permanente sur place (3), et enfin en prévoyant que cette activité ne soit pas limitée à l'exercice d'opérations préparatoires ou auxiliaires (4), l'OCDE a, de ce fait, volontairement laissé une grande flexibilité permettant d'appréhender les nouvelles formes d'établissements, y compris le site Internet.

1. La portée générale du concept ''installation fixe d'affaires''

L'installation fixe d'affaires est un critère objectif qui peut réunir sous son éventail une multitude de formes d'établissements. Ainsi, pour qu'il soit qualifié de stable, il faut que cet établissement soit fixe en un lieu géographique déterminé, avec une certaine permanence. La lecture de la liste des établissements de l'article 5 qui constituent à priori des établissements stables permet de dégager deux critères. Il y a d'une part le caractère matériel nettement marqué, autrement dit l'existence de locaux, d'installations et de machines nécessaires à l'exercice de l'activité en question. Sur ce point, l'OCDE considère qu'un établissement stable existe peu importe si l'entreprise en est propriétaire ou locataire,

[91] La Convention fiscale modèle de l'OCDE de 1958.
[92] Article 5§ 1 et § 2 de la Convention fiscale Modèle.

ou qu'elle les ait simplement à sa disposition[93]. Plus étonnant encore, peu importe si elle a un droit juridique sur ce local ! Autrement dit, même si *''elle occupe illégalement un certain emplacement à partir duquel elle exerce son activité''*[94]. Il y a d'autre part, l'exigence de fixité à un endroit géographique déterminé, avec un certain degré de permanence sur ce même territoire[95]. L'établissement ne doit pas être créé de façon temporaire dans le but de réaliser uniquement une opération ou une transaction. Le critère de la durée minimale de l'exercice de l'activité n'étant précisé par l'OCDE que dans certains cas, il convient de l'analyser selon l'activité de chaque entreprise.

2. La liste non limitative des établissements et le serveur

En rédigeant cet article lors des années cinquante, l'OCDE savait pertinemment que la liste énumérative des établissements qui peuvent être considérés comme des établissements stables n'allait pas rester figée, et qu'elle serait dépassée par l'évolution de la technologie. L'OCDE a ainsi volontairement établi une liste non limitative pour que d'autres formes d'établissements viennent s'ajouter même s'ils n'y sont pas mentionnés. Il faut une installation fixe qui réponde aux exigences des paragraphes 1 et 4 de l'article 5, la forme, quant à elle, change avec le temps, et c'est le cas notamment du site Internet. Toutefois, une précision s'impose. Il est certes admis que ces critères classiques s'appliquent au contexte électronique, mais pas au site Internet lui-même. Celui-ci ne peut être qualifié d'établissement stable. Cette exclusion se justifie du fait que le site n'est qu'une combinaison de logiciels et de données électroniques, et de ce fait, n'est pas en soi un bien corporel[96], il n'est donc pas fixe à un endroit déterminé, car *''il n'existe pas une installation telle que des locaux, ou dans certains cas, des machines ou de l'outillage''*[97].

---

[93] Commentaire n°4 de l'article 5 de la Convention Fiscale modèle de l'OCDE, version abrégée de juillet 2008.

[94] Commentaire n°4.1 de l'article 5 de la Convention Fiscale modèle de l'OCDE, version abrégée de juillet 2008.

[95] Commentaire n°6 de la Convention fiscale modèle de l'OCDE qui prévoit notamment que le caractère temporel ne fait pas l'unanimité entre les pays. Sauf lorsque cela a été expressément stipulé comme c'est le cas des chantiers de construction ou de montage pour qui le paragraphe 3 de l'article 5 de la convention modèle a prévu une durée supérieure à 12 mois pour être qualifiés d'établissements stables. Dans la pratique, il a été admis qu'un établissement stable n'a lieu que si l'activité exercée via cet établissement était supérieure à six mois.

[96] *''Clarification pour l'application de la définition de l'établissement stable dans le cadre du commerce électronique : modifications sur les commentaires de l'article 5''*. Comité des affaires fiscales de l'OCDE du 22 décembre 2000. opt.cit.

[97] Commentaire n° 42.2 de la convention fiscale modèle de l'OCDE, version abrégée de juillet 2008.

C'est plutôt son support, ''le serveur'', qui peut l'être: *''le serveur sur lequel le site web est hébergé et par l'intermédiaire duquel il est accessible est un élément d'équipement ayant une localisation physique et cette localisation peut donc constituer « une installation fixe d'affaires » de l'entreprise qui exploite ce serveur''*[98].

3. La non exigence d'une présence humaine sur place

Dans toute activité, il y a certes une intervention humaine, mais pas forcément dans tous les lieux d'exercice de l'activité. L'industrialisation puis l'automatisation du monde des affaires ont réduit son intervention, qui est limitée parfois à une manipulation ou à un contrôle à distance. La définition générale parle de l'exercice total ou partiel de l'activité et n'exige nullement la présence humaine sur place. De ce fait, la présence humaine est simplement supposée lors de l'exercice partiel ou total de l'activité. Ainsi, en n'obligeant pas solennellement la présence humaine sur ce lieu, L'OCDE a sciemment refusé de limiter l'existence de l'établissement stable aux seuls endroits où il y a du personnel. C'est cette souplesse de la définition générale qui a permis à l'OCDE de considérer que le serveur du site Internet peut être considéré comme un établissement stable même si aucun personnel n'y est affecté.

4. L'exercice de l'activité principale

En excluant l'exercice d'activités auxiliaires ou préparatoires[99] du champ de la définition de l'établissement stable, le paragraphe 4 du même article a limité la portée de la définition

---

[98] *'Clarification pour l'application de la définition de l'établissement stable dans le cadre du commerce électronique : modifications sur les commentaires de l'article 5''*. Comité des affaires fiscales de l'OCDE du 22 décembre 2000. opt.cit.

[99] ''Nonobstant des dispositions précédentes du présent article, on considère qu'il n'y a ''établissement stable'' si :

a) Il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise ;
b) Des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison ;
c) Des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise ;
d) Une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise ;
e) Une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire ;

générale. En effet, pour qu'un établissement soit qualifié de stable, il faut qu'il exerce l'activité principale de l'entreprise. Une exigence qui peut très bien être respectée lors de la prestation de services en ligne.

B. Adaptation des critères classiques au site Internet

Plan. La Convention modèle de l'OCDE a certes gardé la définition classique de la notion d'établissement stable, mais a néanmoins ajouté des commentaires n° 42.1 à 42.10 à ceux déjà existants s'appliquant essentiellement au commerce électronique. A leur lecture, force est de déduire que le site (ou plutôt son serveur) peut être assimilé sous réserve de respecter certaines conditions. Ainsi, le serveur doit être hébergé par la société qui exploite le service (1), doit être fixe (2) autonome, sans intervention humaine permettant de contracter (3) et enfin permet l'exercice d'une activité principale (4).

1. L'hébergement du serveur par la société

Le commentaire 42.3 de la convention modèle. Ce commentaire qualifie le serveur comme établissement stable en fonction de la société qui assure son hébergement. En effet, si le fournisseur de services sur l'Internet (FSI), hébergeur du serveur accorde au prestataire financier uniquement un espace sur son disque dur où il lui stocke le serveur, dans ce cas, ce dernier n'est pas mis à la disposition de la société qui exerce le service en ligne, et par conséquent, on ne peut considérer que la société dispose d'un établissement stable. Si par contre, la société détient l'exploitation du serveur, ''*par exemple, si elle possède (ou loue) et exploite le serveur sur lequel le site web est logé et utilisé, l'endroit où ce serveur est situé peut constituer un établissement stable de l'entreprise si les autres conditions de l'article sont remplies''.*

---

f) Une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé des activités mentionnées aux alinéas a) à e), à condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire. ''

Force est de déduire que la propriété et l'exploitation par l'entreprise elle-même est déterminante pour qualifier un serveur comme un établissement stable marquant une différence notable par rapport aux critères classiques de l'installation fixe d'affaires qui n'exigent pas la propriété de l'établissement par la société.

2. Un outil informatique fixe

Le critère classique de la fixité. Le critère de la fixité de l'établissement stable s'applique également au serveur : *''Il doit normalement exister un lien entre l'installation d'affaires et un point géographique déterminé…avec un certain degré de permanence''*[100]. De ce fait, pour qu'un serveur soit qualifié d'établissement stable, ou plutôt *''pour constituer une installation fixe d'affaires, un serveur devra être situé à un certain endroit pendant un laps de temps suffisant pour devenir fixe au sens du paragraphe 1''*[101].

3. Un fonctionnement autonome, sans intervention humaine

Absence de présence humaine. Il est évident qu'aucune activité ne peut être exercée sans aucune intervention humaine, mais il est toujours possible qu'une partie soit automatisée. Ceci n'est pas une particularité du commerce électronique, cela existe depuis la révolution industrielle où des machines programmées par du personnel, peuvent fonctionner de façon autonome. Le rapport final du GTC montre qu'il y a une tendance à considérer qu'une installation fixe d'affaires dépourvue de toute présence humaine ne pouvait être qualifiée d'établissement stable. Il a été même proposé de modifier la notion d'établissement stable pour en exclure expressément les installations fixes d'affaires qui ne sont pas accompagnées d'une intervention humaine, agents dépendants compris : ''*Pour qu'une entreprise soit réputée avoir un établissement stable dans un pays, il faudrait qu'elle dispose de personnel qui serait présent dans une installation fixe d'affaires de ce pays pour y exercer des activités*

[100]Commentaires de l'article 5 de la convention Modèle, opt.cit.
[101] Commentaire n° 42.4 de la convention modèle, version abrégée de juillet 2008.

professionnelles de cette entreprise. Le simple fait d'installer des équipements[102] *et de les faire entretenir (incidemment) par le personnel de l'entreprise n'empêcherait pas d'appliquer l'exclusion''*[103]*.* Le raisonnement a été poussé plus loin en affirmant que l'exclusion s'applique même si ''*le fonctionnement et/ou l'entretien de l'équipement (automatisé) était sous traité à un tiers indépendant, et si le personnel de ce tiers était présent à cette fin à l'endroit en question''.*[104] Selon le GTC, cette option s'explique par le fait qu'une activité exécutée sans intervention humaine ''*impliquerait que l'on ne puisse effectuer que des fonctions limitées et ne prendre que des risques réduits en utilisant seulement des équipements automatisés*[105]*''.* Cette conclusion avait certes le mérite d'harmoniser les règles applicables aux activités prestées en ligne et hors ligne, en évitant d'imposer des activités de faible valeur. Mais elle avait également l'inconvénient de ne pas correspondre à toutes les situations. Des équipements informatiques n'effectuent pas uniquement des opérations de faible valeur, ils peuvent très bien effectuer des transactions importantes et faire courir des risques non négligeables aux clients. C'est le cas notamment des sites dits ''transactionnels'' qui permettent de conclure en ligne des contrats et de générer des droits et obligations à l'égard des clients et des prestataires. Certains Etats[106] n'ont pas partagé cette ''règle de l'exclusion''. Ils ont considéré qu'il ne s'agissait que d'une règle générale qui ne pouvait correspondre à tous les types d'équipements électroniques car certains peuvent parfois générer des risques éminents, et selon ces Etats, cette règle générale aurait été de nature à créer une ''*distinction injustifiée entre les fonctions accomplies par l'intervention humaine du personnel et celles effectuées par des équipements automatisés*.''

L'article 5 de la Convention et présence humaine. La présence humaine sur le lieu d'activité, n'est que sous jacente dans l'article 5 de la Convention modèle. Celle-ci admet en effet qu'il *''…peut néanmoins y avoir établissement stable si les activités de l'entreprise sont exercées principalement au moyen d'un outillage automatique, les activités du personnel se bornant à*

---

[102] C'est le cas notamment des Oléoducs, équipements de pompage automatique pour l'exploitation des ressources naturelles.

[103] Rapport final de l'OCDE : ''les règles actuelles d'imposition des bénéfices industriels ou commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique ? Disponible sur : http://www.oecd.org/dataoecd/58/54/35869074.pdf.

[104] Ibid.

[105] Ibid.

[106] Lors de sa réunion du 22 décembre 2000, l'OCDE a relevé la position de l'Espagne et le Portugal qui considéraient que la présence d'un personnel sur place n'était pas nécessaire pour qualifier un établissement stable dans le contexte du commerce électronique.

monter, faire fonctionner, contrôler et entretenir cet outillage''[107]*.* Encore plus, ''*lorsqu'une entreprise exploite un équipement informatique à un endroit particulier, il peut exister un établissement stable même si aucun personnel de cette entreprise n'est nécessaire à cet endroit pour l'exploitation de cet équipement. La présence de personnel n'est pas nécessaire pour considérer qu'une entreprise exerce totalement ou partiellement son activité à un endroit si aucun si aucun personnel n'est en fait requis pour y exercer des activités d'entreprise''.*

4. L'exercice de l'activité principale

Exclusion des activités auxiliaires, et incertitudes. Afin qu'un serveur soit qualifié d'un établissement stable, il ne faut pas qu'il effectue les activités qui figurent dans la liste du paragraphe 4 de l'article 5 de la Convention modèle OCDE. Ces activités ont pour point commun d'être auxiliaires ou préparatoires de l'activité principale de l'entreprise. Malheureusement, ce paragraphe ne brille pas par sa clarté. En effet, en établissant une liste des activités qui sont réputées auxiliaires ou préparatoires, il a semé de l'incertitude quant à cette restriction[108]. La qualification principale ou auxiliaire d'une activité ne peut en principe faire l'objet de liste énumérative car elle diffère d'une entreprise à une autre en fonction notamment de la nature de l'activité de chacune. Une activité peut être qualifiée d'auxiliaire ou préparatoire pour une entreprise, mais peut être l'activité principale d'une autre[109]. C'est la raison pour laquelle il convient d'analyser au cas par cas. Il faut rechercher si ''*les activités de l'installation fixe d'affaires constituent en elles-mêmes une part essentielle et notable de l'ensemble des activités de l'entreprise''* [110]*.*

[107] Commentaire n° 10 de la convention modèle OCDE, version 2008.
[108] C'est la raison pour laquelle des commentaires sont prévus pour chaque article de la convention modèle de l'OCDE dans le but d'éclaircir certaines notions. L'article 5 fait l'objet d'abondants commentaires, parmi lesquels figurent justement ceux qui tendent à établir la nuance entre activité principale et auxiliaire en illustrant par des exemples.
[109] Commentaire n°24 de l'article 5 de la convention fiscale Modèle, version du 2008.
[110] Commentaire n°24 de l'article 5 de la convention fiscale Modèle, version 2008.

Exemples. L'OCDE[111] a énuméré quelques cas dans lesquels le serveur du site Internet est considéré comme effectuant des actes préparatoires ou auxiliaires :

- ✓ *« assurer un lien de communication (à l'instar d'une ligne téléphonique) entre fournisseurs et clients ;*
- ✓ *faire la publicité de biens ou services ;*
- ✓ *relayer des informations à l'aide d'un serveur miroir à des fins de sécurité et d'efficience ;*
- ✓ *collecter des données sur le marché pour le compte de l'entreprise ;*
- ✓ *fournir des informations.''*

Casuistique. Parfois, il se peut que ces activités qui sont réputées préparatoires ou auxiliaires constituent elles mêmes des activités principales de l'entreprise, ou peuvent parfois en être une partie significative. Il faut examiner la nature des activités exercées à un endroit donné à la lumière de l'activité générale de l'entreprise[112]. Ainsi, il a été considéré qu'un site Internet (ou plutôt son serveur) accomplit une activité principale si ''*la conclusion du contrat avec le client, le traitement du paiement et la livraison des produits sont effectués automatiquement par l'intermédiaire de l'équipement situé à cet endroit''*[113]. Pour conclure, il convient de souligner que l'alinéa e) du même paragraphe qui prévoit que ''*l'installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire*'' était été à lui seul suffisant rendant inutile la liste des activités supposées auxiliaires ou préparatoires comme l'a soulevé à bon escient le commentaire 23 de l'article 5 de la convention fiscale modèle.

[111] A travers le commentaire n° 42.7 de la convention fiscale Modèle, version 2008.
[112] Commentaire 42.9 de la convention fiscale Modèle, version 2008.
[113] Commentaire 42.9 de la convention fiscale Modèle, version 2008.

Paragraphe 2 : Les difficultés de l'assimilation et position du droit français

Plan. Malgré les difficultés sur le plan pratique de l'assimilation du site Internet à un établissement (A), le droit français l'accueille favorablement (B).

A. Les difficultés de l'assimilation du site Internet à un établissement

Plan. Sur le plan pratique, l'assimilation du site Internet à un établissement n'est pas aisée. Beaucoup d'incertitudes règnent quant à l'application des critères classiques (1), ce qui nous pousse naturellement à s'interroger sur la possibilité d'appliquer de nouveaux critères spécialement conçus pour le site Internet, tenant compte de sa spécificité et tirant leçon des problèmes actuels pour les surmonter (2).

1. Les incertitudes générées par l'assimilation

Plan. Certes les critères classiques ont été adaptés et appliqués au serveur du site Internet par l'OCDE, mais génèrent tout de même des incertitudes, tant sur le plan de la fixité (a), de la permanence (b), du lieu d'activité (c) que sur le plan de l'exercice de l'activité principale (d).

a. Le critère de la fixité

Un critère incertain. Le serveur est certes matérialisé, mais cela ne signifie pas sa fixité. Etant uniquement un ensemble de matériels informatiques, son déplacement peut facilement se faire, contrairement au déplacement de locaux, tels qu'un siège, un bureau ou une succursale. Si on considère que le lieu d'établissement est celui où est situé le serveur, comment s'assurer que l'activité est exercée à chaque fois dans ce lieu déterminé ?

Le rattachement d'un serveur à un lieu déterminé est donc incertain. Le réseau Internet qui est par définition mondialement ouvert, et construit sous forme de maillage[114], rend délicate la notion de fixité et de stabilité dans un endroit déterminé. Par ailleurs, si on considère le critère de localisation du serveur comme un lieu d'établissement, cela encouragerait les prestataires qui opèrent en ligne à localiser leurs serveurs dans des paradis fiscaux, et à le déplacer constamment, à la recherche des pays dont les règles sont les plus favorables. Le contrôle de déplacement des outils informatiques est difficile, voire impossible, en pratique. La fraude à la loi se trouverait ainsi facilitée dans le contexte électronique, comme cela a justement été relevé par le GTC lors de son rapport final.

b. Le critère de permanence de l'activité

Imprécision du critère. *''Il doit normalement exister un lien entre l'installation d'affaires et un point géographique déterminé…avec un certain degré de permanence''*[115]. Mais, dans le contexte électronique, à partir de quel moment on peut affirmer qu'un site est permanent dans un même lieu? L'OCDE est restée muette sur ce point alors que cette précision aurait été d'un apport important. En plus, l'absence d'accord entre les Etats sur la durée minimale nécessaire pour qualifier un établissement stable a empêché les travaux de l'OCDE d'aller jusqu'à leur terme. Il aurait fallu à cette occasion prévoir ou harmoniser ce critère afin de lever tout aléa.

c. Le critère du lieu d'activité

Difficultés en cas de pluralité de lieux d'activité. La même entreprise peut avoir plusieurs serveurs, et donc, plusieurs ''installations fixes d'affaires'' dans différents endroits qui remplissent tous les critères précédemment énumérés au point où on ne sait pas si l'activité a été exécutée par un serveur et non pas par un autre.

---

[114] Le dictionnaire informatique le définit comme étant une *''Topologie particulière de réseau dans laquelle tous les nœuds sont reliés de façon directe ou indirecte sans règle particulière, il peut alors exister plusieurs routes entre deux nœuds''*. Définition disponible sur : http://dictionnaire.phpmyvisites.net/definition-MAILLAGE-4734.htm

[115] Commentaire n° 6 de l'article 5 de la convention Modèle, version abrégée de juillet 2008.

Le lieu de localisation du serveur n'est pas simple à appliquer dans le contexte électronique. Ce dernier est tellement spécifique qu'il peut y avoir des situations tellement complexes. Ainsi, il se peut que le serveur soit localisé dans un pays déterminé (i) qui a permis la conclusion de contrat avec des clients qui sont établis dans un autre pays (ii). La situation se complique davantage si le paiement est effectué par le biais d'un autre serveur autre que celui-ci, situé dans un pays tiers (iii).

d. Le critère de l'activité principale

Contours indéfinis. L'incertitude de ce critère est accentuée dans le contexte numérique. En effet, '' *il existe des sites Internet ''miroirs'' qui sont hébergés par des serveurs situés dans des lieux différents, il risque d'être impossible de déterminer si les fonctions accomplies à un endroit donné dépassent le seuil du préparatoire ou de l'auxiliaire….''*[116] . Il faut donc analyser au cas par cas, pour savoir si l'on a affaire à une activité principale ou auxiliaire. La règle n'est ni fixe ni claire. La définition générale de la convention modèle ne mentionne plus le caractère productif parmi les critères de qualification de l'établissement stable. Si ce critère avait été retenu, on aurait mieux appréhendé le caractère général et auxiliaire de l'activité. La casuistique est de nature à générer des incertitudes. Chaque Etat peut donc déterminer librement le seuil du critère préparatoire ou auxiliaire de l'activité exercée via un serveur ce qui conduit inévitablement à un manque de prévisibilité étant donné que chaque branche d'activités est différente. Cela a poussé certains pays à considérer qu'il valait mieux s'abstenir de considérer le serveur comme un établissement stable pour éviter ces incertitudes. Il convient de préciser en dernier lieu que l'assimilation d'un serveur à un établissement n'a pas fait l'unanimité entre les pays. En effet, certains se sont toujours opposés à l'assimilation du serveur à un établissement comme c'est le cas du Royaume Uni. D'autres, se sont montrés favorables à cette assimilation comme l'Autriche qui, depuis 1996, n'a pas hésité à le qualifier ainsi dès lors qu'une entreprise commercialise ses services ou ses produits à l'aide soit d'un serveur propre établi sur son sol, soit d'un site hébergé par un fournisseur autrichien.

[116]Rapport final de l'OCDE : ''les règles actuelles d'imposition des bénéfices industriels ou commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique ? opt.cit.

2. Interrogations sur la notion

Assimilation contestable. A cause de ces incertitudes, l'assimilation d'un serveur à un établissement stable n'en demeure pas moins contestable, et ce, pour deux raisons. La première tient à ce que l'environnement électronique est tellement spécifique qu'on ne peut se contenter de lui adapter des critères classiques. Il fallait plutôt prévoir des critères spécifiques qui tiennent en compte la technicité du serveur et de l'environnement virtuel dans lequel il ''opère''. Ou encore mieux, il fallait se démarquer complètement du modèle classique de l'établissement stable et de créer un ''équivalent numérique''[117], en instaurant des règles propres au monde virtuel afin qu'il n y ait plus d'ambigüité ou de doute quant à la présence de cet ''établissement numérique''. La technicité du monde numérique est telle que l'assimilation d'un site à un établissement stable ne semble pas facile à mettre en œuvre, et qu'elle est donc inopportune. Le contrôle du respect par tous les serveurs opérant en ligne des conditions précédemment étudiées afin de déterminer si c'est un établissement stable ou pas est pour le moins délicate, voire impossible. La deuxième raison, comme l'a justement relevé un auteur[118], tient au fait que cette assimilation crée une grande distorsion des règles en allant en contre courant du droit de l'Union européenne, et en particulier, la DCE qui a formellement refusé cette assimilation.

B. Le droit français en ligne avec l'OCDE

Plan. Le droit français n'est pas hostile à l'assimilation du site Internet à un établissement stable. Certains critères doivent toutefois être respectés, dont certains ont été retenus par le CECEI[119] (1), d'autres par la Banque de France (2).

---

[117] VERBIEST T., Fiscalité directe du commerce électronique : les nouvelles règles, consultable sur : http://www.droit-technologie.org/actuality-466/fiscalite-directe-du-commerce-electronique-les-nouvelles-regles.html

[118] Ibid.

[119] Avant qu'il ne soit fusionné au sein de l'ACP, la nouvelle autorité prudentielle en France par l'Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la Banque et de l'assurance, JO n°0018 du 22 janvier 2010 p 1392.

1. Les critères du CECEI

Agrément préalable. Soucieux de protéger les activités couvertes par le monopole français, ainsi que de préserver la sécurité des paiements et de l'épargne, le CECEI avait toujours été préoccupé par la question de savoir si un prestataire étranger développe ou non une présence permanente sur le territoire français. Les critères classiques posés par le TFUE[120] et par la CJUE, et particulièrement l'arrêt Commission contre Allemagne du 4 décembre 1986 précité étaient faciles à déceler. Ainsi, il suffisait d'implanter un bureau, succursale ou agence pour être considéré comme développant une présence permanente en France, et par conséquent, de subir le contrôle prudentiel français. L'objectif étant d'assurer une concurrence saine et équitable d'une part entre les prestataires français et européens qui disposent de l'agrément unique, et partant, de la liberté d'établissement dans tous les pays membres de l'Union européenne, et d'autre part, les prestataires étrangers établis sur le sol français qui ne bénéficient pas des avantages de cet agrément unique et devaient demander l'agrément du CECEI ainsi qu'auprès des autorités de contrôle de chaque pays de l'Union européenne sur le territoire duquel ils veulent s'établir[121].

Formes classiques d'établissement. Traditionnellement, le CECEI a pu considérer que ''*les formes de présence entretenues de façon permanente par des établissements étrangers sur notre territoire pouvaient être assimilées à un exercice d'opérations bancaires en France, dès lors que les clients français étaient dispensés de s'adresser directement à l'opérateur étranger et qu'ils pouvaient conclure valablement en France »*[122]. De ce fait, si un prestataire étranger propose ses services en France ''*en y ouvrant un bureau géré par le personnel de l'entreprise, ou en y mandatant un intermédiaire qui y est établi durablement, peut constituer une présence permanente en France, du fait que la clientèle française peut s'y adresser directement, et que cet opérateur étranger se reconnait valablement engagé par les actes de ce bureau ou de cet intermédiaire*''[123]. Ainsi, en se fondant sur les notions d'autonomie de prise de décision et de dispense de recours à la maison mère, le CECEI avait

[120] Le chapitre 2 relatif au droit de l'établissement.
[121] La question d'agrément sera détaillée amplement dans le cadre du chapitre 2 du présent Titre.
[122] Le livre blanc de la Banque de France, opt.cit, p 38.
[123] Internet, quelles conséquences prudentielles ?, Livre blanc de la Banque de France, opt. cit, p 38.

simplement repris les critères classiques retenus par la CJUE[124]. Toutefois, ces critères ont été bouleversés par l'avènement d'Internet. Ainsi, peut-on assimiler un site Internet accessible en France à une succursale, et partant, considérer qu'il développe une présence permanente sur le sol français? Ou plutôt il s'agit d'une forme de libre prestation de services ?

Critères applicables au contexte électronique. Dans son rapport du 20 novembre 1998 intitulé ''*la libre prestation de services en matière de services d'investissement*'' , le CECEI avait délimité les critères de qualification d'une activité afin de savoir si elle est considérée comme une liberté d'établissement ou une libre prestation de services dont les frontières sont parfois difficiles à délimiter après l'avènement d'Internet. Ainsi, en se basant sur les critères fixés par la Commission européenne, il avait considéré qu'une installation électronique pouvait être considérée comme développant une présence permanente en France, mais à une condition particulière. Ainsi, ''*pour déterminer si une installation électronique peut relever de la liberté d'établissement plutôt que de la liberté de prestation de services, le fait que la prise de décision de la conclusion de l'opération bancaire puisse être réalisée au niveau de l'installation électronique elle-même sans que la maison mère intervienne au cours de l'opération par un ordre de validation*''[125]. Force est de constater que ce critère s'apparente à celui de l'indépendance dans la prise de décision sans intervention humaine qui a été retenu par l'OCDE.

2. Les critères de la Banque de France

Faisceau d'indices. Dans son livre blanc de 2000, la Banque de France a envisagé le cas dans lequel le serveur du site Internet d'un prestataire financier peut s'apparenter à une forme de présence permanente en France, en faisant recours à un faisceau d'indices. En effet, le

---

[124] ''*….la notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement*''. CJUE, Affaire Somafer 33/78, Arrêt du 22/11/1978, Rec. 1978 p. 2183.

[125] Rapport du CECEI du 20 novembre 1998 '' la libre prestation de services en matière de services d'investissement''.

prestataire financier est considéré comme développant une présence permanente sur le sol français s'il ''*ouvre en France un site web présenté en français*, *en y localisant un serveur et en affichant éventuellement à la clientèle française un nom de domaine en ''.fr ''*, *il souhaite ainsi cibler la clientèle française en lui présentant une offre adaptée au marché français et en la rassurant sur l'origine géographique de son offre…..dès lors que la localisation géographique en France de l'installation serait certaine, et que l'on pourrait considérer que la clientèle française n'a dès lors qu'à s'adresser au serveur situé en France pour conclure valablement des opérations avec le prestataires, le serveur pourrait être assimilé à une présence permanente de l'opérateur en France''.* Par cette définition, la Banque de France a repris aussi bien le critère retenu par le CECEI (la clientèle française s'adresse uniquement au serveur situé en France), que celui retenu par le droit international (concernant le lieu de la localisation du serveur), mais a ajouté d'autres conditions spécifiques. Sur ce point, elle a affirmé qu'un serveur n'est considéré développer une présence permanente en France que s'il dispose d'un nom de domaine en (.fr), qu'il rassure la clientèle sur l'origine géographique de son offre, que cette dernière soit adaptée au marché français, enfin, il faut que le site soit transactionnel, autrement dit, qu'il dispense les clients français à s'adresser à un autre site ou établissement. De par ces critères, la Banque de France a exclu un certain nombre de sites de cette qualification. Il s'agit notamment de sites qui sont simplement destinés à informer le public, qui rempliraient dans ce cas la fonction d'un bureau de représentation[126] et de liens hypertextes de sites de prestataires étrangers qui s'inscrivent souvent sur des sites portails français. A la lumière de ce qui précède, la Banque de France a conclu par ce qui suit : « *A moins que le prestataire n'installe un site web dans le pays du client (installation d'un serveur, choix d'un nom de domaine suffixé par le sigle du pays…), ou ne recoure à des formes d'implantation telles que décrites précédemment (ouverture d'une filiale ou d'une succursale), la délivrance des services bancaires ou financiers sur son site ne peut manifestement pas s'apparenter à une présence permanente dans le pays du client, ni donc relever du droit d'établissement* »[127]. Cette position du droit français peut surprendre en raison de sa non-conformité au droit de l'Union européenne qui s'oppose à cette assimilation.

[126] Livre blanc de la Banque de France, opt. cit. p 39.
[127] Livre blanc de la Banque de France, opt. cit. p 40.

SOUS SECTION 2 : LE REFUS D'ASSIMILATION DU SITE INTERNET À UN ÉTABLISSEMENT STABLE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Plan. Le droit de l'Union européenne, à travers ses volets législatif et jurisprudentiel, a anticipé et évité toutes les incertitudes et les ambigüités liées à l'assimilation du site Internet à un établissement, en retenant d'autres critères. Certains ont été retenus par la Cour de Justice de l'Union européenne (paragraphe 1), d'autres l'ont été par les instances européennes (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les critères retenus par la jurisprudence de l'Union européenne (CJUE)

Jurisprudence. Du fait de l'importance particulière de la notion d'établissement en matière fiscale, la CJUE a été à maintes reprises sollicitée afin de répondre à des questions préjudicielles concernant ce point particulier[128]. Plusieurs arrêts ont ainsi été rendus afin d'éclairer les parties sur les conditions d'existence d'un établissement stable. Elle a insisté, à travers différents arrêts, rendus dans des domaines variés, sur le critère de la présence humaine et son intervention régulière pour qualifier un établissement.

Exemples jurisprudentiels. A l'occasion de l'arrêt BERKHOLZ[129], la CJUE a précisé les conditions qui doivent être respectées pour caractériser un établissement. Dans ce cas d'espèce, la Cour a considéré *''qu'une installation destinée à une activité commerciale, comme l'exploitation de machines à sous, sur un bateau naviguant hors du territoire national en haute mer , ne saurait être qualifiée comme établissement stable au sens de la disposition citée que si cet établissement comporte une réunion permanente de moyens humains et techniques nécessaires aux prestations de services en cause et si ces prestations ne peuvent*

[128] En effet, une liste est disponible sur Internet qui recense –entre autres- les arrêts qui ont été rendus par la CJUE : http://books.google.fr/books?id=HN9tPKZnAp4C&pg=PA97&lpg=PA97&dq=CJUE+affaire+260/95&source=bl&ots=toaHUGqEfM&sig=_dVuR0qGECFtyugppSvPJ0kbGb4&hl=fr&ei=eWRLS9WHD5T94AaVjaTyAg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CAkQ6AEwAQ#v=onepage&q=CJUE%20affaire%20260%2F95&f=false.

[129] Arrêt BERKHOLZ du 4/7/1985, 2ème ch, Gunther Berkholz c/Finanzamt Hamburg- Mitte- Altstadt n° 168/84. Arrêt disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61984J0168

pas être utilement rattachées au siège de l'activité économique du prestataire''. La réunion permanente de moyens humains et techniques est donc indispensable à la qualification d'établissement stable. Cette conjonction d'existence de personnel et de moyens techniques ne doit pas être interrompue, la Cour a sur ce point, posé tacitement le critère de permanence de l'intervention humaine, qui ne peut se réduire à un contrôle ou une assistance irréguliers.

En matière d'assurance, la CJUE, à l'occasion de l'arrêt Commission contre Allemagne, a considéré *''…..qu'une entreprise d'assurance d'un autre Etat membre qui maintient, dans l'Etat membre en cause,* ***une présence permanente*** *relève des dispositions du Traité sur le droit d'établissement et cela même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou d'une agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante, mais mandatée pour agir en permanence pour celle-ci comme le ferait une agence*[130]*''.*

Conclusion. A la lumière de ces arrêts, force est de déduire qu'une installation électronique composée uniquement de câbles et de matériels localisée dans un pays déterminé ne peut à elle seule caractériser un établissement stable.

Paragraphe 2 : Les critères retenus par les instances européennes

Plan. On verra successivement la communication interprétative de la Commission européenne concernant la liberté de prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire du 20 juin 1997 (A), la communication interprétative de la Commission européenne concernant le secteur des assurances du 16 février 2000 (B) et enfin, la directive DCE, directive horizontale des services de la société de l'information du 8 juin 2000 (C).

[130] CJUE, arrêt du 4/12/1986, Affaire 205/84, Commission contre Allemagne, Rec. 1986, p 3755.

A. La communication interprétative de la Commission européenne dans la deuxième directive bancaire du 20 juin 1997

''Zone grise''. Dans cette communication, la Commission européenne a présenté le résultat de la réflexion qu'elle a menée sur la question de la prestation de services et l'intérêt général suite aux différentes incertitudes qui persistaient concernant les éléments fondamentaux de ces notions et notamment les frontières parfois délicates avec le droit d'établissement qu'elle a qualifiée de ''zone grise''. A la lumière de la jurisprudence de la CJUE, la Commission a présenté les caractéristiques principales de ces deux droits. Concernant particulièrement le droit d'établissement, elle s'est appuyée sur l'arrêt de la Commission contre Allemagne précité pour dégager la caractéristique principale du droit d'établissement : le critère de la présence permanente. Malgré la clarté de ce critère classique, elle a précisé qu'en matière bancaire, certaines situations sont difficiles à classer dans la catégorie prestation de services ou établissement parmi lesquelles figurent les installations électroniques fixes de type ''guichets électroniques'' qui réalisent des activités bancaires[131]. Ainsi, elle a précisé que pour qu'une installation électronique fixe soit assimilée à un établissement stable, il faut qu'elle soit dotée d'une direction, une condition qu'elle a jugée impossible. Pour remonter cet obstacle, elle a distingué deux situations. Elle a considéré que si l'installation électronique est rattachée dans un même pays à une succursale ou une agence, dans ce cas, elle se rattache au régime de son établissement, si par contre elle constitue le seul centre d'opérations de l'établissement de crédit, elle relève dans ce cas du droit de la prestation de services[132].

B. La Communication interprétative de la Commission européenne relative aux assurances du 16 février 2000

Critères jurisprudentielles. Après avoir constaté des divergences dans l'interprétation des règles européennes dans le secteur des assurances, la Commission européenne a publié une communication interprétative concernant la liberté de prestation de services et intérêt

[131] Communication interprétative de la Commission européenne du 20 juin 1997 p 11.
[132] Communication interprétative de la Commission européenne du 20 juin 1997 p 14.

général dans le secteur des assurances le 16 février 2000. Par cette communication, la Commission a voulu clarifier les conditions d'exercice des activités d'assurance, et distinguer les situations de libre établissement et libre prestation de services qui ne sont pas toujours évidents à différencier surtout dans le contexte électronique. Ainsi, elle s'est rattachée aux critères retenus par la jurisprudence de la CJUE pour savoir si une activité est exercée en libre prestation de services ou en libre établissement. Il convient de rappeler sur ce point, que pour considérer qu'une activité est exercée en libre établissement, ceci exige '' … *une présence permanente dans l'État membre de la succursale; que, dans le cas de l'assurance de responsabilité civile automobile, la prise en compte des intérêts particuliers des assurés et des victimes exige qu'il existe dans l'État membre de la succursale* ***des structures adéquates chargées de réunir toutes les informations nécessaires*** *en relation avec les dossiers d'indemnisation relatifs à ce risque,* ***disposant de pouvoirs suffisants pour représenter l'entreprise*** *auprès des personnes qui ont subi un préjudice et qui pourraient réclamer une indemnisation, y compris le paiement de celle-ci,* ***et pour la représenter*** *ou, si cela était nécessaire****, pour la faire représenter****, en ce qui concerne ces demandes d'indemnisation, devant les tribunaux et les autorités de cet État membre* (…)[133].

Contexte électronique. La Commission a donc considéré que les installations électroniques en particulier "les guichets électroniques" ou "bornes électroniques" ne peuvent relever du droit d'établissement que s'ils remplissent les trois critères de la Cour de Justice européenne:

- *« Elle doit être soumise à la direction ou au contrôle de l'entreprise d'assurances qu'elle représente;*
- *Elle doit pouvoir engager l'entreprise d'assurances;*
- *Elle doit être dotée d'un mandat permanent ;*
- *Elle doit être dotée d'une direction humaine ou électronique ».*

[133] Considérant 27 de la directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie»). Elle a été modifiée récemment par la directive n°2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et de leur exercice (Solvabilité II).

Exclusion du droit d'établissement. Concernant le site Internet, et en particulier son serveur, la Commission a expressément exclu le fait qu'il relève du droit d'établissement : '' *les activités d'assurances exercées par des techniques de communication à distance, en particulier, par le biais du commerce électronique, doivent être considérées comme des activités d'assurance exercées en régime de libre prestation de services''.* Comme conséquence logique de cette exclusion, le lieu de localisation du serveur ne peut en aucun cas être le lieu d'établissement du prestataire en ligne selon la Commission européenne. Ainsi, dans le cadre des activités d'assurances en ligne, le lieu d'établissement de l'entreprise avec laquelle ce contrat d'assurance est conclu est celui de l'assureur qui exerce l'activité en question et non le lieu du serveur[134].

C. La directive sur le commerce électronique

Harmonisation avec la jurisprudence européenne. Ayant pour objectif la création d'un cadre juridique cohérent en matière de commerce électronique, la DCE a voulu éviter de créer une « *surréglementation* » ou de disparité avec les règles européennes déjà établies.

Ainsi, afin de déterminer le lieu d'établissement d'un prestataire opérant en ligne, la DCE s'est alignée sur les critères déjà adoptés par la jurisprudence de la Cour de justice européenne en précisant que : ''*le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée*[135]''. Toutefois, il convient de préciser que la DCE a mis l'accent sur la notion d'exercice ***effectif*** d'une activité économique car il a été relevé, d'après la jurisprudence de la CJUE, des cas d'abus de droit en matière de liberté d'établissement afin d'échapper aux dispositions fiscales plus ou moins sévères de certains pays.

[134] Communication interprétative sur la libre prestation de services dans le secteur des assurances du 16 février 2000.

[135] Considérant 19 DCE. Tout en précisant que ces critères sont valables même dans le cas d'exercice d'une activité pour une durée déterminée.

Exclusion du critère de localisation du serveur. Il s'agit là d'une définition large et classique qui, à l'instar du droit international, peut à priori être applicable aux services prestés en ligne. Si la directive s'était contentée de cette brève définition, qui, en se fondant sur l'exercice d'une activité économique via une installation stable, se serait rapprochée de celle donnée par l'OCDE[136]. On aurait pu ainsi déduire que le lieu d'établissement est le lieu de localisation du serveur du site Internet. Mais, il n'en est pas ainsi, car la directive a expressément exclu cette hypothèse en précisant que '' *le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible*''. Le lieu de localisation du serveur est de ce fait insuffisant pour caractériser le lieu de l'établissement. Il peut l'être seulement s'il se situe dans le même Etat où la société opérant en ligne *'' exerce son activité économique''*[137]. En effet, en prévoyant dans le considérant 19 que le lieu d'établissement est le lieu d'exercice de l'activité économique, la directive a ajouté dans son article 3 que le prestataire est assujetti à la législation de ce pays d'établissement. C'est ''la clause du marché intérieur''[138], pierre angulaire de la DCE. En unifiant lieu d'établissement, lieu d'exercice d'activité économique et application de la loi, la directive a voulu créer un degré de sécurité et de clarté juridiques[139] au sein de l'Union européenne.

Difficulté d'application dans un contexte électronique. Encore une fois, et du fait de l'ubiquité du monde virtuel, il n'est pas toujours aisé de déterminer avec précision à partir de quel établissement est presté le service. Le schéma des opérations et des transactions financières en ligne s'avère parfois d'une telle complexité qu'il est difficile de déterminer avec précision le lieu de l'exercice effectif de l'activité d'un prestataire financier. En effet, il arrive que l'opérateur dispose de plusieurs établissements, entre en contact avec des clients de pays différents, pour effectuer une opération qui peut avoir lieu sur un territoire tiers. Ou encore, il arrive que l'opérateur réalise le service en le ''mettant'' directement sur l'ordinateur du client[140]. Dans le cas où il est ardu d'identifier à partir de quel établissement

[136] Article 5 de la Convention fiscale modèle
[137] Considérant 19 DCE.
[138] Le principe de la clause du marché intérieur sera étudié avec plus de détail dans le cadre du chapitre 2 du même titre.
[139] Aspects juridiques du commerce électronique in Europa, synthèses de la législation de l'Union européenne, disponible sur : http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/l24204_fr.htm
[140] C'est l'exemple de la mise à disposition de la monnaie électronique.

le service est presté, la directive DCE précise que le lieu d'établissement *''est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique ».* En pratique, le centre d'activité s'apprécie en fonction du temps passé en ce lieu et de l'importance de l'activité en cause[141]. Généralement, c'est le lieu du siège social ou du principal établissement qui est considéré comme le centre d'activité d'une société en raison notamment de la concentration du personnel où la majorité de l'activité sociale est accomplie. Dans un cas d'espèce[142], il a été considéré que du fait qu'un agent commercial ait exercé 70% de son activité à partir de son siège social, ce dernier a été considéré comme étant le centre de ses activités. Ici encore, ce critère s'avère d'une application difficile dans le contexte électronique. Il est difficile d'affirmer avec précision le lieu du centre d'activité dans le cadre d'une commercialisation des services en ligne.

SECTION 2 : LE SITE INTERNET, VECTEUR DE LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES

Consécration de la libre prestation de services. La libre prestation de services, deuxième pilier de liberté européenne, forme avec la liberté d'établissement le socle des libertés fondamentales et indispensables pour la construction du marché intérieur européen. A titre liminaire, il convient de rappeler que, conformément au droit de l'Union européenne, les services fournis via un site Internet sont considérés comme une forme de libre prestation de services et non comme un établissement. Contrairement à la liberté d'établissement qui implique une présence permanente dans un pays, et l'exercice d'une activité continue et régulière, la libre prestation de services permet de prester des services dans d'autres Etats sans considération des frontières, sans forcément développer une présence permanente. Elle *''désigne l'opération par laquelle un établissement de crédit ou un établissement financier fournit, dans un autre Etat membre autre que celui où se trouve son siège social, un*

[141]Conclusions de l'avocat général Mme VERICA TRSTENJAK en date du 12 janvier 2010 dans le cadre d'une demande préjudicielle portée devant la CJUE, Affaire C-19/09 Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH contre Silva Trade S.A.

[142] Ibid.

service bancaire autrement que par une présence permanente dans cet Etat membre[143]*''.* Ainsi, le site Internet permet aux entreprises françaises de fournir des services aussi bien en France que dans d'autres pays aussi bien européens que non européens. Il permet également aux entreprises européennes et étrangères de fournir leurs services sur le sol français.

Libre prestation de services et le droit européen. Consciente que *''les services sont les moteurs de la croissance économique et représentent 70 % du PIB et des emplois dans la majorité des États membres''*[144], la Commission européenne, à travers la directive de services[145], a voulu donner un nouveau souffle à cette liberté en créant un marché unique des services. De ce fait, tous les actes de nature à constituer une entrave à la libre prestation de services sont interdits : *''….Conformément à la jurisprudence de la Cour, l'article 59 du Traité s'oppose à l'application de toute réglementation nationale, qui, sans justification objective, entrave la possibilité pour un prestataire de services d'exercer effectivement cette liberté''*[146].

Liberté résiduelle. L'exercice de l'activité financière sous forme de prestation de services doit respecter deux conditions. Tout d'abord, et du fait du nombre particulièrement élevé de la clientèle européenne qui pourra être sollicitée, ne peuvent agir en libre prestation de services que les seules personnes physiques ayant la qualité de ressortissant d'un Etat membre établies dans un pays de l'Union européenne ainsi que les personnes morales constituées en conformité à la législation d'un Etat membre. Ces dernières doivent avoir leur siège statutaire ou leur principal établissement dans l'Union. Elles doivent par ailleurs être agréées par l'autorité de contrôle d'un Etat membre bénéficiant ainsi des prérogatives de ''l'agrément unique'' qui les dispensent de solliciter d'autres agréments des autres pays membres et de ne prester que les services pour lesquels elles ont été agréées dans leurs

---

[143] Article 71-3 de la loi bancaire du 24 juin 1984 modifiée.

[144] Considérant 4 de la directive ''services'', surnommée directive ''BOLKESTEIN '' du nom de l'ancien commissaire chargé du marché intérieur ''Frits BOLKESTEIN'', directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Elle exclut expressément de son champ d'application les services financiers, qui, du fait de leur caractère spécifique sont régis par une directive spéciale (directive du 23 septembre 2002) dite directive des services financiers (DSF).

[145] La directive ''services'' opt.cit.

[146] Arrêt CJUE du 05 octobre 1994, Affaire Commission/France n° C-381-93, Rec. P.I-5145 point 16.

pays d'origine[147]. Cela n'exclut pas le fait qu'un prestataire étranger établi dans un pays étranger puisse agir en libre prestation de service sur le territoire européen, mais dans ce cas, il ne bénéficie pas des prérogatives de ''l'agrément unique'', il doit solliciter l'agrément de chaque pays européen dans lequel il souhaite prester ses services. Ensuite, les prestataires financiers aussi bien européens que non européens doivent, préalablement à la prestation des services, requérir toutes les informations relatives à la réglementation en vigueur dans cet Etat en pareille matière (respect des règles de bonne conduite, informations obligatoires à fournir aux clients…).

LPS et Internet. L'avènement et le développement des nouvelles technologies, en particulier Internet, a donné un nouveau souffle à la libre prestation de services en élargissant considérablement le champ d'intervention des prestataires[148]. Le site Internet est un réseau ouvert et accessible dans le monde entier, a permis de solliciter une clientèle sans considération des frontières. Toutefois, cette grande marge de liberté conférée aux prestataires ne doit pas laisser croire qu'Internet est une zone de non droit. Il constitue un moyen de communication parmi d'autres soumis à des lois et des réglementations (y compris les deux conditions préliminaires citées ci avant) au même titre que les prestataires agissant par les voies classiques.

Plan. Il est certes admis qu'Internet a développé la libre prestation de services, mais a également bouleversé ses contours géographiques. La société dont le site est accessible dans le monde est-elle réputée agir en libre prestation de services dans tous les pays où son site est accessible? Pour répondre à cette interrogation, il convient de préciser quels sont les critères de qualification d'une libre prestation de services. Nous mettrons dans un premier temps en lumière les critères adaptés au contexte électronique du fait de l'insuffisance des critères classiques (sous section 1), et dans un deuxième temps les obligations du prestataire qui diffèrent selon la forme de la libre prestation de service, active ou passive (sous section 2).

---

[147] Article 74 de la MAF ; article 18-1 de la 2ème directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989 ; article 31.1 de la directive MIF du 21 avril 2004.

[148] Il a d'une part permis aux prestataires de services de petite ou de moyenne taille de conquérir une clientèle éloignée, d'autre part, il a permis de fournir à distance un grand nombre de services. Sur ce point, voir : Commerce électronique : engagements existants dans le cadre de l'AGCS pour la fourniture de services en ligne, volume VIII, n° 100, Documents de travail de l'OCDE, 2000.

SOUS SECTION 1: LES CRITÈRES DE LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES

Plan. La prestation de services financiers sur Internet n'est qu'une nouvelle forme de relation transfrontière, et de ce fait, les règles de qualification classiques de libre prestation de service telles que définies par la jurisprudence européenne sont à priori applicables au contexte électronique (paragraphe 1). Mais compte tenu de l'insuffisance de ces critères classiques en raison de la spécificité du contexte électronique, les autorités ont fait recours à la méthode du faisceau d'indices pour déterminer une libre prestation de services électronique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les critères de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)

Critères. Constatant l'enchevêtrement des frontières entre la liberté d'établissement et celle de prestation de services, la CJUE a établi deux guides de jurisprudence concernant ces deux libertés européennes[149]. Le recueil de jurisprudence de la libre prestation de services ne reprend pas les arrêts en intégralité, mais seulement les passages qui définissent la libre prestation de services, servant de référence[150] dans le droit européen. Ainsi, selon une jurisprudence européenne constante[151], une activité est exercée en libre prestation de services par un prestataire ou un établissement de crédit au sein de l'Union européenne se caractérise par l'exercice de services transfrontaliers[152] (A) ayant un caractère temporaire[153] (B).

---

[149] Le guide de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne relatif au principe de la liberté d'établissement est disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/infringements/art43_fr.pdf , celui de la libre prestation de services est disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/infringements/art49_fr.pdf , tous deux datent du 01/01/2001.

[150] Sur ce point, la définition de la libre prestation de services de la jurisprudence européenne a servi de base à la directive ''services'' n°2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. JO L 376 du 27 décembre 2006 qui reprend les mêmes critères que la CJUE.

[151] Du fait du grand nombre d'arrêts qui ont été rendus en la matière, nous nous contenterons de se référer à seulement quelques uns.

[152] Arrêt CJUE du 04 mai 1993 Federación de Distribuidores Cinematográficos C/ Estado Español et Unión de Productores de Cine y Televisión, n° C-17-92, Rec. 1993, p I, 02239.

[153] Arrêt CJUE du 30 novembre 1995, Reinhard Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Affaire n°C-55/94, Rec. p. I-4165, point 25.

A. L'exercice de services transfrontaliers

Notion. L'exercice de services transfrontaliers et l'absence d'une installation fixe vont de pair. En effet, un service transfrontalier est un service qui est fourni dans un Etat en l'absence de toute installation stable par un prestataire établi dans un autre pays membre. L'absence de rattachement géographique est un élément important pour qualifier une libre prestation de services. Sur le plan européen, on estime que le prestataire agit en libre prestation de services si le centre principal de son activité se situe dans un Etat membre autre que celui où se trouve le destinataire du service, contrairement au prestataire qui agit en libre établissement dont le centre principal d'activité se trouve dans le même Etat membre où se trouve la majorité de ses clients[154]. Ainsi, la libre prestation de services repose, comme son nom l'indique sur deux critères : l'exercice transfrontalier (b) des services (a).

a) La notion de "service" couvre toute activité économique non salariée visée à l'article 50 du TFUE qui consiste à fournir une prestation qui fait l'objet d'une rémunération[155]. Ainsi, ''*….sont considérés comme services au sens du Traité, les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes*[156]*''.*

b) L'exercice transfrontalier d'un service implique que ce dernier est exercé dans minimum deux Etats membres (du fait de l'établissement des parties), ce qui induit qu'un même service peut être presté dans une multitude d'Etats. Ceci était possible avant même l'avènement et le développement d'Internet, qui, avec son interface virtuelle n'a fait qu'accentuer ce phénomène. Ainsi, le moyen transfrontalier peut certes varier (téléphone[157] et Internet) mais l'établissement dans des pays différents des parties au contrat est une constante pour qualifier un service de transfrontalier et partant, une libre prestation de

[154] Arrêt CJUE du 3 décembre 1974, ''Van Binsbergen'', affaire n° 33/74.

[155] Elle est considérée comme étant '' *la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service''* arrêt de la CJUE du 27 septembre 1988, affaire n° 263/86.

[156] Arrêt CJUE du 04 octobre 1991, Affaire '' The society for the protection of the unborn children/Grogan'' C-159-90, Rec., I, P 4685.

[157] Dans un arrêt, il a été considéré que le caractère transfrontalier pouvait être apprécié également lorsqu' *''un prestataire offre par téléphone à des destinataires potentiels établis dans d'autres Etats membres et qu'il fournit sans se déplacer à partir de l'Etat membre à partir duquel il est établi''.* Arrêt de la CJUE du 10 mai 1995 ''Alpine Investments'' Affaire n° 384/93.

services[158]. A contrario, si les parties se trouvent établies sur le territoire d'un même Etat membre, le contrat relèvera dans ce cas de la liberté d'établissement : ''….*ce n'est que lorsque tous les éléments pertinents de l'activité en cause se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre, que les dispositions du Traité relatives à la libre prestation de services ne s'appliquent pas*[159]''. En conséquence, précise la Cour, ''*les dispositions de l'article 59 doivent s'appliquer dans tous les cas où un prestataire de services offre des services sur le territoire d'un Etat membre autre que celui dans lequel il est établi*''[160].

B. Le caractère temporaire

Caractéristiques. Les services exercés de façon temporaire[161] s'opposent à ceux exercés de façon habituelle et continue du fait qu'ils se rapportent principalement à des activités ''*limitées dans le temps*[162]'' et ayant ''*un caractère purement occasionnel*''[163].Toutefois, et afin d'éviter toute fraude ou détournement, la CJUE a précisé à plusieurs reprises que le caractère temporaire ''*est à apprécier en fonction de sa durée, de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité*''[164]. Mais toute la difficulté réside dans l'harmonisation des critères relatifs à la périodicité ou de la fréquence d'un service temporaire. Ici encore, on tombe dans la casuistique étant donné que la périodicité et la fréquence dépendent en pratique de la nature des services et de l'activité de l'entreprise. A la lumière de ces éléments, l'exercice d'un service transfrontalier ''occasionnel'' épargne son prestataire de se soumettre aux règles nationales de l'Etat où il preste ses services du fait de son agrément et de son contrôle par les autorités de son pays d'établissement. Cet allégement de procédure a pour but d'encourager et de faciliter la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union

---

[158] C'est le cas notamment des services d'assurance. Ainsi, on considère que le service d'assurance est presté en libre prestation de services lorsque le risque objet du contrat se situe dans un Etat membre différent de celui où est établi l'assureur qui s'engage à le couvrir.

[159] Arrêt CJUE du 18 mars 1980, Affaire ''Procureur du Roi c/Marc J.V.C Debauve et autres, n° C- 52-79, Rec. 1980, p 833.

[160] Arrêt CJUE du 26 février 1991, Affaire ''Commission/République Hellénique'' n° 198-89, Rec. 1991, P I, 00727.

[161] Le caractère temporaire du service ne doit pas être confondu avec l'activité de l'entreprise qui agit en libre prestation de services. En effet, cette dernière peut agir de façon continue en LPS mais en fournissant des services transfrontaliers, limités dans le temps.

[162] Arrêt CJUE du 26 février 1991, Affaire ''Commission/Grèce'' n° 198-89, Rec. 1991, P I, 00727 ; arrêt CJUE du 26 février 1991, affaire ''Commission/ Italie'' n° 180-89, Rec. 1991, p. I, 00709.

[163] Arrêt CJUE du 04 décembre 1986, Affaire Commission/Allemagne n° C- 205/84, Rec. 1986, p 03755.

[164] Arrêt CJUE du 30 novembre 1995, Reinhard Gebhard/Consiglio de l'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Affaire n°C-55/94, Rec. p. I-4165, point 25. V article de J-R. FARTHOUAT ''Arrêt « Gebhard » : la clarification de la distinction entre établissement et prestation de services'', Gaz. Pal. 6 janvier 1996, p 18.

européenne et de ne pas entraver son exercice par un obstacle quelconque. C'est ce qu'a défendu la CJUE à travers sa jurisprudence. Elle s'oppose en effet à toute mesure de nature à restreindre la libre prestation de service, telle par exemple, l'exigence d'établir un établissement dans l'Etat membre d'exercice.

Jurisprudence européenne. A l'occasion de deux célèbres arrêts[165] rendus dans le secteur des assurances, la Cour de justice européenne a considéré que le fait d'exiger d'une entreprise d'assurance dûment agréée et établie dans un autre Etat membre voulant seulement exercer des activités à caractère occasionnel, d'établir un établissement dans ce pays constitue ''***une restriction sérieuse à la libre prestation de services***[166]''.Ce qui rend ainsi la prestation dans ce pays plus onéreuse et plus compliquée. Dans le même ordre d'idées mais dans le secteur des travaux publics, la CJUE[167] a considéré qu' ''*une entreprise établie au Portugal, qui fournit des prestations de services dans le secteur de la construction et des travaux publics dans un autre État membre peut se déplacer avec son propre personnel qu'elle fait venir du Portugal pour la durée des travaux concernés.* ***Dans un tel cas, les autorités de l'État membre, sur le territoire duquel les travaux doivent être réalisés, ne sauraient imposer des conditions au prestataire de services qui concernent l'embauche de main-d'œuvre sur place ou l'obtention d'une autorisation de travail pour le personnel portugais***''.

Analyse. A la lumière de tous ces éléments, peut-on affirmer qu'un site Internet, à partir du moment où il est le support de commercialisation d'un service transfrontalier temporaire, constitue une forme de libre prestation de services ? Si on répond par l'affirmative, cela impliquerait que le prestataire étranger doit solliciter l'agrément (ou toute autorisation équivalente), et respecter les règles de bonne conduite dans tous les pays du monde où son site est accessible. Sur le plan européen, le problème ne se pose pas pour les prestataires qui disposent déjà d'un agrément ''unique'' mais se pose plutôt pour les prestataires non européens dont le site est accessible sur le territoire de l'Union européenne ciblant sa

[165]Arrêt CJUE du 04 décembre 1986, Affaire Commission/Allemagne, opt.cit.; Arrêt CJUE du 04 décembre 1986, Affaire Commission/Danemark n° 252/83, Rec. 1986, p 03713.
[166] Arrêt CJUE du 04 décembre 1986, Affaire Commission/Danemark n° 252/83, opt.cit.
[167] Arrêt CJUE du 27 mars 1990, affaire ''Rush Portuguesa/ Office national d'immigration n° 113/89, Rec. 1990 p I- 01417.

clientèle. A priori, si on s'attacherait uniquement aux critères classiques, la procédure se trouverait ainsi lourde et onéreuse pour le prestataire qui se trouverait obligé de respecter et de se conformer à la réglementation d'une dizaine pour ne pas dire une centaine d'Etats (du fait de l'accessibilité mondiale du site Internet) dans lesquels il ne souhaitait même pas prester ses services. Force est ainsi de déduire que le site Internet quoiqu'il soit un support de commercialisation mais sa spécificité et sa technicité le différencie nettement des autres supports. Certes les règles classiques lui sont applicables, mais pas tout à fait adaptées.

Paragraphe 2 : La spécificité du contexte électronique

Particularité d'Internet. Le site Internet présente la particularité d'être par défaut accessible dans tous les pays y compris ceux dans lesquels le prestataire ne souhaite pas prester ses services. Afin de lever toute incertitude sur ce point, la CJUE, a considéré que le critère d'accessibilité ne suffit pas à lui seul pour déterminer l'exercice de la libre prestation de services. Ainsi, à l'occasion d'un arrêt en date du 12 juillet 2011[168] opposant l'Oréal à eBay, la Cour a affirmé que *« la simple accessibilité d'un site Internet sur le territoire couvert par la marque ne suffit pas pour conclure que les offres à la vente y affichées sont destinées à des consommateurs situés sur ce territoire ».* Ainsi, afin de savoir dans quels pays le site est considéré comme une forme de libre prestation de services, il faut s'attacher au critère de l'intention du prestataire qui se caractérise par le ciblage d'une clientèle en particulier. Or, le critère de l'intention d'un pays déterminé ne peut être caractérisé par un seul indice, mais s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices[169]. Cette méthode consiste à *''établir une liste indicative de critères dont on vérifie s'ils sont remplis par l'opération ou l'organisation concernée de façon significative, sans qu'il y ait obligation de respecter leur intégralité''*[170]. Elle présente l'avantage de donner plus de clarification dans les situations où sème un doute

[168] CJUE, Grande chambre, le 12 juillet 2011, Affaire C-324/09. Arrêt consultable sur le lien suivant: http://www.juriscom.net/documents/cjue20110712.pdf

[169] Bulletin mensuel d'information de la Commission des Opérations de Bourse (COB) n° 337, juillet-août 1999, recommandation n° 99-02 relative à ''la promotion ou la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat via Internet'', disponible sur : http://www.cnmv.es/delfos/autoridades/euro/cob4.pdf

[170] Conférence européenne permanente des coopératives, mutualités, associations et fondations : ''Economie sociale et services sociaux d'intérêt général : la méthode du faisceau d'indices et son application en droit européen'', Bruxelles le 20 septembre 2006, disponible sur : http://www.socialeconomy.eu.org/IMG/pdf/2006_09_20_FR_P_SIG_faiseaux_indices.pdf

en réunissant plusieurs critères afin de renforcer l'existence ou pas du fait en question. C'est la raison pour laquelle aussi bien la COB (A) que la Banque de France (B) ont fait recours à la méthode du faisceau d'indices afin de caractériser une libre prestation de services en ligne.

A. Le faisceau d'indices de la COB

Règles de conduite. A l'occasion d'une recommandation[171], la COB a arrêté des règles de bonne conduite adaptées au contexte spécifique d'Internet. Pour qualifier une libre prestation de service en ligne, elle s'est appuyée sur l'intention du prestataire, en particulier, en s'attachant au critère du ''public visé ''[172]. Toutefois, elle précise que ce dernier ne peut être apprécié par le moyen d'un seul critère, mais de plusieurs, sous forme d'un faisceau d'indices.

Faisceau d'indices. Pour cerner le public visé par le prestataire, il faut prendre en considération à la fois :

- ✓ *Le contenu de l'information disponible ;*
- ✓ *la langue ;*
- ✓ *le plan ou l'arborescence du site ;*
- ✓ *les liens établis à l'initiative de la société entre son site et d'autres site ou encore ;*
- ✓ *les conditions d'acceptation des ordres des pays considérés.*

Le critère de l'impact significatif et la compétence légale. A la réunion de ces critères, on peut considérer que les services financiers effectués par ce prestataire ont un impact significatif sur les consommateurs et les investisseurs de ce pays en question, et les autorités de ce dernier peuvent s'estimer compétentes et peuvent imposer à ce prestataire le respect de ses règles prudentielles, dont l'agrément. Ainsi, et dans un souci d'équité, le prestataire

[171] Recommandation de la COB n° 99-02, opt.cit.

[172] C'est sur la base de ce critère que la société Google Inc a été jugée en France par la Cour d'appel de Paris par un arrêt du 26 janvier 2011. En effet, dans un litige qui opposait Google à La Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe, la Cour a condamné Google Inc et Google France pour avoir donné accès à des images fixes du fait que ces services non seulement pouvaient être consultés par un public francophone, mais qu'il s'agissait de services en français et destiné principalement à ce public et du fait qu'il est accessible par des adresses URL en ''.fr'', d'où l'application de la loi française.

qui commercialise ses services via Internet, n'est tenu de respecter que la loi du pays dont il cible la clientèle. Dans le cas où son site ciblerait la clientèle d'autres pays, il sera contraint de respecter à chaque fois leurs réglementations. Ainsi, *''…lorsque le site vise les résidents d'autres territoires, la société s'enquiert des réglementations spécifiques à chaque territoire et veille à les respecter''*[173]. Dans le cas où un prestataire de services d'investissement cible la clientèle française, la COB a exigé que le prestataire respecte, en plus des lois et règlements français, les règles de bonne conduite.

Le critère de la langue. La Commission a considéré que la langue et la monnaie utilisées dans le démarchage d'un client ne sont pas des éléments suffisants pour caractériser le ciblage[174]de consommateurs d'un pays déterminé. Mais dans un souci de protection du consommateur, certains États membres exigent que la langue du contrat soit la langue nationale. Toutefois, selon la Commission, la protection du consommateur n'est pas un argument valable dans les cas des grands risques commerciaux ou industriels[175]. En effet, le prestataire avant de souscrire un contrat portant sur les produits de placement :

- ✓ doit fournir un certain nombre d'informations qui, outre l'exigence qu'elles soient rédigées en langue française et facilement accessibles sur le site, doivent être *''exactes, précises et sincères, et leur mode de présentation doit permettre au client de prendre une décision en toute connaissance de cause''*[176].
- ✓ doit se renseigner de la situation financière du client[177] afin de lui fournir un conseil financier personnalisé et adapté à son budget et ses projets.

Ces deux recommandations ont déjà été formulées par l'Organisation Internationale des Commissions des Valeurs (OICV)[178], du fait du risque latent de beaucoup de produits financiers.

---

[173] Recommandation de la COB n° 99-02, opt.cit.
[174] PIRONON V., *l'Internet et la mondialisation*, Gaz. Pal. Doctrine, du 31 octobre au 3 novembre 2007, p11.
[175]Communication 16/2/2000 opt.cit.
[176]Recommandation de la COB n° 99-02, opt.cit.
[177]Cette exigence de la personnalisation du conseil sera consacrée par la Directive MIF.
[178]Rapport du comité technique de l'OICV « *Principes et objectifs de la régulation financière* » de septembre 1998, disponible sur : http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82-French.pdf

B. Le faisceau d'indices de la Banque de France

Faisceau d'indices. Le site Internet, de part sa virtualité, est naturellement accessible dans d'autres pays, sans pour autant être systématiquement qualifié de libre prestation de services. Ainsi, sans la réunion de certaines conditions qui seront détaillées ci-dessous, on ne pourra affirmer qu'un service est exercé en libre prestation dans ce pays. La qualification n'est pas évidente, c'est la raison pour laquelle la Banque de France[179] a recensé, dans une liste non exhaustive les indices qui permettent de qualifier un site comme une libre prestation de services :

Faisceau d'indices pour caractériser les cas formant une libre prestation de services[180]

1) *La conclusion d'opérations bancaires et financières réalisée à distance sur le site du prestataire par un client non résident sans établir toutefois au préalable une relation contractuelle en agence telle que l'ouverture d'un compte.*
2) *L'offre des services est proposée via un correspondant dans le pays du client.*
3) *Le site est présenté dans la langue du client.*
4) *Le site du prestataire est accessible par des portails installés dans le pays du client et/ou référencé dans les moteurs de recherche du pays du client.*
5) *Le prestataire utilise des bandeaux publicitaires associés à un lien hypertexte sur des sites du pays du client et/ou des ''mailings'' auprès des clients résidant dans d'autres Etats membres.*
6) *Le prestataire est présent sur les forums de discussion spécialisés dans le pays du client.*
7) *Le prestataire utilise un nom de domaine permettant de penser qu'il est installé dans le pays du client.*

Il s'agit d'une liste non limitative d'indices (qui peut être étendue par les autorités compétentes en fonction de l'évolution technologique) dont l'importance n'est pas d'égale valeur. C'est leur réunion qui permet de constituer le faisceau d'indices.

[179] Livre blanc, « Internet, quelles conséquences prudentielles ?» 30 janvier 2001, p 42, http://www.banque-France.fr
[180] Tableau du livre blanc de la Banque de France précité.

SOUS SECTION 2 : LES FORMES DE LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES

Plan. A la lumière du faisceau d'indices, on peut apprécier le caractère ''actif'' ou ''passif'' de l'attitude du prestataire. Ainsi, si le prestataire adopte une attitude active, cible les clients d'un pays donné et prend l'initiative de les contacter, on peut affirmer qu'il s'agit d'une libre prestation de services active (paragraphe 1). Si par contre c'est le client qui prend l'initiative de contracter avec ce prestataire, dans ce cas, on parle de libre prestation de services passive (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La libre prestation de services active

Plan. Est considérée comme libre prestation de service active le cas où l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement cible les clients d'un pays déterminé, et prend l'initiative de les contacter à travers notamment l'envoi des offres non sollicitées par ces derniers (A). Cette forme de prestation de services doit faire l'objet d'une notification préalable à cette autorité de contrôle qui se charge d'informer l'autorité d'accueil du pays membre d'accueil (B).

A. L'envoi d'offres non sollicitées par les clients d'un autre Etat membre

Notion. Comme son nom l'indique, la libre prestation de services active suppose une démarche active de la part du prestataire de services financiers induisant ainsi une action passive de la part du client. Ainsi, par le biais du démarchage (qui est devenu électronique)[181], le prestataire peut attirer une clientèle, entrer en contact avec elle et

[181] Internet a changé le paysage et les moyens de prise de contact avec la clientèle. Si le démarchage est une sollicitation ciblée qui s'effectue traditionnellement par '' *[…]* ***le fait de se rendre physiquement*** *au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans les lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers, en vue des mêmes fins*'' (articles 341-8 et 341-1 alinéa 2 du CMF), aujourd'hui, et avec le développement des nouvelles technologies, le démarchage peut se faire par ''…. ***quelque moyen que ce soit****, avec une personne physique ou une personne morale déterminée, en vue d'obtenir, de sa part, un accord*….''

tenter de la fidéliser par la suite. Par ailleurs, avec le développement de la technologie et des moyens de communication électroniques, on constate qu'il y a une montée en puissance du volume des courriers et notamment des e-mails (spams[182]) comportant des offres non sollicitées par les consommateurs[183]. On craint que dans cet univers virtuel, ce genre de pratiques prohibées ne trouve un terrain de prédilection du fait de la distance et de la virtualité des transactions.

Limite. Il ne faut pas que ces offres contiennent un harcèlement, une obligation ou une contrainte quelconque pour le consommateur sollicité auquel cas elle sera qualifiée de '' pratique commerciale agressive'' au sens de l'article 8 de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales[184]. Dans le même ordre d'idées, dans le cas où l'offre comporte une obligation de paiement à la charge du consommateur, elle sera qualifiée de ''vente forcée''[185] et tombe sous le coup de l'article L. 122-3 du Code de la consommation qui stipule que *''la fourniture de biens ou de services sans commande préalable du consommateur est interdite lorsqu'elle fait l'objet d'une demande de paiement''.* Si malgré cette interdiction légale, le prestataire exécute une opération qui n'a été ni sollicitée ni acceptée par le consommateur, dans ce cas *''aucune obligation ne peut être mise à la charge du consommateur qui reçoit un bien ou une prestation de service en violation de cette interdiction[186]''.*

(article L.341-1 alinéa 1 du CMF). L'approche traditionnelle du démarchage fondée sur le déplacement physique du démarcheur est ainsi dépassée par le fait de l'évolution des moyens de communication virtuels. La nouvelle rédaction de l'article issue de la loi sur la sécurité financière tend vers un élargissement du champ d'application du démarchage laissant volontairement glisser le démarchage effectué par la voie électronique.

[182] Le spam ou le spamming consiste à adresser des messages publicitaires ou non à des consommateurs par l'intermédiaire de leur boîte aux lettres électroniques, de télécopieurs, de boîtes vocales et des téléphones mobiles.

[183] Sur ce point, la Direction Générale de concurrence, de consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a constaté que les plaintes des consommateurs ont augmenté suite à la réception massive des courriers indésirables dans le secteur des communications électroniques.

[184] Directive n°2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JOUE du 11 juin 2005 n° L 149/22.

[185] Dans le cadre de la lutte contre les offres non sollicitées par les consommateurs, une question (n°0803S) a été posée au Sénat au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie Monsieur A. ROUVIÈRE, à laquelle a répondu Monsieur le Ministre délégué Monsieur F. Loos. Il a été insisté sur le caractère interdit de ce genre de pratiques. JO Sénat, 04/08/2005, p 2059.

[186] Article 122-3 C. consom.

B. L'obligation d'agrément et de notification

Réglementation. Si un prestataire étranger cible une clientèle européenne, il doit en pareille situation solliciter l'agrément dans chacun des pays de l'Union européenne dans lequel il souhaite prester ses services. La situation est totalement différente pour le prestataire d'un pays de l'Union européenne qui cible une clientèle établie au sein de l'espace européen, qui bénéficie des prérogatives de l'agrément unique, et se trouve dans ce cas dispensé de solliciter un agrément aux autorités de contrôle des pays d'accueil. Par ailleurs, ce dernier doit observer une formalité en cas de libre prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre pour la première fois: la notification à l'autorité de l'Etat membre d'origine[187]. Cette formalité s'inscrit dans le cadre d'une bonne information préalable des autorités des Etats membres sur les territoires desquels ces services seront prestés: ''*La procédure de notification d'ouverture d'une succursale ou de l'intention d'exercer des activités en libre prestation de services, a pour objectif l'information mutuelle des autorités de contrôle*''[188]. L'obligation de notification concerne tous les établissements de crédit, les établissements financiers, de services d'investissement et enfin les compagnies d'assurance qui souhaitent prester pour la première fois leurs services sur le territoire d'un autre Etat membre[189].

Communication de la Commission européenne. Dans la communication interprétative relative à la libre prestation de services et à l'intérêt général dans la deuxième directive de coordination bancaire du 1O juillet 1997 précitée[190], la Commission européenne[191] a pris une

---

[187] « *1.Tout établissement de crédit qui désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un autre État membre dans le cadre de la libre prestation des services notifie à l'autorité compétente de l'État membre d'origine celles des activités comprises dans la liste figurant à l'annexe qu'il envisage d'exercer 2. L'autorité compétente de l'État membre d'origine communique à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil la notification visée au paragraphe 1, dans un délai d'un mois à compter de la réception de celle-ci*''. Article 71-2 de la loi bancaire du 24 juin 1984 modifiée ; article 75, I, 2° de la loi MAF du 2 juillet 1996 modifiée ; article 20. §1et 2 de la 2ème directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989 (transposée en droit français par la loi n° 92-665 du 16/07/1992) ; article 35 de la directive du 18 juin 1992 modifiant l'article 16 de la directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE ; article 31.2 de la directive MIF du 21 avril 2004.

[188] Communication interprétative de la Commission concernant la liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances, 16.02.2000 précitée.

[189] Sont toutefois exemptés de cette obligation de notification, les établissements de crédit qui ont déjà opéré par voie de libre prestation de services avant l'entrée en vigueur de la 2ème directive de coordination bancaire. (article 23 §2 de la 2ème Directive de coordination bancaire).

[190] En date du 10 juillet 1997, consultable sur : http://observatoire.codeplafi.lu/pdf/sou/comm%20inter%202e%20dir%20bc.pdf

[191] Communication interprétative relative à la libre prestation de services et à l'intérêt général dans la deuxième directive de coordination bancaire, http://www.europe.eu.int

position pour le moins étonnante. Elle a considéré que la prestation reste localisée sur les ordinateurs du prestataire, et n'intervient donc pas sur le territoire du client, et se trouve de ce fait dispensée de l'obligation de notification car ce n'est pas une succursale*: « la fourniture de services bancaires à distance, par exemple par Internet, ne devait pas nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client »*[192]*.* Sachant que cette réflexion ne ferait pas l'unanimité, et poserait des interrogations, elle a aussitôt ajouté qu'elle est *''consciente du fait que cette solution nécessitera une analyse au cas par cas, qui peut s'avérer difficile''.*

Paragraphe 2 : La libre prestation de services passive

Plan. A l'opposé de la libre prestation de services active, la libre prestation de services passive requiert une attitude passive de la part du prestataire et donc active de la part du client (B) qui est toute de même une activité tout à fait légale (A).

A. La légalité de la libre prestation de services passive

Accessibilité universelle du site. Même si le prestataire a une attitude passive, son site reste tout de même accessible dans beaucoup de pays. A priori, cette accessibilité ne le place pas dans une situation irrégulière: ''*La seule ouverture d'un site web bancaire ou financier, par nature accessible à distance et donc de l'étranger, ne place donc pas son promoteur en situation d'exercice illégal de la profession sur d'autres territoires que celui de son lieu d'établissement. De même, la connexion d'un client originaire d'un Etat autre que celui du site bancaire ou financier, à l'image du déplacement physique à l'étranger de celui-ci dans*

[192]Toutefois, elle a prévu le contraire dans une communication interprétative sur la libre prestation de service dans le secteur des assurances (JOUE, n° C43 du 16 février 2000, p5).

une agence de l'établissement, ne doit pas ipso facto faire considérer que le prestataire exerce via son site une activité sur le territoire du client''[193].

Offre ciblée. Si le prestataire souhaite éviter toute ambigüité en limitant son offre à une clientèle située dans une zone limitée, il peut préciser sur son site par un avertissement clair que son offre est exclusivement réservée à la clientèle située dans son Etat d'établissement en prévoyant notamment une rencontre face à face au sein d'une agence permettant ainsi l'identification du client. Le prestataire peut également s'assurer de l'établissement du client au sein de son pays par la vérification de la localisation de son ordinateur à travers la vérification de son adresse ''IP''. Cette délimitation de la zone géographique d'exercice donnera une meilleure prévisibilité au prestataire quant à l'étendue de ses obligations contractuelles, et, en cas de conflit entre les parties, permettra de déterminer aisément la juridiction compétente.

B. L'attitude active du client

L'initiative du consommateur. La libre prestation de services passive se caractérise également par l'attitude active du client. Sur ce point, l'association bancaire belge (ABB), dans une réponse à la circulaire adressée par la Commission Bancaire et Financière (CBF), a considéré que le fait que le consommateur se rende de sa propre initiative sur un site du prestataire et décide d'y conclure un contrat relève de '' ***la libre prestation de service passive*** '' [194].

Conséquences. Le droit de l'Union européenne a mis en place une palette de directives et de jurisprudences qui ont pour point commun la protection des intérêts des clients surtout si ceux-ci sont des consommateurs, en imposant au prestataire un grand nombre d'obligations (d'informations, de conseil personnalisé, de respect de bonne conduite).

[193] Livre blanc de la Banque de France, p 37.

[194] La Cour d'Appel de Bordeaux par un arrêt du 26 février 2003, a considéré que la vente par Internet est une vente passive puisque c'est le client qui visite le site du franchiseur….'' Juris – Data n° 2003-217863.

Mais, si ce consommateur prend lui-même l'initiative de contacter un prestataire qui ne cible pas son pays, dans ce cas, deux conséquences en découlent :

- Le consommateur, en prenant cette initiative, s'est volontairement placé en dehors du mécanisme juridique protecteur du droit européen qui stipule qu'il est protégé par les dispositions protectrices de son pays ;
- Le prestataire n'ayant manifesté aucune démarche ou action pour prester ses services dans le pays de ce consommateur, il n'est tenu d'aucune obligation ni de notification, d'agrément ou de respect de réglementations du pays de ce consommateur.

CONCLUSION DU CHAPITRE I.

Concernant la nature juridique du site Internet, force est de déduire qu'il n'est exclusivement ni un établissement ni une libre prestation de services. Il présente la particularité d'être les deux à la fois, selon l'angle du droit sous lequel on se place, l'angle du droit international fiscal qui le considère comme un établissement stable s'il réunit certaines conditions, ou encore l'angle du droit de l'Union européenne qui refuse de le voir sous cet aspect et le considère comme un vecteur de libre prestation de service. La particularité du site Internet s'étend au fait que rien n'empêche qu'un prestataire agréé agisse sur un même territoire en libre prestation de service et en libre établissement[195].

Pour conclure, on ne peut que déplorer ce manque d'harmonisation entre le droit international et européen. Cette distorsion de fond qui sépare les instances internationales et les autorités européennes n'est pas dans l'intérêt du développement du commerce électronique.

[195] Considérant 28 de la directive du 18 juin 1992 sur les assurances : *''dans le cadre du marché intérieur, aucun État membre ne peut plus interdire l'exercice simultané de l'activité d'assurance sur son territoire en régime d'établissement et en régime de libre prestation de services''*.

CHAPITRE II : LE CONTRÔLE PRUDENTIEL ADAPTÉ AUX SERVICES FINANCIERS EN LIGNE

Absence d'autorisation préalable spécifique aux services commerciaux en ligne. Afin de favoriser le développement des services de la société de l'information et assurer leur libre circulation au sein de l'Union européenne, la DCE a ''interdit'' aux Etats membres de l'Union de les soumettre à autorisation préalable: ''*les Etats membres veillent à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne puissent être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent''*[196]. Par cette disposition, la directive a voulu prohiber toute restriction propre à la commercialisation par voie électronique des services financiers. Toutefois, cette absence d'autorisation préalable n'exempte pas certains prestataires qui commercialisent leurs services en ligne de solliciter une autorisation propre au service et qui ne vise strictement pas les services électroniques: ''*le paragraphe 1 est sans préjudice des régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information*[197]*''.* Tel est le cas des services financiers dont la commercialisation est soumise à un agrément.

La prestation des services financiers : une activité réglementée. En Europe, la prestation de services financiers[198] est une activité réglementée réservée à des entreprises ayant obtenu l'agrément en tant qu'établissement de crédit[199], entreprise d'investissement[200], entreprise

---

[196] Article 4 paragraphe 1 du DCE.

[197] Article 4 paragraphe 2 du DCE.

[198] (*tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements*, Article 2, b de la DSF.

[199]*''avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir l'agrément délivré l'Autorité de contrôle prudentiel mentionné au 1° de l'article 612-1''* (Article 511-10 du CMF) ; *''les Etats membres prévoient que les établissements de crédit doivent avoir reçu un agrément avant de commencer leurs activités''* Article 6 paragraphe 1 de la directive 2006/48/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, modifiée récemment par la 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. Dans un arrêt du 4 juin 2002, Arrêt n° 1066 FD, Juris-Data n° 2002-014806, la Cour de cassation a expressément prévu que *''les établissements prêteurs doivent obtenir l'agrément imposé par les textes susvisés, pour exercer en France leur activité, fût-ce à titre occasionnel et sous forme de libre prestation de services''.*

[200]*''Les personnes qui fournissent des services d'investissement et/ou exercent des activités d'investissement couverts par la présente directive devraient être soumises à un agrément délivré par leur Etat membre d'origine aux fins d'assurer la protection des investisseurs et la stabilité du système financier''.* Considérant n° 17 de la Directive MIF.

d'assurance[201], en tant qu'établissement de monnaie électronique[202], ou enfin en tant que prestataire de services de paiement. La commercialisation via Internet des services financiers n'est qu'un nouveau mode de fourniture de services qui demeure soumis aux règles prudentielles préétablies. Dans ce sens, la Banque de France a considéré que la prestation en ligne ''*constitue un élément notable du mode de fourniture des services, modifiant les conditions d'exercice de l'activité bancaire ou financière devant faire l'objet d'une déclaration auprès de l'autorité d'agrément*''[203]. Les prestations financières en ligne sont ainsi soumises à la réglementation bancaire et financière préexistante. Les critères d'appréciation classiques des autorités d'agrément restent bien adaptés à l'examen de projets sur Internet. L'agrément demeure, par excellence, la condition d'accès à la prestation de services financiers par voie classique (hors ligne) ou par voie électronique[204] (en ligne).

Un contrôle minutieux pour les services en ligne. La virtualité et la dématérialisation accentuent les risques traditionnels générés lors de la prestation des services financiers. Les autorités de contrôle prudentielles des pays membres doivent être très vigilantes lors de la délivrance de l'agrément et durant toute la durée d'exercice par le prestataire de services financiers. Elles vérifient que les prestataires de services financiers en ligne présentent les garanties nécessaires à une bonne gestion de services financiers en ligne, qu'ils fournissent des informations sincères et équitables, et enfin qu'ils disposent de la solidité financière suffisante du fait qu'ils génèrent une manipulation d'avoirs monétaires.

---

[201] Article 310-2-I du C.assur. prévoit que : ''*Sous réserve des dispositions de l'article L310-10, les opérations d'assurance directe définies à l'article L.310-1ne peuvent être pratiquées sur le territoire de la République française que : 1°par les entreprises ayant leur siège social en France, à partir de leur siège ou de leurs succursales régulièrement établies dans un Etat membre des Communautés européennes, lorsqu'elles sont agrées conformément aux dispositions de l'article L.321-1''.* Par ailleurs, l'article 7.2 de la directive 73/239/CEE tel que modifié par l'article 5 de la directive 92/49/CE précise que l'agrément accordé aux entreprises d'assurance est donné par branche. Ainsi, si l'entreprise souhaite étendre son activité à l'ensemble de la branche ou étendre son activité à d'autres branches, elle doit solliciter un agrément supplémentaire (article 6, b de la directive 73/239/CEE tel que modifié par l'article 4 de la directive 92/49/CE).

[202]" *Pour des raisons prudentielles, les États membres devraient veiller à ce que seuls puissent émettre de la monnaie électronique les établissements de monnaie électronique dûment agréés*…'' Considérant 17 de 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.

[203] Internet, quelles conséquences prudentielles ?, livre blanc de la banque de France, opt.cit. p 18.

[204]Cette exigence, comme le notait le rapport du CECEI de 2008, disponible sur : http://www.banque-france.fr/fr/supervi/telechar/rapports/2008/rap_cecei.pdf , se justifiait entre autres d'une part par la volonté de protection du public en n'autorisant que les entreprises qui disposent de la compétence, des moyens techniques et financiers suffisants, d'autre part, le souci de la surveillance de la monnaie et du crédit.

Cette vigilance doit être accrue d'autant plus qu'Internet a fait introduire de nouveaux acteurs, notamment en domaine informatique[205].

Les nouveaux acteurs financiers. A l'étranger, certaines opérations financières (gestion de moyens de paiement par exemple) peuvent être exercées par des intermédiaires autres que des établissements de crédits agréés. C'est le cas notamment des *''screen scrapers''*. Développés aux Etats Unis d'Amérique, ces agrégateurs de données concentrent sur un site l'ensemble de données financières de certains clients avec l'accord des établissements financiers titulaires de leurs comptes. Ils peuvent proposer une large gamme de services qui peut englober le conseil et la fourniture des moyens de paiement à distance[206]. L'exercice de ces activités en France, via un site Internet notamment, relève de la définition des opérations de banque au sens du droit français et tombe sous le coup du monopole des établissements financiers français[207] et doivent par conséquent être agréés pour pouvoir valablement exercer leur activité sur le territoire français.

Etendue de l'agrément. L'agrément est une autorisation accordée au prestataire de services financiers qui satisfait aux conditions prévues par l'autorité de contrôle du pays d'origine peu importe le support de commercialisation de ces services. Toutefois, il convient de distinguer les situations suivantes :

- ✓ L'établissement de crédit, l'entreprise d'investissement ou d'assurance ne dispose pas d'un agrément et souhaite commercialiser pour la première fois des services financiers par voie électronique. Elle doit au préalable solliciter un agrément de la part des autorités de contrôle de son pays d'établissement[208].

---

[205] Les prestataires financiers font recours à des prestataires informatiques pour la conception et parfois l'exploitation du site Internet. De ce fait, la responsabilité de chacun des acteurs doit être bien délimitée. Les autorités d'agrément veillent à ce que les prestataires financiers demeurent les seuls responsables de leurs sites et maîtrisent seuls les données confidentielles sensibles qui transitent en ligne.

[206] Livre blanc de la banque de France, opt. cit. p 53.

[207] Sur ce point, le considérant 8 de la directive n°2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil 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 précise que la proposition de services de paiement au sein de la Communauté européenne est soumise aux exigences prudentielles fixées par la directive 2006/48/CE relative aux établissements de crédit ainsi que celles fixées dans la directive 2009/110/CE relative aux établissements de monnaie électronique.

[208] MATHIEU M-E., Les services bancaires et financiers en ligne, Revue Banque Edition, 2005.

- ✓ L'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement qui dispose déjà d'un agrément pour commercialiser des services financiers hors ligne n'est pas tenu de solliciter un agrément supplémentaire pour fournir ces mêmes services par voie électronique. Cependant, il doit déposer une déclaration auprès des autorités d'agrément en les informant de son intention de fournir des services en ligne. Cette déclaration permet aux autorités *''de vérifier si l'exercice en ligne reste compatible avec les éléments de bon fonctionnement de l'établissement appréciés lors de son agrément''*[209].

- ✓ *'' Si le prestataire souhaite exercer en ligne des services pour lesquels il n'a pas été agréé. Dans ce cas, une extension de l'agrément et une information préalable aux services d'accueil seront nécessaires avant toute offre de nouveaux services non agréés en ligne''*[210].

- ✓ L'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement ou d'assurance qui ont leur siège social en France et désirent exercer pour la première fois leurs activités sur le territoire d'un autre Etat membre en libre prestation de services[211] ou en libre établissement[212], sont tenus d'en faire la déclaration à l'autorité de contrôle compétente de leur pays d'origine qui communique cette information aux autorités du pays d'accueil.

- ✓ L'établissement de crédit, l'entreprise d'investissement ou d'assurance ne sont pas tenus de solliciter un agrément pour un certains services, telle que l'offre publicitaire qui relève de la sollicitation de clientèle, ou encore les services connexes bancaires.

Plan. Afin de réaliser le marché unique des services financiers, les règles prudentielles concernant la commercialisation de ces services ont été harmonisées afin de faciliter leur libre circulation au sein de l'Union européenne. Le contrôle prudentiel repose donc sur le mécanisme de l'agrément unique délivré par les autorités de contrôle du pays d'origine du

[209] Livre blanc de la Banque de France précité p 51.
[210] MATHIEU M-E., Les services bancaires et financiers en ligne, opt.cit.
[211] Art. L.511-27 alinéa 4 du CMF.
[212] Art. L. 511-21 à L. 511-28 du CMF.

prestataire reconnu ensuite, en principe[213], par les autres autorités de contrôle des pays membres (section 1). Un principe qui souffre cependant de quelques dérogations (section 2).

SECTION 1 : LE PRINCIPE DE L'AGRÉMENT UNIQUE

Le principe. Sur le fondement des directives européennes[214] et des lois françaises, le prestataire de services bancaires et financiers qui exerce son activité dans l'espace européen bénéficie de l'harmonisation des règles concernant l'agrément[215]. Cette harmonisation s'inscrit dans le cadre du marché unique qui favorise la libre circulation des personnes, des services, des biens et des capitaux. Ainsi, clause du marché intérieur[216], agrément unique[217], licence unique[218], passeport européen[219], sont des notions qui reposent sur un mécanisme identique: un agrément unique délivré suite à un contrôle prudentiel effectué par le pays d'origine de l'établissement, reconnu ensuite dans tous les pays membres de l'Union[220].

---

[213] Encore faut- il que l'activité de l'établissement agréé ne soit pas en opposition avec les règles impératives d'intérêt général en vigueur des pays membres d'accueil : Considérant 18 de la directive 2006/48/CE.

[214] La Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur ''directive sur le commerce électronique'', la directive n°2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives n° 90619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE ; la directive MIF n°2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, la directive n°92/96/CEE du Conseil du 10 novembre 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie); Directive n° 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice qui a refondu la Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 (qui codifiait les 2 directives de coordination bancaires du….1977 et du 15 décembre 1989) telle que modifiée par la Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur ; La directive n°2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) qui remplace la Directive OPCVM 85/611/CEE du 20 décembre 1985.

[215] Considérant 4 de la directive n°2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit : « *Il convient de ne réalise que l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel ; afin de parvenir à cette reconnaissance mutuelle dans le cadre dans le cadre du marché financier intérieur.. »* ; Considérant 7 de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du conseil du 14 juin 2006 : ''*Il conviendrait de ne réaliser qu'une harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle prudentiel par l'État membre d'origine''.*

[216] Prévue par la DCE, concerne les services de la société de l'information.

[217] DCE, considérants 5 et 6 de la Directive n° 92/49/CE du Parlement européen et du Conseil telle que modifiée par la Directive 2007/44/CE

[218] Plusieurs directives se sont succédées afin d'instaurer le régime de la licence unique en matière d'assurances. Parmi ces directives, figure la Directive du 18 juin 1992 modifiant les directives n°73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie».

[219] Concerne spécialement les services d'investissement. Cette notion a été introduite d'abord par la Directive des services d'investissement (DSI) et facilité davantage par la directive MIF. Ce principe a été également prévu par la Directive n° 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).

[220] Les avantages pratiques tirés de l'instauration de ces principes ont incité d'autres pays à l'adopter. C'est le cas des pays relevant de l'Union monétaire ouest africaine (UMOA) qui ont mis en place en 1998 le système de l'agrément unique pour les banques et les établissements financiers. Des travaux sont en cours afin de l'instaurer entre les pays du Maghreb.

L'agrément ainsi délivré par le pays d'origine confère au prestataire bancaire et financier le droit de s'établir ou de fournir en libre prestation des services (sous réserve de respecter la procédure de notification préalable[221]) de même nature dans tout l'espace européen[222] sans avoir à solliciter de nouveaux agréments. Les autorités de contrôle des pays d'accueil ne sont plus compétentes pour délivrer un agrément ou une autorisation supplémentaire[223] aux prestataires de services financiers qui souhaitent commercialiser des services sur leurs territoires.

Bénéficiaires de l'harmonisation. Les bénéficiaires de ces règles européennes unifiées sont tous les prestataires de services financiers agréés et établis en France[224] ainsi que ceux agréés dans un autre Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union européenne[225]. Toutefois, le bénéfice de la reconnaissance mutuelle des agréments peut être étendu aux établissements financiers qui sont des filiales des établissements agréés au sein de l'Union européenne, à condition qu'ils soient soumis à la surveillance sur une base consolidée à laquelle est assujettie leur entreprise mère et qu'ils satisfassent à certaines conditions[226].

Plan. L'agrément unique relève de la compétence de l'Etat européen d'origine des prestataires de services financiers qui effectue un contrôle de la solvabilité et de la solidité financière de l'établissement (sous section 1). Cependant, l'exercice de services sur le territoire d'un pays d'accueil impose pour le prestataire le respect d'un certain nombre de règles. Il s'agit entre autres des règles de bonne conduite des activités exercées sur leurs territoires. Leur contrôle par les pays d'accueil est un contrôle auxiliaire exercé par les pays d'accueil et constitue la limite du contrôle du pays d'origine (sous section 2).

---

[221] Voir chapitre I du présent Titre.

[222] Article 6 alinéa 3 de la Directive MIF ; Considérant 14 de la Directive n° 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice telle que modifiée ; Considérant 6 de la directive du 18 juin 1992.

[223] Article 31.1 alinéas 1 et 2 de la directive MIF.

[224] On considère une personne comme établie en France «*lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité*». L'alinéa 2 de l'article 14 LCEN n° 2004-575 du 21 juin 2004.

[225] Considérant 20 de la MIF.

[226] Considérant 16 de la Directive n° 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

SOUS SECTION 1: LE PRINCIPE DE CONTRÔLE DU PAYS D'ORIGINE (HOME COUNTRY CONTROL)

Compétence du pays d'origine. Plusieurs directives bancaires et financières ont prévu le principe du contrôle du pays d'origine[227] et sa compétence pour délivrer l'agrément[228]. Il est prévu aujourd'hui par le considérant 7 de la directive du 14 juin 2006[229] relative aux services bancaires et par le considérant 5 de la directive du 18 juin 1992 sur les services d'assurance[230] : '' *La démarche retenue consiste en la réalisation de l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté….''.*

Un « contrôle à la source » pour les services en ligne. Concernant les services de la société de l'information, la DCE du 8 juin 2000 parle plutôt d'un ''contrôle à la source'' : « *Le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général. Pour cela, il est nécessaire de garantir que l'autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays, mais aussi pour l'ensemble des citoyens de la Communauté. Pour améliorer la confiance mutuelle entre les États membres, il est indispensable de préciser clairement cette responsabilité de l'État membre d'origine des services''*[231]. La localisation de l'établissement dans un pays européen est ainsi la condition sine qua non pour qu'un

[227] Considérant 7 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice telle que modifiée ; Considérant 5 de la Directive n° 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie telle que modifiée par la directive 2007/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 septembre 2007 ; Considérant 1 de la directive MIF.

[228] Article 6 Alinéa 1 de la Directive MIF ; considérant 6 de la directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 ; considérant 10 de la directive 2006/48/CE telle que modifiée.

[229] Directive 2006//48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, elle a refondu la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 qui codifiait les deux directives de coordination bancaire (la 1ère directive de coordination bancaire du 12 décembre 1977 et la 2ème directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989).

[230] Directive n° 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie telle que modifiée par la directive 2007/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 septembre 2007, qui a modifié, outre la directive 92/49/CE, les directives 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE et 2006/48/CE en ce qui concerne les règles de procédure et les critères d'évaluation applicables à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations de participation dans des entités du secteur financier.

[231] Considérant 22 DCE.

établissement jouisse des prérogatives du principe de l'agrément unique et de la reconnaissance mutuelle des agréments.

Plan. L'agrément est la condition *sine qua non* pour exercer des services financiers au sein de l'Union européenne. Il est délivré par les autorités de contrôle compétentes sur la base d'un contrôle minutieux. C'est le contrôle en amont de l'exercice de services financiers (paragraphe1) qui ne s'arrête pas à la délivrance de l'agrément mais s'étend à toute la durée d'exercice de l'établissement afin de vérifier que l'établissement agréé respecte en permanence toutes les conditions pour lesquelles il a été agréé et les exigences relatives à l'exercice de son activité. C'est le contrôle en aval de l'exercice des services financiers (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le contrôle de la solidité financière du site Internet d'un prestataire financier en amont de son ouverture

Critères de contrôle harmonisés. Grâce à la première directive de coordination bancaire du 12 décembre 1977[232], les critères relatifs à l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et notamment les conditions d'octroi de l'agrément ont été harmonisés. L'agrément n'est plus accordé en fonction des besoins économiques du marché[233]. Le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales a été atténué et le critère d'opportunité économique a été abandonné au profit de critères plus objectifs et neutres[234] : programme d'activités, moyens techniques et financiers mis en œuvre, qualité des apporteurs de

[232] Première directive de coordination bancaire n°77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 322, p 30 et s., codifiée par la Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, abrogée et remplacée par la directive 2006/48/CE. Cette dernière a été récemment modifiée par la Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

[233] Article 8 de la directive 2006/48/CE telle que modifiée.

[234] Sur ce point, le Comité de Bâle a publié en septembre 1997 (révisé en 2006) un document intitulé « *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace* ». Le principe n°3 ''critères d'agrément'' prévoit : « ….. *La procédure d'agrément devrait consister, au minimum, en une évaluation de la structure de propriété et de la gouvernance de la banque et du groupe auquel elle appartient, de la compétence et de l'honorabilité des administrateurs et de la direction générale, de sa stratégie et de son plan d'exploitation, de ses contrôles internes et de sa gestion des risques, ainsi que de sa situation financière projetée, y compris de ses fonds propres.* »

capitaux, montant des ressources, la solidité de l'actionnariat, l'honorabilité et l'expérience des dirigeants ainsi que sur les moyens techniques de leur organisation[235].

Le contrôle de la solidité financière. Relevant de *''la compétence exclusive de l'Etat membre d'origine''*[236], le contrôle de la solidité financière constitue donc un des critères importants que les autorités de contrôles prudentielles européennes, vérifient avant d'accorder l'agrément. Le but étant de limiter l'accès au secteur financier aux seuls acteurs justifiant d'une solvabilité financière suffisante, et gérés par des personnes compétentes et honorables. C'est l'objectif du contrôle prudentiel : *''La supervision bancaire et le contrôle prudentiel s'efforcent d'assurer la solidité et la stabilité financières''*[237].

Eléments du contrôle. Le contrôle de la solidité financière se scinde en deux éléments : le contrôle des moyens financiers dont disposera l'établissement (A) ainsi que les moyens humains (B).

A. Le contrôle des moyens financiers

Eléments de la solidité financière. A l'étude des conditions de la loi de modernisation des activités financières, la Directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice[238], l'article 8 de la Directive 92/49/CEE[239] (3ème Directive assurances non vie) ainsi que la Directive 2002/83/CE (assurance vie), le contrôle de la solidité financière s'apprécie –entre autres- à travers les critères suivants :

---

[235] Article 15 alinéa 2 de la loi bancaire du 24 janvier 1984 telle que modifiée.

[236] Considérant 26 de la directive 92/49/CEE, et article 9 de la même directive qui a modifié l'article 13 de la directive 73/239/CEE ; Considérant 21 de la directive 2006/48/CE, (ancien Considérant 10 de la 2ème Directive de coordination bancaire); Considérant 7 de la directive du 18 juin 1992 : '' *Considérant qu'il incombe désormais aux autorités compétentes de l'État membre d'origine d'assurer la surveillance de la solidité financière de l'entreprise d'assurance, notamment en ce qui concerne son état de solvabilité et la constitution de provisions techniques suffisantes ainsi que leur représentation par des actifs convenables''*.

[237] Dominique LACOUE-LABARTHE : Bâle II et IAS 39 : les nouvelles exigences en fonds propres réglementaires des banques et l'évaluation en juste valeur des instruments financiers. Disponible sur : http://lare-efi.u-bordeaux4.fr/Homepage/dll/artpdf/bale2.pdf

[238] Modifiée par la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

[239] Modifiée en dernier lieu par la directive n°2008/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 modifiant la directive n°92/49/CE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, JO L81, du 20.3.2008, p 69-70.

la présentation d'un programme d'activités détaillé (1) ainsi que par l'examen de la solvabilité financière (2).

1. La présentation d'un programme d'activités détaillé

Formalité obligatoire. La présentation d'un programme d'activité à l'ACP est une formalité classique qui accompagne la demande d'agrément[240]. Elle s'impose à tous les prestataires de services financiers : établissements de crédit[241], entreprises d'investissement[242], compagnies d'assurance[243], établissements de paiement[244] et établissements de monnaie électronique[245]. Parallèlement, et conformément à la loi de modernisation financière, l'ACP vérifie si le programme d'activité des établissements de crédit (prestataires de services d'investissement) ou des entreprises d'investissement qui veulent fournir certains services d'investissement[246] a été préalablement approuvé par l'AMF[247]. Les établissements qui souhaitent fournir des services en ligne doivent présenter à l'ACP un programme détaillé de la nature des activités qu'ils souhaitent commercialiser. Ce rapport permet à l'ACP de statuer sur la base d'une information précise[248] qui lui permet de vérifier la conformité de l'agrément sollicité avec la nature des activités envisagées.

---

[240] Article 7 de la directive 2006/48/CE.
[241] Article 7 de la directive 2006/48/CE.
[242] Article 7.2 de la directive MIF.
[243] Article 8.1,c) de la directive 73/239/CEE tel que modifié par l'article6 de la directive 92/49. Le programme d'activité doit également être présenté en cas d'extension d'agrément. (L'article 8.2 du même article).
[244] Article 5, a de la 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
[245] Le Considérant 9 de la directive sur les établissements de monnaie électronique prévoit que les dispositions pertinentes relative à la surveillance prudentielle telle que prévue par la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 « devraient s'appliquer mutatis mutandis aux établissements de monnaie électronique ». par conséquent, l'article 5,a de la directive 2007/64 leur sont applicables.
[246] Les services mentionnés aux alinéas 4 ou 5 de l'article 321-1 du CMF. Il s'agit en l'occurrence des services de gestion de portefeuille pour le compte de tiers et le conseil en investissement.
[247] Article 532-1 alinéa 2 du CMF alinéa 2 tel que modifié par l'Ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010.
[248] Considérant 7 de la directive 2006/48/CE.

2. L'examen de la solvabilité financière

Eléments de l'examen. Les autorités de contrôle vérifient si les moyens financiers dont dispose un établissement correspondent à la nature et au volume des activités qu'il entend exercer. Ils s'assurent que ''*…les établissements disposent de moyens financiers adaptés à la nature et au volume des activités envisagées …''*[249].

B. Le contrôle des moyens humains

Plan. Les autorités de contrôle sont particulièrement attentives à vérifier l'identité, l'honorabilité et l'expérience des dirigeants de l'établissement requérant (1) ainsi que celles des apporteurs de capitaux de celui-ci (2).

1. Le contrôle des dirigeants

Conditions. Parmi les critères que L'ACP contrôle dans le cadre d'une demande d'agrément que ce soit pour les établissements de crédit, les entreprises d'investissement ou les compagnies d'assurance[250], la vérification des personnes qui assureront la gestion et la direction effectives de l'activité. L'agrément n'est accordé que si deux personnes au moins vont assurer la détermination effective de l'orientation de l'activité[251] qui doivent en outre remplir les conditions *''..d'honorabilité et de qualification ou d'expérience professionnelles''*[252].

[249] Livre blanc de la banque de France, opt.cit. p 92.
[250] L'arrêté du 19 février 2007 (publié au JO le 28 février 2007) a introduit au Code des assurances de nouvelles dispositions relatives au contrôle de l'honorabilité et la compétence des personnes habilitées à assurer la gestion des compagnies d'assurance.
[251] Article 11 de la directive 2006/48/CE.
[252] L'article 8.1.e) de la directive 73/239/CEE tel que modifié par l'article 6 de la directive 92/49/CEE.

2. Le contrôle des actionnaires ou associés

Etendue du contrôle. Vu la sensibilité de la prestation de ces services à distance, et afin de garantir une gestion saine et prudente[253] des services financiers, les autorités d'agrément subordonnent la délivrance de l'agrément jusqu'à communication des informations relatives à la qualité[254] des apporteurs de capitaux[255], personnes physiques ou morales qui possèdent une participation qualifiée ainsi que le montant de cette participation[256], leur situation économique, financière et sociale[257], et le cas échéant, leur expérience dans le domaine financier. Cette exigence s'explique d'une part par la responsabilité qui leur incombe, du soutien financier qu'ils doivent apporter à l'établissement[258,] d'autre part pour garantir la stabilité du système financier.

Plan. Si à la lumière de tous ces contrôles, l'ACP constate que l'établissement requérant respecte toutes les conditions ci-dessus, elle délivre l'agrément. Toutefois, cette délivrance n'arrête pas le contrôle prudentiel qui se maintient durant toute la durée d'exercice de l'établissement, c'est le contrôle en aval de l'ouverture du site Internet.

Paragraphe 2 : Le contrôle prudentiel en aval de l'ouverture du site Internet du prestataire financier

Une ''surveillance permanente''. La surveillance et le contrôle qu'effectuent les autorités de contrôle d'un pays européen ne se limitent pas à l'octroi de l'agrément, mais s'étendent à toute la durée d'exercice de l'activité par l'établissement requérant.

---

[253] Article L 532-2 du CMF.
[254] L'article L 511-10 du CMF prévoit que l'ACP doit vérifier « *la qualité des apporteurs de capitaux, et le cas échéant, de leurs garants*».
[255] Critère mentionné dans l'article 12 de la directive 2006/48/CE.
[256] Articles 12.1 et 12.2 de la directive 2006/48/CE ; article 8 de la directive 92/49/CE. De même, l'agrément pourra être refusé à l'établissement requérant si l'autorité de contrôle n'est pas satisfaite de leur qualité (article 8.2 de la directive 92/49/CE).
[257]La directive 2007/44/CE du 5 septembre 2007 relative aux règles de procédure et aux critères d'évaluation applicables à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations des participations dans des entités du secteur financier.
[258] Article L 511-42 du CMF stipule que le gouverneur de la banque de France peut demander aux apporteurs de capitaux de fournir à l'établissement les fonds nécessaires lorsque la situation l'exige.

Cette surveillance doit être accentuée lors de la commercialisation des services financiers en ligne en raison de l'accroissement des risques traditionnels encourus. Ce qui exige de la part de l'ACP en France et des autres autorités de l'agrément des pays membres une vigilance accrue lors de la surveillance des prestations financières.

Plan. Le but de l'harmonisation des règles prudentielles au sein de l'Union européenne est de permettre à toute entreprise agréée par une autorité de contrôle d'un pays membre d'agir soit en libre établissement ou en libre prestation de services[259] dans un autre pays européen dénommé pays d'accueil[260]. Il s'agit d'un droit conféré aux établissements financiers qui se conforment et respectent toutes les dispositions en vigueur de leurs pays d'origine. Les pays d'accueil, en vertu du principe de reconnaissance des agréments, se sont vus interdits d'imposer un agrément supplémentaire[261] aux établissements souhaitant commercialiser leurs services sur leurs territoires. Toutefois, ils ont conservé tout de même un pouvoir de surveillance sur les activités accessibles sur leurs territoires[262]. Il s'agit d'un contrôle auxiliaire ou ''risk country control''.

SOUS SECTION 2 : LE CONTRÔLE AUXILIAIRE EXERCÉ PAR L'ÉTAT D'ACCUEIL (RISK COUNTRY CONTROL)

Plan. Les Etats d'accueil ont conservé non pas le pouvoir d'agréer l'activité fournie sur leur territoire mais seulement le contrôle du respect de leurs dispositions nationales en vigueur

[259] Article 31 alinéa 1 de la Directive MIF : '' 1. Les États membres veillent à ce que toute entreprise d'investissement agréée et surveillée par les autorités compétentes d'un autre État membre conformément à la présente directive, et conformément à la directive 2000/12/CE dans le cas des établissements de crédit, puisse librement fournir des services d'investissement ainsi que des services auxiliaires et/ou exercer des activités d'investissement sur leur territoire, sous réserve que ces services et activités soient couverts par l'agrément. Les services auxiliaires peuvent être seulement fournis conjointement à un service d'investissement et/ou à une activité d'investissement.

[260] Les formalités qu'un établissement doit observer lors de l'exercice pour la première fois en libre prestation de services ont été détaillés dans le chapitre précédent.

[261] Considérant 6 de la Directive 92/49/CEE '' ….que l'État membre de la succursale ou de la libre prestation de services ne pourra plus demander de nouvel agrément aux entreprises d'assurance qui souhaitent y exercer leurs activités d'assurance et qui ont déjà été agréées dans l'État membre d'origine.''

[262] Article 31.1 alinéa 2 '' Les États membres n'imposent pas d'obligations supplémentaires à ces entreprises d'investissement ni à ces établissements de crédit pour les matières régies par la présente directive''. Toutefois, cette absence d'autorisation est valable pour l'exercice pour la première fois des activités d'un établissement sur son territoire. Le pays d'accueil peut, sous certaines conditions que nous étudierons ultérieurement, ne plus autoriser un établissement à exercer ses activités sur son territoire.

(paragraphe1), et peuvent prendre des mesures conservatoires à l'encontre des établissements non respectueux (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'étendue du contrôle des autorités des pays d'accueil

Respect des règles. Tout pays dispose d'un ensemble de règles légales, réglementaires et déontologiques spécifiques à chaque secteur que tout professionnel doit respecter. Assimilés aux professionnels qui exercent par voie de libre prestation de services, les professionnels qui commercialisent des services financiers via un site Internet doivent être vigilants et respecter les règles applicables en la matière, entre autres les règles de bonne conduite. Ainsi, le contrôle auxiliaire consiste en un contrôle du respect –entre autres- des règles de bonne conduite du droit français (A) et du droit de l'Union européenne (B).

A. Aperçu des règles de bonne conduite en droit français

Les recommandations de la COB. Selon la COB, les prestataires doivent respecter un certain nombre de dispositions lorsqu'ils exercent leur activité en France: '' *…….en France il s'agit, outre les dispositions légales et réglementaires, des règles de bonne conduite, particulièrement celles concernant les conditions d'information des clients et de commercialisation des produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat''*[263]. A ce titre, la COB a énuméré une série d'informations qu'un prestataire de services d'investissement doit fournir lorsqu'il vise des clients français[264]. Des informations qui doivent être exactes, précises, sincères[265], régulièrement mises à jour[266], dont l'origine et l'exhaustivité doivent être bien précisées[267], et de surcroit accessibles en français sur le site afin que le client français puisse prendre une décision en toute connaissance de cause[268]. Par

[263] COB, bulletin n° 337, juillet-août 1999.
[264] Recommandation 2 de la recommandation n°99-02 de la COB.
[265] Recommandation 3 de la recommandation n°99-02 de la COB.
[266] Recommandation 5 de la recommandation n°99-02 de la COB.
[267] Recommandation 7 de la recommandation n°99-02 de la COB.
[268] Recommandation 3 de la recommandation n°99-02 de la COB.

ailleurs, et dans le but d'éviter toute induction en erreur, ''*la présentation relative aux performances des produits doit suivre les principes contenus dans les codes de déontologie élaborés par les associations professionnelles''*[269].

La loi MAF. Par ailleurs, la loi MAF a énuméré quelques règles de bonne conduite que les prestataires de services d'investissement doivent respecter lors de la prestation des services. Ils doivent en particulier :

- *''se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché ;*
- *Exercer leur activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché ;*
- *Etre doté des ressources et des procédures nécessaires pour mener à bien leurs activités et mettre en œuvre ces ressources et procédures avec un souci d'efficacité ;*
- *S'enquérir de la situation financière de leurs clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés ;*
- *Communiquer, d'une manière appropriée, les informations utiles dans le cadre des négociations avec leurs clients ;*
- *S'efforcer d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, veiller à ce que leurs clients soient traités équitablement ;*
- *Se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de leurs activités de manière à promouvoir au mieux les* au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché….''[270].

Le rapport relatif à la commercialisation des produits financiers[271]. Les recommandations émises dans ce rapport tendent d'une part à améliorer les conditions de commercialisation

[269] Recommandation 4 de la recommandation n°99-02 de la COB.
[270] Article 58 paragraphe 3 de la loi MAF.

des produits financiers[272] auprès des particuliers, et d'autre part à éviter la reproduction dans l'avenir des erreurs constatées dans le passé (ventes abusives ou inadaptées). Il s'agit en particulier d'assurer une information plus pertinente sur les produits; mieux cibler la commercialisation dans les réseaux; fournir au client un conseil adapté ; préserver l'objectivité et l'impartialité du conseil ; mieux responsabiliser tous les acteurs de la commercialisation et enfin, améliorer le service après vente.

B. Aperçu des règles de bonne conduite en droit de l'Union européenne

Étendue. Le droit de l'Union européenne a pris conscience de l'accroissement des risques générés par la commercialisation des services financiers, de surcroit en ligne. C'est pourquoi les dernières directives ont accru les exigences d'information et de conseil à la charge des professionnels dans les contrats conclus avec les consommateurs. A ce titre, la DCE a non seulement énuméré les informations qu'un prestataire de services doit fournir, mais a en plus précisé que le professionnel d'une profession réglementée (et c'est le cas des services financiers), doit respecter un nombre de règles de bonne conduite[273]. De sa part, la directive MIF a prévu dans son article 19 alinéa 1 que *''les entreprises d'investissement agissent d'une manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts desdits clients (…). Toutes les informations, y compris publicitaires, adressées par l'entreprise d'investissement à des clients ou à des clients potentiels, sont correctes, claires et non trompeuses. Les informations publicitaires sont clairement identifiables en tant que telles''*[274].

---

[271] Présenté par Jacques DELMAS - MARSALET en novembre 2005. Disponible sur : http://www.economie.gouv.fr/directions_services/dgtpe/epargne/rap_commercialisation.pdf

[272] Les produits d'épargne en particulier.

[273] Article 8.1 DCE prévoit que *« Les Etats membres veillent à ce que l'utilisation de communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constitue un tel service, soit autorisée sous réserve du respect des règles professionnelles , visant notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession».*

[274] Article 19 alinéa 2 MIF.

Paragraphe 2 : Les mesures conservatoires prises par les pays d'accueil en cas de non respect des règles

Plan. En cas de constatation de non respect des règles impératives en vigueur dans le pays d'accueil (A), ce dernier peut prendre des sanctions à l'encontre de l'établissement en question (B).

A. La constatation de non respect des règles en vigueur

Obligation de respect des règles du pays d'accueil. Lorsque le site Internet d'un établissement est accessible dans des pays autres que son pays d'origine, dénommés pays d'accueil, les dispositions relatives à la libre prestation de services lui sont applicables, en l'occurrence celles sanctionnant le non respect des dispositions impératives. Ainsi, en cas de constatation d'agissements contraires aux règles en vigueur, les autorités du pays d'accueil l'invitent à y mettre fin. Si malgré la relance, l'établissement ne cesse pas son agissement préjudiciable, les autorités du pays d'accueil informent les autorités du pays d'origine qui prennent à son encontre toutes les mesures adéquates afin de cesser ou de mettre fin à cette situation irrégulière.

B. Les sanctions

Démarche. Dans le cas où cette mesure s'avère inappropriée, ou fait défaut, les autorités du pays d'accueil peuvent après avoir informé les autorités du pays d'origine, prennent toutes les mesures appropriées afin de mettre fin à cette situation irrégulière. La sanction peut même aller à priver l'établissement à exercer de nouvelles activités sur son territoire[275]. Malgré l'effet retreignant de la libre circulation des services de la société de l'information de

[275] Article 30.3 de la directive 2006/48/CE ; article 62.1 alinéa 2 de la directive MIF.

cette sanction, elle demeure toutefois légitime[276]:*''… nonobstant le principe du contrôle à la source de services de la société de l'information, il apparaît légitime, dans les conditions prévues par la présente directive, que les États membres prennent des mesures tendant à limiter la libre circulation des services de la société de l'information''*[277].

Plan. Comme tout principe, le principe de l'agrément unique est loin d'être absolu. Il souffre de quelques dérogations.

SECTION 2 : LES DÉROGATIONS AU PRINCIPE DE L'AGRÉMENT UNIQUE

Plan. Le principe de l'agrément unique souffre de deux dérogations. La première tient du fait de la localisation du prestataire de services financiers en dehors des frontières de l'Union européenne (sous section 1), la deuxième tient lieu de la nature même des services prestés (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LES DÉROGATIONS EN RAISON DE LA LOCALISATION : ÉTABLISSEMENT DANS UN PAYS NON EUROPÉEN

Basculement des critères de compétence. En raison de la nature planétaire des services électroniques, les consommateurs et investisseurs européens sont sollicités aussi bien par des prestataires de services financiers situés dans l'espace de l'Union européenne que par des prestataires situés à l'étranger. Le principe étant, qu'aucun établissement financier, national ou étranger, ne doit échapper à la surveillance si son activité touche la sphère de l'Union européenne. Toutefois, l'harmonisation des règles prudentielles, en particulier la délivrance d'un agrément unique et la reconnaissance mutuelle des agréments ne profitent

[276] La légitimité de la restriction de circulation des services se fonde principalement sur la protection des consommateurs. Considérant 27 de la directive DCE.
[277] Considérant 24 de la Directive DCE.

pas aux prestataires financiers étrangers. Ainsi, lorsque ces derniers commercialisent des services financiers au sein de l'Union européenne, les critères de compétence des autorités de contrôle sont dans ce cas basculés. Le contrôle effectué par le pays d'origine étranger ne dispense pas le prestataire étranger de solliciter l'agrément dans chaque pays européen dans lequel il souhaite commercialiser ses services. Ainsi, et ''*… Compte tenu de la dimension mondiale du service électronique, il convient toutefois d'assurer la cohérence des règles communautaires avec les règles internationales''*[278]. De ce fait, les relations nouées entre pays européens et non européens sont régies par les règles de réciprocité (paragraphe 1), qui nécessitent une collaboration plus étroite (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'application des règles de réciprocité

Principe de réciprocité. Dans cette dimension internationale, le principe de la réciprocité prévoit que tout avantage ou pénalité accordé aux citoyens d'un pays doit être retourné en nature[279]. Dans ce sens, les prestataires financiers étrangers peuvent être agréés à exercer leur activité en France sans qu'une mesure discriminatoire ne soit prévue à leur encontre, si ce pays étranger en fasse de même envers les prestataires français. Dans le cas contraire, l'ACP « *limite ou suspend sa décision sur demande du Conseil ou de la Commission de la Communauté européenne, si ces autorités le lui demandent après avoir constaté que les établissements de crédit ou entreprises d'investissement ayant leur siège social dans un Etat membre n'ont pas accès au marché de cet Etat tiers ou n'y bénéficient pas du même traitement que les établissements de crédit qui y ont leur siège»* [280]. Dans le même ordre d'idées, les gouvernements membres de l'OMC ont engagé dès janvier 2000, dans le cadre du cycle de Doha, des négociations afin de libéraliser le commerce des services. Une partie de ces négociations étaient menées en vue d'améliorer les engagements spécifiques en matière d'accès au marché et de traitement national ainsi que de promouvoir le traitement

[278] Considérant 58 de la DCE.

[279] A ce titre, l'article 8 paragraphe 1 de la directive sur la monnaie électronique que « *la Communauté peut, par des accords conclus avec un ou plusieurs pays tiers, convenir de l'application de dispositions qui assurent aux succursales d'un établissement de monnaie électronique ayant son siège hors de la Communauté le même traitement dans l'ensemble de la Communauté*. »

[280] Article L 511-12 du CMF tel que modifié par l'Ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010.

de la nation la plus favorisée[281]. Concernant particulièrement le commerce des services financiers, un atelier a été tenu à Genève le 26 juin 2012 sur le commerce des services financiers. Il a eu pour objectif d'approfondir les discussions sur les liens entre ce type particulier de commerce et les avancées des nouvelles technologies dans ce domaine. Il a eu également pour but de promouvoir le dialogue et l'échange de renseignements entre les membres sur différents aspects réglementaires, commerciaux et politiques relatifs à cette question[282].

Paragraphe 2 : La nécessaire coopération avec les États tiers

Conclusion d'accords. La coopération avec les pays tiers a été vivement recommandée par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire[283]. En effet, dans une dimension internationale, le contrôle consolidé des établissements financiers ne peut se faire sans une réelle coopération entre les pays tiers d'origine et les pays européens d'accueil. Ces dernières, doivent, selon le Comité de Bâle, « *exiger que les activités exercées dans leur propre pays par des banques étrangères obéissent au même niveau de normes que celui auquel sont soumis les établissements nationaux*»[284].

Echange d'informations. Afin de consolider la surveillance des services financiers, des accords doivent être conclus entre les pays de l'Union européenne et les pays tiers[285]. L'échange d'informations avec les pays tiers est strictement encadré. Il «*doit être destiné à l'exécution des taches desdites autorités européennes*» [286]. Le secret professionnel doit être garanti[287] ainsi que la confidentialité des informations échangées.

---

[281] http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/s_negs_f.htm
[282] http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/wkshop_june12_f/wkshop_june12_f.htm
[283] Comité de Bâle sur le contrôle bancaire : principes directeurs pour la mise en œuvre transfrontière du nouvel accord, Août 2003, disponible sur : http://www.banque-france.fr/fr/supervi/telechar/supervi_banc/bal_principes.pdf
[284] Principe n° 25 ''Relations entre les autorités du pays d'origine et du pays d'accueil'' Comité de Bâle, « Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace» rédigé en 1997 et révisé en 2006.
[285]Considérant 20 de la directive 2006/48/CE.
[286] Article 63.1 de la directive MIF.
[287] Article 63 de la directive MIF; Article 16.3 de la directive 92/49/CEE.

Application de ces principes dans un contexte électronique. Pour un contrôle plus efficace, les autorités de contrôle doivent adapter leur dispositif de contrôle transfrontalier aux modes de commercialisation et d'organisation des établissements. C'est le cas des établissements qui commercialisent leurs services en ligne : ''*Si le marché doit réellement fonctionner par des moyens électroniques dans un contexte mondialisé, l'Union européenne et les grands ensembles non européens ont besoin de se concerter pour rendre leurs législations et leurs procédures compatibles''*[288]. Par ailleurs, ''*La coopération avec les pays tiers doit être renforcée dans le domaine du commerce électronique, notamment avec les pays candidats, les pays en développement et les autres partenaires commerciaux de l'Union européenne''* [289]. Cette consolidation des mesures de contrôle a été instaurée dans un souci de protection des consommateurs et des investisseurs européens.

SOUS SECTION 2 : LES DÉROGATIONS EN RAISON DES SERVICES PRESTÉS

Intérêt. Afin de laisser une certaine marge de manœuvre aux Etats membres, et afin de respecter les particularités financières propres aux différents Etats, le législateur européen a prévu qu'un certain nombre de services financiers dérogeront à l'application de la clause du marché intérieur. Ces dérogations se scindent en deux catégories. Il y a d'une part les dérogations générales prévues par l'annexe à laquelle renvoie l'article 3 paragraphe 3 de la DCE (paragraphe 1) et les dérogations spécifiques prévues par les paragraphes 4 à 6 de l'article 3 de la même directive (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les dérogations générales de l'article 3 paragraphe 3 de la DCE

Remarque préliminaire. Afin de suivre l'évolution de la matière, les directives européennes sont constamment mises à jour. Par conséquent, l'annexe 3 de la DCE n'est plus d'actualité.

[288] Considérant 61 de la DCE.
[289] Considérant 62 de la DCE.

Presque toutes les directives auxquelles elle fait référence ont été modifiées. Certaines ne sont plus en vigueur comme c'est le cas de la directive n°90/619/CEE du Conseil du 8 novembre 1990[290] qui a été abrogée par la directive n°2002/83/CE du 5 novembre 2002, entrainant ainsi la disparition de l'article 4 relatif à liberté de choix de la loi par les parties auquel l'annexe de la DCE fait référence. C'est le cas également de la directive n° 2000/46/CE du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique à laquelle l'annexe fait référence qui a été abrogée et remplacée par la directive n° 2009/110/CE du 16 septembre 2009[291]. La directive n°92/96/CEE du 10 novembre 1992 a été partiellement abrogée[292]. Quant à la directive n° 85/611/CEE du 20 décembre 1985[293], elle a été refondue récemment par la directive n° 2009/65/CE du 13 juillet 2009[294]. L'article 44 mentionné par l'annexe de la DCE prévoyant que la publicité faite par les OPCVM sur le territoire d'un autre pays membre est soumise « *aux dispositions régissant la publicité dans cet Etat* »[295], n'apparaît guère dans le chapitre contenant des « *dispositions spéciales applicables aux OPCVM qui commercialisent leurs parts dans des Etats membres autres que ceux où ils sont établis''* de la directive du 13 juillet 2009.

Liste des dérogations. Nous nous limiterons aux dérogations relatives à la commercialisation en ligne de services financiers. Nous étudierons successivement l'activité d'émission de la monnaie électronique (A), les assurances (B), la liberté de choix de la loi dans les contrats (C) et enfin, l'autorisation des communications commerciales non sollicitées par voie électronique (D).

---

[290] C'est le cas de la directive n°90/619/CEE du Conseil du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE qui a été abrogée par la Directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie.

[291] 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. JO L 267 du 10.10.2009.

[292] Directive portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (3ème directive assurance vie) partiellement abrogée par la Directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie.

[293] Directive du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM), JO L 375 du 31 décembre 1985, p 3-18.

[294] JO L302-32 du 17 novembre 2009.

[295] Art. 44 §2 de la directive du 20 décembre 1985.

A. L'activité d'émission de la monnaie électronique

Précision. L'activité d'émission de la monnaie électronique est une activité spécifique réglementée aujourd'hui par la Directive concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique n° 2009/110/CE du 16 septembre 2009[296] qui a abrogé et remplacé la directive n° 2000/46/CE du 18 septembre 2000 à laquelle la DCE fait référence. Le changement des directives a entrainé la dénumérotation des articles. Les exemptions contenues jadis dans l'article 8 de la directive 2000/46/CE sont devenues des ''exemptions optionnelles '' prévues par l'article 9 de la nouvelle directive. De ce fait, la clause du marché intérieur prévue par l'article 3 de la directive DCE n'est pas applicable aux établissements de monnaie électronique établis au sein de l'un des Etats membres auxquels a été accordée une exemption au titre de l'article 9§1 de la directive monnaie électronique. Ces exemptions ne peuvent être accordées à l'établissement de monnaie électronique que sous réserve de respecter un certain nombre de conditions[297].

B. Les assurances

Régime propre aux assurances. Soucieux de respecter les spécificités propres à la législation de chaque pays en matière d'assurance, le législateur européen a réalisé uniquement « *une harmonisation essentielle nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel…»*[298]. En vertu de cette disposition, les règles prudentielles applicables sont unifiées et s'appliquent à tous les prestataires des pays membres sans distinction. Toutefois, cette harmonisation ne couvre pas tous les aspects de la commercialisation des services d'assurance. Ainsi, la procédure de

---

[296] 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. JO L 267 du 10.10.2009.

[297] Selon l'article 9.1 de cette directive, l'exemption ne peut se faire que sous réserve de respecter les conditions suivantes : «*a) les activités commerciales dans leur ensemble génèrent une moyenne de la monnaie électronique en circulation qui ne dépasse pas un plafond fixé par l'État membre mais qui, en tout état de cause, n'est pas supérieur à 5000000 EUR; et b) aucune des personnes physiques responsables de la gestion ou de l'exercice de l'activité n'a été condamnée pour des infractions liées au blanchiment de capitaux, au financement du terrorisme ou à d'autres délits financiers.*» l'article 9.1§3 de la même directive a ajouté que les Etats membres peuvent disposer que ces exemptions ne peuvent être accordées « *qu'à la condition supplémentaire que le montant chargé sur l'instrument de paiement ou sur le compte de paiement du consommateur où est chargée la monnaie électronique ne dépasse pas un plafond.»*

[298] Considérant n°5 de la directive n°92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie»)

notification prévue par la directive n°92/96/CE (titre 4)[299] ainsi que les règles de conflits de lois prévues par la directive n°92/49/CEE (article 30 et le titre IV) [300] et la directive n°88/357/CEE (articles 7 et 8)[301] font partie des dérogations à la clause de marché intérieur mentionnées dans l'annexe de la directive DCE. Sur ce dernier point, la directive DCE a été claire : elle a précisé dans le considérant 23 qu'elle « …*n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois* ».

C. La liberté de choix de la loi dans les contrats

Principe de l'autonomie de la volonté. A travers cette dérogation, la directive DCE a renvoyé au principe de droit commun d'autonomie de la volonté qui implique le libre choix par les parties de la loi qui régira leur contrat. Celles-ci peuvent très bien choisir de rester sous l'égide du principe de la clause du marché intérieur, comme elles peuvent choisir d'appliquer à leur relation contractuelle la loi d'un pays tiers.

D. L'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique

Renvoi aux règles de DIP. En excluant l'autorisation d'envoi de communications commerciales[302] par voie électronique du champ d'application de la DCE, le législateur européen a ainsi exprimé sa volonté de ne pas lier les Etats membres par le respect d'une règle commune du pays d'origine et de leur laisser le choix de réglementation. Et qui dit choix des pays, dit règles classiques de droit international privé et application des règles protectrices des pays de résidence des consommateurs. En France, la LCEN a choisi le

[299] Titre IV de la directive 92/96/CEE en partie abrogée par la directive 2002/83/CE.

[300] Directive 92/49/CE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie».

[301] Deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE.

[302] « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée... ». Article 2 de la DCE.*

système ''opt-in'' en vertu duquel le consommateur doit donner son consentement préalable[303] pour recevoir des communications commerciales via Internet[304]. A défaut du consentement, le courriel sera considéré comme indésirable ou communément appelé ''spam''[305], une pratique abusive de plus en plus répandue en ligne, et surtout, interdite[306]. C'est la raison pour laquelle la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) lutte depuis des années contre cette pratique. En mai 2007, elle s'est associée avec d'autres organismes et associations professionnelles afin de créer le ''signal spam''[307], une plate-forme nationale de signalisation des spams. Elle permet aux internautes de signaler les courriels indésirables, permettant ainsi à la CNIL d'identifier et éventuellement d'engager des poursuites à l'encontre des spammeurs identifiés et sanctionner ceux établis en France[308].

Paragraphe 2 : Les dérogations spécifiques (article 3 paragraphes 4 à 6 de la DCE)

Libre circulation des services. Dans le but d'assurer la libre commercialisation des services financiers dans l'espace européen, la DCE a interdit aux pays d'accueil d'entraver leur libre circulation lorsqu'ils sont fournis par des prestataires établis dans d'autres pays membres de l'Union. L'article 3 §2 de la DCE est clair sur ce point « *les Etats membres ne peuvent, pour*

---

[303] L'article 34-5 du code des postes et des communications électroniques reproduit par l'article L 121-20-5 du code de la consommation, prévoit que le consentement dans ce cas est « *toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe.* »

[304] La DSF dans son article 10§2 prévoit à ce titre que les techniques de communication à distance *« a) ne soient pas autorisées sans le consentement du consommateur concerné ou b) ne puissent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur ».*

[305] Le spam a été défini par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) comme étant *« … l'envoi répété de courriers électroniques non sollicités, le plus souvent à but commercial, à des personnes dont l'adresse électronique a été captée de façon irrégulière sur des sites web, des forums de discussion, des annuaires…, et qui n'ont jamais consenti à les recevoir. L'envoi de spam est interdit par la loi. »* Définition disponible sur le site de la CNIL : http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/signal-spam/

[306] L'article L 121-20-5 du code de la consommation reproduit les termes de l'article 34-5 du code des postes et des communications électroniques qui stipule que : *« Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique* ***qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.*** »

[307] www.signal-spam.fr

[308] Depuis son lancement, plus de 350 000 internautes s'y sont inscrits signalant 7 millions de spams. Information disponible sur : http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/signal-spam/

des raisons relevant du domaine coordonné[309]*, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre ».* Les prestataires qui exercent leurs activités en libre prestation de services ou en succursale doivent respecter en permanence les dispositions d'intérêt général en vigueur de l'Etat d'accueil[310].

Atteinte aux règles d'intérêt général. Toutefois, si une atteinte aux règles d'intérêt général ou d'ordre public est constatée, les pays européens sont autorisés –sous réserve de respecter certaines conditions- à écarter la clause du marché intérieur et appliquer sa propre loi nationale: *''les États membres devraient veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'État membre d'origine, pour autant qu'elles ne soient pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'État membre d'accueil''*[311]*.* Des dispositions similaires sont prévues en matière d'assurance : *''…il incombe à l'État membre où le risque est situé de veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à la commercialisation sur son territoire des produits d'assurance offerts dans la Communauté, pour autant que ceux-ci ne soient pas contraires aux dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'État membre où le risque est situé et, dans la mesure où l'intérêt général n'est pas sauvegardé par les règles de l'État membre d'origine…''*[312].

Restriction de circulation des services. La règle européenne harmonisée (clause du marché intérieur) peut ainsi être écartée dans le but de garantir la défense de l'intérêt général et dans la mesure où cette protection ne peut être assurée par les règles de l'Etat d'origine du prestataire financier[313]. Compte tenu du risque de restriction de libre circulation des services financiers, la dérogation avancée par le pays de destination subit un contrôle minutieux. Elle

---

[309] Délimité par le considérant 21 de la même directive aux « *exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne et ne concerne pas les exigences juridiques des États membres relatives aux biens telles que les normes en matière de sécurité, les obligations en matière d'étiquetage ou la responsabilité du fait des produits, ni les exigences des États membres relatives à la livraison ou au transport de biens, y compris la distribution de médicaments. Le domaine coordonné ne couvre pas l'exercice du droit de préemption par les pouvoirs publics concernant certains biens tels que les œuvres d'art. »*

[310] Considérant 20 de la directive 92/49/CE Conseil du 18 juin 1992 modifiée.

[311] Considérant 18 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice telle que modifiée.

[312] Considérant 19 de la directive 92/49/CE du 18 juin 1992 précitée.

[313] CJUE, 25/07/1991, Rec. P. 4221

doit satisfaire un certain nombre de conditions délimitées par l'article 3§4 de la DCE (A) et subir un contrôle de la part des autorités européennes compétentes (B).

A. Les conditions d'application de l'article 3 paragraphes 4 à 6 de la DCE

Procédure. Le pays qui se prévaut d'une dérogation, doit, en premier lieu, justifier que celle-ci respecte les conditions posées par l'article 3§4 (1) et observer une procédure de notification préalable (2).

1. Les conditions de la dérogation

Afin de s'assurer que l'entrave n'est pas injustifiée, et qu'elle n'ait pas pour seul objectif la restriction de la commercialisation du service en question, l'article 3§4 a exigé que les mesures doivent être:

i) nécessaires pour l'une des raisons suivantes :

1) L'ordre public

2) La protection de la santé publique

3) La sécurité publique (sécurité et défense nationales)

4) La protection des consommateurs, y compris les investisseurs

ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs précités ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs.

iii) Proportionnels à ces objectifs.

Assurance. Des dispositions similaires sont prévues en matière d'assurance. La commercialisation des services d'assurance est assurée au sein de l'Union européenne, pourvu qu'elle ne porte pas atteinte aux dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans le pays où le risque est situé. Si c'est le cas, et si la préservation de l'intérêt général n'est pas assurée par le pays d'origine du prestataire, il peut être dérogé aux dispositions

européennes unifiées et appliquer les règles nationales protectrices du pays d'accueil. Toutefois, ''….*ces dispositions doivent s'appliquer de façon non discriminatoire à toute entreprise opérant dans cet État membre et être objectivement nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi*''[314].

2. La procédure de notification préalable

Notification préalable. Si les autorités de l'Etat membre d'accueil constatent que l'entreprise qui a une succursale ou qui exerce son activité en libre prestation de services sur son territoire ne se conforme pas aux dispositions légales en vigueur, elles invitent l'entreprise en question pour mettre fin à cette situation irrégulière[315]. Si l'entreprise ne régularise pas sa situation, les autorités compétentes de l'Etat membre en question informe les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine[316]. Ces dernières prennent dans les plus brefs délais toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à cette situation irrégulière[317]. Si en dépit de ces mesures, ou dans le cas où elles s'avèrent disproportionnées ou cas où elles font défaut, l'entreprise persiste à violer les règles en vigueur dans le pays d'accueil, ce dernier peut prendre, après avoir informé les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine, toutes les mesures nécessaires pour prévenir et sanctionner les nouvelles irrégularités, et en cas de nécessité, empêcher l'entreprise à conclure de nouveaux contrats sur son territoire[318].

Non respect en cas d'urgence. Le respect d'une telle procédure n'est pas obligatoire en cas d'urgence. Il peut prendre toutes les mesures nécessaires sans notification préalable, pour autant qu'il informe dans *les plus brefs délais* la Commission et l'Etat membre en indiquant les raisons pour lesquelles l'Etat membre estime qu'il ya urgence[319].

---

[314] Considérant 19 directive 92/49/CE Conseil du 18 juin 1992 modifiée récemment par la directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009 (Solvabilité II).

[315] Article 3. 4 DCE ; article 40 alinéa 3 de la directive 92/49/CE du 18 juin 1992 modifiée ; article 30 .1 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 précitée

[316] Article 40 alinéa 4 de la directive 92/49/CE du 18 juin 1992 modifiée ; article 30.2 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 précitée

[317] Article 40 alinéa 4 de la directive 92/49/CE du 18 juin 1992 modifiée ; article 30.2 alinéa 1 de la directive du 14 juin 2006 précitée.

[318] Article 40 alinéa 5 de la directive 92/49/CE du 18 juin 1992 modifiée; article 30.2 alinéa 3 de la directive du 14 juin 2006 précitée.

[319] Article 3 §5 DCE.

B. Le contrôle des instances européennes

Afin de garantir que le principe de libre prestation de services[320] ne soit pas réduit à sa plus petite proportion, les autorités européennes effectuent un contrôle minutieux. Il s'agit d'une part du contrôle de la Commission européenne de la compatibilité de ces mesures avec le droit européen (1) et d'autre part à travers les critères retenus par la jurisprudence de la CJUE (2).

1. Le contrôle de la Commission européenne de la compatibilité de ces mesures avec le droit de l'Union européenne (article 3 paragraphe 6 DCE)

Examen de compatibilité. La Commission européenne examine *dans les plus brefs délais* la compatibilité de ces mesures dérogatoires avec le droit européen. Si elle constate que la mesure est incompatible, elle « *demande à l'Etat membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en questions»*[321] .

2. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne

Conception restrictive. La Cour de Justice de l'Union Européenne a élaboré un recueil[322] dans lequel elle a recensé la jurisprudence relative à la libre prestation de services au sein de l'Union européenne. Afin de garantir une réelle circulation des services au sein de l'Union, la CJUE a prôné pour une acception restrictive[323] des notions d'intérêt général et d'ordre public.

[320] Le même raisonnement vaut pour le principe de la liberté d'établissement, liberté de circulation des personnes ou des capitaux.
[321] Article 3§6 DCE.
[322] http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/infringements/art49_fr.pdf
[323] Arrêt CJUE du 9.3.2000 - Affaire C-355/98, Commission/Belgique, n° 28 ; Arrêt CJUE du 19.01.1999 - Affaire C-348/96, Calfa, n° 23.

Justification de l'intérêt général. En vertu d'une jurisprudence constante, la CJUE a précisé que la libre circulation des services est « *un principe fondamental du traité*[324] » qui ne peut être évincée que pour « *des raisons impérieuses d'intérêt général* »[325] *et « dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par des règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi »*[326]. Ainsi, pour être admissibles, les restrictions justifiées pour des raisons d'intérêt général doivent être « *objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection du destinataire des services et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs* [327]».

Intérêt général et assurances. A l'occasion d'un arrêt du 24 avril 1998, la Cour de justice européenne a jugé que *« Les assurances constituant des services au sens de l'article 60 du traité, il convient de rappeler ensuite que, conformément à la jurisprudence de la Cour, l'article 59 du traité s'oppose à l'application de toute réglementation nationale, qui, sans justification objective, entrave la possibilité pour un prestataire de services d'exercer effectivement cette liberté »*[328].

Notion d'ordre public. La notion d'ordre public ne doit pas être utilisée de façon extensive. L'Etat membre d'accueil ne peut se prévaloir de cette exception qu'en cas de « *menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société*[329]».

---

[324] Arrêt CJUE du 9.3.2000 - Affaire C-355/98, Commission/Belgique, n° 37 ; Arrêt CJUE du 3.10.2000 - Affaire 58/98, Corsten, n° 35 ; Arrêt CJUE du 9.7.1997 ; Affaire C-222/95, Parodi, n° 21 ; arrêt CJUE du 25.7.1991 - Affaire C 76/90, Säger, n° 15 ; Arrêt CJUE du 26.2.1991 - Affaire C 180/89, Guides touristiques Italie, n° 17 ; Arrêt CJUE du 26.2.1991 - Affaire C 198/89, Guides touristiques Grèce, n° 18 ; Arrêt du 26.2.91 - Affaire C-154/89, Guides touristiques France, n° 14 ; Arrêt du 5.6.1997 - Affaire C-398/95, SETTG, n° 21 ; Arrêt du 9.3.2000 - Affaire C-355/98, Commission/Belgique, n° 28 ; Arrêt du 19.01.1999 - Affaire C-348/96, Calfa, n° 23 ; Arrêt du 9.3.2000 - Affaire C-355/98, Commission/Belgique, n° 37.

[325] Arrêt du 5.6.1997 - Affaire C-398/95, SETTG, n° 21 ; arrêt du 09.03.2000-Affaire C-355/98, Commission/Belgique n°37.

[326] Arrêt du 3.10.2000 - Affaire 58/98, Corsten, n° 35; Arrêt du 20.5.1992 - Affaire 106/91, Ramrath, n° 29 ; Arrêt du 25.7.1991 - Affaire C 76/90, Säger, n° 15 ; Arrêt du 26.2.1991 - Affaire C 180/89, Guides touristiques Italie, n° 17-18 ; Arrêt du 26.2.1991 - Affaire C 154/89, Guides touristiques France, n° 14-15 ; Arrêt du 26.2.1991 - Affaire C 198/89, Guides touristiques Grèce, n° 18-19 ; Arrêt du 4.12.1986 - Affaire 252/83, Commission/Danemark, n° 17 ; Arrêt du 4.12.1986 - Affaire 205/84, Commission/Allemagne, n° 27.

[327] Arrêts du 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3305, points 17 et 20; du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne, 205/84, Rec. p. 3755, point 27, et du 25 juillet 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, point 15 ; Arrêt du 3.10.2000 - Affaire 58/98, Corsten, n° 35 ; Arrêt du 9.7.1997 – Affaire C-222/95, Parodi, n° 21 ; Arrêt du 25.7.1991 - Affaire C 76/90, Säger, n° 15 ; Arrêt du 26.2.1991 - Affaire C 180/89, Guides touristiques Italie, n° 17 ; Arrêt du 26.2.1991 - Affaire C 198/89, Guides touristiques Grèce, n° 18 ; Arrêt du 26.2.91 - Affaire C-154/89, Guides touristiques France, n° 14.

[328] Arrêt 28.04.1998, affaire 118/96, Safir n°22, recueil de la jurisprudence de la CJUE p 146.

[329] Arrêt du 9.3.2000 - Affaire C-355/98, Commission/Belgique, n° 28 ; Arrêt du 19.01.1999 - Affaire C-348/96, Calfa, n° 23 ; Arrêt du 29.10.1998 - Affaire C-114/97, Commission/Espagne, n° 46.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'harmonisation des règles prudentielles et Internet. Le marché financier unique n'a pu se réaliser sans l'harmonisation des règles, prudentielles entre autres. En instaurant le principe de l'agrément unique, et la reconnaissance mutuelle des agréments dans l'ensemble de l'Union européenne, les établissements bancaires et financiers ont pu profiter pleinement de l'ouverture du marché européen en fournissant leurs services dans les autres pays de l'Union européenne avec un minimum de contrôle prudentiel sous réserve de respecter les règles nationales en vigueur dans les pays d'accueil. Grâce à la DCE et à la directive du 23 septembre 2002 s'appliquant spécialement aux services financiers à distance, ainsi qu'aux autres directives ''classiques'', et leur articulation avec les lois françaises spécifiques, la commercialisation en ligne de services financiers jouit aujourd'hui d'un cadre juridique clair et précis. Les législateurs aussi bien européen que français sont conscients que les défis générés par la commercialisation en ligne de services financiers mettront toujours en épreuve l'efficacité des règles prudentielles en vigueur. C'est la raison pour laquelle les règles relatives au contrôle prudentiel doivent être constamment mises à jour afin de garder leur pleine efficience dans un monde numérique en mutation constante.

TITRE II : L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT EN LIGNE

Révolution du monde des contrats. *''L'Internet bouleverse les structures commerciales traditionnelles en offrant une infrastructure mondiale commune pour la fourniture de toute une série de services de communications électroniques''*[330]. En effet, cette « infrastructure mondiale » a permis aux parties de communiquer virtuellement, échanger, vendre ou acheter de façon instantanée de façon beaucoup moins onéreuse que si elles devaient se déplacer pour le faire. Situées physiquement aux deux coins du globe, elles ont pu conclure des contrats avec de simples clics de souris, en se passant du papier et du stylo. C'est l'originalité[331] ou encore la révolution qu'a permis Internet. Comme l'a si bien dit Monsieur CATALA, la révolution d'Internet se manifeste par le fait qu'il ait offert à « *une population de masse, à une population mondiale, le moyen de conclure des contrats sans interlocuteur physique, dans la solitude de l'internaute que seule éclaire la luminescence de son écran* (…)»[332].

Le contrat électronique : une nouvelle forme de contrats à distance ? Le contrat électronique est une nouvelle forme de contrat à distance conclu par la voie électronique : *« le contrat électronique inquiète ou fascine parce que précisément son vecteur est électronique. Mais ce n'est jamais qu'un contrat comme un autre »*[333]. En effet, le contrat à distance est réglementé par le Chapitre 1er, section II du Code de la Consommation intitulé *''ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance''* retouché à plusieurs reprises[334].

---

[330] Considérant 6 de la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (Directive privée et communications électroniques).

[331] VIVANT M., Les contrats du commerce électronique, éditions Litec, 1999.

[332] CATALA P., exposé introductif Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque 13 mai 1998) : Gaz. Pal. 1998, p1328.

[333] VIVANT M., le contrat plongé dans l' « économie numérique », RDC, Avril 2005, n°17 p 547.

[334] Notamment, par l'Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation et par l'Ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs qui a transposé la Directive 2002/65/CE en droit français qui sont

Il est défini par l'article L. 121-16[335] comme étant « *toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue sans la présence simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance* ». Le contrat électronique n'est donc qu'une nouvelle forme de contrats conclus entre absents[336] ou entre non présents[337] qui a l'avantage de mieux favoriser la réflexion que la forme manuscrite [338]puisque, selon le même auteur *« il est plus facile de dire « NON » à distance qu'en face ».*

Les contrats à distance ''électroniques''. Etant plus spécifique aux services de la société de l'information, la DCE a défini les contrats à distance comme étant ceux «*fournis sans que les parties soient simultanément présentes (…) en utilisant un équipement électronique de traitement et de stockage de données à la demande individuelle d'un destinataire de service »[339].* A défaut de définir ce que c'est un ''équipement électronique'', la Directive a volontairement voulu glisser sous son éventail les différents moyens de communication à distance, à savoir, le téléphone, le fax, l'e-mail et enfin, Internet qui regroupe à lui seul tous ces équipements. Le seul point commun qui caractérise ces contrats, c'est « *d'utiliser une technique de communication à distance sans qu'il y ait de présence physique et simultanée des parties à l'acte».* La LCEN a été plus concise en définissant le contrat à distance comme étant le contrat par lequel « *une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens et de services….»[340].*

---

incorporées dans la sous section 2 intitulée :''dispositions particulières aux contrats portant sur des services financiers'' (Articles L 121-20-8 à L 121-20-14).

[335] Modifié en dernier lieu par la loi n°2006/387 du 31 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition.

[336] Les contrats sont réputés conclus entre absents, lorsque « *pollicitant et sollicité ne se trouvent pas au même endroit* » MALAURIE P., AYNÈS L., STOFFEL MUNCK P, in « Les Obligations » p 250, 3ème édition, éditions Défrénois, 2007.

[337] Citation de CATALA P., exposé introductif, Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque , 13 mai 1998) : Gaz. Pal. 1998, p1328. Caudet. S.& Kouri R.P., ''Contrats entre non présents et contrats entre présents : Y a-t-il une différence ?'' Article disponible sur : http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_20/20-1-gaudetkouri.pdf

[338] STOFFEL-MUNCK P., La réforme des contrats du commerce électronique, JCP G du 16 septembre 2004, n°38, p1432.

[339] L'article 1 §2 DCE.

[340] Article 14 LCEN.

Contrat à distance et services financiers[341]**.** *''En raison de leur nature immatérielle, les services financiers se prêtent particulièrement à la vente à distance''*[342]*.* Le contrat qui sert de support à cette commercialisation à distance est défini par l'article 2 de la DSF comme étant « *tout contrat concernant des services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement des techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat ».*

Contrat électronique et législation en vigueur. Les règles de droit applicables au contrat ont été conçues et appliquées dans un environnement ''papier''. Toutefois, l'émergence d'un commerce virtuel à la fois pratique et rapide a incité le législateur français à revoir les règles de droit afin de suivre les mutations engendrées par les nouvelles technologies. La dématérialisation du processus contractuel a posé la question de validité du contrat électronique, sur le plan juridique, à l'égard d'une législation vieille de plus de 100 ans et donc, inadaptée au contexte électronique[343]. Il fallait donc adapter la législation en vigueur afin de reconnaitre la validité des contrats passés par la voie électronique. Un arsenal de règles et de dispositions modifiant les règles existantes ou nouvelles a été mis en place. L'objectif étant que se développe au fil des années une société de l'information respectueuse des principes et des valeurs européennes, des droits de chacun des intervenants en ligne.

L'action européenne visant l'adaptation du droit. Le législateur européen a pris la relève de la réforme des dispositions juridiques en adoptant la Directive du 13 décembre 1999[344] qui a donné une reconnaissance juridique à la signature électronique. Bien qu'importante, cette directive était sectorielle, et de ce fait, insuffisante pour lever tous les obstacles juridiques quant à la conclusion du contrat électronique. C'est dans cet objectif qu'a été adoptée la

---

[341] Pour une synthèse de la commercialisation à distance des services financiers, Voir : COUPEZ F. &VERBIEST T., *« Commercialisation à distance des services financiers : plan d'un nouveau cadre juridique »,* D. 2006, n°44, pp 3057-3068 ; BOUILHOL H., « Les aspects juridiques du commerce électronique », Revue Banque & Droit, n°60, juillet-août 1998, pp 16-26.

[342] Considérant 5 DSF.

[343] Un débat est actuellement lancé sur la nécessité de réformer le droit français des contrats. V. PAULS A., *« Faut-il réformer le droit français des contrats ? »* article disponible sur : http://mainguyrespaud.over-blog.com/article-faut-il-reformer-le-droit-francais-des-contrats-47172856.html

[344] Directive n°1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. JOUE L 13 du 19 janvier 2000.

directive du 8 juin 2000, directive horizontale, dite directive de commerce électronique (DCE) dont l'article 9§1 impose aux Etats membres de lever tout obstacle à la conclusion des contrats électroniques en supprimant toute mention qui interdit ou entrave la conclusion d'un contrat par la voie électronique[345]. Par ailleurs, et afin de parvenir à une automatisation complète du processus de contractualisation, le formalisme protecteur[346] est de plus en plus imposé dans le but de protéger la partie faible[347] au contrat. Conçu pour des contrats rédigés de longue date sous forme papier, le formalisme devait être adapté[348] afin de ne pas entraver la rédaction du contrat électronique. L'objectif de la directive n'était pas de supprimer tout le formalisme inhérent à la conclusion du contrat, mais que celui-ci puisse être satisfait par des moyens électroniques : « *la présente directive n'affecte pas la possibilité pour les Etats membres de maintenir ou d'établir pour les contrats des exigences juridiques générales ou spécifiques qui peuvent être satisfaites par des moyens électroniques»*[349]. Par ailleurs, l'article 9§2 de la DCE prévoit que le principe de dématérialisation complète ne s'applique pas à toutes les catégories de contrats[350] : « *les Etats membres* ***peuvent*** *prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux….. ».*

Transposition en droit français et adaptation de celui-ci. Les lois françaises ont suivi le rythme européen en matière d'adaptation de droit. Ainsi, la LCEN du 21 juin 2004 qui a transposé la DCE en droit français a complété la réforme déjà engagée par la loi du 13 mars 2000[351] qui a porté transposition de la directive du 13 décembre 1999.

---

[345] *''Les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique''.*

[346] FONTAINE M., La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse *in* la protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaison franco-belge, Paris LGDJ 1996 p 627.

[347] *« la faiblesse du cocontractant dont l'état de développement mental en soi, ou le niveau de connaissance dans la matière du contrat, s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs ». ibid*

[348] *''Chaque Etat membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique. Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement se fasse systématiquement et porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat. Il convient que le résultat de cet ajustement soit de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique''.* Considérant 34 de la DCE.

[349] Considérant 35 de la DCE.

[350] *« a. les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; b. les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ; c. les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; d. les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions* ».

[351] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. JO n°62 du 14 mars 2000, p 3968.

L'ordonnance du 23 août 2001[352] a poursuivi cette vague d'adaptation en transposant la directive du 20 mai 1997[353] relative aux contrats conclus à distance au sein du code de la consommation[354]. Cette adaptation progressive du droit (européen et français) aux exigences et spécificités du monde numérique est une prise de conscience de l'importance du phénomène Internet. Jamais le code civil n'a subi une modification telle que celle apportée par la loi LCEN qui a introduit un nouveau chapitre VII dans le code civil *''des contrats sous forme électronique''* dont le but est d'assurer une protection suffisante au consommateur sans pour autant décourager le professionnel d'investir en ligne. Toutefois, cette adaptation ne pouvait se faire sans retoucher les règles relatives à l'écrit et à la signature, conditions indispensables du développement du commerce électronique, et partant, de la conclusion du contrat électronique.

Précisions préliminaires concernant la notion de consommateur. Objet de tout un arsenal de dispositions protectrices, le consommateur est au cœur de tous les débats. Ainsi, et avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient tout d'abord de mettre l'accent sur la notion de consommateur qui, écrit M. RAYMOND, « *est l'une des questions de droit de la consommation qui a fait le plus couler d'encre au cours de la dernière décennie (…) »*[355].D'essence économique[356], la notion du consommateur a suscité de longs débats sur le plan juridique aussi bien en droit européen qu'en droit français. L'absence d'une définition légale et précise en droit français, a généré des incertitudes[357] et *« un flou manifeste* »[358] quant aux contours exacts de cette notion au point ou certains auteurs s'étonnent que

[352] Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001.

[353] Directive 97/77 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance modifié par la Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales») JO n° L 149 du 11 juin 2005 p 0022-0039.

[354] Articles L 121-16 et suivants.

[355] RAYMOND G., Droit de la consommation, dix ans de jurisprudence commentée, consommateur- notion, Revue contrats-concurrence et consommation, édit. JurisClasseur, Hors série, décembre 2000, p 57.

[356] Selon le dictionnaire commercial, le consommateur est *«Celui qui consomme le produit, c'est-à-dire le détruit. Dans l'usage courant, on emploie le mot consommateur pour désigner le ménage qui achète des biens de consommation ou des services pour la satisfaction directe de ses besoins, à l'exclusion de tout bien de production. »* Définition disponible sur : http://www.academie-des-sciences-commerciales.fr/CILF/fr/accueil_consultation_dico.htm

[357] CATHELINEAU A., La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive…Droit de la consommation, dix ans de jurisprudence commentée, consommateur-notion, Revue contrats-concurrence et consommation, édit. Juris-Classeur, Hors série, décembre 2000, p 63.

[358] MESTRE J., Obligations et contrats spéciaux *in* RTD civ. n°1, janvier-mars 1989 p 62.

« *Le consommateur* (…) *encore à la recherche de sa définition* »[359] ou encore « *le consommateur introuvable »*[360]. Un autre auteur l'a qualifié de *''notion juridique polymorphe''*[361], *''aux contours variables''*[362]. Toutefois, selon Monsieur MESTRE, si le droit se tait toujours, car il sait que la définition du consommateur est « *une entreprise fort périlleuse*»[363] du fait notamment de « *la notion encore plus floue du professionnel »*[364] et a préféré ainsi garder « *une certaine souplesse* ». Compte tenu de cette lacune, la jurisprudence française a apporté quelques éléments de réponse afin de préciser les contours de la notion du consommateur.

Protection des consommateurs : un souci européen de longue date. *''Assurer un niveau élevé de protection des consommateurs''*[365] est un souci constant des autorités européennes car *''……le marché intérieur ne fonctionnera pas convenablement si les consommateurs sont moins bien protégés dans certains États membres que dans d'autres''*[366].

Nécessité de créer des règles protectrices ''électroniques''. Il est certes admis que les règles classiques protectrices du consommateur s'appliquent également dans l'univers numérique[367]. Mais, sont à elles seules suffisantes pour assurer une protection efficace du consommateur dans ses transactions électroniques ? La réponse est bien évidemment

---

[359] PAISANT G., Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation), JCP G 1993, I, n°3655 p 105.

[360] MARTIN R., le consommateur abusif, Recueil Dalloz 1987, chronique page 150.

[361] LUBY M., « *Sommes-nous tous des consommateurs* », dossier ''la protection du consommateur dans l'espace européen » *in* revue Droit et patrimoine, n° 108, octobre 2002, p 44.

[362] LUBY M., « *Sommes-nous tous des consommateurs* », dossier ''la protection du consommateur dans l'espace européen », opt.cit.

[363] MESTRE J., Obligations et contrats spéciaux, otp.cit. p 64.

[364] MESTRE J., Obligations et contrats spéciaux, otp.cit. p 64.

[365] Article 153 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) devenu article 169 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) en vertu du Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009; Article 1er de la Directive n° 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales») ; Article 2.2.a de la Décision n°1926/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 établissant un programme d'action communautaire dans le domaine de la politique des consommateurs (2007-2013) JO L 404 du 30 décembre 2006 p 39-45 ; Considérant 53 de la directive n° 200/31/CE du 8juin 2000 sur la commerce électronique (DCE) ; Considérant 13 de la Directive n°2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs (DSF) ; 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, opt.cit parle plutôt d'«*assurer une protection adéquate des consommateurs ».* Récemment, la Commission européenne a publié un livre vert sur la révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs afin de les adapter « aux défis d'un monde numérique en rapide mutation».

[366] Considérant 8 de la Décision n°1926/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 établissant un programme d'action communautaire dans le domaine de la politique des consommateurs précitée.

[367] Notamment la Directive n°98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs. Le considérant 53 de la DCE prévoit qu'elle est applicable aux services de la société de l'information.

négative, car, dans un environnement électronique, et face à des ''risques électroniques'', il convient de prévoir ''une protection électronique''.

Aperçu des règles protectrices ''électroniques''. Un droit propre à Internet a progressivement vu le jour afin d'accorder aux consommateurs une protection équivalente à celle qui leur est accordée pour des transactions semblables effectuées hors ligne :

a) **En droit international.** La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) a adopté deux lois types. La première date du 16 décembre 1996 concernant le commerce électronique[368], la deuxième, relative à la signature électronique[369], a été adoptée le 5 juillet 2001. Par ailleurs, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) a élaboré le 9 décembre 1999 un guide contenant *''les lignes directrices[370] régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique''[371].*

b) **En droit de l'Union européenne.** La liste des directives européennes spécifiques au commerce électronique est loin d'être exhaustive. On citera notamment la Directive sur les signatures électroniques du 13 décembre 1999[372], la DCE et la DSF. L'ensemble de ces directives européennes vise à créer un cadre harmonisé et sécurisé des transactions électroniques.

c) **En droit français.** En 1998, le Conseil d'Etat français a publié un rapport intitulé *''Internet et les réseaux numériques''*[373], qui a été suivi par un projet de loi sur la société de l'information (LSI)[374], la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique; la LCEN (loi de

---

[368] Disponible sur : www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

[369] Consultable sur : www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf. Pour un aperçu de cette loi-type, v. É. A. CAPRIOLI, La loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (Vienne 23 juin-13 juillet 2001), Revue communication et commerce électronique, décembre 2001, pp 9-10.

[370] Dont les objectifs sont les suivants : encourager les pratiques loyales en matière de commerce de publicité et de marketing ; la diffusion d'informations claires sur l'identité de l'entreprise en ligne, sur les biens et services qu'elle offre et sur les modalités et conditions de toute transaction ; un processus transparent pour la confirmation des transactions ; des mécanismes de paiement sûrs ; des dispositifs équitables, rapides et abordables de règlement de litiges et de recours ; le respect de la vie privée et enfin, l'éducation des consommateurs et des entreprises.

[371] Disponible sur : http://www.oecd.org/dataoecd/18/29/34023811.pdf

[372] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JO n° L013 du 19 janvier 2000, p 0012-0020.

[373] Disponible sur : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/984001519/0000.htm

[374] Projet n°3143 déposé à l'Assemblée nationale le 14 juin 2001, caduque aujourd'hui.

confiance en l'économie numérique en date du 21 juin 2004, complétée par le décret du 16 février 2005 sur l'archivage électronique[375] et l'ordonnance du 16 juin 2005[376] relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

Passage de la notion du consommateur à celle du cyberconsommateur[377]. Au XXIe, à l'ère digitale, le consommateur ''classique'' qui contracte par voie électronique est devenu ''le cyberconsommateur''[378], un '' *drôle de consommateur du XXIe siècle''*[379]. Toutefois, il convient de préciser que le « cyberconsommateur » est une notion d'essence doctrinale[380], car les textes de lois même spécifiques au commerce électronique utilisent toujours la notion de consommateur. Le dictionnaire Informatique, Internet et multimédia[381] ne définit pas ce terme mais uniquement le préfixe ''cyber'' qui est ''un préfixe se rapportant à l'Internet et aux réseaux''[382]. Quant à La FEVAD[383], elle parle de cyberacheteurs.

Protection particulière du cyberconsommateur. Afin d'assurer une meilleure protection du consommateur contre les fraudes générées par l'utilisation d'Internet, et en plus de la réglementation légale protectrice en vigueur, un site Internet a été créé (www.econsumer.gov) [384] [385] afin de rassembler les plaintes provenant des consommateurs relatives au commerce électronique transfrontalier. En France, la Direction Générale de la

---

[375] Publié au JO n°41 du 18 février 2005.
[376] Ordonnance n°2005-674 publiée au JO du 17 juin 2005
[377] Le «Cyberconsommateur », CCC, mars-avril 2000, n° 114, synthèse de l'atelier de consommation du 24 juin 1999 organisé par la DGCCRF p 12-13.
[378] GREGOIRE S., L'offre d'accès à Internet et la protection des consommateurs, Droit de la consommation, 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000, CCC, Juris-classeur, hors série décembre 2000, p. 310 ; Bruguière J.-M., Le « cyber-consommateur » dans la LCEN, chronique informatique, droit de l'Internet n°4, *in* JCP E, 20 janvier 2005, n° 3, p. 82.
[379] LOCHMANN S., préface de Verbiest Th., La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.
[380] VERBIEST Th., La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.
[381] http://dictionnaire.phpmyvisites.net/
[382] http://dictionnaire.phpmyvisites.net/definition-Cyber-11419.htm
[383] Fédération des Entreprises de la Vente A Distance
[384] La création de ce site est de l'initiative du Réseau international de contrôle et de protection des consommateurs (RICPC). Plus d'informations sur ce réseau sont disponibles sur le site : www.icpen.org
[385] Lancé en 2001 par 13 pays, il regroupe en sein aujourd'hui 24 membres : Australie, Belgique, Canada, Chili, Danemark, Egypte, Estonie, Finlande, Hongrie, Irlande, Italie, Japon, Lettonie, Lituanie, Mexique, Pays-Bas, Nouvelle- Zélande, Norvège, Pologne, Corée du Sud, Espagne, Suède, Suisse, Royaume Uni, Etats Unis.

Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) a créé un Centre de surveillance du commerce électronique (CSCE)[386].

Plan. Les contrats conclus avec les consommateurs requièrent une attention particulière de la part des législateurs aussi bien européen que français. Ainsi, la facilité et la rapidité avec lesquelles se conclue un contrat en ligne ne signifie pas insécurité pour le client face à un professionnel le plus souvent éloigné. Un arsenal de dispositions protectrices du consommateur a été mis en place dans le cadre de la formation du contrat financier en ligne. Le contrat électronique est avant tout une expression de volontés des parties dans le monde numérique qui se caractérise par une certaine originalité (Chapitre 1). Cette originalité s'exprime également par l'adaptation du droit de la preuve qui a donné naissance à un nouveau formalisme probatoire (Chapitre 2).

[386] Inauguré le 27 novembre 2000, ce centre a un triple rôle : ''- *orienter et traiter les demandes et réclamations des publics transmises par voie électronique ; traiter les plaintes de consommateurs concernant le commerce électronique dont il sera saisi directement ou par l'intermédiaire d'une direction départementale ; exercer une mission générale de contrôle, de veille technico-économique et d'analyse''* : www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/01_presentation/activites/2000/commerce.htm.

CHAPITRE I : L'EXPRESSION DES VOLONTÉS DANS LE MONDE FINANCIER NUMÉRIQUE

Principe du consensualisme et ses atténuations. Le droit français est baigné dans le consensualisme[387]. Il est exprimé *a contrario* dans le code civil qui prévoit que le contrat se forme valablement par la seule rencontre de l'offre et de l'acceptation sur les éléments essentiels de celui-ci sans qu'une forme particulière ne soit exigée pour sa validité[388] [389]. C'est le concept du ''*contrat consensuel*''[390] qui accorde une marge importante à la volonté et au consentement des parties : ''*il n'y a pas de contrat sans la volonté de celui qui s'oblige et de celui envers lequel l'engagement est pris*''[391]. Toutefois, le consensualisme est, aujourd'hui comme hier, battu en brèche lorsque l'écrit est exigé pour la validité même d'un acte par le respect d'une forme particulière (*ad validitatem*) ou lorsqu'il est exigé à titre de preuve (*ad probationem*) ou encore lorsqu'il est exigé à titre solennel (*ad solemnitatem*). Le but étant d'assurer une sécurité juridique du contrat, de conserver des preuves des actes juridiques et surtout de protéger la partie faible du contrat, son consentement en particulier.

Formalisme protecteur[392]. On avait tendance à croire que le développement des nouvelles technologies allait donner un nouveau souffle au principe du consensualisme et alléger le poids du formalisme imposé dans certaines transactions financières, mais c'est le contraire qui s'est produit. Le droit moderne, en particulier la DCE, qui a pour souci de protéger le « cyberconsommateur », a instauré un formalisme protecteur qui tend à éviter que ce

---

[387] ABI RIZK D. G., L'Internet au service des opérations bancaires et financières, opt.cit. p 224.

[388] Il est exprimé aussi bien dans l'article 1108 qui énumère les conditions essentielles de la validité du contrat, dans l'article 1138 qui mentionne le consentement comme suffisant pour conclure valablement les contrats réels.

[389] En droit comparé, plusieurs pays instaurent le principe du ''contrat consensuel'' qui se forme par la seule rencontre des volontés. C'est le cas de la Suisse qui prévoit dans le code suisse des obligations (article11 relatif à la forme des contrats) que « *La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi »*. Il en est de même pour le Québec qui prévoit dans l'article 1385 du code civil québécois que « *Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle* ».

[390] LARROUMET C., Les obligations, Le contrat, Tome III, 5ème édition, Editions Economica 2003, p505.

[391] LARROUMET C., Les obligations, Le contrat, opt.cit. p 207.

[392] ZOIA M., La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (1ère partie) Gaz. Pal. juillet-août 2001 p 1130.

dernier fournisse un consentement à la légère ou par erreur, et dans le dernier cas, il n'y a point de consentement[393].

La formation du contrat électronique. La formation du contrat dans le monde virtuel s'appréhende de la même manière que dans le monde physique par la rencontre de l'offre et de l'acceptation sauf que cette rencontre se fait sur un réseau international de télécommunications[394]. Ainsi, le contrat électronique se forme par ''*la rencontre d'une offre de biens ou de services qui s'exprime sur un mode audiovisuel au travers d'un réseau international de télécommunications et d'une acceptation qui est susceptible de se manifester au moyen de l'interactivité*''[395].Toutefois, le contexte numérique a certes gardé les principes classiques de formation du contrat, mais a modifié quelques aspects des notions de l'offre et de l'acceptation.

Initiative de conclusion du contrat électronique. Le contrat financier peut aussi bien être conclu à l'initiative du client séduit par la publicité[396] électronique[397] du professionnel

---

[393] Article 1109 du Code civil.

[394] ITEANU O., Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, Eyrolles, 1996 p 23.

[395] ITEANU O., Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, Eyrolles, 1996 p 27.

[396] Le droit français ne donne pas de définition claire et précise de la notion de publicité. Le code de consommation qui parle tantôt de publicité (à travers l'article L 121-15-1 tantôt de « pratique commerciale » par l'article L 121-1 du Code de la consommation modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 portant modernisation de l'économie. L'ancienne rédaction de cet article parlait toujours de publicité : *« Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur »)* se contente uniquement d'énumérer les conditions à respecter. Ces dernières, qu'elles s'attachent aux obligations d'identification, d'information, de transparence et loyauté. Le dernier de ces obligations est déduit par la répression de publicité trompeuse ou déloyale s'appliquent à la publicité indépendamment de son support, et sont donc applicables *a priori* pour la publicité par voie électronique. La LCEN dans son article 20 en fait de même. Elle se borne à préciser l'applicabilité des règles « classiques » à la publicité électronique sans fournir de définition précise.par ailleurs, une définition de la publicité a été fournie par le décret n° 92-280 du 27 mars 1992 s'applique également « *aux éditeurs de services autres que de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique».* Le Conseil d'Etat dans son rapport ''*Internet et les réseaux numériques*'' précité parle de ''*prospection de masse*'' pour désigner la publicité. Il précise par ailleurs que le message publicitaire pour être qualifié comme tel, doit avoir pour finalité d'assurer une promotion et d'autre part être adressé au public. Face à ce flou législatif, La jurisprudence française a essayé d'apporter quelques éléments de réponse. La Cour de cassation par un arrêt du 21 mai 1974 (cass. crim. 21 mai 1974, bull. crim. n°191 p 487) a qualifié de publicité *'' l'envoi ou la remise à des clients (….) de documents commerciaux tels que bons de commandes, étiquettes, factures''.* Dans un autre arrêt elle a qualifié de publicité ou encore "*tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé''(cass. crim. 12 novembre 1986. Bull. crim. 1986, n°335, p 861).* Par un arrêt du 6 mai 1998, la Cour a adopté une conception extensive de la publicité. Elle l'a considéré comme *« tout moyen d'information permettant de se faire une opinion sur le bien ou le service offert par l'annonceur»* et *« qu'il n'importe que la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial »* (non publié au bulletin, disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007574255&fastReqId=&fastPos=1, En droit européen, la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales a énuméré la publicité parmi « *les pratiques commerciales* » tandis que la directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006 relative à la publicité trompeuse et comparative, elle la considère comme une forme de communication (article 2,a). Quant à la DCE, elle a préféré le terme « *communication commerciale*» à celui de publicité pour désigner : « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée» (article 2,f de la DCE)* qui doit ''*être identifiée de manière claire et non équivoque dès*

comme il peut être l'être suite à une démarche active de la part de ce dernier à travers le démarchage. Toutefois, la frontière entre publicité et démarchage n'est pas toujours aisée[398], et le fait de savoir qui a pris l'initiative de la conclusion du contrat n'est pas toujours simple dans le monde électronique: ''*…. le contrat électronique trouble la notion d'initiative de la relation contractuelle, telle qu'elle résultait du schéma classique, puisqu'il y a difficulté à déterminer ce qui, du site en accès ouvert, ou de la visite du consommateur, a constitué l'initiative de la conclusion du contrat*''[399].

Plan. La formation régulière d'un contrat suppose « le concours des volontés »[400] libres et éclairées sur les conditions du contrat. Si la volonté du professionnel est manifeste du fait de l'ouverture d'un site Internet qui ressemble à une offre permanente, c'est surtout la volonté du cyberconsommateur qui nécessite la protection, et celle-ci passe essentiellement par la protection de son consentement[401]. Le législateur a été attentif à ce que le consommateur fournisse un consentement éclairé[402], précis et non équivoque. Dans cette optique, de peur que le consommateur ne s'engage à la légère, le législateur a, d'une part renforcé l'obligation de fournir certaines informations précontractuelles lors de l'offre électronique et même en absence de celle-ci (section 1), d'autre part, a délibérément prolongé les étapes de manifestation de l'acceptation en ligne (section 2).

---

leur réception par le destinataire''(articles 6 et 7 DCE). Force est de déduire que la définition européenne est assez large pour englober toutes formes de publicité, par Internet également.

[397] La publicité électronique peut s'afficher aujourd'hui soit à travers des bandeaux publicitaires appelés ''gratte-ciel'', se glisser brièvement entre deux pages d'un site via des messages interstitiels, peut être affichée par des liens hypertextes, dans des forums de discussion, à travers des sites web ou encore sous forme de ''*pop-up*'' qui surgissent lors de l'ouverture de site Internet. La publicité électronique peut également être adressée via un courrier électronique, mais doit- pour ne pas tomber sous le coup de la correspondance privée, et donc, du démarchage- être dépersonnalisée, autrement, doit être adressée à *« un ensemble d'individus indifférenciés »* selon la Circulaire du 17 février 1988, élaborée en concertation avec la Commission nationale de la communication et des libertés, prise en application de l'article 43 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, concernant le régime déclaratif applicable à certains services de communication audiovisuelle : JO 9 mars 1988, p 3149-3151. Elle peut également être effectuée par voie d'envoi massif de messages non sollicités à caractère commercial communément appelés des spams.

[398] L'offrant d'un service via un site Internet peut jumeler ces deux techniques de communication accentuant la difficulté de cette distinction dans deux cas particuliers. Le premier concerne les « *cookies* », qui sont des fichiers d'identification qui adaptent une offre de façon automatique à des personnes déterminées. Toutefois, malgré ce ciblage, les « cookies » constituent une ''offre publique'' car ils adaptent l'offre en fonction « *d'un profil préalablement déterminé de manière abstraite* ». Le deuxième cas est constitué par l'envoi d'offres à un nombre très élevé de personnes nominativement désignées : « *(…) la transmission d'un message électronique auprès de destinataires ciblés, dès lors qu'elle est effectuée en masse, ne relève pas de la correspondance privée, mais est assimilable à une opération de publipostage à vocation commerciale. A ce titre, un tel message devrait être rédigé en français dès lors que les destinataires visés sont des français ».* Réponse ministérielle n°12110, opt.cit. p 3395.

[399] http://www.lexinter.net/LexElectronica/contrat_electronique.htm

[400] POTHIER R.J, Œuvres de Pothier, n°4, nouvelle édition, Tome 1, Paris Dabo Jeune, Libraire 1825.

[401] MOREAU N., « La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C), DEA droit des contrats, Université Lille 2, 2002/2003, p 16, disponible sur : http://edoctorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_l_chargement/memoires/affaires/moreaun03.pdf

[402] CALAIS-AULOY J. & STEINMETZ F., Le droit de la consommation, D. 7ème édition, 2006.

SECTION 1 : L'OFFRE ÉLECTRONIQUE ET LE RENFORCEMENT DES INFORMATIONS PRÉCONTRACTUELLES

Notion classique d'offre. Si la notion d'offre[403] est aujourd'hui synonyme de pollicitation[404] en droit français, tel n'était pas le cas d'une doctrine ancienne[405]. Première étape du processus contractuel, acte juridique unilatéral[406], l'offre est définie comme étant *« la manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter »*[407]*, « le fait d'une personne dirigé vers un tiers* [408]*»,* ou encore *« un moyen d'atteindre un objectif, le contrat*[409] *».*

Originalité de l'offre électronique. La spécificité d'une offre électronique vient principalement de son caractère informatisé avec toutes les caractéristiques juridiques qui peuvent en découler: dépersonnalisation et dématérialisation[410] de l'expression de volonté. Diffusée sur un site Internet, l'offre est par définition mondiale, accessible à une clientèle universelle. Mise à part le cas où l'offrant spécifie que son offre est réservée à une catégorie de clientèle (délimitée par un champ géographique par exemple), l'offre en ligne peut être acceptée par toute personne qui dispose de moyens technologiques pour se connecter indépendamment du pays dans lequel elle peut être établie. En raison de cette dimension mondiale, la question s'est posée de savoir si les dispositions classiques régissant l'offre peuvent s'appliquer, ou faut-il prévoir des règles spécifiques propres à ce vecteur de communication. La réponse est simple : l'offre électronique est avant tout une offre qui est exprimée par un nouveau moyen de communication. Il s'ensuit que le dispositif classique

---

[403] L'offre est « *usuellement définie comme la proposition faite par une personne déterminée à une ou plusieurs autres personnes, déterminées ou non, de conclure un contrat déterminé à des conditions déterminées ».* Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2010, n°2806, p 1777.

[404] AUBERT J.L., opt.cit. n°31 ; CARBONNIER J., Droit civil, les biens, les obligations, volume II, n°940, éditions PUF 2004, GHESTIN J., Traité de droit civil, la formation du contrat, édition L.G.D.J 1993 n°292.

[405] En effet, Pothier distinguait la pollicitation de l'offre étant donné que la première est simplement une *«promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite »,* et donc *« ne produit aucune obligation proprement dite* », Pothier R.J, Œuvres de Pothier, opt.cit.n°4.

[406] Revue Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2010, n° 2803 p 1775.

[407] GHESTIN J., opt.cit. n°292. Une définition similaire est fournie par M. Larroumet C., l'offre *''est une manifestation de volonté ayant pour objet la proposition de conclure un contrat à des conditions qui sont précisées par l'offrant'' in* Les obligations, Le contrat, opt.cit. p 216.

[408] AUBERT J.L., opt.cit. n°6.

[409] Ibid.

[410] MAS F., opt.cit.n°49.

relatif à l'offre est applicable également à l'offre électronique, tout en ajoutant des critères spécifiques à cette dernière.

Définition de l'offre électronique. La définition est fournie par l'article 1369-4 alinéa 1 du code civil[411]: « *Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ».* Sur le plan européen, on déplore que la DCE ait soigneusement évité de définir l'offre électronique et donc, n'a pas permis d'harmoniser cette conception au niveau européen.

L'offre électronique : publicité ou démarchage? Si on calque le raisonnement déjà effectué pour distinguer publicité et démarchage, on pourra affirmer que l'offre électronique -qui est une proposition de fourniture de biens ou de prestation de services[412]- affichée sur le site Internet du prestataire, et donc, destinée à un public est une publicité. Etant donné que cette dernière constitue, rappelons le, *« tout moyen d'information permettant de se faire une opinion sur le bien ou le service* ***offert*** *par l'annonceur»*[413]. Mais, le contraire n'est pas vrai, toute publicité n'est pas une offre, étant donné qu'elle est, selon Monsieur VERBIEST, uniquement *''un stade moins avancé dans le processus menant à la conclusion du contrat''*[414]. Elle ne peut l'être que si elle « *met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction*» [415]. Si par contre l'offre électronique est destinée à des personnes déterminées, elle peut dans ce cas être assimilée au démarchage.

[411] Article créé par la loi LCEN du 21 juin 2004 et modifié par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, article 1, 1 I, III, JORF 17 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.
[412] Article 1369-4 alinéa 1 du code civil tel que modifié.
[413] Cass. crim. 6 mai 1998, n° 97-83.023, opt.cit.
[414] VERBIEST (Th.), La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002, p. 59.
[415] Article 1369-4 alinéa 1 du Code civil tel que modifié.

Caractéristiques classiques applicables à l'offre électronique: Pour contribuer à la formation du contrat, et exprimer un véritable engagement de la part de la personne qui l'émet, l'offre doit, entre autres, être ferme (a) et précise (b) :

a) Ferme. A l'image de l'offre classique, l'offre électronique ne peut être considérée comme telle, que si elle est ferme (ne permet pas la faculté de rétractation de son auteur). En raison du caractère instantané de l'échange des consentements en ligne, l'offrant ne peut révoquer son offre à partir du moment où elle est accessible en ligne et parvenue ainsi aux destinataires ''potentiels'' de cette offre.

b) précise. L'offre est précise en ce qu'elle comporte les éléments essentiels du contrat[416], définis par Monsieur POTHIER comme étant « *les choses qui sont de l'essence du contrat (…) sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'ya point du tout de contrat ou c'est une autre espèce de contrat»*[417] *.* Si ces conditions ne sont pas remplies, on serait en présence d'une simple invitation d'entrer en pourparlers[418], et le prestataire dans ce cas dispose d'une faculté de modification ou de rétractation de son offre. Autrement dit, les éléments essentiels constituent tout *« ce qui est absolument indispensable pour que le contrat puisse naître[419]»* pour que seule l'acceptation suffise pour former le contrat[420].

Conditions spécifiques à Internet. A ces deux conditions classiques, se juxtaposent celles spécifiques au contexte électronique. Elles sont stipulées par l'article 1369-4 alinéa 1 du Code civil : « *Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ».* Force est de déduire que l'offre électronique est engageante tant qu'elle est accessible (c) du fait même de l'offrant (d):

---

[416] GHESTIN J., opt.cit. n°293.
[417] POTHIER R.J, Œuvres de Pothier, n°6, nouvelle édition, Tome 1, Paris Dabo Jeune, Libraire 1825.
[418] MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., « Les obligations », p 243, 3ème édition, éditions Défrénois, 2007.
[419] AUBERT J.L., opt.cit.n°52.
[420] Article 1369-1 du C. civ.

c) ***engageante tant qu'elle est accessible.*** En droit commun, l'offre est maintenue pendant le délai mentionné par l'offrant. En l'absence d'indication contraire, elle est réputée maintenue pendant *un délai raisonnable*[421]. En matière électronique, le délai est limité à la durée de son accessibilité en ligne : *''Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique''*[422]. Le prestataire doit donc faire preuve de vigilance si l'offre n'est plus d'actualité, la retirer du site ou bien utiliser une réserve bien courante du genre ''*l'offre ne vaut que dans la limite des stocks disponibles*'' de peur de se voir lié par plus d'acceptations qu'il ne peut honorer.

d) ***….''de son fait'' :*** Il s'agit d'un amendement[423] qui a été apporté par Monsieur DIONIS DU SEJOUR lors de la première lecture à l'Assemblée nationale qui a été approuvé par la suite. Monsieur DIONIS DU SEJOUR a précisé que *« Le texte de loi prévoit que l'auteur de l'offre est tenu par sa proposition tant qu'elle reste accessible par voie électronique. Cet amendement apporte une précision qui permet de lever le risque qu'une obligation s'impose à l'auteur de l'offre, alors que l'information sur sa proposition n'est maintenue en ligne que par l'effet d'un système de « cache »* » [424].

Informations préalables en langue française. Assurer une information claire en amont de la conclusion du contrat en ligne est un droit fondamental du consommateur qui a été recommandé aussi bien par le droit européen et français. Ainsi, de l'article L. 111-1 du code de la consommation[425] à l'article L. 121-20-10 qui transpose[426] en droit français les dispositions de la DSF[427] en matière d'information préalable dans les contrats financiers, en passant par les informations prévues par la DCE[428], un panier d'informations doit être fourni

---

[421] Apprécié souverainement par les juges du fond en cas de conflit et selon les circonstances.

[422] Article 1369-4 du code civil créé par la loi LCEN du 21 juin 2004modifié par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, article 1, 1 I, III, JORF 17 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

[423] n°18.

[424] Journal Officiel de l'Assemblée Nationale (JOAN) Débats parlementaires, 27 février 2003, n°18 p 1468. Il contient un compte rendu intégral des séances du mercredi 26 février 2003 de l'Assemblée nationale.

[425] *« Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service»* Modifié par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009.

[426] Par l'Ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

[427] Articles 3 à 5 DSF.

[428] Articles 5, 10 et 11 DCE. De champ d'application plus large que les autres directives consuméristes, la DCE n'accorde pas le bénéfice de l'obligation d'information qu'aux seuls consommateurs, mais à tout destinataire de service, c'est-à-dire à *« toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information (..) »* article 2, d. Par cette définition, la DCE a délibérément ignoré la dichotomie classique consommateur/professionnel. Le législateur européen sachant que, dans un contexte

au consommateur, ''*en temps utile et avant qu'il ne soit lié par un contrat*''[429] et par-dessus tout, en langue française conformément à la loi Toubon[430] applicable au contexte électronique[431] et en droit de l'Union européenne. Toutefois, dans un contexte totalement dématérialisé, on conçoit mal l'application de cette dernière obligation pour des prestataires étrangers possédant des sites accessibles en France. Ainsi, si le consommateur de son plein gré décide d'effectuer une commande sur un site bancaire ou financier étranger, qui contient généralement des informations en anglais, il serait évident qu'il ne pourrait exiger qu'on lui fournisse une information rédigée ou traduite intégralement en langue française. On peut conclure que l'exigence de recevoir une information en langue française ne s'applique qu'aux prestataires situés en France ou ceux établis à l'étranger qui ciblent[432] les clients français par leur publicité[433], ou encore, par commun accord des parties[434]. C'est au cas par cas.

Recommandations du FDI. Dans sa recommandation en date du 31 août 2007 ''*Application du droit de la consommation au commerce électronique*'', le Forum des droit sur l'Internet a émis une série de recommandations et bonnes pratiques dans les contrats conclus avec les consommateurs. Il a préconisé entre autres *(i)* d'améliorer l'information préalable des consommateurs, *(iii)* et de donner au consentement toute sa valeur. De sa part, le Conseil

---

totalement dématérialisé, et dans le cadre d'une relation contractuelle totalement virtuelle, même un professionnel peut être vulnérable.

[429] Nouvel Article L. 121-20-10 du C. consom.

[430] Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française. Article 2.

[431] Réponse ministérielle n°2110, JOAN 22 juin 1998 précitée.

[432] Il s'agit d'un critère proposé par la doctrine afin de lever les ambigüités relatives au régime juridique applicable. V. VARILLE N., Publicité sur Internet, droit et déontologie, Gaz. Pal.22 novembre 1997, 2, doctrine, p 1510; Verbiest Th., la protection juridique du cyber-consommateur, opt. cit, p 33.

[433] Dans son rapport ''internet et les réseaux numériques'', le Conseil d'Etat exprime le même avis : « *il paraît difficile d'imposer l'emploi de la langue française pour la publicité lorsque les messages n'ont pas été conçus à destination des consommateurs français. Or, à la lecture de la loi, la liste des exceptions est très limitée (*) et ne traite pas, on l'a vu, de la question des services en ligne. Une exclusion de la publicité télévisée conçue pour être diffusée à l'étranger est explicitement prévue par la loi. Ce raisonnement devrait aussi prévaloir pour les services en ligne. En pratique, l'obligation d'emploi de la langue française ne devrait concerner que la publicité expressément destinée aux consommateurs français».*

[434] C'est en tout cas ce que prévoit l'article L.112-3 du C. assur. qui prévoit que « *Par dérogation aux dispositions du précédent alinéa concernant l'emploi de la langue française, lorsque, en vertu des articles L. 181-1 et L 183-1, les parties au contrat ont la possibilité d'appliquer une autre loi que la loi française, les documents mentionnés au premier alinéa du présent article peuvent être rédigés dans une autre langue que le français. Le choix d'une autre langue que le français est effectué d'un commun accord entre les parties et, sauf lorsque le contrat couvre les grands risques définis à l'article L 111-6, à la demande écrite du seul souscripteur. Lorsque les parties au contrat n'ont pas la possibilité d'appliquer une autre loi que la loi française, ces documents peuvent toutefois, d'un commun accord entre les parties et à la demande écrite du seul souscripteur, être rédigées dans la langue ou dans l'une des langues officielles de l'Etat dont il est ressortissant».*

national de la Consommation a rendu un avis du 18 février 1997[435] dans lequel il souligne le renforcement des informations à la destination de cyberconsommateurs.

Jurisprudence et information précontractuelle. Plusieurs arrêts ont mis l'accent sur l'importance de l'information précontractuelle de renseignement accentuée dans les contrats conclus entre un vendeur professionnel et un acheteur profane[436], et de la loyauté dès la phase précontractuelle[437] qui s'applique même si l'acquéreur est professionnel[438]. Dans ce cas d'espèce, la Cour de cassation a soutenu les juges du fond en décidant que : *«celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant ».*

Nouveauté de la LCEN. Afin d'assurer un niveau élevé de transparence et de sécurité dans le commerce électronique, la LCEN a imposé à toute personne qui exerce une activité de commerce électronique telle que définie dans son article 14[439], de fournir certaines informations, et ce, même en absence de toute offre de contracter. Dans un souci de transparence et de protection des consommateurs, le prestataire financier est tenu de fournir un paquet d'informations. Il y a d'une part les informations relatives à l'identification du prestataire (sous section 1) et d'autre part celles relatives au service financier en ligne (sous section 2).

---

[435] Publié au BOCCRF le 21 février 1997.
[436] Cass. civ. 3ème ch. civ., 3 février 1981 : Dalloz 1984 p 457, note GHESTIN J.
[437] Cass. Civ. 1ère, 12 novembre 1987, RTD civil, avril-juin 1988 p 339, obs. MESTRE J.
[438] Cass.civ.1ère, 24 novembre 1976, Bull. civ. I, n°370.
[439] *« Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. Une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social.* »

SOUS SECTION 1 : LES INFORMATIONS RELATIVES À L'IDENTIFICATION DU PRESTATAIRE EN LIGNE

Plan. L'étendue de l'obligation d'identification du prestataire (paragraphe 1) ainsi que les conditions d'accès à ces informations (paragraphe 2) ont été précisées par le droit européen et français.

Paragraphe 1 : L'étendue de l'obligation d'identification

Informations d'identification et LCEN. Afin de permettre et de faciliter un éventuel contact entre le prestataire et le client, ce dernier doit disposer d'un maximum d'informations concernant l'identité du premier. La Banque de France a prévu sur ce point que *''l'utilisation d'Internet renforce de ce fait la nécessité pour la clientèle de pouvoir disposer d'une information sûre concernant l'identité de l'opérateur et sa capacité juridique à offrir ses services''*[440]. Ainsi, l'article 19 de la LCEN[441] prévoit que «*sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur »,* la personne qui exerce une activité de commerce électronique telle que définie par l'article 14 de la même loi, doit mentionner « *ses nom et prénoms* » si elle est une personne physique, « *sa raison sociale* » s'il s'agit d'une personne morale, « *l'adresse »* dans laquelle elle est établie, *« son adresse de courrier électronique», « des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec elle»,* « *le numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés….son capital social et l'adresse de son siège social*». Dans le même ordre d'idées, «*si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci »,* et enfin, *« si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre*

[440] Livre blanc de la Banque de France, opt.cit.p 33.
[441] Modifié par les articles 29 et 39 de Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite ». Dans le même ordre d'idées, si le prestataire fait de la publicité pour ses produits en ligne, la publicité *« (…) doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée»*[442].

Notion de prestataire. La notion de prestataire qui doit respecter cette obligation d'identification doit-elle être entendue de façon restrictive se limitant aux seuls professionnels ou s'étend- elle pour couvrir même les particuliers qui émettent des offres en ligne? Sur ce point, la DCE adopte une approche extensive en définissant le « prestataire » comme étant «*toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information* [443]*»* en le distinguant ainsi du « prestataire établi » qui est un professionnel étant donné qu'il « *exerce de manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée ».*

Renforcement des obligations : responsabilité de plein droit. Sur ce point, l'article 15-I de la LCEN prévoit que: *« Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci ».*

Informations d'identification en droit français. L'identification des parties lors de la conclusion de transaction financière est une exigence qui est déjà prévue par le Code monétaire et financier[444]. Concernant spécialement la commercialisation des services financiers à distance, les dispositions du code de la consommation (articles L. 121-20-1 et suivants) sont reproduits par le chapitre III du code monétaire et financier (articles L. 343-1[445] et L. 343-2[446]).

---

[442] Article 20 alinéa 1 de la LCEN.
[443] Article 2, b DCE.
[444] Article R. 313-3 du CMF (opération de crédit-bail).
[445] Tel que modifié par l'article 59 de la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010.
[446] Tel que modifié par l'article 25 de la loi n°2006-387 du 31 mars 2006.

Informations d'identification de la DSF. La DSF[447] a prévu que le consommateur doit, préalablement à la conclusion du contrat, disposer d'informations permettant d'identifier le fournisseur. Il s'agit en particulier d'informations relatives à : *a) l'identité et l'activité principale du fournisseur, l'adresse géographique à laquelle le fournisseur est établi et toute autre adresse géographique à prendre en compte pour les relations entre le consommateur et le fournisseur; b) l'identité du représentant du fournisseur établi dans l'État membre de résidence du consommateur et l'adresse géographique à prendre en compte pour les relations entre le consommateur et le représentant, lorsqu'un tel représentant existe; c) si le consommateur a des relations commerciales avec un professionnel autre que le fournisseur, l'identité de ce professionnel, le titre auquel il agit à l'égard du consommateur et l'adresse géographique à prendre en compte dans les relations entre le consommateur et le professionnel; d) lorsque le fournisseur est inscrit sur un registre commercial ou un registre public similaire, le registre du commerce sur lequel le fournisseur est inscrit et son numéro d'enregistrement ou un moyen équivalent d'identification dans ce registre; e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente».*

Paragraphe 2 : L'accès aux informations d'identification

Garantir un accès « direct, facile et permanent ». L'accès aux informations précontractuelles fournies par la voie électronique présente une originalité par rapport au contrat conclu sur support papier. Selon Monsieur STOFFEL-MUNCK[448], garantir un accès « *direct, facile et permanent* » aux informations d'identification prévu par l'article 19 alinéa 1 de la LCEN[449] ne peut se faire que par Internet : «*on voit mal par quel autre support qu'un site Internet le prestataire pourrait assurer un accès direct et permanent à toutes ces mentions. Le dispositif légal paraît donc conduire tout opérateur du commerce électronique (….), quand bien même il développerait son activité autrement que sur Internet (opérateur de*

[447]Article 3, 1, 1° du DSF.
[448] STOFFEL-MUNCK P., La réforme des contrats du commerce électronique, JCP G du 16 septembre 2004, n°38, p 1433.
[449] Modifié par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, art. 29 et 39.

téléphonie), à faire figurer l'adresse de son site sur ses documents électroniques ». Par ailleurs, les informations relatives à l'identité du prestataire ainsi que celles relatives au service en ligne doivent «*être communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée*[450] ». En cas de non respect de cette exigence, L'article 19 *in fine* de la loi LCEN prévoit que les infractions aux dispositions de cet article sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas des articles L. 450-1 à L. 450-4, les articles L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du code de commerce.

SOUS SECTION 2 : LES INFORMATIONS RELATIVES AUX SERVICES FINANCIERS EN LIGNE

Droit français. Compte tenu de l'importance de la réglementation des informations qui doivent être fournies dans le cadre de la commercialisation des services bancaires et financiers en ligne, un décret est intervenu le 25 novembre 2005[451] pour préciser les obligations d'information incombant aux banquiers et assureurs, qui proposent la conclusion de contrats portant sur des services financiers auprès des consommateurs exclusivement à distance. Ce décret a modifié les différentes dispositions du CMF, du code de la consommation et du code des assurances. Il a renforcé l'obligation d'information prévue par la LCEN, à toute personne qui exerce une activité qui entre dans le champ d'application de l'article 14 de la même loi, même en « *l'absence d'offre de contrat* [452]*»,* et « *dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus».*

Plan. Nous mettrons la lumière successivement sur les informations spécifiques aux contrats à distance (paragraphe 1) ainsi que les informations générales et spéciales relatives à la commercialisation en ligne de services financiers (paragraphe 2).

---

[450] Article L. 121-18 paragraphe 2 tel que modifié par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008.
[451] Décret n° 2005-1450 du 25 novembre 2005 relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O. 26 novembre 2005, p 18364.
[452] Article 19 LCEN.

Paragraphe 1 : Les informations relatives aux contrats à distance

Droit de l'Union européenne. Outre les exigences d'informations prévues dans le code de la consommation français, les directives européennes spécifiques à la commercialisation de services en ligne ont prévu un paquet d'informations qu'un prestataire de services financiers en ligne doit fournir. Il doit respecter celles prévues par la DCE, ainsi que celles mentionnées dans la DSF. Tout d'abord, la DCE a mis à la charge du prestataire une série d'informations[453] qu'il doit fournir. Ces dernières doivent être « *formulées de manière claire, compréhensible, et non équivoque, et avant que le destinataire du service ne passe sa commande* [454]*».* Ensuite, l'article 3.1.3) de la DSF a de son côté énuméré les informations précontractuelles[455] qu'un prestataire de services financiers doit fournir «*en temps utile avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre (..)* [456]*».* D'harmonisation minimale, la DSF, dans le souci d'une protection maximale du consommateur dans le cadre de la conclusion de services financiers en ligne, a pris le soin de préciser que: « *(…) les États membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions plus strictes concernant les exigences en matière d'information préalable dès lors que ces dispositions sont conformes au droit communautaire*[457]».

Inopposabilité des clauses illisibles ? Une intéressante jurisprudence s'est développée en faveur du consommateur lors de sa conclusion des contrats d'adhésion selon laquelle les clauses difficilement lisibles ou qui figurent au verso d'un contrat signé uniquement au

---

[453]« *a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ; b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non ; c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée ; les langues proposées dans la conclusion du contrat ».*

[454] Article 10.1 DCE.

[455] *« a) l'existence ou l'absence du droit de rétractation prévu à l'article 6 et, si ce droit existe, sa durée et les modalités de son exercice, y compris des informations sur le montant que le consommateur peut être tenu de payer sur la base de l'article 7, paragraphe 1, ainsi que sur les conséquences découlant de l'absence d'exercice de ce droit ; b) la durée minimale du contrat à distance, en cas de contrat de prestation de services financiers permanente ou périodique; c) les informations relatives aux droits que peuvent avoir les parties de résilier le contrat à distance par anticipation ou unilatéralement en vertu des termes du contrat à distance, y compris les éventuelles pénalités imposées par le contrat dans ce cas; d) des instructions pratiques pour l'exercice du droit de rétractation indiquant, entre autres, l'adresse à laquelle la notification doit être envoyée; e) le ou les États membres sur la législation duquel/desquels le fournisseur se fonde pour établir des relations avec le consommateur avant la conclusion du contrat à distance; f) toute clause contractuelle concernant la législation applicable au contrat à distance et/ou concernant la juridiction compétente; g) la langue ou les langues dans laquelle/lesquelles sont communiquées les conditions contractuelles ainsi que l'information préalable visée dans le présent article et, en outre, la langue ou les langues dans laquelle/lesquelles le fournisseur s'engage, en accord avec le consommateur, à communiquer pendant la durée du contrat ».*

[456] Article 3.1 DSF.

[457] Article 4.2 DSF.

recto, ou des clauses *noyées* parmi tant d'autres sont inopposables au destinataire de l'offre car illisibles ou inintelligibles[458] . En effet, la quasi-totalité de ces contrats contiennent une série complexe de conditions générales de vente rédigées au verso du contrat scrupuleusement rendues illisibles en raison notamment du petit format du texte. Peut-on affirmer que cette jurisprudence s'applique également dans le contexte électronique ? La réponse n'est pas aussi évidente, car l'affichage des clauses sur l'écran d'un ordinateur est différent de l'affichage sur papier. Toutefois, cela n'empêche pas de prendre en compte la présentation des pages des sites web, et de voir si les clauses contractuelles sont affichées en pleine page du site, en caractères suffisamment lisibles, ou si elles sont renvoyées par un lien hypertexte. L'appréciation est casuistique. Quoiqu'il en soit, l'article 10§3 de la DCE n'aborde pas clairement la question d'opposabilité des clauses contractuelles, mais il résulte implicitement de cet article que les informations doivent être « *formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque ».* De son côté, le code des assurances impose à ce que les informations transmises dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'assurance soient rédigées « en caractères apparents »[459] avant d'ajouter que « les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées « **en caractères très apparents**» [460] ainsi que la durée du contrat qui doit mentionnée en **« caractères très apparents »**[461]**.**

Paragraphe 2 : Les informations relatives à la commercialisation en ligne de services financiers

Plan. L'article 1369-1 du code civil introduit par la LCEN, tel que modifié par l'Ordonnance du 16 juin 2005[462], prévoit que les informations contractuelles peuvent être fournies par voie

[458] Cass. 1ère civ. 3 mai 1979, bull.civ.I, n°28 p 103, D. 1980, informations rapides p 262, obs. GHESTIN J. ; Cass. com. 26 fév.1991, RTD civ. n°91 (1), janv.-mars 1992 p 78 note MESTRE J.
[459] Article L.112-3 du C. assur.
[460] Article L.112-4 dernier alinéa du C. assur.
[461] Article L. 113-15 alinéa 1 du C. assur.
[462] Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 précitée.

électronique. Encore faut-il que le destinataire de ces informations ait accepté qu'elles lui soient fournies par ce moyen[463].

Plan. En plus des conditions générales classiques prévues dans le code civil par l'article 1369-4[464](A), des dispositions particulières doivent être fournies selon le service financier commercialisé (B).

A. Les informations générales relatives aux services financiers

Informations préalables. Préalablement à la conclusion du contrat financier en ligne, le consommateur doit disposer en temps utile d'un certain nombre d'informations[465], qui doivent être fournies « *de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, en tenant dûment compte, notamment, des principes de la bonne foi dans les transactions commerciales et de la protection de ceux qui, selon la législation des États membres, sont jugés incapables, comme les mineurs''*[466]. Sur ce point, le Forum des droits sur l'Internet (FDI)[467] a déconseillé que les cases de l'acceptation des conditions contractuelles soient préalablement ''précochées'' dans le site Internet. Il a recommandé par ailleurs que l'acceptation du consommateur doit résulter ''d'un acte positif, clair et non ambigu''.

---

[463] Article 1369-2 du C. civ. tel que modifié par l'Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005.

[464] Article créé par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, article 1, 1 I, III, JORF 17 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique. Il prévoit que : « *Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction (…).L'offre énonce en outre :*
1. « Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
2. Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
3. Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;
4. En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
5. les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.»

[465] « *a) Une description des principales caractéristiques du service financier ; b) Le prix total dû (…), y compris l'ensemble des commissions, charges et dépenses y afférentes et toutes les taxes acquittées par l'intermédiaire du fournisseur ou, lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué, la base de calcul du prix, permettant au consommateur de vérifier ce dernier; c) Le cas échéant, une notification indiquant que le service financier est lié à des instruments qui impliquent des risques particuliers du fait de leurs spécificités ou des opérations à exécuter ou dont le prix dépend de fluctuations des marchés financiers sur lesquels le fournisseur n'a aucune influence et que les performances passées ne laissent pas présager les performances futures ; d) L'indication de l'existence éventuelle d'autres taxes et/ou frais qui ne sont pas acquittés par l'intermédiaire du fournisseur ou facturés par lui ; e) Toute limitation de la durée pendant laquelle les informations fournies sont valables ; f) Les modes de paiement et d'exécution ; g) Tout coût supplémentaire spécifique pour le consommateur afférent à l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsque ce coût supplémentaire est facturé (…) »* Article 3 de la DSF.

[466] Article 3.2 DSF.

[467] Recommandation intitulée ''Application du droit de la consommation au commerce électronique'' du 31 août 2007 précitée.

Conservation et reproduction. La DCE précise par ailleurs que les conditions précontractuelles « *doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire*[468] *».* Cette obligation nouvelle s'explique par le fait de permettre au destinataire de l'offre de pouvoir les consulter à sa guise, et de lui apporter un élément de preuve. Si un litige nait, le destinataire pourra opposer ces conditions contractuelles afin de faire valoir ses droits. A contrario, si ces obligations sont affichées de manière telles qu'elles ne peuvent être ni conservées ou reproduites, il semble certain dans ce cas qu'elles ne peuvent être opposables au destinataire.

Confirmation des informations sur un « support durable » [469]**.** Confirmer les informations fournies au client est une exigence « classique »[470]. L'innovation dans le contexte électronique consiste en ce que le consommateur peut recevoir cette confirmation aussi bien par écrit que sur un support durable : *« le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison* (…)[471].

Qu'est ce qu'un support durable? Le support durable est défini par la DSF comme étant « *tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées*[472] *».* En pratique, il peut s'agir d'une disquette informatique, d'un CD-ROM, d'un DVD, ou encore du disque dur de l'ordinateur sur lequel le courrier électronique est stocké. Un site Internet ne pourra être qualifié comme tel, poursuit le même article, que s'il satisfait aux critères spécifiés dans la

---

[468] Article 10.3 DCE.

[469] La notion de support durable est née de la pratique. Du fait de l'instantanéité des transactions électroniques, il était difficile d'exiger des prestataires de confirmer leurs informations sur support papier, le commerce électronique serait entravé. L'émergence de cette notion est une énième mesure d'adaptation du droit aux exigences des nouvelles technologies. La notion de support durable a fait son apparition dans la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance dont l'article 5 disposait que le consommateur devait recevoir *« par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès* ». Elle a été ensuite reprise par la DSF et incorporée en droit français par le biais de l'article L. 121-19 du C. consom.

[470] Articles L.121-18, 1° et L.121-19 du C. consom.

[471] Article L. 121-19, I du C. consom. modifié par la loi du 3 janvier 2008.

[472] Article 2, f de la DSF.

définition des supports durables[473]. Selon Madame DEMOULIN, il ressort de la définition de l'article 2, f de la DSF que le support durable ne peut être qualifié comme tel que s'il assure la stabilité[474], la lisibilité[475] et l'inaltérabilité[476] des informations fournies. La durabilité du support est limitée dans le temps en fonction de la finalité de l'information visée[477], car précise la même auteure, durable ne signifie pas éternel[478].

Plan. Outre ces informations obligatoires générales mentionnées dans le droit français (code civil, code de la consommation, la LCEN) et le droit européen (DCE et DSF) qui s'appliquent aux différents services financiers, certains nécessitent la fourniture d'informations particulières.

B. Les informations particulières à certaines opérations financières

Plan. Un rapide tour d'horizon de certains services financiers démontre la spécificité de chacun et par conséquent, une information adaptée doit être fournie. Nous verrons en particulier la convention du compte bancaire (1), le contrat d'assurance (2), le contrat du crédit à la consommation (3) et enfin les services d'investissement (4).

1. La convention de compte bancaire

Information et nouveaux supports. Conformément à l'article L. 312-1-1-I alinéa 5 du CMF[479], l'établissement de crédit est tenu de fournir un certain nombre d'informations[480] au client,

---

[473] Considérant 20 de la DSF.

[474] La stabilité suppose que le support permet la conservation des données pendant une certaine durée plus ou moins longue afin de permettre leur consultation ultérieure.

[475] «*Par l'exigence de lisibilité, l'on entend l'accessibilité des informations à la compréhension humaine, grâce à un procédé approprié»* DEMOULIN M., la notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? RED. consom. 4/2000 P 364.

[476] « L'inaltérabilité des informations contenues dans le support implique que celles-ci ne puissent être modifiées, volontairement ou involontairement par les personnes concernées ou par des tiers ». DEMOULIN M., la notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? RED. consom. 4/2000 p 364 ; VERBIEST Th., la protection juridique du cyber-consommateur, opt.cit., p 81.

[477] VERBIEST Th., la protection juridique du cyber-consommateur, opt.cit., p 81.

[478] DEMOULIN M., la notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? RED. consom. 4/2000 p 364-365.

[479] Modifié par l'article 16 de la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

en amont de l'ouverture du compte bancaire: *« Avant que le client ne soit lié par cette convention, l'établissement de crédit l'informe desdites conditions sur support papier ou sur un autre support durable ».* La récente modification de cet article démontre la volonté du législateur de s'adapter aux nouvelles technologies et permettre légalement de fournir l'obligation classique de l'information préalable sur des « supports durables ». Dans le même ordre d'idées, l'arrêté du 29 juillet 2009[481] portant application des articles L. 312-1-1 et L. 314-13 du CMF a précisé que l'obligation d'information relative au prix des produits et services liés à la gestion du compte peut être fournie gratuitement *« par tout moyen approprié ».*

2. Les contrats d'assurance

Informations spécifiques au contrat d'assurance. Etant un contrat consensuel[482], le contrat d'assurance est en principe réputé conclu dès la rencontre de l'offre et de l'acceptation[483]. C'est la raison pour laquelle l'assuré doit disposer d'un ensemble d'informations précontractuelles pour consentir en connaissance de cause. La commercialisation en ligne de services d'assurance n'a pas modifié les dispositions classiques qui s'appliquent au niveau de l'information précontractuelle[484]. L'assureur doit en effet rendre disponible en ligne un certain nombre d'informations précontractuelles conformément aux directives européennes d'assurance, au code des assurances, et enfin aux directives d'harmonisation en particulier la DCE et la DSF. En ligne comme sur support papier, le contrat d'assurance ainsi que les informations y inhérentes doivent être *« rédigés par écrit, en français, en caractère apparents[485]* ». L'assureur est tenu de fournir une fiche d'information sur le prix et les

---

[480] Les principales informations que l'établissement de crédit doit fournir sont les conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture du compte.

[481] Arrêté du 29 juillet 2009 portant application des articles L.312-1-1 et L. 314-13 du CMF fixant les modalités d'information de la clientèle et du public sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt ou d'un compte de paiement tenu par un établissement de paiement. Entré en vigueur le 1er novembre 2009, il a eu pour conséquence d'abroger l'arrêté du 4 avril 2005 portant application de l'article L.312-1-1 du CMF (article 2 de l'arrêté du 29 juillet 2009).

[482] Par un arrêt du 9 mars 1999 (affaire Société Div'Air c/La Concorde et société Fleur de Lys Aviation), la 1ère chambre civile de la Cour de cassation a bien précisé que « *Si le contrat d'assurance doit, dans un but probatoire, être rédigé par écrit, il constitue un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré, peu important l'existence, dans la police envoyée ensuite pour signature par l'assureur, d'une clause stipulant que le contrat serait parfait dès qu'il serait signé par le souscripteur ».* RGDA, 1er Juillet 1999, p. 567, note KULLMANN J.

[483] Selon la Cass. crim. 27 mai 2008, n° 07-88.176 : *« un contrat d'assurance souscrit sur l'internet est réputé valablement formé le jour où la demande a été acceptée en ligne par l'assureur (….) ».*

[484] Revue Lamy Assurances, 2010 n°4658, p 2186.

[485] Article L 112-3 alinéa 1 du C. assur.

garanties accordées, et ce, avant la conclusion du contrat d'assurance[486] [487]. Les polices d'assurances doivent indiquer certaines informations[488] « *dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de commercialisation à distance utilisée»*[489].

3. Les informations relatives au contrat de crédit à la consommation

Contenu de l'obligation d'information. Le crédit à la consommation est tout crédit destiné au financement d'un besoin autre que professionnel[490]. Sa définition se rattache donc à la finalité de l'opération et non aux personnes qui le contractent. L'article L. 311-4 du code de la consommation précise que la publicité du crédit à la consommation doit comporter un certain nombre d'informations. Il s'agit en particulier de la nature, l'objet et la durée du contrat de crédit, son coût total, le taux effectif global annuel ainsi que le montant en euros des remboursements par échéance incluant le coût de l'assurance lorsqu'elle est obligatoire. Quant à l'article L. 311-6[491] du même code, il précise que dans le cas d'une publicité d'un ''crédit gratuit'' à l'attention des consommateurs, il doit indiquer le montant de l'escompte consenti en cas de paiement comptant et préciser également qui prend en charge le coût de ce crédit. Ces dispositions s'appliquent également à la publicité du crédit faite sur un site

---

[486] Article L. 112-2 du code des assurances modifié en dernier lieu par la loi n°2003-706 du 1er août 2003.

[487] Le second paragraphe du même article prévoit : *« avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré (…) Avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité, l'assureur remet à l'assuré une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation (…). »*

[488] Datée du jour où elle est établie, la police d'assurance, conformément à l'article L. 112-4 du code des assurances, doit indiquer « *les noms et domiciles des parties contractantes ; – la chose ou la personne assurée ; - la nature des risques garantis ;- le moment à partir duquel le risque est garanti et la durée de cette garantie ;- le montant de cette garantie ;- la prime ou la cotisation de l'assurance (..) la loi applicable au contrat lorsque ce n'est pas la loi française ; - l'adresse du siège social de l'assureur et, le cas échéant, de la succursale qui accorde la couverture ; - le nom et l'adresse des autorités chargées du contrôle de l'entreprise d'assurance qui accorde la couverture. Les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents* ». Par ailleurs, l'article R 112-1 du code des assurances modifié en dernier lieu par Le décret n° 2006-740 du 27 juin 2006, prévoit que les polices d'assurances relèvent des branches d'assurance 1 à 17 de l'article R 321-1doivent indiquer les informations suivantes : *« la durée des engagements réciproques des parties ; - les conditions de la tacite reconduction, si elle est stipulée ; les cas et conditions de prorogation ou de résiliation du contrat ou de cessation de ses effets ; -les obligations de l'assuré, à la souscription du contrat et éventuellement en cours de contrat, en ce qui concerne la déclaration du risque et la déclaration des autres assurances couvrant les mêmes risques ; - les conditions et modalités de la déclaration à faire en cas de sinistre ; - le délai dans lequel les indemnités sont payées (…) »*

[489] Article R 112-4 du code des assurances stipule que : « *Pour l'application de l'article L 112-1, l'assureur communique au souscripteur les informations suivantes : 1° les modalités de conclusion du contrat et de paiement de la prime ou cotisation. (…) 2° en cas de communication par téléphonie vocale, le nom de l'assureur ainsi que le caractère commercial de l'appel sont indiqués sans équivoque au début de toute conversation avec le souscripteur. La personne en contact avec le souscripteur doit en outre préciser son identité et son lien avec l'assureur (….) ».*

[490] Article L 311-3 du C. consom.

[491] Modifié par la loi n°2006-10 du 5 janvier 2006.

Internet étant donné que ce dernier est considéré comme un support publicitaire qui permet la diffusion au grand public de textes et images. En cas d'offre préalable, celle-ci doit être remise en double exemplaire à l'emprunteur et, éventuellement, un exemplaire à la caution. La remise de cette offre oblige le prêteur à maintenir les conditions contractuelles pendant une durée minimale de quinze jours à compter de son émission[492]. Dans ce contexte, un arrêt du 31 mars 2000 de la Cour d'appel de RENNES a condamné un établissement de crédit pour ne pas avoir respecté les exigences du code de la consommation en proposant un produit de crédit à l'intention de particuliers, sans mentionner toutes les informations requises[493].

Innovation. La loi n°2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation[494] et transposant la directive du 23 avril 2008[495] concernant les contrats de crédit aux consommateurs a enrichi le dispositif légal d'information du consommateur qui conclut un crédit. Les articles 5[496] et 6[497] de la directive prévoient un ensemble d'informations précontractuelles que le prêteur est tenu de fournir au consommateur.

---

[492] Article L 311-8 du C. consom.

[493] D. 2000, AJ 358, obs. MANARA.

[494] JORF du 2 juillet 2010. Pour une étude du dispositif légal français suite à cette transposition, voir : Aubry H., la formation du contrat de crédit après la loi portant réforme du crédit à la consommation, RLDC, septembre 2010, n°74, p 57-62.

[495] Directive n°2008/48/CE du 22 mai 2008, JOUE 22 mai 2008 n°133/66. Il s'agit d'une directive d'harmonisation totale des conditions d'octroi de crédit à la consommation que les Etats signataires doivent respecter.

[496] Sans préjudice des informations supplémentaires que le prêteur peut fournir au consommateur (article 5.1 dernier alinéa), le prêteur est tenu de fournir certaines informations précontractuelles. Elles portent notamment sur « *a) le type de crédit, b) l'identité et l'adresse géographique du prêteur ainsi que, le cas échéant, l'identité et l'adresse géographique de l'intermédiaire de crédit concerné; c) le montant total du crédit et les conditions de prélèvement; d) la durée du contrat de crédit; e) en cas de crédit accordé sous forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné et de contrats de crédit liés, ce bien ou service et son prix au comptant; f) le taux débiteur, les conditions applicables à ce taux(..) ; g) le taux annuel effectif global et le montant total dû par le consommateur (…) ; h) le montant, le nombre et la périodicité des paiements à effectuer par le consommateur (…) ; l) le taux d'intérêt applicable en cas de retard de paiement, ainsi que les modalités d'adaptation de celui-ci et, le cas échéant, les frais d'inexécution; m) un avertissement concernant les conséquences des impayés; n) le cas échéant, les sûretés exigées; o) l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation; p) le droit de procéder à un remboursement anticipé et, le cas échéant, le droit du prêteur à une indemnité ainsi que le mode de calcul de cette indemnité conformément à l'article 16; q) le droit du consommateur d'être informé immédiatement et sans frais du résultat de la consultation d'une base de données aux fins de l'évaluation de la solvabilité (…) ; s) le cas échéant, le délai pendant lequel le prêteur est lié par les informations précontractuelles» (Article 5.1).*

[497] L'article 6 se rattache particulièrement aux « *Exigences en matière d'information précontractuelle applicables à certains contrats de crédit prenant la forme d'une facilité de découvert et à certains contrats de crédit particuliers »* dont les informations se rapprochent à celles énumérées par l'article 5.

4. Les services d'investissement

Obligation renforcée. La protection des investisseurs financiers a été largement renforcée. Elle l'a été d'une part suite à l'harmonisation des obligations de transparence des informations financières concernant les émetteurs de valeurs mobilières par la Directive Transparence[498] qui a entrainé la modification du Règlement général de l'AMF[499] qui accepte désormais la diffusion de l'information financière par la voie électronique[500]. Elle l'a été d'autre part par la personnalisation des conseils et des informations financières prodigués par les prestataires financiers en fonction de la situation financière, des connaissances, expérience et des objectifs d'investissement[501] de chaque client. Ainsi, outre l'exigence qu'elles doivent être correctes, claires et non trompeuses[502], les informations financières fournies à l'occasion de la prestation de services d'investissement communiquées aux clients doivent contenir un certain nombre d'éléments[503]. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation, par un arrêt du 24 juin 2008[504], a sanctionné une banque pour avoir manqué à son obligation d'information mentionnée dans une publicité sur les risques particuliers par les opérations sur le nouveau marché[505].

Plan. S'il est généralement admis que l'offre et l'acceptation sont échelonnées dans le temps dans les contrats entre absents ''classiques'', il convient de souligner que le processus de formation du contrat électronique se trouve encore plus allongé dans le temps par les étapes de l'acceptation en ligne.

---

[498] Directive n°2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé.

[499] Afin de tenir compte des nouveautés contenues dans ladite directive, le Règlement général de l'AMF (informatique périodique et permanente) a été modifié en dernier lieu par l'arrêté du 8 janvier 2008, JO 13 janv.2008

[500] DE WATRIGANT C., L'information financière réglementée à l'heure de la communication électronique, Comm. com. électr. Mai 2008, p 5.

[501] Article 19.4 de la directive MIF.

[502] Article 19.2 de la Directive MIF.

[503] L'article 19.3 de la directive MIF impose que l'information financière doit porter « *sur l'entreprise d'investissement et ses services, les instruments financiers et les stratégies d'investissement proposées, ce qui devrait inclure des orientations et des mises en garde appropriées sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ou à certaines stratégies d'investissement ; les systèmes d'exécution, et les coûts et frais liés… ».*

[504] Cass. com. arrêt n° 06-21.798, bulletin 2008, IV, n°127. Arrêt disponible sur le site de Legifrance : www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019084606&fastReqId=1584893667&fastPos=1

[505] « *la publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire des parts de fonds commun de placement doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés ; que l'obligation d'information qui pèse sur ce professionnel ne peut être considérée comme remplie par la remise de la notice visée par la Commission des opérations de bourse lorsque la publicité ne répond pas à ces exigences ».*

SECTION 2 : L'ACCEPTATION EN LIGNE

Notion classique de l'acceptation. Dans le langage courant, l'acceptation est l'acte par lequel une partie accepte ce que l'autre lui offre[506]. Juridiquement, l'acceptation est tout d'abord une volonté, « *le vouloir intime*» [507], « *l'adhésion psychologique (..) à l'acte»* [508] extériorisé par la suite, écrivait le doyen CARBONNIER. C'est également « *l'intention ferme de passer le contrat aux conditions prévues dans la proposition définitive de contracter*» [509], ou encore *« la manifestation de volonté par laquelle une personne donne son accord à une offre de contrat qui lui est faite»*[510].

Plan. Afin de protéger l'acceptation du destinataire de l'offre, les étapes de formation du contrat électronique ont été volontairement prolongées, d'une part contre une décision irréfléchie, et d'autre part, contre les erreurs de manipulation du clavier. Ainsi, l'acceptation en ligne est teintée d'une certaine originalité (sous section 1) qui, une fois fusionnée avec l'offre donne naissance à un engagement contractuel (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : L'ORIGINALITÉ DE L'ACCEPTATION EN LIGNE

Originalité de l'acceptation en ligne. A l'image de l'acceptation des offres fournies à distance où la présence physique, la signature manuscrite, l'expression de la voix font défaut, l'acceptation en ligne présente l'originalité d'être exprimée de façon dématérialisée, par un geste électronique par l'intermédiaire d'ordinateurs, qui font partie du géant réseau numérique. Ces derniers *« servent de simple moyen de transport des éléments d'expression de volonté d'une personne physique (..). Cette volonté est alors extériorisée manuellement à l'aide d'un clavier et d'un logiciel de traitement de texte, pour prendre la forme d'un écrit*

---

[506] Le nouveau petit Robert de la langue française 2010, nouvelle édition du Petit Robert de P. Robert, Paris, édition LE ROBERT, 2010 p 15.
[507] CARBONNIER J., Droit civil, les biens, les obligations, volume II, éditions PUF 2004 n° 952 p 1983.
[508] CARBONNIER J., Droit civil, les biens, les obligations, opt.cit.
[509] AUBERT J. L., notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse paris 1968 n°33, p 41-42, Librairie générale de droit et de jurisprudence R.PICHON & R. DURAND-AUZIAS 1970 n°280, p 256.
[510] Lexique des termes juridiques 2011, Editions Dalloz, 18ème édition, 2010 p 5.

électronique, assorti de la signature de son auteur[511]*. Cet écrit, cette volonté seront ensuite transmis, également par des moyens électroniques».* Ainsi, la dématérialisation du processus de formation du contrat a entraîné une « *dépersonnalisation de l'acte de volonté*» [512], au point où un auteur a proposé la reconnaissance juridique d'un être spécifique *''la personne virtuelle''*[513].

Naissance et justification de la notion personne virtuelle. En raison de l'impossibilité de la présence physique des individus dans les relations totalement dématérialisées, l'expression de la volonté en ligne passe nécessairement par une *« dissociation de la personnalité humaine et du corps»* étant donné que *« l'individu se composant notamment d'un corps fait de chair, il ne peut pas circuler dans les réseaux de télécommunication parce qu'il ne peut pas y entrer ».* Monsieur DUBUISSON a alors proposé la reconnaissance juridique de la personne virtuelle, une « *personne d'une autre nature adaptée aux réseaux télématiques, aux échanges dématérialisées»*[514]*,* qu'il a définie comme *« un groupe d'informations nominatives qui circulent dans un réseau, rendant ainsi l'individu concerné présent sous forme incorporelle »*[515]. Il s'agit d'une seconde dimension de la personne physique, mais de nature numérique.

Plan. L'acceptation est manifestée différemment lorsqu'elle a lieu par voie électronique (paragraphe 1). Elle présente en outre l'originalité de se réaliser progressivement à travers le respect de la procédure prévue par le législateur dans l'article 1369-2 du code civil, reflet de l'article 11 de la DCE (paragraphe 2).

[511] MAS F., La conclusion des contrats du commerce électronique, opt.cit.n° 99 p 138.
[512] VIVANT M., LE STANC C., Revue Lamy droit de l'informatique et des réseaux, édition 2000, n°2704, cité par Mas F., opt.cit.n°107 p 150.
[513] DUBUISSON E., « la personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique de l'individu dans l'échange télématique » RDIT paris 1995/3 p 5.
[514] Ibid n°2.
[515] Ibid résumé p 5.

Paragraphe 1 : La manifestation de "l'acceptation numérique"

Plan. L'acceptation est d'abord une volonté. Pour avoir une valeur juridique, une concordance doit être parfaite entre la volonté interne et celle déclarée en ligne (A) et sa dématérialisation ne lui enlève pas sa force juridique (B).

A. La concordance entre la volonté interne et la volonté déclarée en ligne

Extérioration de la volonté interne. Le raisonnement est simple. Contracter c'est vouloir[516]. L'acceptation est d'abord une action mentale qui est extériorisée par la suite. La volonté interne des cocontractants *« tant qu'elle demeure un simple fait psychologique, la volonté d'accepter demeure dénuée d'effets juridiques [517]».* Le doyen CARBONNIER a bien précisé que la conception traditionnelle en France[518] est que *« la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa conformité à ce vouloir intime*»[519]. La volonté ''extériorisée'' doit ainsi parfaitement correspondre à la volonté ''interne''. Cette concordance est importante, car, durant la phase d'acceptation, étape cruciale du contrat, qui, exprimée de façon éclairée et précise, donne naissance à celui-ci. La doctrine s'accorde ainsi que la volonté n'a de valeur juridique que par son extériorisation afin que l'autre partie puisse en prendre connaissance, et ce, de façon expresse[520] ou tacite[521] mais ne pourra nullement résulter d'un silence[522].

---

[516] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, précis Dalloz, 10ème édition, 2009, n°93.

[517] RIPERT G. et BOULANGER J., Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL, tome II, les obligations et droits réels, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1957 n°322.

[518] En effet, l'article 1156 du code civil recommande aux juges *« de rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes».* Force est de déduire qu'en cas de conflit entre la volonté déclarée et interne, c'est cette dernière qui primerait. Mais reste à savoir comment la prouver ?

[519] GHESTIN J., Traité de droit civil, la formation du contrat, édition L.G.D.J 1993 n° 952.

[520] GHESTIN J., Traité de droit civil, la formation du contrat, édition L.G.D.J n°288 p 259.

[521] La manifestation de volonté tacite se caractérise par une attitude active qui laisse déduire la volonté d'une personne d'être engagée dans un contrat. Le code civil a prévu un cas d'acceptation tacite à l'occasion du mandat. Il précise dans l'article 1985 alinéa 2 que *« l'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ».* De multiples arrêts ont pris le soin de préciser que le silence ne peut valoir acceptation. Nous nous contenterons de citer l'arrêt le plus récent (cass 1ère civ., 4 juin 2009 n° 08-14.481 RTD civ., 2009, 530.)

[522] Selon Mr GHESTIN, le silence « n'a aucune extériorité », et ne peut donc former le contrat. La jurisprudence même très ancienne s'accorde à dire que le silence ne peut valoir acceptation. Le code civil 2011 énumère une série d'arrêts qui vont dans ce sens, nous nous contenterons de citer l'arrêt le plus récent (cass 1ère civ., 4 juin 2009 n° 08-14.481 rtd civ., 2009, 530.) Ce principe s'applique même dans le cadre de la formation des contrats électroniques. A ce propos, V. MAS F., opt.cit. n°114.

Extériorisation de la volonté en ligne. Dans le contexte électronique, la volonté extériorisée doit plus que jamais exprimer fidèlement la volonté interne pour avoir une valeur juridique et créer des effets de droit. La conception traditionnelle selon laquelle la volonté extériorisée doit correspondre à la volonté intime s'applique également pour les contrats conclus électroniquement. Toutefois, une question s'impose : quelle forme d'extériorisation dans le contexte électronique ? Selon Madame MAS, l'extériorisation est incontestablement exprimée par le mode électronique « *par courrier électronique ou par cliquage de cases à l'écran* » [523].

Difficulté. La volonté déclarée est présumée correspondre à la volonté interne. En cas de conflit, c'est cette dernière qui primera. Toute la difficulté de l'acte d'acceptation réside dans la vérification de l'adéquation entre la volonté interne et la volonté déclarée en ligne[524]. Ainsi, l'expression de l'acceptation via un ordinateur – d'où l'émergence de la notion de «volonté électronique» [525]- peut ne pas toujours traduire la volonté réelle de la personne dont elle émane. L'ordinateur qui s'interpose entre l'homme et l'expression de sa volonté n'est pas toujours sans poser de problème. Le risque d'une erreur dans la saisie ou la fausse manipulation des informations à la suite d'un bug informatique par exemple est très fréquent, et peut parfois ne pas être maitrisé par le destinataire de l'offre, et le contrat peut résulter finalement d'une erreur de saisie. Mais cette conception ne favoriserait-elle pas la fraude ? Dans ce cas, quelle sera la place accordée à la sécurité juridique pour les contrats électroniques si à chaque fois une partie prétend qu'elle avait certes l'intention de s'engager mais s'est trompée sur l'objet ou sur le montant de la transaction? Pour certains auteurs, la volonté exprimée peut parfois être très fragile dans la mesure où son auteur peut se prévaloir d'une erreur pour se soustraire de tout engagement. Pour mesurer la bonne foi de la personne qui prétend une erreur, il faut considérer l'étape du processus de formation du contrat. Logiquement, il est inconcevable de croire un client qui se prévaut d'une erreur de saisie alors qu'il a dûment rempli le numéro de sa carte bancaire pour finaliser la transaction, ce qui démontre sa ferme volonté de conclure le contrat.

---

[523] MAS F., op. cit. n° 112 p 158.
[524] ZOIA M., La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (1ère partie), Gaz. ¨Pal. juillet-août 2001, p 1129.
[525] MAS F., op.cit. n° 107 p 150.

Évolution. Cette conception subjective est aujourd'hui contestée[526]. Certaines doctrines modernes tentent de prévaloir la volonté déclarée même si elle résulte d'une erreur, l'essentiel pour elles de tenir compte de la manifestation extérieure de la volonté *« celui qui émet une déclaration de volonté qui dépasse sa volonté réelle doit en supporter les conséquences*[527]*»* ! Dans le monde électronique, c'est la volonté déclarée qui semble primer, implicitement par le code civil qui reconnait une présomption de fiabilité à la signature électronique[528].

Solution. Afin d'éviter de tomber dans « ces pièges du silence» [529], certains sites proposent des clauses qui ne laissent pas l'ombre d'un doute d'un consentement éclairé et non équivoque. A titre d'exemple, l'accord type européen pour l'échange de données informatisées (E.D.I) élaboré dans le cadre du programme TEDIS « Recommandation de la Commission CE du 19 octobre 1994 concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées »[530]. L'article 3 intitulée ''Validité et formation des contrats'' stipule que: *« 3.1. les parties, entendant être juridiquement liées par le présent accord, renoncent expressément au droit de contester la validité d'un contrat conclu par EDI conformément aux termes et conditions du présent accord du seul fait qu'il a été conclu par EDI ».*Par ailleurs, en parcourant les conditions générales des contrats proposés sur le site Yahoo! Store, on peut lire sous l'article 1.2 qu'«*En achevant la procédure d'enregistrement….et en cliquant sur le bouton « J'accepte », vous acceptez d'être lié par l'accord…. »*[531].

B. La force juridique de l'acceptation

Conditions. Pour conduire à la conclusion du contrat électronique et avoir une efficacité juridique, l'acceptation doit emporter un acquiescement pur et simple des conditions

[526] FRANÇOIS G., Consentement et objectivation, l'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, préface P. CHAUVEL, Presses universitaires d'Aix- Marseille 2007 n°13 p 42.
[527] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., opt.cit. n°93.
[528] Article 1316-4 alinéa 2 du C. civ.
[529] Revue Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2010, n°2758, p 1757.
[530] J.O. n° L 338 du 28/12/1994 P 98-117.
[531] Le texte original est rédigé en anglais: *"by completing the referral registration process and clicking the "i accept" button, you agree to be bound by the referral agreement".* Disponible sur*: http://store.yahoo.com/vw/agreement10.html*

mentionnées dans l'offre, Internet ne change rien en cela[532]. En effet, l'acceptation en ligne d'une offre électronique doit être libre[533], éclairée[534] et ferme[535] émanant d'un sujet de droit capable[536]. Le contrat est ainsi conclu si l'acceptation emporte consentement des conditions de l'offre[537] sans en changer la teneur. Ainsi, son expression par la voie électronique ne lui enlève pas sa force juridique, l'acceptation en ligne est de la même nature que l'acceptation exprimée sur un support papier. Sa rencontre avec l'offre forme le consentement électronique, qui, comme l'a si bien dit le doyen CARBONNIER : le consentement c'est le *''déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets de droit''*[538].

Acceptation avec réserves. A la lumière de ce qui précède, l'acceptation est un acquiescement pur et simple[539] des conditions contenues dans l'offre. Si le destinataire accepte mais avec des réserves, ou l'assortit de certaines conditions, son comportement est dans ce cas analysé comme une contre proposition[540] ou encore comme un rejet de l'offre avec proposition d'une offre nouvelle[541] entrainant ainsi la caducité de l'offre initiale[542].

Effets juridiques. Située chronologiquement après l'offre dans le processus de formation du contrat, l'acceptation est assimilée à *« une charnière permettant la mutation de l'offre (..) en un contrat* »[543]. Le contrat électronique, étant malgré sa virtualité *''un accord de volontés*[544]

---

[532] Revue Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2010, n°2845, p 1810.

[533] Qu'elle n'a pas été donnée sous une contrainte. En droit français, la liberté contractuelle est inspirée par le principe de l'autonomie de la volonté

[534] Elle suppose la parfaite connaissance de toutes les conditions du contrat; MAS. F.opt.cit n°115 p 172.

[535] Selon Madame Mas, la fermeté dans la manifestation de l'acceptation ne doit plus laisser place aux "hésitations" ou aux "revirements d'opinions", MAS F. Ibid n°116 p 175.

[536] MAS F. Ibid n°117 p 179. En effet, la capacité suit le consentement dans l'ordre des conditions essentielles prévues par l'article 1108 du code civil pour la validité des contrats, elle concerne toutes les parties au contrat (offrant et acceptant). A l'exception des personnes reconnues incapables par l'article 1124 du code civil (les mineurs non émancipés et les majeurs protégés au sens de l'article 488 du même code), toute personne peut contracter. Le problème se pose en cas d'ignorance de l'incapacité de l'un des cocontractants qui est bien évidemment fréquente dans le cadre des transactions en ligne. L'absence, l'éloignement et la totale dématérialisation des transactions peuvent favoriser ce genre de problème.

[537] Encore faut-il que l'offre soit une offre proprement dite et non pas une simple proposition d'entrer en pourparlers.

[538] CARBONNIER J., Droit civil, les biens, les obligations, volume II, éditions PUF 2004, n° 947, p 1974.

[539] JEAN-BAPTISTE M., Créer et exploiter un commerce électronique, éditions Litec, 1998, n°118 p 103.

[540] Cass 1ère civ. 12 mars 1985, Bull.civ., I, n°89, p 82. Arrêt disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007015366&fastReqId=1793302001&fastPos=14

[541] Cass. com. 17 juillet 1967, bull. 1967, III, n°299, p286, RTD civ., 1968, p708 Obs. J., Chevallier) ; ou encore, si le désaccord affecte un des éléments essentiels du contrat, il empêche la conclusion du contrat (cass.civ.bull.civ. II, 9 mars 1966 p 223 n°311, RTD civ., 1968, p708 Obs. CHEVALLIER J.).

[542] AUBERT J.L., notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse paris 1968, L.G.D.J 1970 n° 297 p274.

[543] AUBERT J.L., opt.cit. n° 325 p 301.

[544] La notion d'accord de volontés a fait l'objet de changement dans le vocabulaire juridique Capitant précise M. GHESTIN J. dans son traité. En effet, si dans la 1ère édition du Vocabulaire il était écrit « accord de volontés » au pluriel signifiant l'accord de deux ou plusieurs volontés d'être liées par un contrat, la seconde édition a préféré la notion d'«accord de volonté » au singulier pour signifier une volonté commune. Sur ce point, voir GHESTIN J., Traité de droit civil, la formation du contrat, édition L.G.D.J 1993 p5 n°6.

en vue de produire des effets juridiques''[545], est réputé conclu dès lors que l'offre électronique est consentie par un destinataire. Toutefois, il n'est réputé formé que s'il y a concordance exacte entre l'offre et l'acceptation[546] *« sur toutes les conditions du contrat* [547]» : la volonté de l'auteur de l'offre d'être engagé dans certaines conditions déterminées, et celle du destinataire de l'offre qui les accepte. L'offre et l'acceptation électroniques ne dérogent pas à ces principes classiques. Toutefois, en raison de la dématérialisation totale du processus de formation du contrat, des mécanismes spécifiques au contexte électronique ont été mis en place.

Paragraphe 2 : La réalisation progressive de l'acceptation en ligne

Etapes de l'acceptation en ligne. Ensemble, la DCE et l'article 1369-2 du code civil ont instauré un nouveau mode de rencontre des volontés propre à la formation du contrat électronique à travers la réalisation progressive de l'acceptation. L'acceptation d'une offre électronique est morcelée à travers l'observation de plusieurs étapes. La transaction instantanée débouche ainsi sur un consentement différé[548]. Ainsi, et « *Sous couvert d'une apparente simplicité, l'échange électronique est en réalité encadré par un imposant formalisme destiné à préserver toutes les étapes du consentement»* [549]*.* L'expression des volontés passe donc par un *''système complexe définissant par un jeu d'échanges très élaboré''*[550].

---

[545]GHESTIN J., Traité de droit civil, la formation du contrat, édition L.G.D.J 1993 p 3 n°4.

[546]Il s'agit bien d'un principe classique qui peut parfaitement s'appliquer dans le contexte électronique. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à affirmer qu'en l'absence d'accord de l'une des parties sur les conditions du contrat, ce dernier ne peut être réputé formé. La chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt 26 février 1991, a décidé qu' *« (…) eu égard à la présentation matérielle du document litigieux, la société (..) n'avait pas donné son consentement aux conditions du contrat d'entretien invoqué par Mr (..), le tribunal a pu décider, sans méconnaître les règles gouvernant l'office du juge, que ce contrat ne s'était pas formé »*. RTD civ, 1992, p 78 obs. Mestre J.

[547] Cass.civ.3ème 17juillet 1967, Bull.civ. 1967, III, n°299, p 286, RTD civ. Obs. J. CHEVALLIER

[548] GAUTIER P.-Y. et DE BELLEFONDS X.L., De l'écrit électronique et les signatures qui s'y attachent, JCP G, 2000, I, doctrine 236, p 1116.

[549]GRIMAUX E., la détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique, Comm.com. électr. avril 2004, p 16.

[550] Revue Lamy informatique et réseaux, 2010, n°2846 p 1811.

L'acceptation en ligne en droit européen. La DCE a encadré le moment de rencontre des consentements des parties. Sur ce point, le paragraphe 2 de l'article 11 met à la charge du professionnel l'obligation de mettre à la disposition du destinataire du service[551] « *des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande».*

L'acceptation en droit français. Dans le cadre de la formation du contrat électronique, la phase d'acceptation est minutieusement réglementée par le législateur français. Elle fait l'objet d'un formalisme très précis mis en place par l'article 1369-2[552] du code civil issu de la LCEN qui dispose que : ''*Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. »*

Différences entre les deux textes. La lecture des deux textes montre que la procédure d'acceptation n'est pas envisagée de la même façon par le législateur européen et français. En effet, ce dernier a choisi une approche différente de celle prévue dans l'article 11 de la DCE en prévoyant dans l'article 1369-2 du code civil que le destinataire de l'offre doit d'abord vérifier le détail de la commande et du prix, corriger les erreurs avant de confirmer sa commande. Une fois la confirmation reçue par le professionnel, ce dernier doit en accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique. Le droit français s'est démarqué de l'article 11 de la DCE en ce qu'il a ajouté une étape supplémentaire dans la formation du contrat : la confirmation de la commande par le destinataire de l'offre. A notre avis, en ajoutant cette étape, le texte français a eu le mérite d'être plus protecteur que le texte européen. Néanmoins, la disposition par laquelle commence le texte français *« Pour que le contrat soit valablement conclu »* laisse pour le moins perplexe[553].

---

[551] Ici encore, l'article précise qu'il ne s'applique pas si les parties ne sont pas des consommateurs et qui ont décidé de l'écarter *: « Les Etats membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement…. ».*

[552] Article 1369-5 du C.civ. modifié par l'article 25-II de la LCEN.

[553] VIVANT M., Le contrat plongé dans l' « économie numérique », op.cit., n°15 p 544.

Plan. De la lecture de l'article 1369-2 du code civil, il est évident que le droit français consacre la théorie du « double clic »[554]. L'échange des consentements est résumé dans le double clic du consommateur qui contient à la fois acceptation préliminaire et confirmation de la commande (A) qui a une certaine valeur juridique (B).

A. Le double clic : acceptation et confirmation

La pratique commerciale. La procédure d'acceptation telle qu'elle résulte de l'article 1369-2 du code civil est généralement respectée en pratique. Un tour d'horizon des sites commerciaux montre que leurs offres mises en ligne n'attendent que le clic[555], ou plutôt les clics des clients pour finaliser une transaction. A ce propos, ils mettent à la disposition de leur clientèle virtuelle un ensemble d'étapes que cette dernière doit observer pour voir sa commande finalisée par des pages-écrans successives. Une fois identifié, le client doit dans un premier temps passer sa commande, cliquer sur l'objet ou le service choisi, fournir une adresse de livraison ou de facturation, choisir un mode paiement parmi ceux proposés (1er clic) et cliquer une deuxième fois pour confirmer la commande en ligne après avoir coché la case de prise de connaissance et l'acceptation des conditions générales de vente (2ème clic) [556]. Un récapitulatif est affiché et un accusé de réception de la commande est ensuite envoyé à l'adresse e-mail saisie (automatique en général), le tout formant une acceptation finale[557] pour la conclusion du contrat.

Confirmation. L'acceptation en ligne d'une offre résulte donc d'un double clic de la souris sur une icône intitulée « ok » ou « valider » valant confirmation. Des fois, il faut cocher la mention *« j'ai lu les conditions générales et je les accepte*», à défaut de quoi, on ne peut passer à l'étape suivante de la commande. A la fin de la procédure de la commande en ligne, l'ordinateur fait apparaître sur l'écran un message du genre « *confirmez-vous bien votre acceptation de telle clause.. »* ou encore « *confirmez vous votre commande du produit*

[554] GAUTIER P.-Y., Formation du contrat: un code, deux régimes, RDC, avril 2005, n°3 p 590.
[555] Comme c'est le cas du site de la Caisse des allocations familiales (CAF) qui affichait une publicité « cliquez, c'est déclaré » au titre des déclarations des ressources de 2005.
[556] Considéré comme une deuxième acceptation.
[557] HUET J., Vous avez dit "contrats électroniques"? RDC, avril 2005, n°5 p 558.

X … ? ». Si le destinataire de l'offre accepte une première fois par le biais du premier clic mais ne confirme pas son acceptation, on ne peut affirmer qu'il a consenti. Cette exigence du double clic s'explique par le souci du législateur d'éviter que le consommateur donne un consentement par inadvertance ou qu'il ne résulte d'une fausse manipulation. Il se rapprocherait dans les contrats classiques du choix dans un magasin de produits déposés dans un chariot[558] (équivalent du 1er clic,), puis l'acceptation finale lors du passage en caisse (équivalent du 2nd clic)[559]. Et comme l'a souligné Madame MAS, *« le clic d'acceptation des différentes étapes du processus de contractualisation peut-il toujours être techniquement et juridiquement remis en question par le consommateur ; il y aura passation de la commande lorsque celui-ci le décidera, notamment en renonçant à procéder à de nouvelles corrections et en envoyant les données ainsi saisies»*[560].

B. La valeur juridique du double clic

Double clic : une acceptation expresse ? Malgré le silence qui règne lors de la formation des contrats électroniques du fait de l'éloignement des cocontractants, et malgré l'absence de toute discussion instantanée, le destinataire de l'offre en double cliquant est considéré comme exprimant une acceptation ….expresse [561] ! En effet, dans la pratique du commerce électronique, le clic de la souris a une signification évidente qui est celle de l'acceptation : « *le clic deal n'étant en réalité qu'une répétition du mot « oui » qui servirait à garantir la volonté du consentement* »[562]. Certains auteurs assimilent le clic de la souris de l'ordinateur à une signature[563], d'autres ont carrément affirmé que *« cliquer, c'est signer»*[564] *étant donné que dans le monde numérique, l'acceptation se manifeste par le clic de la souris sur « OK », « OUI » ou « d'accord ».*

---

[558] Le chariot a été symbolisé par un petit panier par certains sites Internet (Carrefour, Sephora).
[559] GAUTIER P.-Y., Formation du contrat : un code, deux régimes, op.cit., n°4 p591.
[560] MAS F., opt.cit, n°113
[561] JEAN-BAPTISTE M., créer et exploiter un commerce électronique, op.cit. n°118 p 103.
[562] BARBY E., propos recueillis par RISACHER N., dans son compte rendu de la journée d'étude consacrée au « Droit de l'Internet : responsabilité, publicité, transactions électroniques, contrats », Bulletin d'actualité, Lamy droit de l'informatique, Paris n° 97 –G, novembre 1997 p 17, cité par MAS F., opt.cit. n° 113 p 163.
[563] HUET J., propos recueillis par L. Costes dans son compte rendu du colloque organisé par l'Ordre des avocats de Paris, « la traversée du droit par l'Internet » bulletin d'actualité, Lamy droit de l'informatique, paris, n°93-C juin 1997p 14, cité par MAS F., opt.cit, n°113 p 163.
[564] JEAN-BAPTISTE M., Créer et exploiter un commerce électronique, éditions Litec 1998, n° 118 p 102.

Importance du double clic. Les étapes de formation du contrat électronique ont été ainsi délibérément prolongées afin de mettre le consommateur en garde quant aux effets juridiques de son geste. Plusieurs auteurs ont souligné l'importance du clic et les conséquences qui en découlent. Il a été ainsi affirmé que « *cliquer n'est pas jouer* »[565], car, « *cliquer signifie donc juridiquement s'engager* »[566]. Le simple clic serait dangereux pour l'internaute qui « *peut tout à fait devenir client sans s'en rendre compte* »[567], d'où l'exigence, selon Monsieur BENSOUSSAN, d' « (..) *une double signature par double clic et lecture obligatoire des conditions de vente* »[568] pour valoir engagement. De son côté, Monsieur DE BELLEFONDS prévoit qu'en accomplissant ce « *geste apparemment banal, on implique toute sa volonté et que l'on met tout son désir à transformer ce geste en un acte pleins de conséquences »*[569].

Dérogations au formalisme protecteur. Des exceptions sont prévues eu égard aux personnes contractantes et aux procédés d'échange des consentements en ligne. Dans le premier cas, le formalisme protecteur du double clic est écarté si le contrat est conclu entre professionnels[570], et dans les contrats dans lesquels les parties ont expressément voulu exclure la technique du double clic[571]. La deuxième exception tient au mode d'expression des consentements. En effet, l'article 11 de la DCE suivi par l'article 1369-3 du code civil prévoient que ce formalisme est écarté lorsque le contrat a été exclusivement conclu par échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes[572].

Plan. L'originalité du contrat électronique ne s'arrête pas aux exigences spécifiques relatives à l'offre et à l'acceptation en ligne. Elle marque également le moment de naissance de l'engagement contractuel.

---

[565] MAS F., op. cit. n° 113 p 161.
[566] MAS F., opt.cit. n°113 p 161.
[567] BENSOUSSAN A., Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque du 13 mai 1998), opt.cit. p 1340.
[568] BENSOUSSAN A., Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque du 13 mai 1998), opt.cit. p 1340.
[569] DE BELLEFONDS X.L., Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque du 13 mai 1998) : Gaz. Pal. 20 octobre 1998, p 1336.
[570] Il s'agit d'une exigence prévue dans les contrats conclus avec les consommateurs, il est donc évident qu'elle soit écartée dans les contrats conclus entre professionnels.
[571] Article 11§1 DCE et article 1369-3 du C. civ.
[572] DCE, article 11§3 et article 1369-3 du C. civ.

SOUS SECTION 2 : LA NAISSANCE DE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL

L'engagement contractuel. Il est certes prévu que la rencontre entre l'offre et l'acceptation forme le contrat et donne naissance à un engagement contractuel qui met à la charge des deux parties des droits et des obligations réciproques. C'est l'approche classique du droit des contrats. Mais la conclusion des contrats entre absents en faisant recours aux moyens de communication à distance en particulier Internet, ont remis à la surface la question classique du moment de conclusion des contrats à distance. Le contrat, *« plongé dans l'économie numérique»*[573], présente des caractéristiques propres à lui. La dématérialisation qui caractérise les contrats électroniques laisse planer un doute sur le moment exact de leur formation qui peut être marqué par un certain décalage. Ainsi, il ne suffit pas la rencontre de l'offre et l'acceptation, il faut par ailleurs respecter la procédure prévue dans l'article 11 du DCE et l'article 1369-2 du code civil. Le moment de rencontre des volontés est marqué par un certain décalage ce qui n'est pas sans générer des incertitudes (paragraphe 1) mais qui n'empêche pas le client de bénéficier de son droit de rétractation une fois le contrat conclu (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le moment de rencontre des volontés

Le consentement électronique. Il est évident que l'offre électronique avec l'acceptation en ligne donnent naissance à un « consentement électronique »[574]. Quoique qu'il ne l'a pas cité expressément, Monsieur LARROUMET visait entre autres le contrat électronique lorsqu'il a précisé qu'' *il y a des situations dans lesquelles la formation du contrat est successive, l'accord définitif n'intervenant pas immédiatement, ou bien encore des situations dans*

[573] VIVANT M., Le contrat plongé dans l' « économie numérique », RDC, Avril 2005 p 533.
[574] VIVANT M., Le contrat plongé dans l' « économie numérique », opt.cit. p 542.

lesquelles les volontés ne se rencontrent pas au même endroit. Dans ces hypothèses, il y a des problèmes quant à la détermination du moment et du lieu de formation du contrat''[575].

Spécificité des contrats électroniques aux critères classiques. Le contrat électronique reste ainsi un contrat entre absents[576] dont l'unité de lieu et de temps est rompue[577]. Il présente certes beaucoup d'avantages pratiques, mais n'a pas pu vaincre un inconvénient simple mais majeur: le décalage dans la rencontre des volontés des parties. Il l'a certainement réduit, mais ne l'a pas totalement abolit [578]. Si dans le principe, le contrat électronique se forme de la même manière qu'un contrat classique par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, il n'en demeure pas moins que cette rencontre soulève des difficultés quant au moment exact de sa réalisation en raison de la «*dichotomie temporelle*» [579] présente dans les contrats entre absents. Sur ce point, une auteure[580] a assimilé la communication par voie électronique entre deux cocontractants à celle établie par le biais d'une même feuille de papier qu'ils glissent alternativement sous la porte. De ce fait, l'offrant ne sait pas à quel moment exactement le client va donner son consentement. La rencontre entre l'offre et l'acceptation dans le contexte numérique présente donc une certaine originalité[581]. Ainsi, ''*Si la distance spatiale est relativement bien maîtrisée depuis que les hommes sont ''reliés'' les uns aux autres par leurs ordinateurs, la distance temporelle reste rebelle aux progrès technologiques et continue de perturber la relation contractuelle''*[582]. L'instantanéité des échanges est certes un critère du monde virtuel, mais ne saurait être aussi parfaite que l'instantanéité des échanges entre des parties physiquement présentes en un même lieu qui communiquent directement, face à face, qui maîtrisent parfaitement le moment de leur accord. Ainsi, en raison du décalage –aussi minime soit-il –dans la rencontre des volontés entre les parties, il est difficile de déterminer avec certitude le moment de formation du contrat électronique.

---

[575] LARROUMET C., Les obligations, Le contrat, opt.cit. p 212.
[576] CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., Le droit de la consommation, précis Dalloz, 7ème édition, 2006 n° 102 p 113.
[577] RAYNOUARD, La formation du contrat électronique *in* le contrat électronique, journées nationales de l'association Henri Capitant Toulouse 2000, panthéon Assas, p19.
[578] A l'exception des contrats conclus par téléphone ou par les modes de visioconférence, pour lesquels seule l'unité de lieu est rompue.
[579] DE BELLEFONDS X. L., Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque du 13 mai 1998) : Gaz. Pal. 20 octobre 1998, p1335.
[580] Ibid.
[581] Revue Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2010, n°2843, p 1810.
[582] GRIMAUX E., la détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique, Comm. com. électr, avril 2004, p 14 et s.

Cette incertitude est levée si l'offrant précise expressément à quel moment le contrat est conclu. Il en est ainsi lorsqu'il précise que le contrat sera formé dès lors que le destinataire de l'offre aurait appelé ou envoyé un mail ou un fax….etc. Ainsi, des solutions techniques ont vu le jour afin de mettre fin à ces ambigüités, en particulier l'horodatage qui permet de certifier que le message a été envoyé à un instant déterminé[583]. Quoiqu'il en soit, et conformément à l'article 1369-2 du code civil, l'offrant est tenu d'accuser réception de la confirmation de la commande envoyée par le destinataire de l'offre (A) retenant la théorie de la réception dans la formation du contrat électronique (B).

A. L'accusé de réception de l'offrant

L'obligation d'accuser réception. Une fois que la confirmation de la commande est réceptionnée par l'auteur de l'offre, ce dernier *''doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée''*[584]. En pratique, sauf saturation du serveur ou incident technique, le mail envoyé de la boite mail de l'offrant arrive quelques secondes plus tard à celle de l'acceptant.

Valeur juridique de l'accusé de réception. Si on s'en tient à la rédaction de l'article 1369-2 du code civil « *pour que le contrat soit valablement conclu* (…) », il faut en dernier lieu respecter l'exigence d'accuser réception de la confirmation de la commande du destinataire de l'offre. Peut-on affirmer dans ce cas que la conclusion du contrat est retardée jusqu'à l'accomplissement de cette formalité ou bien elle est réputée intervenue dès l'acceptation si on applique les principes de droit commun ? La doctrine est divisée. Pour certains auteurs, l'accusé de réception est juste une formalité imposée par la loi qui a une simple fonction probatoire de l'acceptation (1) tandis que pour d'autres le moment de formation du contrat est retardé jusqu'à la réception de cet accusé (2).

[583] Ces points seront étudiés en détail dans le titre III « preuve électronique » de la présente partie.
[584] Article 11 DCE et 1369-2 du C.civ.

1. L'accusé de réception, une simple formalité probatoire pour certains

Preuve et consolidation de l'acceptation. La valeur juridique de l'accusé de réception de l'offrant imposé aussi bien par la DCE que par le code civil dépend de la nature de l'offre initiale souligne Monsieur STOFFEL - MUNCK. Si l'offre électronique respectait toutes les conditions requises par la loi, la seule acceptation du client suffisait pour former le contrat. L'accusé de réception n'est donc qu'une formalité imposée par la loi, qui se borne à accuser la réception de l'acceptation du destinataire de l'offre qui a « *une fonction probatoire du fait qu'il constate et, en l'occurrence, ce fait sera la conclusion du contrat (..)»*[585]. L'accusé de réception selon Monsieur GAUTIER n'est dans ce cas qu'une « *simple formalité d'information récapitulative* [586]*»* qui vient réconforter le client quant au parachèvement de l'opération contractuelle : ''*Le consentement serait donc bien acquis mais il resterait, en quelque sorte, à parachever l'opération contractuelle*''[587]. De son côté, Monsieur RAYNOUARD affirme que « *le contrat demeure formé par la rencontre des volontés, la ''commande'' est une acceptation, et l'accusé de réception joue, si l'on veut, comme un élément de « consolidation » de la formation du contrat*[588]*».*

2. L'accusé de réception, moment de conclusion du contrat pour d'autres

Moment de conclusion. Selon Monsieur VIVANT, si la formule *« pour que le contrat soit valablement conclu »* s'étend à cette dernière formalité, *« il n'est pas impossible de soutenir que la conclusion du contrat est effectivement retardée à l'accusé de réception de l'offrant»*[589]. Madame MAS est du même avis, puisqu'elle affirme que *« Loin de remettre en cause la validité au fond de l'expression de la volonté (..), ces exigences suspendent simplement la pleine reconnaissance des effets de l'acceptation par ce moyen, au respect d'un certain formalisme, venant compléter celle-ci et l'enserrant dans un cadre strict, jugé nécessaire pour la sécurité du cyberclient, en particulier si celui-ci est un consommateur ».*

---

[585] STOFFEL- MUNCK P., La réforme des contrats du commerce électronique, opt.cit p 1437.
[586] GAUTIER P.-Y., Formation du contrat: un code, deux régimes, RDC, avril 2005, n°4 p 591.
[587] Revue Lamy informatique et réseaux, 2010, n°2846, p 1812.
[588] RAYNOUARD A., La loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique…ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire in RDC, avril 2005 p 572, n°18.
[589] VIVANT M., le contrat plongé dans l' « économie numérique », opt.cit, n°15 p 545.

Risque. Si on suit ce dernier raisonnement, on conclurait que l'échange des consentements déjà effectué n'était pas suffisant pour conclure le contrat, comportant ainsi le risque du destinataire de voir l'offrant se libérer de son engagement. Sur ce point, Monsieur VIVANT souligne que ce geste *'' ne saurait être synonyme de libération de l'offrant* ''[590] . Mais l'article 1369-2 du code civil est clair en affirmant que *« pour que le contrat soit valablement formé*», laissant déduire que le non respect de cette formalité par le professionnel empêche la formation du contrat, mais quid si le professionnel respecte en partie cette formalité et envoie bel et bien cet accusé, mais *« dans un délai injustifié »,* le contrat est-il valablement conclu dans ce cas ?

Accusé de réception hors délai. Si on veut respecter l'esprit de l'article 1369-2 du code civil, il faut se demander si l'on peut appliquer le même raisonnement que celui adopté en absence de respect de cette formalité, en affirmant que si l'accusé de réception est envoyé dans un *« délai injustifié »,* le contrat ne sera pas *« valablement formé » ?* D'un point de vue pratique, il est important de savoir et surtout de déterminer le délai raisonnable pour en déduire le délai injustifié. En l'absence d'indication, ce dernier ne se rapproche-t-il pas du terme ''temps utile'' prévu par l'article L. 121-19[591] du code de la consommation ? Mais ce dernier est limité dans le temps, *''au plus tard au moment de la livraison''*. Il y a matière à interrogation sur le point de savoir quelles sont les sanctions applicables lorsque cet envoi a été fait en dehors des délais raisonnables. Le destinataire de l'offre peut-il prévaloir des dommages et intérêts ? Dans un contexte dématérialisé, ce n'est pas aussi simple, il faut prouver l'existence de ce dommage, et surtout la difficulté d'engager une action judiciaire dans un contexte totalement numérique en face d'un prestataire le plus souvent éloigné.

Plan. La procédure de l'échange des consentements ne s'arrête pas à l'envoi par l'offrant de cet accusé de réception, il faut par ailleurs qu'il soit réceptionné par le destinataire de l'offre (théorie de la réception) pour dire que le contrat électronique est bel et bien valablement formé !

---

[590] VIVANT M., Le contrat plongé dans l' « économie numérique », opt.cit, n°15 p 546.

[591] L'article L. 121-19-I du C. consom prévoit que : *''le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison :…..''*

B. Consécration de la théorie de réception par le droit européen et français

Principe. Etant un contrat entre absents, le contrat électronique est soumis aux règles applicables à ce type de contrats pour savoir quand le contrat est conclu. Deux thèses s'opposent. D'une part la théorie de l'émission selon laquelle le contrat est formé dès lors que l'acceptation du destinataire de l'offre a été expédiée, et d'autre part, la théorie de réception en vertu de laquelle le contrat se forme lorsque l'offrant reçoit l'acceptation du client.

Emission de l'acceptation : conception classique. En droit commun, la démarche est plus simple. C'est la théorie de l'émission de l'acceptation qui est choisie[592]. Ça aurait pu être le même cas si le législateur se serait arrêté au premier alinéa de l'article 1369-2 du code civil et aurait considéré le moment de la confirmation de la commande comme moment de la formation du contrat[593]. Mais en prévoyant que « *La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès*[594] », l'article 1369-2 alinéa3 et l'article 11 de la DCE semblent retenir la théorie de la réception. Selon Monsieur STOFFEL-MUNCK, en s'intéressant à « *la question de réception des messages, la directive a paru opiner en faveur de la théorie de la réception*[595] ».

Moment de conclusion. Le contrat électronique est réputé donc formé non pas au moment où l'offrant envoie l'accusé de réception au destinataire de l'offre, mais au moment où les deux parties peuvent avoir accès aussi bien à la commande (et sa confirmation selon le droit français) qu'à son accusé de réception. Cette solution claire, a eu le mérite de supprimer l'incertitude qui a régné dans la détermination du moment de la conclusion des contrats en

---

[592] GRYNBAUM L., Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D., Juillet 2003, n°26 p 1706.

[593] V Rapport HERISSON et SIDO, Rapport n° 232, fait au nom de la Commission des affaires économiques du Sénat, déposé le 3 mars 2004, disponible sur http://www.senat.fr/rap/l03-232/l03-232.html. Il mentionne sous l'article 14 intitulé ''régime des actes et contrats passés sous forme électronique que : *« Faire de la confirmation de la commande l'évènement déterminant le moment de la conclusion du contrat risquerait de créer un régime spécifique pour les contrats passés sur Internet par rapport aux autres contrats négociés à distance (…). Il convient donc de supprimer dans la loi toute référence au moment effectif de conclusion du contrat et de recentrer l'article sur son objet, à savoir préciser les principes devant régir la conclusion du contrat par voie électronique ».*

[594] Cette rédaction diffère sensiblement de celle de l'article 11 de la DCE qui ne parle guère de confirmation : *« la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».*

[595] STOFFEL- MUNCK P., La réforme des contrats du commerce électronique, opt.cit, p 1436.

absents[596]. Elle a eu en plus le mérite de protéger le destinataire en ce que le contrat ne peut « *être valablement conclu* » que si ce dernier peut avoir accès à l'accusé de réception, au même titre que l'offrant, étant donné que les deux articles parlent ''lorsque les parties ont accès''. Toutefois, toute l'incertitude réside dans le moment où le destinataire du message peut effectivement ''avoir accès''[597].

Enjeux de la détermination du moment de la conclusion. Savoir à quel moment le contrat est conclu est important sur plus d'un plan. Caducité, rétractation, loi applicable et tribunal compétent...etc. Elle marque surtout le moment à compter duquel aucune des parties ne pourra changer unilatéralement son engagement.

Plan. Conscient de l'inégalité de puissance existant dans les contrats conclus avec les consommateurs et le risque d'une décision irréfléchie favorisé par la rapidité des clics en ligne, le droit a mis en place un autre mécanisme afin de garantir la protection du consentement de la partie faible au contrat, à savoir le consommateur. L'expression de sa volonté de conclure le contrat exprimée en amont de la formation de ce dernier doit se maintenir pendant un certain délai en aval de la conclusion de celui-ci, déterminé par la loi selon la nature du bien ou du service en question. Ainsi, *« le consentement peut s'exprimer encore après la formation du contrat, mais uniquement de façon négative, pour le rétracter»*[598]. Ainsi, outre l'arsenal des dispositions protectrices en amont de la formation du contrat au profit du consommateur afin de garantir un consentement clair et non ambigu, une énième mesure de protection du consommateur contre une décision irréfléchie est mise en place par le législateur : le droit de rétractation.

[596] Théorie de la réception proposée par la loi type de la CNUDCI (article 15).
[597] FERRIER D., Comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique… ? RDC, avril 2005, n°11 p 551.
[598] LE TOURNEAU P. (sous la direction de), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2010/2011 n°5891.

Paragraphe 2 : Le droit de rétractation

Portée du droit. Instaurée par la loi du 3 janvier 1972 sur le démarchage financier[599], le droit de rétractation est une technique consacrée dans différentes branches du droit[600], particulièrement par le droit financier[601]. Exclu pour certaines prestations en ligne[602], le droit de rétractation est un droit de résolution unilatérale du contrat par le consommateur[603] qui permet un retour en arrière entrainant *« l'anéantissement du contrat»*[604] dérogeant ainsi au principe selon lequel les parties sont liées de façon irrévocable dès la rencontre des volontés[605]. Grâce à ce droit, *« le consommateur reste maître de défaire ce qu'il a fait, d'abandonner ce qui a été convenu, de revenir sur sa parole, sur son écrit ou sur son double-clic, en définitive, de détruire le contrat »*[606]. Dans le cadre de la conclusion des contrats financiers à distance, et particulièrement par la voie électronique, la DSF réglemente particulièrement les modalités d'exercice de ce droit. Le consommateur peut librement l'exercer sauf s'il s'agit de contrats dans lesquels ce droit est expressément exclu (B). Toutefois, une interrogation persiste concernant la portée du droit de rétractation. S'agit-il d'un droit qui prolonge la formation du contrat ou s'exerce-t-il en aval de la conclusion de celui-ci ? (A).

---

[599] Loi n°72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance.

[600] Articles L.121-18 et L. 121-27 du C. consom.

[601] Article L. 342-18 du CMF; article L. 132-5-1 et article L. 211-16 du C.assur.

[602] Cass. 1ère civ. 25 nov. 2010. Dans ce cas d'espèce, la Cour de cassation a écarté le droit de rétractation pour les voyages réservés en ligne en précisant qu'il *«ne s'applique pas aux contrats conclus par voie électronique ayant pour objet la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée». Arrêt disponible sur le site de Legalis :* http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=3077 . Dans une autre affaire, le Tribunal d'instance de Dieppe a, par un jugement du 7 février 2011, écarté le droit de rétractation au motif que le contrat était conclu entre deux particuliers (C/C) par l'intermédiaire d'un site internet (Priceminister), jugement disponible sur : http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3102.

[603] Qui doit respecter le délai légal prévu par la loi. Cass.civ. 1ère, 10 juin 1992, Bull.I 1992 n°178 p 121. Disponible en ligne sur : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007029481&fastReqId=47006198&fastPos=19

[604] Cass.civ.3ème 13 février 2008 n° 06-20.334, bull. 2008, III n°29. Disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018131913&fastReqId=1561275920&fastPos=1

[605] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., opt.cit. n°263.

[606] LE TOURNEAU P., Contrats informatiques et électroniques, Dalloz Référence, 6ème édition 2010/2011, n°9.30.3.

A. La portée du principe : un droit qui prolonge la formation du contrat ou bien s'exerce-t-il en aval de la formation de celui-ci ?

Interrogation. Concernant particulièrement les services financiers commercialisés à distance, peut-on admettre que le contrat financier en ligne est formé progressivement et ne devient définitif qu'après expiration de la durée durant laquelle le consommateur peut exercer son droit de rétractation? Dans ce cas, peut-on dire que le droit de rétractation est un droit qui prolonge la formation du contrat? Ou bien le contrat est valablement conclu, et le droit de rétractation vient juste le révoquer ?

Réponse de l'article 6 DSF. Contrairement à une doctrine classique[607], qui considère que la formation complète du contrat ne s'achève que par le maintien des consentements pendant le délai de rétractation, prolongeant ainsi les étapes de sa formation, ou par la renonciation à ce droit, la DSF prévoit que le droit de rétractation est un droit qui s'exerce postérieurement à la conclusion du contrat : « *Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir soit à compter du jour où le contrat à distance est* ***conclu*** *(…) »* [608].

Délai. Dans le cadre des contrats portant sur des services financiers commercialisés par voie électronique, le délai pendant lequel le droit de rétractation commence –t-il à courir à compter de la date de conclusion du contrat[609] ou à compter de la date de réception des conditions contractuelles et de certaines informations[610] ? Il est exercé en principe dans un délai de quatorze jours calendaires ou dans trente jours s'il a pour objet les assurances sur la vie et les opérations portant sur les retraites individuelles. Plus court est le délai de rétractation d'une offre de prêt liée à une vente immobilière (10 jours)[611].

---

[607] MOUSSERON J.M., Technique contractuelle, n°276, éditions Francis Lefebvre 2005; Baillot R., le droit de repentir, RTD civ. 1984, n°10 p 235 cités par MIRABAIL S., ''la rétractation en droit privé français'', préface de Marty J-P. Librairie générale de droit et de jurisprudence , E.J.A et MIRABAIL S., 1997 p 121.
[608] Article 6.1 alinéa 2 DSF.
[609] Article 6.1 alinéa 2 premier tiret DSF.
[610] Article 6.1 alinéa 2 deuxième tiret DSF.
[611] Article 7 de la loi 13 juillet 1979 devenu article 312-10 alinéa 2 du C. consom.

Exercice du droit. L'existence, les instructions pratiques et les modalités d'exercice du droit de rétractation, font partie des informations précontractuelles que le prestataire financier doit fournir au consommateur[612], *« en temps utile avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre»*[613]. A la lumière de ces informations, le consommateur adresse une notification au prestataire l'informant de sa volonté d'exercer son droit de rétractation en respectant le délai imparti dans le contrat. Afin d'éviter toute contestation ultérieure concernant le respect du délai d'exercice de ce droit, la DSF impose que la notification doit être faite sur support papier ou sur tout autre support durable, de manière à ce que la preuve de cette notification puisse être administrée[614].

Remboursement. En principe gratuit[615], ce droit s'exerce sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités[616]. Toutefois, le consommateur est tenu, conformément à l'article 7.1 de la DSF de payer « dans les meilleurs délais » au prestataire le prix du service financier effectivement fourni par ce dernier[617]. Toutefois, le montant à payer, précise le même article, ne doit pas *«excéder un montant proportionnel à l'importance du service déjà fourni par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat à distance, en aucun cas être tel qu'il puisse être interprété comme une pénalité».* De son côté, le prestataire est tenu de rembourser au consommateur toutes les sommes qu'il a perçues dans un délai n'excédant pas trente jours calendaires, un délai qui commence à courir à compter du jour où le fournisseur reçoit la notification de la rétractation[618].

---

[612] Article 3 paragraphe 1, 3° ''le contrat à distance'', points a et d.
[613] Article 3.1 DSF
[614] Article 6.6 DSF
[615] Le caractère gratuit du droit de rétractation le distingue de la clause du dédit qui, prévue dans le contrat, autorise les parties ou l'une d'entre elles, à renoncer à l'exécution du contrat moyennant le paiement d'une certaine somme d'argent : *« Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui les a données, en les perdant. Celui qui les a reçues, en restituant le double.»* article 1590 du C.civ.
[616] Article 6.1 DSF ; Article L341-16, I du CMF qui a été aligné sur celui de l'article L 121-20-12, I du code de la consommation.
[617] Une disposition similaire est prévue par l'article 341-16, II du CMF qui prévoit que le consommateur est tenu de ''*payer le prix correspondant à l'utilisation du produit ou du service fourni entre la date de la conclusion du contrat et celle de l'exercice du droit de rétractation, à l'exclusion de toute pénalité''*.
[618] Article 7.4 DSF.

B. Atténuation du principe

Souci de l'équilibre contractuel. Afin de garantir un certain équilibre entre les intérêts du professionnel et du consommateur, le droit de rétractation est exclu pour certains contrats financiers. En effet, en plus des cas dans lesquels la directive a laissé le choix aux Etats membres d'écarter l'exercice de ce droit[619], elle a prévu que ce droit est exclu dans les contrats qui portent sur des services financiers «*dont le prix dépend des fluctuations du marché financier, sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence, qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation par exemple, les services liés aux opérations de change, instruments du marché monétaire, titres négociables, parts dans les entreprises de placement collectif, contrats financiers à termes, contrats d'échanges, options*[620] *».* Il est également écarté si le contrat financier porte sur les « *polices d'assurance de voyage ou de bagages ou aux polices d'assurance similaires à court terme d'une durée inférieure à un mois»*[621] ou *« aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation »*[622].

[619] Article 6.3 DSF
[620] Article 6-2 a) DSF.
[621] Article 6.2 b) DSF.
[622] Article 6.2 c)DSF.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

A la lumière des éléments qui précèdent, force est de déduire que les législateurs aussi bien français qu'européen partagent le souci de la protection du consommateur dans le cadre de la conclusion d'un contrat électronique, de surcroit quand il s'agit d'un contrat portant sur des services financiers. Un arsenal de dispositions juridiques impératives est ainsi mis à la charge du professionnel afin d'éclairer le consommateur sur les conditions du contrat et de le protéger au maximum contre la fraude favorisée par la distance et la dématérialisation du support du contrat.

La protection du consommateur ne s'arrête pas au moment de la conclusion du contrat, mais s'étend à la preuve de celui-ci au point d'affirmer que *«prouver c'est protéger »*[623]. En droit de la preuve, deux interrogations majeures se posent : Qui prouve ?et comment prouver ? Si la première question ne pose à priori pas d'interrogations étant donné que la charge de la preuve pèse toujours sur une personne, physique soit elle ou morale, c'est par contre la deuxième question, intimement liée à la précédente, qui pose problème.

En effet, depuis le développement des nouvelles technologies, les transactions se sont dématérialisées (au lieu de figurer sur un support papier, l'écrit a été reproduit sur l'écran puis tiré sur l'imprimante[624], la signature manuscrite est alors scannée ou est devenue totalement électronique) et partant de là, les outils de preuve devaient l'être également. Comment prouver est donc, une question épineuse. Elle s'est posée avec acuité lors des dernières décennies, et a entraîné une modification profonde des supports du droit de la preuve et du formalisme l'accompagnant.

[623] GAUTIER P.-Y. et DE BELLEFONDS X.L., De l'écrit électronique et les signatures qui s'y attachent, JCP G, 2000, I, doctrine 236, p 1114.
[624] GAUTIER P.-Y., opt.cit., n°3 p5.

CHAPITRE II : LA NAISSANCE DU FORMALISME PROBATOIRE ÉLECTRONIQUE ET LA PREUVE DES TRANSACTIONS FINANCIÈRES EN LIGNE

Fondement de la preuve. La preuve, selon DOMAT, est *« ce qui persuade l'esprit d'une vérité »*[625]. Prouver donc, c'est *« établir la vérité d'un fait »*[626]. Intimement liée à la vérité, à ce qui a été réellement contracté, la preuve « *permet à celui qui se prévaut d'une affirmation de la faire tenir pour vraie et d'en tirer toutes les conséquences juridiques qui y sont attachées. Elle est l'ensemble des procédés techniques qui servent à établir l'existence d'un droit ou d'un fait ou à soutenir une prétention juridique»*[627], bref, elle permet de garder une trace d'un événement[628]. Elle permet également selon DOMAT de *« (…) conserver par l'écriture le souvenir des choses qui se sont passées, et dont ils ont voulu faire subsister la mémoire, soit pour s'en faire des règles, ou pour y avoir une preuve perpétuelle de la vérité de ce qu'on écrit. Ainsi, on écrit les conventions (…) pour se faire une loi fixe et immuable de ce qui a été convenu»*[629]. La preuve se faisait donc nécessairement par le biais de l'écriture, comme on a pu le lire sous la plume de DOMAT *« on rédige par écrit les conventions, les testaments et les autres actes, pour conserver la preuve de ce qui a été fait »*[630]. L'exigence d'un écrit était donc primordiale afin de matérialiser la volonté des parties, leur consentement et afin d'éviter toute contestation ultérieure[631]. Le choix de la preuve par écrit se justifiait par le fait qu'il était « *invariable, toujours tel qu'il a été fait »*[632] offrant ainsi la plus grande sécurité[633].

---

[625] DOMAT J., Loix civiles, Tome premier, Titre VI (des preuves, présomptions et du serment), Livre III, section II (preuves par écrit), p 245. PARIS, M. DCC. LVI.
[626] CROZE H., Informatique, preuve et sécurité, D. 1987, chronique p 165 n°1.
[627] PENNARUN S., De Gutenberg à Bill Gates : commentaire du projet de loi relatif à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, LPA, 27 janv. 2000, n°19, p 4.
[628] CROZE H., Informatique, preuve et sécurité, D. 1987, chronique p 165 n°1.
[629] DOMAT J., Loix civiles, Tome premier, Titre VI (des preuves, présomptions et du serment), Livre III, section II (preuves par écrit), p 248. PARIS, M. DCC. LVI.
[630] DOMAT J., opt.cit., section II, II, p 249.
[631] GAUTIER P.-Y., Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions, LPA, 7 fév. 2000, n°26, p 4.
[632] DOMAT J., opt.cit., n°VII, p 249.
[633] CROZE H., opt.cit. n°5.

Depuis l'Ordonnance de Moulin de 1566, la notion d'écrit était indissociable du support papier[634]et depuis, une conception unique de preuve littérale[635]: un écrit (sous seing privé et authentique[636]) établi sur support papier, une signature manuscrite apposée de la main de la personne, et l'exigence d'une preuve écrite et par conséquent exclusion de la preuve testimoniale à partir d'un certain montant (aujourd'hui fixé à 1 500 euros)[637]. Immuables pendant près de deux siècles, ces règles ancestrales de preuve ont été secouées par l'avènement des nouvelles technologies. En effet, le recours de plus en plus fréquent à Internet, a entraîné la dématérialisation des actes juridiques et a rendu inadapté un droit baigné dans le matériel et le papier. Le monde des affaires a évolué, l'écrit et la signature supports indispensables des transactions le devaient également.

Nécessité de la réforme du droit de la preuve. Après des décennies de méfiance et de résistance du droit, les nouvelles technologies ont réussi à bouleverser plusieurs dispositions légales, y compris celles relatives à la preuve. La réforme du droit de la preuve a été plus qu'une modernisation mais une nécessité afin de donner au commerce électronique une véritable crédibilité: *« La preuve des transactions est un élément essentiel pour le développement du commerce électronique dans un cadre juridique sûr»*[638]. Loin d'être un simple aménagement du droit dans le but de l'adapter, il s'agit bien d'un bouleversement profond qui touchera aussi bien les principes que les pratiques du droit de la preuve français[639]. Une réforme qui a été amorcée par un certain nombre de facteurs nationaux et internationaux.

Les facteurs qui ont précédé et facilité la réforme du droit de la preuve. Réunis, ces facteurs ont inéluctablement entraîné une évolution, ou plutôt, une révolution du droit français en matière de preuve. Il s'agit en particulier de l'influence du droit de l'Union

---

[634] V. ISAMBERT, DENUSY et TAILLANDIER, Recueil des anciennes lois françaises, T. XIV.

[635] Le terme littéral vient du latin *litteralis : relatif aux lettres de l'alphabet* (http://www.dicocitations.com/definition_littre/16298/Litteral_ale.php).

[636] TRÉBULLE F.G., La réforme du droit de la preuve et le formalisme, LPA, 20 avril 2000, n°79 p 10.

[637] Somme fixée par l'article unique du Décret n°80-533 du 15 juillet 1980 modifié en dernier lieu par le Décret n°2004-836 du 20 août 2004, JO du 22 août 2004 compter du 1er janvier 2005.

[638] SAILLARD J.-P. (Rapport de), présenté par MORENO D., La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies, Position de la CCI de Paris, JCP E, II, n°5, 2 fév. 2000, p 149.

[639] BLANCHETTE J.-F., Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, Comm. com. életr, mars 2005, étude n°13, p 21.

européenne (1), le rôle déterminant du droit international (2), la pression des professionnels (3) et enfin l'anticipation de la jurisprudence française en la matière(4).

1) **L'influence du droit de l'Union européenne.** L'influence du droit de l'Union européenne s'est fait tout d'abord sentir à travers une directive sectorielle suivie par une directive horizontale. La première, la directive du 13 décembre 1999[640] relative à la signature électronique qui a eu pour objectif principal de conférer une reconnaissance légale à la signature électronique en la mettant sur un pied d'égalité avec la signature manuscrite. La deuxième, la DCE du 8 juin 2000, directive phare des services de la société de l'information, qui ne traite pas directement la question de la preuve, mais a insisté tout de même à la levée de tout obstacle juridique de nature à entraver la conclusion des contrats électroniques.

2) **Rôle déterminant du droit international.** Certaines organisations internationales ont joué un rôle fondamental dans l'amélioration du cadre juridique relatif au commerce électronique, et particulièrement, la réforme du droit de la preuve[641]. C'est le cas de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.) dont les travaux se sont soldés par l'adoption de la loi type sur le commerce électronique le 12 juin 1996[642]. La portée de cette loi est loin d'être négligeable étant donné qu'elle a servi de modèle aux différents pays qui comptaient apporter des modifications au droit de la preuve, dont la France. Par l'admission de la forme électronique aussi bien de l'écrit[643] que de la signature[644], la loi type a formellement voulu accorder une validité juridique de ces supports dématérialisés.

---

[640] Directive n°1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. JOUE n° L 013 du 19 janvier 2000 p 0012-0020.

[641] Voir sur ce point CAPRIOLI E. A., Aperçus sur le droit du commerce électronique. Document disponible en ligne sur : http://www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique-et-internet/68-apercu-droit-commerce-electronique#38

[642] Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique et guide pour son incorporation, 1996, disponible à l'adresse suivante : (http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/58/PDF/N9776358.pdf?OpenElement). Cette admission, il faut le préciser, a été consacrée par la Convention du 11 décembre 1995 relative aux garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by qui a prévu entre autres dans le chapitre III relatif à la forme et teneur de l'engagement qu' *« Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire »* (Article 7.2.) Convention consultable en ligne : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/payments/guarantees/guarantees-f.pdf

[643] En effet, l'article 6 relatif à l'écrit prévoit dans son alinéa 1 que : *«Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement ».*

[644] L'article 7 relatif à la signature stipule que : *« Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données : a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve*

3) **Pression nationale**. L'appel des professionnels à une réforme législative au cours des années 1990[645], a conduit le ministère de la justice à constituer un groupe de travail composé d'imminents professeurs universitaires dans le but d'élaborer un projet précédant la réforme du droit de la preuve. Cette dernière s'est notamment inspirée du rapport du Conseil d'Etat « Internet et les réseaux numériques »[646] qui a prôné dans le chapitre 2 de la 2ème partie « la reconnaissance de la valeur juridique du document et de la signature électroniques ». Quant à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP), elle a élaboré en collaboration avec l'AFTEL-CEE un contrat-type de commerce électronique commerçants-consommateurs, et a constamment plaidé vers une reconnaissance de la force probante de l'écrit et de la signature électroniques[647].

4) **Souplesse et anticipation de la jurisprudence française**. La réforme du droit de la preuve a été enfin esquissée par la jurisprudence qui a fait preuve de beaucoup de flexibilité en considérant d'abord que les règles de preuve ne sont pas d'ordre public et qu'on peut y déroger par convention[648]. Elle a innové ensuite, lorsqu'elle a admis juridiquement par des arrêts remarquables la signature électronique[649], et l'écrit électronique[650]. Il s'agit d'arrêts parmi d'autres dans lesquels la jurisprudence a fait preuve d'une grande souplesse, accueillant favorablement le support dématérialisé aussi bien de l'écrit que de la signature, invitant implicitement la loi à en faire de même.

C'est chose faite quelques années plus tard, et plus précisément en 2000, année de la réforme du droit de la preuve via la célèbre loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies et relative à la signature électronique.

---

l'information contenue dans le message de données; et b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière. »

[645] BLANCHETTE J.-F., opt.cit. p 22.

[646] Rapport du Conseil d'Etat, 2 juillet 1998. Document consultable sur : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/984001519/0000.htm

[647] SAILLARD J.-P. (rapport de), présenté par MORENO D., « La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies, Position de la CCI de Paris », JCP G 19 janv.2000, n°3, p55.

[648] Cass civ. 1ère, 8 nov 1989, Bull. 1989, I, n°342, p 230 (arrêt Crédicas).

[649] Cass. Civ. 1ère, 8 nov. 1989, Bull. 1989, I, n°342, p 230 (arrêt Crédicas)

[650] Cass.com. 2 déc. 1997, n° 95-14251, Bull. 1997 IV N° 315 p. 271.

Adaptation du droit de la preuve français. D'une nécessité impérieuse, la réforme du droit de la preuve a été effectuée par la loi du 13 mars 2000 qui a adapté le droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique[651]. Elle a été accompagnée d'un décret d'application du 30 mars 2001[652]. Transposant en droit français les dispositions de la Directive européenne du 13 décembre 1999 précitée, la loi du 13 mars 2000 a succédé à la loi du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques, timide certes, mais a quand même jeté les bases d'un début de bouleversement du droit de la preuve[653].

Plan. En raison de l'influence des nouvelles technologies, le système probatoire légal a été ainsi réformé, gardant en même temps le support classique du passé (support papier) et s'orientant vers le futur en admettant un nouveau support d'écrit et de signature (support électronique). Profondément réformées, les règles probatoires légales ont une influence indirecte mais certaine sur le droit financier qui a connu à son tour certaines modifications en la matière (section 1). Toutefois, en raison de la spécificité des transactions financières, un système de preuve conventionnelle s'est développé en droit financier et fonctionne en parallèle avec le système probatoire légal (section 2).

SECTION 1 : LA RÉFORME DU SYSTÈME PROBATOIRE LÉGAL

Nouvelle approche de la preuve littérale. Preuve et formalisme vont de pair. La preuve littérale ne peut accomplir efficacement son rôle dans la sphère électronique que si ses supports, à savoir l'écrit et la signature sont dématérialisés. Autrement dit, la preuve électronique ne peut exister sans un formalisme électronique reconnu juridiquement. Le législateur en a été conscient, d'où l'introduction dans le code civil de l'article 1316 qui conçoit une nouvelle approche de la preuve littérale, indépendamment de son support : *« la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres*

[651] Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO du 14 mars 2000.
[652] « Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique » J.O. 31 mars 2001, p 5070.
[653] CHAMOUX F. La loi du 12 juillet 1980, une ouverture vers de nouveaux moyens de preuve, JCP 1981, I, 3008 n° 29.

ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

Bouleversement des notions d'écrit et de signature. Le passage du matériel à l'immatériel a nécessité toutefois certaines retouches. Le législateur a, à l'occasion de cette réforme, procédé pour la première fois à la définition des notions d'écrit[654] et de signature, et n'a pas omis de retoucher par la même occasion certains articles avant d'asseoir une consécration juridique aux notions d'écrit et de signature électroniques. Le système probatoire français, à travers la loi du 13 mars 2000 a été profondément modifié, faisant entrer de plain pied la notion de l'écrit électronique dans le code civil. Suite à cette réforme, et par conséquent à cette équivalence (d'abord par la loi 13 mars 2000 à titre probatoire, ensuite par la LCEN à titre de validité), l'écrit électronique peut désormais suppléer l'écrit manuscrit à chaque fois que ce dernier est requis.

Plan. La réforme du droit de la preuve français a eu pour objet principal d'asseoir une reconnaissance juridique aux notions d'écrit électronique (sous section 1) et de signature électronique (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

Notion. Venu de très loin[655], l'écrit a voyagé à travers le temps et a subi de profondes transformations à travers les siècles[656] afin de s'adapter aux mutations dictées par l'évolution des sociétés. Comme l'a souligné Monsieur VIVANT, *« l'écrit est ce qui fait trace »* tout en admettant que *« la nature des traces peut changer avec les techniques utilisées»*[657].

---

[654] GAUTIER P.-Y., Révolution internet : le dédoublement de l'écrit juridique, D. 2000, n°12, p V.

[655] Les Mésopotamiens avec les égyptiens étaient les premiers à élaborer un système d'écriture, à la fin du IV millénaire avant J.-C.

[656] Au début, l'écrit avait l'argile pour support, ensuite le papyrus, le parchemin, le papier pour enfin adopter la forme électronique. V. sur ce point : Almeida (de) Daniel, « histoire des supports de l'écrit », disponible sur : http://www.fluctuat.net/2891-Histoire-des-supports-de-l-ecrit-codex-livre-e-book-.

[657] VIVANT M., le contrat plongé dans l' « économie numérique », opt.cit.p 542.

Les supports matériels de l'écrit ne se résument plus, et depuis longtemps, au papier. Ils le sont aujourd'hui sur des supports informatiques, sur microfiches ou microfilms[658].

Le principe d'équivalence fonctionnelle. Prôné par la CNUDCI dans sa loi-type relative au commerce électronique[659], l'équivalence fonctionnelle consiste à *« transposer les fonctions qu'un instrument juridique possède sur tout autre support susceptible de reproduire les mêmes fonctions[660]».* Son incorporation en droit français a révolutionné le formalisme contractuel classique[661]. C'est sur la base de ce principe que la jurisprudence puis la loi se sont fondées afin d'admettre le support électronique à titre de preuve. Toutefois, le législateur français a fait preuve de prudence et a progressivement fait entrer l'écrit électronique dans le droit positif. Ainsi, par l'introduction des dispositions de la loi du 30 mars 2000 dans le code civil, il a franchi le premier pas de la reconnaissance de l'écrit électronique, en le hissant au même rang que l'écrit papier sur le terrain probatoire (*ad probationem* par les articles 1316-1 et 1316-3 du code civil). Ce n'est que quatre ans après, avec la LCEN que l'écrit électronique a été reconnu à titre *ad validitatem*. Grâce à ces évolutions législatives successives, il importe peu si l'écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique ou pour prouver son existence, l'écrit électronique est hissé au même rang que l'écrit papier, et bénéficie désormais d'une équivalence fonctionnelle sur les deux terrains.

Paragraphe 1 : L'écrit électronique: le nouveau support des transactions bancaires et financières en ligne

Droit européen et international. La DCE a incité les Etats membres à lever tout obstacle formel de nature à entraver la conclusion des contrats électroniques. Son article 9 stipule que : *« les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats*

[658] CHAMOUX F., Le microfilm au regard du droit des affaires, JCP G, 1975 n° 2725.
[659] Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique et guide pour son incorporation (1996) précitée.
[660] CERVETTI P.-D., Quelques perspectives d'avenir autour de la preuve par courrier électronique, RLDI 2011/67, n°2207, p 46.
[661] ABI RIZK G.-D., L'Internet au service des opérations bancaires et financières, opt.cit. n° 486.

électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ». L'équivalence de support matériel et immatériel du contrat a été également consacrée en droit international par la loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI qui a prévu dans l'article 5 que « *L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données ».*

Suppression d'obstacles juridiques. La conclusion des contrats en ligne n'aurait donc pu voir le jour sans l'admission *ad validitatem* aussi bien de l'écrit électronique que les formalités qui l'accompagnent. Cette admission a bouleversé le formalisme qui était jusque là imposé en droit, baigné dans une logique totalement matérielle liée au papier. Il fallait pour y faire, supprimer un certain nombre d'obstacles juridiques qui empêchaient jadis leur conclusion en ligne. L'évolution législative a été amorcée par le droit de l'Union européenne, et plus particulièrement par la DCE, transposée en droit français par la LCEN.

Plan. Indirectement concernées par ces évolutions juridiques, les opérations bancaires et financières sont de plus en plus conclues en ligne (A). Toutefois, le maintien de certaines formalités inhérentes à certaines opérations financières empêche une totale dématérialisation de ces dernières (B).

A. La conclusion en ligne de contrats bancaires et financiers

Adaptation du droit. L'avalanche de la dématérialisation n'a pas épargné les contrats financiers. Ces derniers sont de plus en plus conclus, exécutés, payés et archivés en ligne. Toutefois, la conclusion d'un grand nombre de contrats bancaires et financiers n'a été rendue possible qu'avec l'admission *ad validitatem* aussi bien de l'écrit électronique que du formalisme inhérent à cette conclusion (1), l'adaptation des textes généraux de droit financier au contexte électronique (2) et enfin, par l'adoption de textes régissant les règles de bonne conduite spécifiques à la commercialisation de certains services financiers en ligne (3).

1. L'admission *ad validitatem* de l'écrit et du formalisme électroniques en droit français

Portée de l'article 1108-1 du code civil. L'article 25-I de la LCEN a introduit dans le code civil un nouvel article 1108-1 qui consacre l'équivalence de la forme électronique et papier de l'écrit. En effet, l'alinéa 1 prévoit que *« Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 (….) ».* Après cette modification substantielle, la forme du contrat traditionnellement conçue sous format papier, peut aujourd'hui être juridiquement satisfaite par la voie électronique. Force est de déduire qu'un nouveau formalisme, de nature électronique a vu le jour, assurant une équivalence fonctionnelle entre l'écrit établi sur support papier et l'écrit électronique. Consacré ainsi légalement, l'écrit électronique est admis à titre de validité et peut être accepté en tant que support de toute transaction (contrats sous seing privés ou dressés sous la forme authentique[662]), sans que quiconque ne puisse arguer la nullité d'un contrat pour sa seule forme électronique.

Situation de dénégation de l'écrit électronique. En cas de dénégation de l'écrit électronique, il appartient à la personne mettant en cause sa validité, de désavouer formellement cet écrit électronique, conformément à l'article 1323 du code civil. Ce qui entraîne une vérification en justice dudit acte[663], suivant la procédure prévue par les articles 287 et suivants du code de procédure civile en matière de vérification d'écriture (modifiés par le décret du 3 décembre 2002)[664].

---

[662] L'article 1317 alinéa 2 du code civil français prévoit dans ce sens que l'acte authentique peut être dressé par voie électronique. Les conditions d'établissement et de conservation ont été précisées par le Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 précisant les conditions d'établissement, de conservation et de copie des actes authentiques sur support électronique pour les huissiers de justice.

[663] Dans un cas d'espèce, la Cour de cassation a refusé de retenir la qualification d'écrit électronique à un e-mail, et partant de là, lui accorder une force probante conformément aux alinéas 1 et 4 de l'article 1316 du code civil dès lors qu'il a été nié par celui auquel on l'impute (Cass, 1ère civ., 30 sept. 2010, n° 09-68.555). Elle a respecté la procédure telle que prévue par l'article 1324 du code civil et a procédé à la vérification dudit écrit pour savoir si les conditions imposées en matière de fiabilité ont bien été respectées. Le rôle du juge s'est trouvé renforcé en matière électronique. Sur ce point, voir: AYEWOUADAN A., Contrôle de la validité de l'écrit électronique : l'office du juge, RLDI 2011/69, n°2259, pp 14-16 ; GRYNBAUM L., Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du code civil, selon la Cour de cassation), RLDI, 2011/67, n°2200, pp 33-36.

[664] Décret n°2002-1436 du 3 décembre 2002 modifiant le code de l'organisation judiciaire, le code de procédure civile, le code de procédure civile et le décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale.

2. L'adaptation du droit financier au contexte électronique

Impact de l'adaptation du droit sur la pratique financière. La réforme du droit de la preuve a favorisé la dématérialisation des transactions bancaires et financières, et a encouragé les différents acteurs de la scène financière à adopter la voie électronique comme support de leurs transactions. Sachant qu'en cas de conflit, le support électronique sera parfaitement admissible sur le terrain de la preuve au même titre que l'écrit établi sur support papier. Divers contrats financiers peuvent aujourd'hui être conclus électroniquement grâce à l'évolution des textes spécifiques qui les régissent.

La convention du compte de dépôt. Les dispositions relatives à l'ouverture et au fonctionnement de la convention du compte de dépôt[665] ont été récemment modifiées[666]. En effet, l'article L. 312-1-1, I du CMF a fait preuve de souplesse en laissant une grande marge à la liberté contractuelle, en prévoyant qu'à la demande du client, la convention de dépôt peut être conclue par *« un moyen de communication à distance »* (alinéa 6), et qu'*« à tout moment de la relation contractuelle »*, la convention du compte de dépôt peut lui être adressée soit sur support papier ou *« sur un autre support durable »*[667]. Le même raisonnement vaut pour tout changement qui affecterait ladite convention, puisque, précise le même article que le projet de modification est communiqué soit sur support papier ou « sur un autre support durable »[668].

Le contrat d'assurance. Les développements précédents concernant l'admission *ad validitatem* du contrat électronique s'appliquent également au contrat d'assurance. Ainsi, grâce à la transposition de la DSF en droit français par l'Ordonnance du 6 juin 2005 qui a introduit l'article L. 112-2-1 dans le code des assurances, le contrat d'assurance peut valablement être contracté à distance[669]. L'exigence de la rédaction par écrit[670] et en

---

[665] Le fonctionnement de la convention du compte de dépôt est régi par l'arrêté du 29 juillet 2009 relatif aux relations entre les prestataires de services de paiement et leurs clients en matière d'obligations d'information des utilisateurs de services de paiement et précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt et les contrats-cadres de services de paiement.

[666] En effet, l'article L. 312-1-1 a été respectivement modifié par les lois n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (article 37) et par la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière (article 17).

[667] Article 312-1-1-IV du CMF.

[668] Article 312-1-1-II du CMF.

[669] Ledit article précise que le contrat d'assurance est cumulativement régi par les dispositions spécifiques du code des assurances que par le code de la consommation En particulier, par les dispositions des sous sections 2 et 3 de la section 2 du chapitre premier du titre II du livre 1er, à l'exception des articles L.121-20-10, L. 121-20-12 et L. 121-20-17.

caractères apparents du contrat d'assurance telle que stipulée par l'article L. 112-3 du code des assurances [671] ne signifie pas que ce dernier soit fourni exclusivement sous format papier[672], elle peut être régulièrement satisfaite par la voie électronique. En effet, ni les évolutions législatives ne s'y opposent (au contraire, elles sont favorables au recours dématérialisé des contrats), ni la récente jurisprudence en la matière[673].

Les services boursiers. Il n'est pas nécessaire que la convention de compte titres soit écrite pour que celle-ci soit valable. C'est la position qu'a adoptée la Cour de cassation à l'occasion d'un litige qui a opposé un particulier à une société d'investissement. Elle a, à ce propos, décidé que *« si la convention de compte titres doit faire l'objet d'un écrit, cette exigence ne constitue pas une condition de validité du contrat, mais une simple règle de preuve [674]».* Comme dans ce cas d'espèce, un client peut valablement ouvrir un compte titres en ligne, de passer des ordres sur un marché de règlement au moyen d'un code d'accès sans forcément avoir conclu une convention écrite.

Le crédit à la consommation. Suite à la réforme du crédit à la consommation par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, qui a modifié les articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation, aussi bien le contrat de crédit[675], que la fiche d'information[676], en passant par l'offre[677], les informations précontractuelles[678] et la publicité[679], peuvent désormais être établis soit par écrit soit *« sur un autre support durable[680] »*.

---

[670] L'obligation de la rédaction par écrit d'un contrat d'assurance a été approuvée par la Cour de cassation (cass. civ. 1ère, 14 nov. 1995 pourvoi n° 93-14546), Bull 1995, I, n°402, p 280 ; cass.civ. 1ère, 10 juil.2002, n°99-15430, Bull 2002, I, n° 191, p 147.

[671] Modifié par l'article 6-XXXI de l'Ordonnance n°2001-350 du 19 avril 2001 relative au code de la mutualité et transposant les directives 92/49/CEE et 92/96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992. L'obligation de la rédaction par écrit d'un contrat d'assurance a été approuvée par la Cour de cassation cass. civ. 1ère, 14 nov. 1995 pourvoi n° 93-14546, Bull 1995, I, n°402, p 280 ; cass.civ. 1ère

[672] Lamy Assurances 2010, p 2195, n°4684.

[673] Arrêt de la Cass, crim, 27 mai 2008 précité.

[674] Cass. com. 18 mai 2010, n°09-13913, F-D, RLDI 2010/61 n°2021, pp 53-54.

[675] *« Le contrat de crédit est établi par écrit ou sur un autre support durable »* Article 311-18 du code de la consommation tel que modifié par l'article 10 de la loi du 1er juillet 2010.

[676] L'article L. 311-10 modifié par l'article 6 de la loi du 1er juillet 2010 prévoit *« Lorsque les opérations de crédit sont conclues sur le lieu de vente ou au moyen d'une technique de communication à distance, une fiche d'informations distincte de la fiche mentionnée à l'article L. 311-6 est remise par le prêteur ou par l'intermédiaire de crédit à l'emprunteur. Cette fiche, établie par écrit ou sur un autre support durable, comporte notamment les éléments relatifs aux ressources et charges de l'emprunteur ainsi que, le cas échéant, aux prêts en cours contractés par ce dernier. Ladite fiche est signée ou son contenu confirmé par voie électronique par l'emprunteur et contribue à l'évaluation de sa solvabilité par le prêteur. Les informations figurant dans la fiche doivent faire l'objet d'une déclaration certifiant sur l'honneur leur exactitude».*

[677] Article L. 311-11 du C. consom. modifié par l'article 7 de la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JO n° 151 du 2 juillet 2010.

[678] Article L. 311-6 du C. consom. tel que modifié par l'article 5 de la loi du 1er juillet 2010.

[679] Article L. 311-4 et article L 311-5 du code de la consommation, tous deux modifiés par l'article 4 de la loi du 1er juillet 2010 précitée.

[680] L'alinéa 12 de l'article L. 311-1 du code de consommation définit le support durable comme étant *« tout instrument permettant à l'emprunteur de conserver les informations qui lui sont adressées personnellement, d'une manière qui permet de s'y reporter aisément à*

Le crédit immobilier. L'article L. 312-15 du code de la consommation tel que modifié par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit[681], prévoit que le contrat de crédit doit être rédigé par écrit sans imposer une exigence de forme. Si la publicité[682] relative au crédit immobilier peut être faite sur tous supports, l'offre du contrat de crédit par contre doit toujours être écrite et envoyée par voie postale[683]. Son acceptation doit également être donnée par lettre, le cachet de la poste fait foi[684]. Ces exigences et les formalités qui empêchaient jadis la dématérialisation du crédit immobilier ne le sont plus depuis les récentes évolutions législatives. En effet, depuis la consécration juridique de la lettre électronique simple et recommandée, toutes ces formalités peuvent désormais être accomplies par la voie électronique.

3. L'adoption de textes spécifiques régissant les règles de bonne conduite d'opérations financières commercialisées en ligne

Décision n°99-07 du Conseil des marchés financiers[685]. Le CMF a rendu une décision à l'égard des prestataires habilités à fournir les services de réception, de transmission ou d'exécution d'ordres de bourse pour le compte de tiers via Internet. Cette décision a eu pour objectif de préciser les conditions de d'application des règles de bonne conduite requises pour la réception d'ordres de bourse en ligne. En résumé, toutes les informations- ou presque- transitent en ligne : des informations relatives à l'identification du prestataire financier ou de son mandataire (article 2) ; de la consultation par le client d'informations *« à l'écran ou par téléchargement »* (article 7.1) ; la fixation de la date de la consultation de l'écran ou de téléchargement de notices comme point de départ du délai de sept jours qui sépare la remise de la documentation au client et sa passation du premier ordre en ligne (article 7.3); le choix accordé au client d'opter pour la voie électronique afin de recevoir les

---

l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction identique desdites informations ».

[681] Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO n°0115 du 18 mai 2011 p 8537.

[682] Article L. 312-4 du C. consom.

[683] Article .L. 312-7 du C. consom.

[684] Article L. 312-10 du C. consom.

[685] Décision du CMF n° 99-07 du 15 septembre 1999 relative aux prescriptions et recommandations pour les prestataires de services d'investissement offrant un service de réception-transmission ou d'exécution d'ordres de bourse comportant une réception des ordres via Internet

avis d'opéré ou les relevés de portefeuille (article 8) et enfin l'obligation de la tenue d'un système automatisé de vérification de compte par le prestataire financier (article 10).

Recommandation n° 99-02 de la COB. Veillant à la protection de l'épargne et à la qualité de l'information fournie aux investisseurs, la COB a adopté la recommandation n°99-02 relative à la promotion ou la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat via Internet[686]. Elle a commencé par rappeler que les règles classiques en cas de commercialisation de ces services s'appliquent également sur Internet, avant de prévoir quelques règles spécifiques au contexte dématérialisé qu'impose Internet relatives notamment au public visé ainsi qu'au contenu des informations qui doivent être fournies en ligne.

B. Le maintien de certaines formalités empêchant une totale dématérialisation

Réticence de certaines formalités. Malgré ces évolutions législatives, certains contrats financiers résistent toujours à une totale dématérialisation en raison du formalisme qui les accompagne. En effet, en raison de l'importance et la gravité de certains actes, ils requièrent obligatoirement la présence des parties (1), il en est de même pour les sûretés et les contrats solennels qui nécessitent l'intervention d'un officier public (2).

1. La présence obligatoire de la personne physique

Intérêt. La justification de l'identité de la personne physique dans certaines opérations financières est dictée par un souci de sécurité, de contrôles frontaliers[687], à la lutte contre le terrorisme et le blanchiment d'argent. Sans prétendre l'exhaustivité, cette formalité figure parmi les obligations que doivent respecter les établissements recevant des fonds du public conformément à l'article L. 563-1 du code monétaire et financier. Elle doit être respectée également en cas de remise de chèque étant donné que l'article L. 131-15 du code

[686] Bulletin mensuel COB n°337, juillet-août 1999.
[687] Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme (JO 24 janv. 2006, n°1).

monétaire et financier impose que la personne *« justifie de son identité au moyen d'un document officiel portant sa photographie».*

2. Les sûretés

Sûretés. L'article 9§2 de la DCE a assorti le principe de dématérialisation des contrats de certaines exceptions. Il en est ainsi pour les contrats nécessitant l'intervention de tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant une autorité publique (article 9.2, b) ou encore les contrats de sûretés et garanties fournies par des consommateurs (article 9.3, c). Le code civil quant à lui, n'a retenu que cette dernière exception. En effet, l'article 1108-2, 2° du code civil (ajouté par la l'article 25-I de la LCEN) énumère comme exception à l'admission *ad validitatem* de l'écrit électronique, les *« actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale ».* Toutefois, cette interdiction ne s'applique pas aux professionnels étant donné que le même article précise *« sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ».* Ainsi, dans certains contrats, la mention manuscrite de la main de la caution est apposée sous peine de nullité de l'acte[688].

Paragraphe 2 : La consécration légale d'une équivalence probatoire entre l'écrit électronique et l'écrit sur support papier

Plan. La réforme introduite dans le code civil par la loi du 13 mars 2000 a introduit une équivalence probatoire entre l'écrit établi sur support papier et l'écrit électronique par l'article 1316 (A), à condition que soient respectées les conditions légales relatives à sa conservation (B).

[688] Sur ce point, l'article L. 313.7 du C. consom. prévoit que :*« La personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres Ier ou II du présent titre doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même."*

A. L'article 1316 du code civil : socle d'admission *ad probationem* de l'écrit électronique

La consécration d'une réelle équivalence fonctionnelle. Les dispositions qui règlementent l'écrit électronique sont contenues désormais dans les articles 1316, 1316-1 à 1316-3 nouveaux du code civil (section I consacrée à la preuve littérale, du chapitre VI, du Titre III, du Livre troisième du code civil). Ainsi, l'article 1316 avec ses différents alinéas, constitue l'article phare qui réglemente désormais l'écrit électronique. L'article 1316 du code civil commence par énumérer les bases de la preuve littérale. Cette dernière ne résulte plus que d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, mais également -et c'est là l'innovation de la loi du 13 mars 2000 - *« de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support*[689] *et leurs modalités de transmission ».* L'intelligibilité de l'écrit électronique se conçoit différemment de l'écrit papier : « *(…) car les inscriptions ne sont pas saisissables à main nue ni même intelligibles sans l'aide d'une machine* »[690].

Conditions. Sous réserve de quelques conditions, l'alinéa 1 de l'article 1316 consacre l'équivalence probatoire entre l'écrit électronique et l'écrit sur support papier: *« L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puissent être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».* Le législateur a emprunté une formulation proche de celle qui a été utilisée par la jurisprudence pour admettre la validité probante d'un écrit dématérialisé: « (…) *peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie dès lors que son intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées »* et valoir ainsi *«preuve écrite»*[691]. Cette équivalence probatoire est de nature à renforcer davantage la dématérialisation de l'activité

[689] Le droit québécois de la preuve prévoit une équivalence similaire entre ces différents supports de l'écrit. L'article 2837 du code civil québécois prévoit à ce titre qu' « *à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique », « L'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document ».*

[690] RAYNOUARD A., La dématérialisation des titres, étude sur la forme scripturale, th. Paris II, 1998, n° 70.

[691] Cass. com , 2 déc. 1997, Voir comm. CATALA P. & GAUTIER P.-Y., « L'audace technologique à la Cour de cassation, vers la libération de la preuve contractuelle» JCP 1998, I, n°23 p 884-885.

financière étant donné que les établissements bancaires recourent à la transmission électronique de données et la gestion électronique des moyens de paiement.

Force probante égale. L'article 1316-3 du code civil consacre quant à lui l'équivalence de la force probante entre ces différentes formes de preuve : *« l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».* Par cette disposition, le législateur a placé sur un pied d'égalité des règles probatoires vieilles et solides de quelques siècles et des règles probatoires jeunes et modernes.

Consécration jurisprudentielle. L'étude de la jurisprudence récente de la Cour de cassation démontre que la Cour réserve un accueil mitigé aux modes électroniques en preuve. Si à l'occasion de certains arrêts, la haute Cour considère la page Facebook[692] ou un sms[693] comme des écrits électroniques constituant un parfait mode de preuve. Dans d'autres cas d'espèce, concernant les courriers électroniques[694], elle n'y voit qu'un commencement de preuve par écrit[695], qui, comme son nom l'indique, ne peut se suffire à lui-même et nécessite d'autres éléments pour le corroborer pour emporter la conviction des juges.

Conséquence de l'absence de l'hiérarchie entre différentes formes d'écrit. L'absence d'hiérarchie entre les supports de l'écrit « papier » et électronique, et l'assise d'une réelle équivalence sur le terrain probatoire de ces supports, a conduit à une concurrence accrue en cas de conflit tranchée par une appréciation souveraine du juge si certaines conditions font défaut. Tel est le principe posé par l'article 1316-2 du code civil: *« lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les*

---

[692] Dans un cas d'espèce, le Conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt a validé le licenciement de deux employées pour avoir échangé sur le réseau social ''Facebook'', des propos dénigrants envers leur employeur (Cons. Prud. Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010 n°09-00343). Dans une autre affaire similaire, le TGI de Béthune a retenu la condamnation d'un salarié pour avoir tenu des propos négatifs sur son blog internet à l'égard de son employeur (TGI Béthune, 14 déc. 2010).

[693] Dans un arrêt rendu le 30 septembre 2009, la Cour de cassation a décidé qu' « *un prévenu coupable du délit prévu et réprimé par l'article 222-16 du code pénal pour avoir adressé à la partie civile des textos ou SMS malveillants et réitérés de jour comme de nuit en vue de troubler sa tranquillité dès lors que la réception desdits messages se traduit par l'émission d'un signal sonore par le téléphone portable de son destinataire ».* Cass. crim. 30.09.2009, pourvoi n°09-80373.

[694] Si dans une autre affaire la haute Cour refuse l'attribution de la qualité d'écrit électronique à un e-mail en cas de dénégation par son titulaire (Cass, 1ère civ., 30 sept. 2010, n° 09-68.555), la Cour de cassation diminue la valeur probante de ce denier, en le considérant uniquement comme un commencement de preuve par écrit qui nécessite un élément extérieur pour le corroborer.

[695] A l'occasion d'un arrêt rendu le 1er juillet 2010 par la 2ème chambre civile de la Cour de cassation, il a été considéré qu'un accusé de réception signé et la copie informatique du courrier envoyé constituent un commencement de preuve par écrit même si l'en-tête et le pied figurant sur la lettre ne sont pas ceux usuellement utilisés par la caisse d'assurance maladie (pourvoi n°09-14685, F-D ; RLDI 2010/63 n°2089, pp 71-72.

conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ». Toutefois, la teneur de cet article mérite une précision. L'article accorde certes au juge un réel pouvoir d'appréciation, mais ce pouvoir, il faut le préciser, n'arrive qu'en troisième position, précise l'article 1316-2. En effet, si la loi fixe des principes sur le terrain probatoire, ou si les parties ont conclu une convention de preuve valable, favorisant une forme de preuve en particulier, le juge s'y trouvera lié, et sa libre appréciation sera écartée dans ces cas. Si, au contraire, ces conditions font défaut, le juge reprend son plein pouvoir, et jugera parmi les titres qui lui sont présentés, lequel est *« le plus vraisemblable ».*

Le titre le plus vraisemblable. En prévoyant que c'est le titre le plus vraisemblable qui sera retenu, *« quel qu'en soit le support »,* le législateur a placé sur un pied d'égalité les documents établis sur support papier et ceux établis sur un support électronique, ôtant toute prééminence d'une forme d'un écrit sur un autre. Le juge, en examinant les éléments qui lui sont fournis par les parties au conflit, apprécie lequel de ces supports présente le plus de garanties de fiabilité et d'authenticité.

B. Les mesures adaptées de conservation de l'écrit électronique

Plan. Ces mesures sont de deux ordres : il ya d'une part l'horodatage électronique (1) et l'archivage électronique (2).

1. L'horodatage électronique

Horodatage. L'horodatage est un procédé qui permet l'apposition d'une date certaine d'envoi et d'expédition d'un document électronique. Ainsi, et conformément à l'article 1369-7 du code civil, *« l'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat».* Le décret en question a été adopté le 20 avril 2011,

relatif à l'horodatage des courriers expédiés ou reçus par voie électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat[696].

L'horodatage : intérêt juridique. La date d'un acte est une exigence de forme de longue date liée à un environnement papier, et dont la forme est parfois précisée par le législateur lui-même (en marge, en chiffres, en toutes lettres….). Importante sur plus d'un plan, l'indication de la date dans un acte permet, en cas de litige, de vérifier la capacité et la solvabilité des parties, la loi applicable, la chronologie dans la rédaction des actes, le respect du délai par les parties, le délai de rétractation, de renonciation[697], ou encore de prescription[698]…..etc. Ainsi, en cas de défaut de date, l'acte en question est considéré comme un acte anormal, suspect, laissant présumer l'intention de fraude[699].

Applications en droit financier. La date figure parmi les mentions obligatoires que les effets de commerce doivent contenir: chèque[700], lettre de change[701] et billet à ordre[702] doivent absolument être datés. Il en est de même pour les contrats d'assurance[703], ou pour la convention de compte de dépôt[704]. L'absence de date entraîne la nullité de certains actes. Il est ainsi des effets de commerce[705]. Ainsi, un chèque sans date est assorti de la même amende d'un chèque faussement daté (amende maximale de 6% du montant du chèque)[706]. Toutefois, avec la dématérialisation des actes, comment respecter cette formalité aussi importante en droit français dans un environnement totalement dématérialisé ?

---

[696] Décret n°2011-434 du 20 avril 2011 relatif à l'horodatage des courriers expédiés ou reçus par voie électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, JO 21 avril 2011 p 7093, texte n°51. Il a été accompagné par l'adoption d'un arrêté du même jour relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services d'horodatage électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation, JO n° 0094, 21 avril 2011 p 7094, texte n°52.

[697] Article L. 112-2-1, II, 1°, a) du C.assur.

[698] DEMOULIN M., Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques, opt.cit., pp 60-61.

[699] MAZEAUD J., ''L'acte non daté, preuve de la date entre parties'', note sous cass.civ. 1ère, 11 avril 1964, J.C.P. 1965, Tome I, II, n°14101, point IC.

[700] Article L. 131-2, 5° du CMF.

[701] Article L. 511-1-I, 7° du C. com.

[702] Article L. 512-1, I, 6° du C.com.

[703] Article L.112-4 du C. assur. modifié en dernier lieu par la loi n°94-5 du 4 janvier 1994.

[704] Article 3, a de l'arrêté Arrêté du 29 juillet 2009 relatif aux relations entre les prestataires de services de paiement et leurs clients en matière d'obligations d'information des utilisateurs de services de paiement et précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt et les contrats-cadres de services de paiement.

[705] SOUSI ROUBI B. *Variations sur la date* in RTD civ. janvier-mars 1991 p 98 ; Articles 511-1-II (lettre de change) et 512-2 (billet à ordre) du C. com.

[706] Article L. 131-69 du CMF.

Adaptation au contexte dématérialisé. Dans l'environnement technologique, la datation est un élément de preuve électronique qui revêt une importance particulière. Il est en effet indispensable d'établir avec exactitude, à quel moment précis une opération a été effectuée en ligne[707], une réponse a été envoyée ou un document a été réceptionné par son destinataire afin de limiter le risque de répudiation des messages. C'est la fonction remplie par l'horodatage dont le fonctionnement a été précisé par le décret du 20 avril 2011.

Le décret du 20 avril 2011. Ce décret a apporté d'importantes précisions réglementaires quant au fonctionnement du mécanisme de l'horodatage. Le chapitre 1er composé d'un article unique fournit une série de définitions en particulier celle du prestataire du service d'horodatage électronique[708], du procédé d'horodatage[709], son module[710], ou encore de son certificat[711], de la contremarque de temps[712] et ses données de vérification[713], de la source de temps fiable[714], avant de détailler les conditions de fiabilité du procédé d'horodatage.

Procédure et fiabilité de l'horodatage. Afin de procéder à l'opération d'horodatage d'un document électronique, le tiers horodateur[715] applique tout d'abord un algorithme de hachage, en procédant à la compression du document dans le but d'en calculer l'empreinte à laquelle il attribue une marque de temps, puis la signe au moyen d'une clé[716]. Le document horodaté est ainsi doté d'un certificat qui atteste que le document est assorti d'une date certaine et garantit qu'il n'a pas été altéré entre-temps. Si le tiers horodateur veut s'assurer

---

[707] DEMOULIN M., Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques *in* Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Presses universitaires de Namur, éditions BRUYLANT 2003, p 43

[708] Défini par l'article 1.4° comme la *« personne en charge de la production et de la délivrance de contremarques de temps »*

[709] Article 1.2° définit le procédé d'horodatage comme étant un *« mécanisme associant une représentation d'une donnée à un temps particulier et attestant de l'existence de la représentation de cette donnée à cet instant au moyen d'une contremarque de temps ».*

[710] *« dispositif, matériel ou logiciel, comportant un module cryptographique et une horloge interne synchronisée avec une ou plusieurs sources de temps, et destiné à mettre en application les données nécessaires à la production d'une contremarque de temps, dont les données de signature de la contremarque de temps ».* Article 1.7° du décret du 20 avril 2011.

[711] Défini comme étant un « *document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de la contremarque de temps et le prestataire de services d'horodatage électronique* ». Article 1.9° du décret du 20 avril 2011.

[712] *La contremarque de temps est définie par l'article 1.3° comme : donnée sous forme électronique liant une représentation d'une donnée à un temps particulier et attestant de l'existence de la représentation de cette donnée à cet instant. La contremarque de temps comporte un cachet du prestataire de services d'horodatage électronique établi à l'aide des données de signature de la contremarque de temps ».*

[713] Composées par les *« éléments tels que des clés cryptographiques publiques, utilisés pour vérifier le cachet d'une contremarque de temps ».* Article 1.8° du décret.

[714] La source de temps fiable est l'*« ensemble de moyens permettant de fournir une date reconnue comme fiable selon les normes internationales en vigueur »* article 1.1° du décret.

[715] Plusieurs sites proposent aujourd'hui le service d'horodatage (ou timestamping en anglais). A titre d'exemple, le serveur Eternity (http://web.cryptolog.com/web/display/fr/Eternity); Aloaha (http://www.aloaha.com/wi-software-en/aloaha-timestamping-server.php), Quick-software-line (http://www.quick-software-line.com/FR/signature-electronique-et-horodatage.html); Universign (https://www.universign.eu/fr/?gclid=CK_XvdzUpKkCFQRqfAodsBFUvw); Keynectis (http://www.keynectis.com/fr/produits-et-services/pki/kstamp-horodatage-electronique.html) etc…..

[716] DEMOULIN M., Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques, opt.cit., p 45.

que le document n'a pas été modifié, il compresse de nouveau le document, de cette compression découle une empreinte, il la compare à celle qui figure sur le certificat[717]. Toutefois, les compétences du tiers horodateur sont limitées : il ne peut ni s'assurer de l'identité de la personne ni avoir accès au contenu du document ni encore d'en conserver une copie. Il se contente simplement de constater puis certifier le lien existant entre un message électronique donné à un moment exact. La fiabilité de ce procédé telle qu'affirmée par l'article 2 du décret du 20 avril 2011, dépend de l'observation des exigences énumérées dans l'article 3 du même article[718].

Force probante envers les tiers et l'obligation d'enregistrement. Malgré ces évolutions, l'article 1328 du code civil maintient la formalité de l'enregistrement pour des raisons d'opposabilité aux tiers en prévoyant que *« les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés (…) ».* Par voie de conséquence, la date d'un acte horodaté électroniquement n'est opposable aux tiers que s'il est enregistré. Il s'agit d'une

---

[717] DEMOULIN M., opt.cit.

[718] Pour que l'horodatage soit fiable, le prestataire doit se conformer à certaines exigences précise l'article 3 du décret. En raison de leur caractère technique, nous reprendrons la liste entière de ces exigences : *« Le prestataire de services d'horodatage électronique se conforme aux exigences suivantes :*

1° Disposer de personnel ayant les connaissances, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture de services d'horodatage électronique;

2° Appliquer des procédures de sécurité appropriées ;

3° Utiliser des systèmes et des produits assurant la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assurent, notamment un

module d'horodatage satisfaisant aux exigences de l'article 4;

4° Assurer que l'horloge interne du module d'horodatage est synchronisée avec une ou plusieurs sources de temps fiable selon les performances garanties par le prestataire de services d'horodatage électronique et cesser de délivrer des contremarques de temps en cas de désynchronisation en dehors des performances garanties;

5° Prendre toute disposition propre à prévenir la falsification des contremarques de temps;

6° Disposer d'un certificat d'horodatage;

7° Conserver toutes les informations relatives au fonctionnement du service d'horodatage électronique et utiles à la manifestation de la preuve d'une date selon des règles appropriées de confidentialité et d'intégrité;

8° Mettre à disposition des utilisateurs et des abonnés par les moyens les plus appropriés les informations suivantes:

a)Ses coordonnées permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement avec lui;

b)Les conditions générales d'utilisation des services d'horodatage électronique;

c)Les conditions générales de vérification des contremarques de temps et notamment le certificat d'horodatage;

d)Les performances garanties et notamment la précision de la date des contremarques de temps et l'échelle de temps utilisée;

e)Les principales caractéristiques techniques des dispositifs utilisés et les procédures qu'il met en place;

f)Le cas échéant la mention de la qualification visée à l'article 6;

g) Les voies ouvertes pour les réclamations et le règlement des litiges;

9° Avoir défini un plan de cessation d'activité permettant de garantir la continuité du service de vérification des contremarques de temps émises ; en particulier, en cas de cessation d'activité le prestataire de services d'horodatage électronique doit informer préalablement les utilisateurs de cette cessation et des conditions dans lesquelles sera assurée la continuité du service de vérification des contremarques de temps;

10°Publier sans délai tout événement affectant la fiabilité des contremarques de temps émises ;

11° Etre capable de démontrer le respect des exigences précitées. »

formalité regrettable vu la fiabilité que présente l'horodatage électronique[719], mais qui est maintenue pour des raisons fiscales[720].

2. L'archivage électronique

Coffre-fort virtuel. L'archivage électronique a pour objet de stocker les données d'un contrat passé dans des conditions telles qui assurent leur protection, et leur non altération pendant toute la durée de l'archivage afin de permettre aux parties de le consulter ultérieurement. L'archivage remplit donc une fonction probatoire dans la mesure où il permet la conservation de la valeur d'un document pendant une durée plus ou moins longue. En raison de la technicité de l'opération, elle est confiée à un tiers spécialisé : un tiers archiviste.

Conservation du document électronique. Déjà prévu et réglementé en droit international par la loi C.N.U.D.C.I. de 1996 relative au commerce électronique[721], l'archivage a été introduit par la LCEN qui a ajouté dans le code de la consommation un nouvel article L.134-2 relatif à la conclusion du contrat électronique. Il prévoit que, lorsque le contrat électronique dépasse un montant fixé par décret, il doit être conservé par un professionnel pendant un délai déterminé et mis à la disposition de son cocontractant lorsqu'il en fait la demande. Le décret en question a été adopté le 16 février 2005[722] qui limite le délai en dix ans et le montant à 120 euros. Le délai de conservation par le cybervendeur commence à courir à compter de la conclusion du contrat lorsque la livraison du bien ou l'exécution de la

[719] DEMOULIN M., *opt.cit.,* p 66.
[720] DEMOULIN M., *opt.cit.,* p 66.
[721] L'article 10 de la loi CNDCI qui traite de la question de la conservation de l'écrit électronique stipule que : *« 1. Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes : a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement; b) Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues; c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent. 2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas aux informations qui n'ont d'autre objet que de permettre l'envoi ou la réception du message de données. 3. L'exigence visée au paragraphe 1 ci-dessus peut être satisfaite par recours aux services d'une autre personne, sous réserve que soient remplies les conditions fixées aux alinéas a), b) et c) de ce paragraphe. »*
[722] Décret n°2005-137 du 16 février 2005 pris pour l'application de l'article L. 134-2 du C.consom, JO 18 février 2005, p 2780.

prestation de services est immédiate[723], autrement, c'est la date de la livraison du bien ou l'exécution du service qui marque le point de départ du délai.

Critique. Si la conservation du contrat électronique est une obligation légale, prévue dans un but de protection du « cyberclient », il aurait été souhaitable qu'elle ne pèse pas particulièrement sur le professionnel, car, il n'est pas rassurant que le client dépende entièrement du système informatique du professionnel avec lequel il a conclu[724]. En cas de conflit, il lui incombe de diligenter une expertise afin de prouver que le système informatique du professionnel n'est pas fiable[725]. Il faut que le consommateur confie à un tiers archiviste le soin de conserver ''son original''.

Échec pratique? En raison de la complexité de conservation d'un document électronique codé et compressé à l'aide de données mathématiques[726], l'archivage électronique ne peut avoir la même efficacité que l'archivage traditionnel, et ne peut garantir l'intégrité physique d'un document[727], ce qui explique l'accueil réservé que lui a accordé la communauté archivistique[728]. Un groupe de réflexion s'est même réuni afin d'étudier les effets de la conservation à long terme des documents électroniques[729].

Plan. Nonobstant les développements précédents, l'écrit électronique ne peut avoir une réelle valeur probatoire que s'il est signé, et que la personne dont il émane est dûment identifiée conformément aux conditions rigoureusement stipulées par l'article 1316- 1 du code civil qui stipule que : *« L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne*

---

[723] GRYNBAUM L., Un décret qui fixe le délai de conservation des contrats conclus par voie électronique, Comm. com.électr, Avril 2005, n°69, p 30.
[724] RENARD I., L'archivage des contrats numériques : et si on se posait les bonnes questions ? Comm. com.électr, Juin 2005, n°180, p 4.
[725] RENARD I., opt.cit. n° 180, p 4.
[726] BLANCHETTE J.-F., opt.cit., p 25.
[727] BLANCHETTE J.-F., opt.cit., p 25.
[728] BLANCHETTE J.-F., opt.cit., p 25.
[729] http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/1670

dont il émane (…)». La signature est donc la condition *sine qua non* pour que l'écrit électronique soit valablement admis comme preuve littérale[730].

SOUS SECTION 2 : LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

Évolution et importance de la signature électronique. Nul ne peut nier l'importance du rôle joué par la signature dans les transactions et le défi auquel elle a été affrontée depuis l'émergence des nouvelles technologies. D'abord un sceau, remplacé par les empreintes digitales à partir du 16ème siècle, manuscrite ensuite et aujourd'hui électronique, la signature a subi également de profondes mutations à travers le temps afin de s'adapter aux mutations du monde des affaires. Ainsi, *« Les signatures informatiques se sont avérées indispensables pour le succès des opérations de retrait d'argent dans les distributeurs, dans les guichets automatiques et à la réussite des paiements par carte»*[731]. Il était donc indispensable de reconnaître juridiquement cette nouvelle forme de signature afin d'encourager et accroitre la confiance dans l'économie numérique. En effet, l'année 2000 a été l'année de la signature électronique par excellence, aussi bien sur le plan européen que sur le plan international[732]. Elle a été insérée non seulement en droit français, mais également en droit luxembourgeois[733], belge[734] et américain[735]. En droit européen, la signature électronique a été consacrée juridiquement une année plus tôt par la directive du 13 décembre 1999 qui a jeté les bases d'un cadre juridique harmonisé de la signature électronique qu'elle définit comme étant *« une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à*

---

[730] BOUDREAU M., La nouvelle définition de la preuve littérale, Gaz.Pal. Recueil janvier-février 2002, p 6.

[731] PENNARUN S., opt.cit. p 8.

[732] Convention de la C.N.U.D.C.I. du 12 juin 1996 relative au commerce électronique précitée.

[733] En droit luxembourgeois, la signature électronique a été introduite dans le code civil par la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique qui a ajouté un alinéa à l'article 1322 du code civil qui stipule désormais que la signature *«(…) peut être manuscrite ou électronique." La signature électronique consiste en un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité et satisfait aux conditions posées à l'alinéa premier du présent article.»*

[734] 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 a ajouté un alinéa à l'article 1322du code civil qui prévoie désormais que : « *Peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte".*

[735] En droit américain, le président Clinton a signé le 30 juin 2000 (Electronic signatures act), loi américaine légalisant la signature électronique à l'échelle fédérale, disponible à l'adresse suivante :http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c106:S.761.ENR: . Cette loi a été précédée par la publication le 1er août 1996, de guides concernant la signature électronique (digital signatures guidelines par l'American Bar association (ABA).

d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification[736]*»*. Admise juridiquement, la signature électronique a fait ainsi « *(…) entrer de plain-pied le support électronique dans la vie juridique*[737] *».*

Adaptation du droit français. A l'instar de l'écrit électronique, le législateur français, en transposant la directive du 13 décembre 1999 en droit français par le biais de la loi du 13 mars 2000, a retouché sur son passage la terminologie relative à la signature afin qu'elle puisse englober la signature électronique. En effet, la signature n'est plus apposée de la '' *main*'' du contractant mais simplement '' *par lui-même*''[738]. Ainsi, afin d'appréhender toutes les formes de signature[739], y compris électronique, l'article 1316-4 du code civil a définit la signature sans lui imposer une forme quelconque : *« tout signe intimement lié à un acte permettant d'identifier et d'authentifier l'auteur de cet acte et traduisant une volonté non équivoque de consentir à cet acte* [740]*».* La réforme a également été l'occasion pour lui de rappeler les fonctions traditionnelles de la signature: identification de celui qui l'appose et manifeste le consentement aux obligations qui découlent de l'acte signé[741].

Plan. La signature électronique est devenue un élément incontournable dans la conclusion et la preuve des transactions bancaires et financières conclues en ligne (paragraphe 1) qui présente une fiabilité certaine mais conditionnée (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'utilisation de la signature électronique en droit financier

Evolution progressive. L'évolution de la signature électronique en droit financier a été d'abord réalisée grâce à la souplesse de la jurisprudence française qui a pris la relève d'admettre cette nouvelle forme de signature avant toute réforme sur le plan légal, ensuite,

---

[736] Article 2.1 de la directive.
[737] Revue Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2010, n° 2850, p1813.
[738] Article 1326 du code civil modifié par l'article 5 de la loi du 13 mars 2000.
[739] Voir rapport du Sénat n° 203, P 52 fait par Monsieur Jolibois : http://www.senat.fr/rap/l99-203/l99-203_mono.html; V. document de MIREILLE A. et GOBERT D. *'' pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification''* RGDC, 1998, /4 p 286.
[740] V. DEVYS C., Du sceau numérique à la signature électronique, sous la direction de DHENIN C., Vers une administration sans papier, Paris, La documentation Française, 1996, p.96.
[741] Article 1316-4 alinéa 1 du code civil.

par les retouches que le législateur a effectuées dans le Code monétaire et financier et dans le code de commerce (A). Appliquée particulièrement dans les transactions financières, la signature électronique peut revêtir plusieurs formes (B).

A. Les évolutions du droit financier relatives à la signature électronique

Souplesse de la jurisprudence française. La conclusion d'opérations financières en ligne n'est pas subordonnée à l'utilisation d'une seule forme de signature électronique. En effet, les juges ont admis très tôt qu'une signature est valable dès lors qu'il n'existe aucun doute ni sur l'identité de l'auteur de l'acte ni sur sa volonté d'en approuver les dispositions[742]. En droit bancaire, la première chambre civile de la Cour de cassation a reconnu la licéité de la signature électronique, en précisant que la signature était composée de deux éléments, *''le code secret et la présentation de la carte bancaire''*[743]. En droit cambiaire, dans une décision à la fois remarquable et audacieuse[744] en matière du Bordereau Dailly, la Cour de cassation a retenu que *« l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées [745] ».* Cette décision est importante sur plus d'un plan. Primo, en prévoyant que l'établissement et la conservation d'une créance professionnelle ou encore son acceptation peut se faire « sur tout support », la haute juridiction a favorablement accueilli la preuve sur un support dématérialisé, électronique entre autres. Secundo, elle a amorcé la solidité du lien noué entre l'écrit et la signature électroniques en vertu duquel l'écrit électronique ne peut être reçu sur le terrain probatoire qu'accompagné de la signature qui remplit certaines conditions. Tertio, elle a admis une forme électronique de la signature, sous réserve, ici encore, que les conditions qui attestent l'intégrité et l'imputabilité de la signature soient vérifiées, ou n'ont pas été contestées. Sur le dernier de ces points, en admettant une forme dématérialisée de l'acceptation d'un bordereau Dailly, la Cour de

[742] Cass. civ. 1ère, 21 juillet 1980, n°79-12059, Bull. n° 233.
[743] Cass. civ., 1ère ch., 8 nov. 1989, Sté Crédicas, Bull.civ, I, n° 342.
[744] MALECKI C., Regards sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature électronique, JCP E 21 déc. 2000, n°51-52 p 2037.
[745] Cass.com 2. déc.1997, n°95-14251, Bull. IV, n°315, p 271.

cassation a bousculé le formalisme persistant et incontesté[746] qui était jusque là dominant en droit cambiaire.

Modification du droit financier. En droit bancaire, si on prend l'exemple classique de la convention de compte de dépôt, l'article L.312-1-1-I du CMF[747] qui prévoit la possibilité de la conclusion à distance de la convention du compte de dépôt, stipule simplement que l'acceptation est matérialisée par une signature[748] sans l'assortir d'une forme obligatoire, laissant ainsi une brèche à une forme dématérialisée de signature. Par contre, le législateur a été plus explicite et a expressément introduit la signature électronique en droit cambiaire lorsqu'il a prévu que la signature peut être apposée soit à la main, soit *« par tout procédé non manuscrit »* dans un certain nombre d'actes. Il en est ainsi de l'endossement d'un chèque (article L. 131-19[749] du CMF), de la cession de créance (article L. 313-25 du CMF), ou encore en cas d'émission[750] ou d'endossement[751] d'une lettre de change.

Dans le même ordre d'idées, la nouvelle version de l'article 1326 du code civil tel que modifié par la loi du 13 mars 2000, pose le principe de l'admission de la forme dématérialisée de la signature dans les actes unilatéraux. En employant le terme *« par lui-même »* à la place de *« de sa main »,* l'article ouvre la voie à ce que la caution, le tireur ou toute personne qui s'engage à titre unilatéral puisse le faire électroniquement, encore faut il, que cette signature respecte les conditions imposées par l'article 1316-4 du même code.

B. Les formes de la signature électronique

Diversité des formes. Sous l'éventail de la signature électronique, diverses formes de mécanismes seuls ou regroupés, peuvent se glisser afin d'accomplir les fonctions traditionnelles dévolues à la signature : identifier la personne signataire, marquer son consentement au contenu du document et assurer l'intégrité de ce dernier. En raison de la

[746] MALECKI C., opt.cit. p 2040.
[747] Article modifié en dernier lieu par la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, JO 247du 23 octobre 2010 p 18984.
[748] Article 312-1-1-I alinéa 7 du CMF.
[749] Modifié en dernier lieu par l'article 16 de la loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales.
[750] Article L. 511-1, 8° du C.com.
[751] Article L. 511-8 alinéa 7 du code de commerce applicable au billet à ordre (article L. 512-3 C. com).

différence du mécanisme sur lequel se fonde chacune de ces signatures, elles sont d'inégale sécurité juridique, présentant chacune des avantages et des inconvénients[752]. Sans prétendre l'exhaustivité, la signature électronique peut revêtir les formes suivantes:

1) **La signature manuscrite numérisée** : Il s'agit de la forme la plus simple qu'une signature électronique peut prendre. Elle consiste simplement en *« la capture, au sein d'un fichier informatique, de l'image de la signature manuscrite d'un individu [753]».* Des critiques ont été faites pour disqualifier cette forme de signature d'électronique étant donné le faible niveau de sécurité qu'elle confère. En effet, il suffit de disposer du spécimen papier de la signature manuscrite pour la copier facilement et avec le même succès[754]. Etant le risque élevé de falsification que présente cette forme de signature, cette dernière ne peut être préconisée dans la conclusion et la preuve des transactions bancaires et financières en ligne.

2) **La signature biométrique[755] [756].** Il s'agit probablement de la signature électronique la plus sûre étant donné qu'elle se fonde sur *« l'analyse mathématique des caractères biologiques d'une personne destinée à déterminer son identité de manière irréfutable [757]».* Complétant ou substituant carrément le mot de passe, la signature biométrique prouve et certifie l'identité de la personne à travers un élément propre de son corps, tel que ses empreintes digitales[758], la forme de son iris[759] ou les vaisseaux sanguins de la rétine de son œil (rétinoscopie). Etant uniques et stables,

---

[752] CHARBONNEAU C. & PANSIER F.-J., La signature électronique, signature sous surveillance (à propos du décret n°2001-272 du 30 mars 2001), LPA, 6 avr. 2001, n°69, p 5.

[753] BLANCHETTE J.-F., Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique, Centre d'études sur la coopération juridique internationale, Centre national de la recherche scientifique, 18 janv. 2001, p 41. Disponible sur : http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/papers/teesec.pdf

[754] ABI-RIZK G.D., L'Internet au service des opérations bancaires et financières, opt.cit. n°518.

[755] Au sens étymologique, la biométrie désigne la mesure des choses vivantes. Par un abus de langage, la biométrie désigne *« l'ensemble des technologies de reconnaissance physique ou biologique des individus ».* Il s'agit d'une technique émergente qui est largement utilisée dans le domaine des nouvelles technologies afin d'accroître la confiance des usagers d'Internet, et limiter les fraudes d'usurpation d'identité. Pour plus de détails sur la définition et l'intérêt de la biométrie, nous renvoyons au site du Sénat : http://www.senat.fr/rap/r04-439/r04-4394.html.

[756] Le mécanisme de la signature biométrique est détaillé par M. BLANCHETTE, ''Les technologies de l'écrit électronique….'', opt.cit. p 34.

[757] Définition disponible sur : http://encyclopedie.linternaute.com/definition/329/11/biometrie.shtml

[758] CHARBONNEAU C. & PANSIER F.-J., La signature électronique, signature sous surveillance (à propos du décret n°2001-272 du 30 mars 2001), LPA, 6 avril 2001, n°69, p 5. Dans le même ordre d'idées, les sociétés françaises SAGEM et INT Systèmes ont développé le système ''MORPHOTOUCH'' qui permet l'identification biométrique d'une personne grâce à un terminal. Pour plus d'informations, consulter le lien suivant : http://www.dmf-technology.com/files/editor_files/file/morphotouch0702pdf.pdf

[759] www.iriscan.com. Certes efficace à 100%, cette méthode d'identification reste tout de même contraignante car elle consiste à présenter son œil face un lecteur, voir sur ce point NATAF P., LIGHTBURN J., La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, *opt. cit.,* p 838.

ces caractéristiques morphologiques se distinguent d'une personne à une autre, ce qui leur confère un caractère extrêmement fiable avec un taux d'erreur qui se rapproche de zéro[760]. Toutefois, malgré le niveau élevé d'authentification des personnes qu'elle assure, la signature biométrique ne permet pas pour autant l'authentification des actes conclus[761].

3) **La signature dynamique**. Il s'agit d'une signature qui regroupe deux mécanismes. Elle comporte à la fois le graphisme de la signature manuscrite de son auteur et intègre des éléments de reconnaissance du signataire basés sur le contrôle de paramètres liés à des facteurs psychologiques et neuro-morphologiques. A l'image de la signature biométrique, la signature dynamique peut assurer une parfaite authentification de la personne signataire mais pas celle du document signé, d'où sa faiblesse.

4) **La carte bancaire et code confidentiel.** *« Le système des cartes bancaires français utilise bien une forme de signature électronique»* a précisé Monsieur BUTHION, chargé de mission au GIE Carte bancaire[762]. En effet, étant une carte à puce, la carte bancaire française stocke dans sa mémoire les informations relatives à la banque et au compte bancaire du client[763], détenant ainsi la clé publique de la banque[764] et la clé privée[765] de la personne titulaire. Mobile, la carte à puce est protégée par un code confidentiel à quatre chiffres ou un code PIN réclamé à chaque paiement afin de s'assurer de l'identité de la personne. Sur ce point, la 1ère chambre civile de la Cour de cassation a reconnu la licéité de la signature électronique, en précisant que la signature était composée de deux éléments, ''le code secret et la présentation de la carte bancaire''[766]. Malgré sa fonction sécuritaire, il est reproché au code

[760] http://www.biosentis.com/la-biometrie/definition/
[761] MAS F., La conclusion des contrats du commerce électronique, opt.cit. n°142.
[762] cité par LATRIVE F., La révolution de la cyber-signature, le paraphe à la main perd son monopole d'ultime preuve, Libération, 25 février 2000. Article disponible sur : www.signelec.com/content/download/articles/article_**f.latrive**.doc
[763] http://www.securite-informatique.gouv.fr/autoformations/signature_elec/co/mod01_chap01_scha04_ef03_cu02.html
[764] http://www.securite-informatique.gouv.fr/autoformations/signature_elec/co/mod01_chap01_scha04_ef03_cu08.html
[765] http://www.securite-informatique.gouv.fr/autoformations/signature_elec/co/mod01_chap01_scha04_ef03_cu09.html
[766] CA Montpellier, 1ère ch., 9 avril 1987, confirmé par la Cass. civ., 1ère ch., 8 nov. 1989, Sté Crédicas, Bull.civ, I, n° 342.

confidentiel qu'il n'identifie pas son titulaire avec autant de certitude que la signature[767].

5) **La signature numérique ou cryptographique[768].** Comme son nom l'indique, cette forme de signature électronique repose sur le mécanisme de la cryptographie[769]. Proposé par MM. DIFFIE et HELLMAN[770] dans les années 1970, le mécanisme de la cryptographie à clé publique (ou asymétrique[771]) est une technique mathématique qui se fonde sur la communication chiffrée des données échangées par les parties permettant de garantir l'intégrité du document signé et l'identité du signataire[772]. Défini par Ronald RIVEST comme *« la communication en présence d'adversaires [773]»,* le mécanisme de la cryptographie *« est fondé sur la séparation de la clé unique en deux clés distinctes, une clé publique pour le chiffrement et une clé privée pour le déchiffrement. »*[774]

Paragraphe 2 : La fiabilité de la signature électronique

Force probante. La directive du 13 décembre 1999 relative aux signatures électroniques accorde une force probante différente selon les formes de signatures électroniques. Si à la signature électronique simple[775] elle applique le principe de la non discrimination[776], la

---

[767] CROZE H., opt.cit. n°19 p 169.

[768] BLANCHETTE J.-F., opt.cit. p24.

[769] La cryptographie comme technique de chiffrement de données a été d'abord conçue dans un contexte militaire dans le but d'assurer la confidentialité des communications. Grâce aux recherches scientifiques qui ont porté sur cette technique, la cryptographie a progressé et devenue plus sécurisée, plus résistante. Pour une étude approfondie de l'historique ainsi que du mécanisme de la cryptographie, voir : BLANCHETTE J.-F., Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique, Centre d'études sur la coopération juridique internationale, Centre national de la recherche scientifique, 18 janv. 2001, pp 24-32. Disponible sur : http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/papers/teesec.pdf. Sur le plan international, l'OCDE a publié en 1997 des lignes directrices concernant la cryptographie (Cryptography Guidelines). Document en anglais disponible sur : http://www.oecd.org/document/34/0,3746,en_2649_34255_1814690_1_1_1_1,00.html

[770] DIFFIE W. and HELLMAN M.E., New directions in cryptography. Document disponible sur : http://www.cs.jhu.edu/~rubin/courses/sp03/papers/diffie.hellman.pdf, cité par BLANCHETTE J.-F., opt.cit. n°4, p 23.

[771] BLANCHETTE J.-F., Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique, Centre d'études sur la coopération juridique internationale, Centre national de la recherche scientifique, 18 janv. 2001, p 25. Disponible sur : http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/papers/teesec.pdf

[772] Article 1316-4 du code civil. C'est sur la base de ces deux critères que l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI) s'est fondée pour définir la signature électronique (http://www.ssi.gouv.fr/site_rubrique59.html).

[773] RIVEST R. L., Cryptography in handbook of theoretical computer science, vol A: (Algorithms and complexity): éd. Jan van leeuwen, Elsevier and mit press, Cambridge, mass 1990, p 6, cité par BLANCHETTE J.-F., opt cit n° 4, p 23.

[774] BLANCHETTE J.-F., Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, opt.cit. p 24.

[775] Définie par l'article 2.1 de la directive du 13 décembre 1999, la signature électronique simple est *''une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'identification ''.*

signature électronique avancée bénéficie d'un principe d'assimilation[777]. En prônant une réelle assimilation de la signature électronique avancée à la signature manuscrite[778], la directive a voulu bannir toute discrimination à cette forme dématérialisée de signature[779].

Approche fonctionnelle de la signature. Partant de ces dispositions européennes, et de l'article 1316-4 alinéa 1 du code civil, force est toutefois de constater que c'est l'approche fonctionnelle de la signature qui est prônée aussi bien par le législateur européen que français afin de donner une pleine assise juridique à la signature électronique. Ainsi, la signature électronique bénéficie d'une présomption simple de fiabilité (A) qui peut être déniée en cas de conflit (B).

A. La présomption simple de fiabilité

Conditions de la fiabilité. Conscient des aléas inhérents à l'informatique, le législateur n'a prévu qu'une présomption simple de fiabilité laissant au juge le soin de trancher en cas de litige. La signature électronique avancée bénéficie d'une présomption de fiabilité[780] selon la directive du 13 décembre 1999[781], du fait qu'elle offre un degré de sécurité élevé la rapprochant de la signature manuscrite. Les conditions de la fiabilité de la signature électronique ont été précisées en droit français par le décret du 30 mars 2001[782]. Conformément aux dispositions de l'article 2 de ce décret, la fiabilité de la signature électronique est assurée si trois conditions sont réunies. Elle l'est d'abord si le procédé met en œuvre « une signature électronique sécurisée » c'est à dire une signature électronique qui respecte les exigences posées par l'article 1er alinéa 2 du même décret[783].

---

[776] Article 5.2.
[777] Article 5.1.
[778] Article 5.1.
[779] Article 5.2.
[780] Jusqu'à preuve du contraire, dans les conditions déterminées par décret (voir projet de décret 15 septembre 2000).
[781] Directive 1999/93/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOUE (L) 13 janvier 2000, art. 5.
[782] Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique », J.O. 31 mars 2001, p. 5070 modifié par le décret n° 2009 du 7 juillet 2009 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information ».
[783] Aux termes de l'article 1er alinéa 2 du décret du 30 mars 2001, « *« la signature électronique sécurisée » est une signature électronique qui satisfait en outre à certaines exigences : -elle doit être propre au signataire ; - être créée par des moyens que le signataire puisse*

Elle l'est ensuite si elle est établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique. Ce dernier est défini comme étant un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les données de création de la signature électronique[784] qui satisfait aux exigences de l'article 3 alinéa du même décret [785] [786] et certifié conformément aux exigences prévues au II du même article[787]. Enfin la fiabilité est présumée lorsque le dispositif de vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié, défini par le décret du 30 mars 2001 comme étant « *un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique*[788] *et un signataire »* [789] qui répond aux exigences définies à l'article 6 du même décret[790] [791].

Certification de la signature électronique. C'est la pierre angulaire du système de sécurité sur laquelle repose la signature électronique sécurisée. Elle suppose l'intervention d'une tierce personne, ''le prestataire de service de certification'' dans la transaction dont la mission consiste à émettre des certificats authentifiant les signataires des messages électroniques. Les conditions de certification de la signature électronique ont été précisées dans une circulaire du 7 avril 2003[792].

---

garder sous son contrôle exclusif ; - garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable ».

[784] Selon l'article 1er alinéa 4 du décret du 30 mars 2001, les données de création de la signature électronique doivent être entendues comme étant *« les éléments propres au signataire, tels que des clés cryptographiques privées utilisés par lui pour créer une signature électronique »*.

[785] Article 1er alinéas 5 et 6 du décret du 30 septembre 2001.

[786] Conformément à l'article 3 alinéa 1 du décret du 30 mars 2001, *« Un dispositif sécurisé de création de la signature électronique doit : 1. Garantir par des moyens techniques et des procédures appropriées que les données de création de signature électronique : a) Ne peuvent être établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ; b) Ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ; c) Peuvent être protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers. 2. N'entraîner aucune altération du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer».*

[787] L'article 3, II, prévoit que le dispositif sécurisé de création de la signature électronique est certifié soit par le premier ministre conformément aux conditions prévues par le décret n°2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et systèmes des technologies de l'information (..) (1°), soit par un organisme désigné à cet effet par un Etat membre de la Communauté européenne (2°).

[788] Les données de vérification de signature électronique sont définies par l'article 1er alinéa 7 du décret du 30 mars 2001 comme étant *« les éléments tels que des clés cryptographiques publiques, utilisés pour vérifier la signature électronique ».*

[789] Article 1er alinéa 9 du décret du 30 mars 2001.

[790] Article 1er alinéa 10 du décret du 30 mars 2001.

[791] Conformément à l'article 6 alinéa 1 du même décret, le certificat électronique qualifié est celui qui comporte les mentions suivantes : « *a) Une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ; b) L'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'État dans lequel il est établi ; c) Le nom du signataire ou un pseudonyme, celui-ci devant alors être identifié comme tel ; d) Le cas échéant, l'indication de la qualité du signataire en fonction de l'usage auquel le certificat électronique est destiné ; e) Les données de vérification de signature électronique qui correspondent aux données de création de signature électronique ; f) L'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ; g) Le code d'identité du certificat électronique ; h) La signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification électronique qui délivre le certificat électronique ; i) Le cas échéant, les conditions d'utilisation du certificat électronique, notamment le montant maximum des transactions pour lesquelles ce certificat peut être utilisé ».*

[792] http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_1163.pdf

Le prestataire de services de certification électronique[793]. Défini comme étant *« toute personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique»* [794], le prestataire de services de certification doit satisfaire aux seize exigences mentionnées dans l'article 6 alinéa 2 du décret du 30 mars 2001. Si toutes ces conditions sont réunies, on pourra affirmer que la signature électronique a bien remplit son rôle.

La signature électronique et la jurisprudence récente. A l'instar de l'écrit électronique, de nombreux arrêts ont été rendus par la Cour de cassation concernant l'admission en preuve de la signature électronique. Dans un arrêt du 4 décembre 2008, la haute Cour française a refusé d'accueillir en preuve un écrit électronique après avoir constaté l'absence de la signature, condition *sine qua non* de l'article 1316-1 du code civil, et a jugé que dans ce cas, *« la copie informatique ne présente aucune garantie de fidélité, d'inaltérabilité et d'intégrité, n'est pas conforme aux exigences d'un procès équitable [795]».* Dans le même ordre d'idées, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a rendu le 30 septembre 2010, un arrêt dans lequel elle a déclaré recevable la production du contenu d'un message transmis par voie électronique, en soulignant que : « *(…) comme l'ensemble des écrits sous forme électronique émanant de M. X... doivent être admis en preuve dès lors que leur signataire ne communique aucun document de nature à combattre la présomption de fiabilité édictée par l'article 1316-4 du code civil)[796] ».*

B. La dénégation de la signature électronique

Contestation de la signature électronique. A la lumière de ce qui précède, force est de déduire que la signature électronique bénéficie d'une réelle force juridique aussi bien sur le

[793] Régis par l'arrêté du 31 mai 2002 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation, JO n°132, 8 juin 2002 p 10223.

[794] Article 1er alinéa 11 du décret du 30 mars 2001.

[795] Cass. 2ème Ch.civ., du 4 décembre 2008, pourvoi n°07-17-622, Bulletin 2008, II, n°259, consultable sur le site de Legifrance : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019879437&fastReqId=851083848&fastPos=4

[796] Cass. 1ère chambre civ., du 30.09.2010, pourvoi n°09-68555. Bulletin 2010, I, n° 178. Arrêt consultable sur le site de Legifrance: http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022879423&fastReqId=671616747&fastPos=1

terrain de la validité que sur celui de la preuve. Elle a été hissée au même rang que la signature apposée sur support papier à condition de respecter les conditions prévues dans le code civil, en particulier les conditions de l'article 1316-4 du code civil qui renvoie aux exigences posées par le décret du 30 mars 2001 afin d'asseoir une réelle fiabilité à cette forme dématérialisée de la signature. Toutefois, cette fiabilité peut être bafouée si l'une des parties conteste la signature qu'on lui attribue et partant de là, l'originalité de l'écrit qu'on lui oppose. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 1324 du code civil, le désaveu de la signature entraînera sa vérification en justice. Cette dernière se fera dans les conditions posées par les nouvelles dispositions du code de procédure civile (articles 287 et suivants) issues du décret du 3 décembre 2002[797] pris pour l'adaptation de la procédure de vérification d'écrit ou de signature après la réforme du droit de la preuve telle qu'introduite dans le code civil.

Procédure. Une fois la procédure de vérification de la signature électronique est portée devant le juge, ce dernier commence par examiner si les conditions imposées par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil ont été satisfaites[798]. Il vérifie également, d'après les éléments dont il dispose, si la signature électronique bénéficie de la présomption de fiabilité ou s'il convient de renverser cette présomption[799]. Si la partie conteste la fiabilité de la signature électronique avancée, elle ne devra pas se contenter dans ce cas de désavouer sa signature, mais apporter la preuve de la non fiabilité du dispositif de sécurité de ladite signature, afin de donner au juge, les éléments pour renverser la présomption de fiabilité[800], et ce, conformément aux dispositions de l'article 288-1 du NCPC. Si à l'examen des éléments dont il dispose, le juge constate qu'il s'agit d'une fausse dénégation de signature, et que celle-ci est attribuée à la personne qui l'a déniée, cette dernière sera condamnée à une amende civile[801] d'un montant maximum de 3000 euros[802] sans préjudice des dommages et

[797] Décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 modifiant le code de l'organisation judiciaire, le code de procédure civile, le nouveau code de procédure civile et le décret n°96-1080 du 12 décembre 1996 portant tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale.
[798] Article 287 alinéa 2 du code de procédure civile.
[799] Article 288-1 du code de procédure civile.
[800] MAS F., opt. cit., n°171.
[801] Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom.
[802] Le seuil de l'amende a été élevé depuis l'adoption du décret du 3 décembre 2002 étant donné que l'ancienne rédaction de l'article fixait l'amende de 15 à 1500 euros.

intérêts qui pourront lui être réclamés[803]. En pratique, il faut avouer qu'avoir la charge de la preuve dans un domaine totalement dématérialisé n'est pas une chose aisée, mais sérieusement compliquée. En effet, si une partie-le plus souvent profane- conteste la fiabilité d'une signature électronique avancée, il lui incombera dans ce cas d'apporter la preuve de la falsification de sa signature[804], de la non fiabilité du procédé de sa création ou de son dysfonctionnement, ce qui s'avère extrêmement difficile, voire impossible[805].

SECTION 2 : LA PREUVE CONVENTIONNELLE DES TRANSACTIONS FINANCIERES EN LIGNE

Notion. Selon Madame MAS, *« les conventions sur la preuve sont des accords exprès ou tacites ayant pour objet de modifier les règles légales normalement applicables pour établir la preuve judiciaire des actes juridiques »*[806]. En effet, en raison de la dématérialisation des transactions en ligne, et devant la difficulté pratique de prouver certaines opérations en faisant appel aux mécanismes légaux de la preuve, poursuit la même auteure, le recours à certains modes de preuve conventionnelle particulièrement adaptés à ces opérations est d'un grand intérêt pratique. Cependant, une remarque s'impose. Les parties peuvent certes établir une convention de preuve concernant le changement du mode de preuve mais pas sur la charge de la preuve, qui elle, reste invariable.

Consécration progressive. Admises par la C.N.U.D.C.I dans ses lois types relatives au commerce électronique[807], et aux virements internationaux[808], les conventions de preuve ont été consacrées progressivement en droit français par la jurisprudence d'abord, suivie par

[803] Article 295 du code de procédure civile.
[804] Voir sur ce point PIETTE –COUDOL T., Les difficultés de la vérification d'écriture et de signature électroniques, RLDI, 2006/20 n°607.
[805] MAS F., opt. cit., n°171.
[806] MAS F., opt. cit., n°176.
[807] L'article 4 de ladite loi intitulé « dérogation conventionnelle » prévoit à ce titre que : *« Pour ce qui est de la relation entre les parties créant, envoyant, conservant, recevant ou traitant de toute autre manière des messages de données, et sauf disposition contraire, les dispositions du chapitre III peuvent être modifiées par convention ».*
[808] L'article 4 « dérogation conventionnelle » prévoit que « *Sauf disposition contraire de la présente loi, les parties à un virement peuvent convenir de modifier leurs droits et obligations ».*

la loi quelques années plus tard. Pionnière dans l'admission de ces modes dématérialisés de preuve, la jurisprudence a fait preuve d'une grande souplesse pour admettre la licéité de la preuve conventionnelle. C'est ce qu'elle a décidé dans l'arrêt Crédicas du 8 novembre 1989 précité dans lequel elle a affirmé que : *« pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites »*[809]. Cette licéité a été admise par la loi ensuite, et plus particulièrement, par la loi du 13 mars 2000 qui a accordé une importance particulière aux conventions de preuve qui peuvent être signées entre les parties, limitant le pouvoir discrétionnaire du juge en leur présence : *« Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes,* ***et à défaut de convention valable entre les parties****, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous les moyens le titre le plus vraisemblable ; quel qu'en soit le support ».*

Intérêt en droit financier. N'étant ainsi pas d'ordre public, la preuve littérale ne s'applique pas systématiquement aux acteurs du commerce électronique, encore moins aux partenaires financiers qui l'ont aménagé contractuellement. En effet, en raison de la célérité avec laquelle les transactions financières dématérialisées doivent être conclues, et des enjeux financiers considérables qui circulent en ligne, les acteurs financiers ont cherché des solutions qui consistent à organiser la preuve, qui soient à la fois immatérielles, rapides et aussi sûres que les moyens de preuve traditionnels.

Recours fréquent en droit financier. Née des exigences de la pratique financière, la preuve conventionnelle est venue compléter et renforcer la preuve légale. Adaptée aux transactions financières conclues à distance ou en ligne, s'est élaborée au fil des années une preuve conventionnelle entre les prestataires financiers et leurs clients. Du fait qu'elle touche à toutes les opérations financières (de banque, de bourse et d'assurance) qui peuvent transiter en ligne, nous nous contenterons dans le cadre de notre étude d'analyser l'organisation de la preuve conventionnelle en matière de paiement électronique.

---

[809] Cass. civ. 1ère, 8 nov. 1989, pourvoi n°86-16197, Bulletin 1989, I, n°342 p 230. Consultable sur : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007023680&fastReqId=1037070835&fastPos=1

Plan. La preuve des paiements électroniques est particulièrement organisée (sous section 1) même en cas de contestation du titulaire du compte quant à l'ordre de paiement émis (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LA PREUVE DES PAIEMENTS ÉLECTRONIQUES

L'ordre de paiement. Un ordre de paiement est défini par la directive du 13 novembre 2007[810] comme étant *« toute instruction d'un payeur ou d'un bénéficiaire à son prestataire de services de paiement demandant l'exécution d'une opération de paiement »*[811]. Plusieurs opérations financières peuvent alors entrer sous l'éventail de cette définition : le virement, le paiement par carte bancaire, autorisation de prélèvement sur un compte...etc. Toutefois, dans le cadre des paiements électroniques, et particulièrement sur Internet, le recours à la carte bancaire comme moyen de paiement demeure le plus fréquent.

Plan. En vertu des conventions conclues entre les clients et les établissements de crédit, le paiement électronique par carte bancaire peut prendre deux formes (paragraphe 1) dont la preuve sera apportée par l'émetteur (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les formes de paiement par carte bancaire

Plan. Le paiement par carte bancaire peut prendre deux formes: il y a d'une part la communication à distance des seize chiffres apparents du numéro de la carte bancaire (A), d'autre part, la composition du code confidentiel sur le terminal de paiement du commerçant (B).

[810] Directive n° 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, JO n° L 319/1 du 5/12/2007.

[811] Article 4 point 16.

A. La communication à distance des seize chiffres apparents de la carte bancaire

Communication du numéro à un tiers. L'article 16 des conditions générales du contrat porteur carte bancaire prévoit que le titulaire est autorisé à communiquer à des tiers les renseignements relatifs à sa carte bancaire. Parmi ces tiers, figurent les commerçants acceptant ce mode de paiement. Cette communication de la part du titulaire prouve ainsi son intention de payer à distance et d'accomplir l'opération en question. En effet, ce geste entre dans le cadre des ordres de payer au sens de l'article 57-2 du décret-loi du 30 octobre 1935[812] approuvé par la jurisprudence. Ainsi, dans un cas d'espèce, le fait pour une cliente d'avoir communiqué à un hôtelier le numéro de sa carte bancaire par téléphone prouve son intention d'autoriser le débit de son compte nonobstant l'absence d'une convention écrite signée entre les deux. La Cour de cassation a considéré que dans ce cas, la réservation faite par le biais de la communication à distance du numéro de carte bancaire est assimilée à une réservation adressée par voie postale accompagnée d'arrhes ou acompte manifestant ainsi clairement l'intention de la personne de payer sa commande. L'ordre de paiement devient irrévocable sauf si la personne qui l'a accomplit effectue une annulation en « temps raisonnable » [813] ce qui n'était pas le cas pour cette cliente. Dans une autre affaire, la Cour de cassation a considéré que la communication à distance du numéro de la carte bancaire dans le but de réserver une chambre d'hôtel ne constitue pas un mandat de payer dans la mesure où le formulaire que le client a signé mentionnait clairement que cette communication ne donnerait lieu à aucun débit. En raison de la mauvaise foi de ce professionnel, la Cour a ordonné la restitution de la somme débitée[814].

Responsabilité renforcée du titulaire. La carte bancaire est rigoureusement personnelle à son titulaire. Il lui est interdit de s'en déposséder ou de la prêter[815] à autrui. L'aisance de l'utilisation des chiffres apparents de la carte à l'insu du titulaire renforce l'obligation de

---

[812] *« L'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte ou de vol de la carte, de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire ».*
[813] Cass.civ. 1ère, 19 octobre 1999, bull civ I, n°285 p 185.
[814] Cass.com. 24 mars 2009, JCP E 2009 n°25, p 17.
[815] Article 1.7 des conditions générales.

conservation de la part de ce dernier. La banque, en cas de paiement à distance présume que c'est le titulaire de la carte bancaire qui a effectué le paiement et partant, ne vérifie pas à chaque fois si c'est ce dernier qui a émis l'ordre de paiement en ligne ou par téléphone. Force est de déduire qu'une obligation absolue de conservation et de sécurité qui pèse sur le titulaire de la carte et non une simple obligation de moyens.

B. Le paiement par la composition du code confidentiel

Preuve de paiement. Parmi les actes qui attestent également le consentement à effectuer une opération de paiement, figure la composition du code confidentiel via un terminal à distance[816] du commerçant. L'ordre de paiement une fois donné à la banque, s'analyse juridiquement comme un mandat irrévocable de payer[817] donné à cette dernière en vertu duquel elle procède au débit du compte de son client sur le vu des enregistrements ou les relevés qui lui sont transmis par le commerçant[818]. La composition du code confidentiel via le terminal du commerçant au moment du règlement de l'achat emporte d'ores et déjà autorisation de son titulaire de voir son compte débité par la banque. Ainsi il a été admis que l'utilisation d'une carte magnétique et la composition concomitante d'un code confidentiel valant ordre de paiement est une convention de preuve parfaitement valable[819] et efficace[820].

Responsabilité du titulaire. En prévoyant le système du code confidentiel, le contrat porteur de la carte bancaire a instauré un dispositif de sécurité personnalisé tel que détaillé dans son article 3. Communiqué confidentiellement par l'émetteur (l'établissement de crédit), le code confidentiel doit être précieusement conservé par le client précise le même article: *« Le titulaire de la carte « CB » doit prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité de sa carte « CB » et du code confidentiel. Il doit donc tenir absolument secret son code et ne pas le communiquer à qui que ce soit. Il ne doit pas notamment l'inscrire sur la carte, ni sur*

[816] Article 3 alinéa 3 du contrat porteur carte bancaire.
[817] CRÉDOT F., J., Le cadre juridique des paiements par carte bancaire, Revue droit et patrimoine avril 1995 p 33.
[818] Article 5.5 du contrat porteur carte bancaire.
[819] Cass. civ 1ère, 8 nov 1989, comm. C. Gavalda, D. 1990, p 369.
[820] TI de Sète du 9 mai 1984, D. 1985, p 359 note BENABENT A.

tout autre document. Il doit veiller à le composer à l'abri des regards indiscrets[821]*».* Le titulaire doit faire preuve de vigilance dans le cas où il utilise un terminal à distance et « *doit s'assurer que ce terminal est agréé par le Groupement des Cartes bancaires en vérifiant la présence du logo ''CB'' et l'utiliser exclusivement pour émettre des ordres de paiement pour régler des achats de biens effectivement délivrés et des prestations de services réellement rendues*[822]*».* La lourdeur de la responsabilité qui pèse sur le titulaire de la carte en vertu de cette convention explique la sévérité avec laquelle la jurisprudence statue pour engager la responsabilité du porteur de la carte[823].

Responsabilité du commerçant. Le commerçant qui a adhéré au système de paiement ''CB'' doit prendre toutes les précautions afin de s'assurer de l'identité de la personne qui effectue un paiement avec une carte bancaire. Il est tenu de vérifier la conformité de la signature apposée sur le ticket de caisse avec le spécimen déposé sur la carte bancaire. Le problème étant que dans la majorité des cas, la composition du code confidentiel sur le terminal de paiement fait office de signature électronique, et dispense de la signature manuscrite sur le ticket de caisse. Dans ce cas, le commerçant n'est pas toujours en mesure de vérifier si c'est bien le titulaire ou pas qui a utilisé la carte bancaire. Ce qui n'est pas sans poser des conséquences juridiques en cas d'utilisation frauduleuse de la carte bancaire.

Paragraphe 2 : La preuve par l'établissement de crédit des opérations de paiement effectuées à distance

Régime particulier de preuve. En droit bancaire, il n'est pas nécessaire de recourir aux procédés légaux de preuve pour attester la réalité d'un paiement passé à distance. Conformément au principe séculaire du code civil qui prévoit que *«les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*[824]», qu'en la matière, le

[821] Article 3 alinéa 1 du contrat porteur carte bleue.
[822] Article 3 alinéa 3 du contrat porteur carte bleue.
[823] CA Paris, 15ème ch., 29 mars 1985, D. 1990, IR p 327. Dans ce cas d'espèce, le porteur de la carte a déclaré le vol de la carte mais a affirmé la non divulgation de son code confidentiel. Sauf que, quelques jours après, huit retraits d'argent (de 900 F chacun) ont été effectués dans les guichets automatiques à l'aide de ce code secret. La Cour d'Appel a ainsi considéré que le titulaire n'a pas été assez vigilant pour conserver son code confidentiel et par voie de conséquence, toutes les pertes qu'il a subies resteront à sa charge.
[824] Article 1134 alinéa 1 du C. civ.

contrat porteur de la carte bancaire- qui est considéré comme un contrat d'adhésion[825]- s'impose aux titulaires de ces cartes. En effet, en signant ce contrat porteur carte bancaire, le client renonce implicitement à l'application des dispositions de l'article 1341 du code civil[826] qui exige un écrit au-delà d'une certaine somme d'argent. Ainsi, en vertu de ce contrat, du décret-loi du 30 octobre 1935[827], de l'article 133-8 du CMF et à la lumière de la jurisprudence rendue en la matière, force est de constater que l'ordre de paiement émis par carte bancaire est en principe irrévocable dont la preuve est rapportée par l'établissement de crédit émetteur de la carte.

La preuve de l'établissement du crédit. Dans le premier[828] comme dans le deuxième cas[829], une fois qu'elle reçoit l'ordre de paiement ou de prélèvement, la banque est considérée comme valablement libérée à chaque fois qu'elle débite le compte bancaire. Comme nous l'avons précédemment souligné, la banque, en cas d'ordre de paiement à distance, qui peut valablement être verbal[830], ne vérifie pas systématiquement que c'est le titulaire de la carte bancaire qui émet l'ordre de paiement à distance ce qui peut s'avérer dangereux pour ce dernier. Elle se contente de se fier aux enregistrements transmis par le commerçant et ce, même en l'absence de facture ou de reçu du paiement de la carte bleue signé par le titulaire. Dans cette optique, l'article 7.1 des conditions générales prévoit que *« les enregistrements des DAB/GAB et des appareils automatiques ou leur reproduction sur un support informatique constituent la preuve des opérations effectuées au moyen de la carte et la justification de leur imputation au compte sur lequel cette carte fonctionne »* avant d'ajouter que *« la preuve contraire peut être apportée par tous moyens ».* Toutefois, en cas d'utilisation frauduleuse de la carte, toute la difficulté réside dans la preuve de la non régularité d'une opération qui a été enregistrée par l'établissement de crédit. Dans de nombreuses situations, une personne étrangère peut détourner, voler ou utiliser une carte bancaire perdue à l'insu de son titulaire légitime. Ce dernier, une fois informé de ces débits

---

[825] CRÉDOT F., J., Le cadre juridique des paiements par carte bancaire, Revue droit et patrimoine avril 1995 p 34.
[826] CA Paris, 8ème ch., 8 juin 1999, Dalloz 2000 sommaire p 337 ; RTD com 1999 pp 939-940.
[827] Décret-loi du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèque et relatif aux cartes de paiement. Modifié en dernier lieu par la loi n°91-1382 du 30 décembre 1991, relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement. JO n°1 du 01 janvier 1992.
[828] Communication à distance des seize chiffres apparents de la carte bancaire.
[829] Composition du code confidentiel sur le terminal de paiement du commerçant.
[830] Dans une multitude d'arrêts rendus par la Cour de cassation, la Haute cour admet la validité des ordres de prélèvement purement verbaux : Cass. com 1er avril 1997, D. aff. n°18 p 575 ; Cass.com. 28 novembre 1995, RJDA 1996 n°522 p 375 ; Cass. com 4 juin 1996, RJDA n°1359 pp 965-966 ; Cass. com 10 décembre 1996 RJDA 1997 n°531 P 340.

frauduleux, doit les contester rapidement auprès de sa banque afin de dégager sa responsabilité.

SOUS SECTION 2 : LA PREUVE EN CAS DE CONTESTATION D'UN ORDRE DE PAIEMENT À DISTANCE : L'OPPOSITION

Contestation. Dans le cadre d'un paiement à distance, nombreux sont les cas où les titulaires des cartes de paiement contestent la régularité d'une opération financière qui a été effectuée à distance par le biais de leurs cartes bancaires. La contestation peut avoir pour cause d'une part l'utilisation des numéros apparents de la carte bancaire à l'insu du titulaire, ou la non exécution de l'obligation par le commerçant suite au paiement effectué en ligne[831]. La contestation d'autre part peut avoir pour cause l'utilisation de la carte bancaire suite à la perte ou le vol de cette dernière. Constatant la recrudescence de l'utilisation frauduleuse de la carte bancaire, le législateur a adopté la loi sur la sécurité quotidienne[832] qui a renforcé l'arsenal juridique de protection des titulaires des cartes bancaires en cas de paiement à distance en modifiant les articles du CMF.

Preuve d'un fait négatif par le titulaire. Il peut arriver qu'une personne utilise les numéros apparents de la carte bancaire sans utilisation physique de la carte qui demeure conservée par son titulaire. La carte n'est ni perdue ni volée, mais le titulaire constate une ou des opérations qui ont entraîné le débit de son compte dont il n'a pas été l'auteur. Censé recevoir des relevés bancaires périodiques ou mensuels, aujourd'hui accessibles en ligne l'informant de tous les paiements et prélèvements qui transitent par son compte, le titulaire doit contester ''sans tarder''[833] toute opération qui lui paraît étrangère à son agence afin de bloquer l'utilisation de la carte bancaire. En cas de retard ou de négligence de sa part, cela vaudrait acceptation de sa part des écritures qui y figurent[834].

---

[831] Dans des situations pareilles, l'article 5.8 des conditions générales du contrat porteur carte bancaire appuyé par la jurisprudence ont considéré que la banque, émettrice de la carte bancaire doit rester étrangère à tout différend qui peut opposer le porteur de la carte et le commerçant. CA Aix-en-Provence, 1ère ch., 18 juin 1984, D. 1986, IR p 326 ; CA Paris, 8ème ch. A, 8 juin 1999 précitée.

[832] Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, J.O. n°266 du 16 novembre 2001.

[833] Article L. 133-17, I du CMF.

[834] Cass. com. 10 mai 1994, RTD Com 1994 p 533.

Preuve difficile. Dans le cadre d'un paiement à distance, le titulaire doit apporter la difficile preuve qu'il s'agit d'une autre personne qui a utilisé sa carte bancaire et communiqué les numéros apparents ou le code confidentiel pour effectuer le paiement en ligne. Dans ce cas, le titulaire du compte qui conteste une opération qui a été payée avec sa carte bancaire doit prouver qu'il n'en était pas l'auteur. Il s'agit dans ce cas de la preuve négative de l'utilisation de la carte ou du retrait l'argent qui est extrêmement difficile voire impossible à fournir[835]. Toutefois, afin d'assouplir le régime de responsabilité qui pèse sur le titulaire de la carte, et dégager sa responsabilité en cas d'utilisation frauduleuse, ce dernier doit faire opposition auprès de son agence bancaire. L'opposition est une formalité importante qui sert d'une part à déterminer les responsabilités respectives du titulaire de la carte et de son émetteur et d'autre à répartir les préjudices en cas d'opérations frauduleuses. Elle doit tout de même respecter certaines conditions (paragraphe 1) qui génère des effets juridiques importants (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les conditions d'accomplissement de la formalité d'opposition

Cas légaux de l'opposition. L'opposition est strictement réglementée afin de ne pas perturber le système de paiement par carte bancaire et le principe d'irrévocabilité des paiements. Elle ne peut être effectuée qu'en cas de perte ou de vol de celle-ci, ou en cas d'utilisation non autorisée[836]. L'opposition a un délai raisonnable durant lequel elle peut s'effectuer (A) dont le retard est préjudiciable pour le titulaire de la carte (B).

A. Le délai d'accomplissement de la formalité de l'opposition

Délai raisonnable. Afin qu'elle soit effective et protéger le titulaire du compte contre tout retrait frauduleux actuel ou éventuel, l'opposition doit être effectuée dans un délai raisonnable[837] qui sera apprécié par les juges du fond[838] en fonction des habitudes

[835] Pour une étude plus approfondie de la notion V. LARGUIER J., La preuve d'un fait négatif, RTD civ. 1953, n°1, pp 1-48.
[836] Article L. 133-17, I du CMF.
[837] Le délai raisonnable doit être apprécié dans l'esprit de la loi du 15 novembre 2001 formalisé dans l'article L. 132-3 du CMF.

d'utilisation de la carte par son titulaire. La formalité peut être accomplie soit en se rendant à sa banque pendant ses horaires d'ouverture en déposant une déclaration écrite sur place, soit en appelant le centre national d'opposition de la banque en question qui est ouvert 24h/24 suite auquel un numéro d'enregistrement de cette opposition est communiqué au titulaire de la carte[839]. Dans le dernier de ces cas, la question s'est posée à propos de la validité d'une opposition verbale jugée insuffisante et facilement contestable par les banques[840]. Sur ce point, la Cour d'appel de Caen a considéré que la réitération de l'opposition par écrit suite à un appel téléphonique pendant les moments de fermeture de l'agence est une simple condition de preuve et non de validité de l'opposition[841]. Force est de déduire que la formalité d'opposition faite verbalement doit être corroborée par écrit afin de fournir une preuve de la régularité de l'accomplissement de cette formalité.

B. Le retard dans l'accomplissement de la formalité de l'opposition

Appréciation évolutive. La question de savoir si une opposition a été faite tardivement ou pas, a été récemment tranchée par le CMF qui a fait preuve de beaucoup de souplesse. En effet, il a certes mentionné que le titulaire de la carte doit effectuer l'opposition « sans tarder »[842], dès la découverte de la disparition de la carte ou de la constatation de l'opération non autorisée, mais l'a assorti d'un délai plus ou moins long : au plus tard dans les treize mois suivant la date du débit sous peine de forclusion[843]. Quoi qu'il en soit, l'opposition doit être faite le plus rapidement possible, et le caractère de rapidité ou de tardiveté dans l'accomplissement de la formalité de l'opposition est purement subjectif, librement apprécié par les juges[844] en fonction des circonstances habituelles d'utilisation de la carte[845]. Aujourd'hui, avec le développement des services bancaires en ligne, toutes les

---

[838] Cass.com 19 déc. 2006, RJDA 4/2007 n°392 ; Cass.com. 27 janv. 1998 RJDA 6/98 n°791 p 558.
[839] Article 9.1 des conditions générales contrat porteur carte bancaire.
[840] Cass. com. 18 mai 2005 non publiée au bulletin.
[841] CA Caen, 1ère ch., sect. civ. et com. 24 juin 1993, JCP G 1993, IV, 2471.
[842] Article L. 133-17 du CMF.
[843] Article L.133-24 du CMF.
[844] Ces derniers ont jugé que la formalité de l'opposition a été tardivement faite du fait qu'elle a été effectuée 15 jours après la disparition de la carte bancaire. CA Paris, 15ème ch., B, 17 déc. 1992, JCPE 1993, pan 349.
[845] CA Versailles, 3ème ch., 19 avril 1985, D. 1986, IR pp 326-327. Dans ce cas d'espèce, le porteur de la carte a été doublement fautif. La première faute consistait en ce qu'il a volontairement laissé sa carte bleue internationale et quatre carnets de chèque voyage dans l'attaché-case de sa voiture automobile même verrouillée entrainant leur vol. La deuxième faute consiste dans le retard avec lequel le porteur a fait opposition à sa banque. En effet, le vol a eu lieu vendredi, l'opposition n'a été faite que le lundi qui a suivi. Il aurait du avertir sa banque de ce vol en urgence, même durant les horaires de fermeture de la banque, il aurait du appeler le centre d'appel

banques permettent à leurs clients la possibilité de consulter en temps réel leur relevé bancaire. Cette facilité de consultation du compte bancaire par le titulaire est de nature à renforcer la responsabilité du client à agir rapidement en cas de constatation d'un paiement ou d'un retrait frauduleux.

Paragraphe 2 : Les effets juridiques

Blocage volontaire de la carte. La formalité de l'opposition est extrêmement importante du fait qu'elle départage les responsabilités aussi bien de l'émetteur de la carte que son titulaire, selon qu'il s'agisse d'opérations frauduleuses antérieures à l'opposition (A) ou postérieures à celle-ci (B).

A. Les paiements et retraits frauduleux antérieurs à l'opposition

Plan. La responsabilité du titulaire quant aux paiements et retraits frauduleux antérieurs à l'accomplissement de la formalité d'opposition diffère selon que le tiers ait utilisé physiquement la carte bancaire en saisissant le code confidentiel (1), ou seulement détourné les numéros apparents de la carte bancaire (2).

1. Les opérations effectuées en saisissant le code confidentiel de la carte bancaire

Responsabilité limitée. Le titulaire de la carte bancaire assume une responsabilité limitée à hauteur de 150 euros[846] en cas de transactions non autorisées faites à son insu à la suite de la perte ou du vol de la carte bancaire en amont de l'accomplissement de la formalité de

d'urgence qui est communiqué par sa banque. A la lumière de tous ces éléments, la Cour de cassation a considéré que la personne a commis *« une imprudence fautive de nature à engager par sa gravité sa responsabilité »,* et de ce fait, il devait assumer toutes les conséquences dommageables de sa négligence fautive. Il s'agit d'un cas d'espèce parmi d'autres dans lequel la Cour de cassation examine l'attitude fautive ou non du porteur de la carte pour engager sa responsabilité ou pas.

[846] Article L.133-19, I du CMF.

l'opposition. Cette responsabilité –même limitée- est justifiée par le fait que le code confidentiel doit faire l'objet d'une conservation minutieuse de la part du titulaire de la carte, son usurpation est de nature à relever sa responsabilité pour négligence. La banque prétendra que toutes les transactions qui ont eu lieu en utilisant le code confidentiel sont imputables à la négligence ou l'imprudence du titulaire de la carte. Sur ce point particulier, la jurisprudence se base sur la notion de la faute du titulaire pour engager ou non sa responsabilité.

Preuve de la faute lourde. La Cour de cassation, à l'occasion de plusieurs arrêts qu'elle a rendus en la matière, a décidé qu'en cas de perte ou de vol de la carte bancaire, la banque qui se prévaut d'une faute lourde du titulaire de la carte doit en rapporter la preuve[847], sachant que l'utilisation de la carte avec composition du code confidentiel ne suffit pas à rapporter la preuve de cette faute[848]. A la lumière de cette jurisprudence, la Cour a voulu limiter les cas d'imputation des prélèvements frauduleux au titulaire qui ont eu lieu avant l'accomplissement de la formalité de l'opposition à la seule condition d'une faute lourde apportée par l'émetteur[849]. Cette jurisprudence s'inscrit dans la ligne des recommandations de la Commission européenne n°97/489/CE du 30 juillet 1997[850] qui visent entre autres à assurer un niveau élevé de la protection des consommateurs dans l'utilisation des moyens de paiement électroniques[851].

Conséquence. Suite à l'accomplissement de cette formalité, l'émetteur se voit obligé, conformément à l'article L.133-18 du CMF, à rembourser au titulaire de la carte le montant de l'opération non autorisée, sans préciser si cette dernière a été effectuée avec ou sans utilisation physique de la carte bancaire. Quoi qu'il en soit, si le titulaire de la carte effectue

---

[847] Cass. com 21 sept. 2010. JCP E 25 nov.2010, p 2008, n° 33.

[848] cass.com 2 oct. 2007, RJDA 1/2008 n°81; cass 1ère civ 28 mars 2008 JCPE 2008 n°1496.

[849] La preuve d'une faute lourde ou d'une extrême imprudence du titulaire est délicate à rapporter mais n'est pas impossible. La Cour de cassation a déjà retenu la responsabilité de titulaires de cartes et par conséquent leur imputer tous les paiements qui ont été prélevés indument de leur compte en raison de leur négligence : carte bancaire laissée dans la voiture automobile non verrouillée, inscription du code confidentiel dans un papier accompagnant la carte (cass. com. 21 mai 1996 RJDA 10/96 n°1228).

[850] Recommandation de la Commission n°97/489/CE du 30 juillet 2007 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, JO L 208 du 2 août 1997 p 52-58.

[851] Considérant 8 de la recommandation du 30 juillet 2007 précitée.

l'opposition dans les conditions prévues par l'article L. 133-24 du CMF[852] précise le même article, l'émetteur doit rétablir *« le compte débité dans « l'état » où il se serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu* ».

2. Les opérations effectuées sans utilisation physique de la carte ni composition du code confidentiel

Absence de responsabilité. Toujours sous l'égide de la loi de sécurité quotidienne, l'article L. 133-19, I, alinéa 2 du CMF stipule que la responsabilité du titulaire de la carte ne doit pas être engagée si le retrait ou le paiement frauduleux est effectué sans utilisation physique de la carte ni composition du code confidentiel. Ce principe a été également approuvé par la doctrine[853]. Dans pareille situation, l'annulation de l'opération est de droit[854], emportant le remboursement des sommes indûment débitées du compte du titulaire[855]. Toutefois, la banque peut se réserver le droit de faire un contrôle afin de s'assurer qu'il s'agit réellement d'un débit frauduleux ou d'une fraude de la part du titulaire de la carte.

B. Les paiements et retraits frauduleux postérieurs à l'opposition

Conséquence. En accomplissant la formalité de l'opposition, le titulaire de la carte bancaire procède à un blocage volontaire de celle-ci, emportant une révocation automatique du mandat de payer qui est confié au banquier par le titulaire du compte. Aucune opération ne peut ainsi être enregistrée au débit du compte du titulaire. Dans le cas contraire, il s'agit d'une faute de la banque qu'elle doit rectifier en recréditant le compte des sommes indûment débités. L'émetteur, toujours réticent pour effectuer ce genre d'opérations, pourra arguer dans certaines situations, d'un dysfonctionnement du système afin de se prévaloir d'un délai de carence dans la mise en place de la formalité de l'opposition. Sur ce

---

[852] Qui prévoit le délai maximal pour l'accomplissement de la formalité d'opposition. Article modifié par l'article 38 de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation précitée.

[853] GAVALDA C. & STOUFFLET J., Droit bancaire, institutions-comptes-Opérations-Services. Editions Lexis Nexis Litec, 8ème édition 2010 n°1133.

[854] Cass. com. 23 juin 2004, D. 2004 p 1972 ; cass. com. 12 déc. 2006, D. 2007 p 219 ; cass. com. 12 nov. 2008, D. 2008 p 2931.

[855] En raison de la rédaction générale de l'article L.133-24 du CMF que l'obligation de remboursement qui pèse sur l'émetteur s'applique aisément dans ce cas de figure.

point, la Cour de cassation a été claire : *« L'émetteur doit donc mettre en place l'organisation nécessaire pour l'information immédiate de l'ensemble des accepteurs de paiement ou retrait par carte »*[856].

CONCLUSION DU CHAPITRE II

A la lumière des éléments qui précèdent, force est de déduire que la preuve conventionnelle financière telle qu'elle résulte des nouvelles dispositions du CMF sous l'égide de la loi sur la sécurité quotidienne, des recommandations de la Commission européenne et de la jurisprudence française assure une certaine protection du titulaire de la carte bancaire. Les conventions de preuve donnent ainsi plus de prévisibilité quant aux solutions en cas de litige, et dont l'absence laisserait planer certaines incertitudes. Sur ce point, l'article 1316-2 du code civil prévoit à juste titre *« qu'à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ».* A travers l'article 1316-2 du code civil précité, le législateur français a sciemment accordé un large pouvoir au juge en cas d'absence de convention de preuve signée entre les parties en lui laissant le soin de trancher en cas de conflit entre différentes formes de preuves. Il s'agit d'une source d'imprévision lourde de conséquences : *« Rien n'aurait été plus néfaste à l'unité des règles de la preuve que de dresser l'un contre l'autre deux systèmes probatoires, l'un réputé antique et l'autre moderne »*[857].

[856] Cass.com. 8 oct. 1991 cité par CREDOT F. J., Le cadre juridique des paiements par carte bancaire, opt. cit. p 39.
[857] GAUTIER P.-Y. et de BELLEFONDS X.L., De l'écrit électronique et les signatures qui s'y attachent, JCPG, 2000, I, doctrine 236, p 1117.

TITRE III : LE RÈGLEMENT DES LITIGES DES TRANSACTIONS FINANCIÈRES ÉLECTRONIQUES

Questions classiques dans un contexte électronique. L'avènement du commerce électronique a suscité de nombreuses interrogations concernant la loi applicable au contrat électronique et éventuellement le tribunal compétent en cas de conflit. En effet, en raison de son caractère immatériel, le contrat électronique peut présenter des éléments d'extranéité qui peuvent être multipliés en raison de la localisation des différentes parties. La virtualité du contrat peut ainsi compliquer la détermination de la compétence légale et judiciaire, et déclencher de ce fait les règles de droit international privé relatives au conflit de lois et de juridictions. Afin d'assurer un bon fonctionnement du marché intérieur, et particulièrement une libre prestation des services financiers électroniques, deux conditions devaient être réunies. Il fallait mettre en place des règles claires et précises afin d'assurer un minimum de prévisibilité à l'issue des litiges d'une part, et assurer une sécurité quant à la loi applicable aux transactions financières qui transitent en ligne d'autre part.

Renvoi aux règles du DIP par le droit de l'Union européenne. Deux options se sont présentées aux rédacteurs de la DCE dans la détermination de la loi applicable: soit appliquer systématiquement la loi du pays d'origine des prestataires de services électroniques[858] aux contrats conclus par ces derniers, privilégiant une grande prévisibilité quant à la compétence légale et éventuellement judiciaire en cas de conflit, mais au désavantage des clients, en particulier s'ils sont des consommateurs, soit appliquer la loi du pays d'accueil de ces derniers en les favorisant au préjudice d'une sécurité du marché intérieur.

[858] A l'image de la disposition prévue par la Directive n° 1999/93 du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques précitée qui prévoit dans son article 4.1 que chaque Etat membre applique des dispositions nationales harmonisées aux services fournis par les prestataires de services de certification établis sur son territoire.

La DCE a été consciente de la difficulté de fixer une règle uniforme de compétence de loi applicable et des tribunaux compétents en cas de litige, de surcroit dans un contexte dématérialisé, et de la complexité d'une harmonisation des législations nationales en raison des divergences en matière de dispositions protectrices des consommateurs. C'est la raison pour laquelle elle a choisi le juste milieu, à savoir, mettre en place le principe de la loi du pays d'origine du professionnel (clause du marché intérieur)[859] qui a la compétence exclusive uniquement pour régir l'accès à l'activité du professionnel et le contrôle de son exercice. Cette loi a par contre une compétence limitée pour régir certains contrats conclus par ce dernier étant donné qu'elle l'a assortie de plusieurs dérogations générales et spéciales énumérées dans l'annexe de la même directive. La clause du marché intérieur est écartée notamment, rappelons le, dans le cadre des contrats conclus avec les consommateurs[860]. Par ailleurs, dans les contrats mettant en conflit plusieurs lois, ou concernant la compétence juridictionnelle, elle a choisi ne pas empiéter sur le terrain du droit international privé en précisant aussi bien dans son considérant 23 que dans l'article 1§4 qu'elle *« n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois ni de traiter de la compétence des tribunaux»* pourvu que ces dispositions ne restreignent pas la libre prestation de ces services[861].

Règles de DIP compatibles avec une activité en ligne ? Cette question s'est posée avec acuité : les règles classiques du droit international privé auxquelles renvoie la DCE sont elles compatibles avec les transactions en ligne ? Peuvent-elles gérer efficacement les conflits générés par voie électronique ? La réponse était négative il ya certaines années, au temps où les questions relatives à la loi et au tribunal compétent étaient respectivement réglées par les Conventions de Rome du 19 juin 1980 et de Bruxelles du 27 septembre 1968 piliers du droit international de conflits de lois et de juridictions.

[859] Article 3 DCE.

[860] La LCEN qui a transposé la DCE en droit français a adopté une approche similaire dans son article 17 qui écarte la loi du pays d'établissement du prestataire dans le cadre des contrats conclus avec des consommateurs français afin de ne pas priver ces derniers des dispositions protectrices que lui assure la loi française relative aux obligations contractuelles.

[861] Considérant 23 DCE.

Ce qui n'est heureusement plus le cas aujourd'hui après l'européanisation de ces deux conventions par des Règlements européens qui portent le même nom, plus adaptés aux techniques de commercialisation à distance.

Plan. Les règles relatives à la loi applicable aux contrats ainsi que celles inhérentes au règlement des litiges ont ainsi été revues en profondeur depuis quelques années. La dématérialisation des transactions a rendu nécessaire le dépoussiérage des règles d'attachement classiques des contrats. Ainsi, par l'européanisation des conventions de Rome et de Bruxelles, les règles de conflit de lois et de juridiction ont été adaptées afin de tenir compte des évolutions technologiques (Chapitre I). Toutefois, la vague d'adaptation ne s'est pas arrêtée à la rénovation des règles classiques déjà existantes, mais l'a dépassée en créant des règles propres au contexte électronique à travers le règlement des litiges en ligne (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'ADAPTATION DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS ET DE JURIDICTIONS AU CONTEXTE ÉLECTRONIQUE

Le Règlement Bruxelles I. Le Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[862] [863] remplace entre les Etats membres, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968[864] sans pour autant l'abroger. Il a été adopté au départ par les pays de l'Union européenne à l'exception du Danemark, qui est resté soumis à la convention de Bruxelles jusqu'à la signature d'un accord le 19 octobre 2005 entre la Communauté européenne et le Danemark rendant applicable à ce dernier les dispositions du Règlement[865]. Il a été adopté entre autres *«en vue entre autres de tenir compte de nouvelles formes de commerce qui n'existaient pas en 1968 »*[866] visant le commerce électronique sans le nommer expressément.

---

[862] JOUE n° L 12, 16 janv. 2001 p 1-23. Consultable sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:FR:HTML. En effet, des années après sa mise en vigueur, la Commission a estimé que son fonctionnement dans la pratique est jugée nécessaire et a décidé de lui apporter des modifications. Voir Proposition de refonte du Règlement de Bruxelles I, présentée le 14 déc. 2010, exposé des motifs, p 3. Consultable sur : http://www.contentieux-international.net/offres/file_inline_src/358/358_A_4254_7.pdf.

[863] Concernant particulièrement l'exécution des jugements, le Règlement de Bruxelles I a mis en place une procédure quasi automatique d'exécution des décisions pour les Etats signataires (article 33). Sauf dans certains cas déterminés (article 34), un jugement est en principe reconnu sans avoir besoin de recourir à la procédure d'exéquatur. Huit ans après son entrée en vigueur, la Commission a constaté certaines faiblesses dans son fonctionnement actuel, et a décidé par conséquent de lui apporter certaines modifications. En effet, parmi les entraves constatées à une réelle coopération judiciaire et une libre circulation des jugements, figure la procédure d'exéquatur : *« la procédure de reconnaissance et d'exécution d'une décision dans un autre Etat membre (« exequatur ») demeure un obstacle à la libre circulation des décisions judiciaires, qui entraîne des coûts inutiles et des retards pour les parties intéressées et dissuade les entreprises et les citoyens de profiter pleinement du marché intérieur »* (Proposition de refonte du Règlement Bruxelles I, 14 déc. 2010, COM (2010) 748/4, Exposé des motifs 1.2). A la suite de ce constat, la Commission, après une large consultation des différents acteurs concernés, a proposé la suppression pure et simple de la procédure d'exequatur *« pour toutes les décisions judiciaires relevant du champ d'application du Règlement, à l'exception des jugements en diffamation et des décisions rendues dans les actions collectives »* (Exposé des motifs, 3.1.1). Une telle suppression s'accompagnera –ajoute la Commission- de garanties procédurales afin d'assurer une protection adéquate du droit du défendeur aussi bien pour accéder à un tribunal impartial que pour exercer les droits de recours (Exposé des motifs 3.1.1).

[864] Voir sur ce point NUYTS A., *« la communautarisation de la Convention de Bruxelles- Le Règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale »* publié au Journal des tribunaux n° 6035 du 22 décembre 2001.

[865] Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale en date du 19 octobre 2005, JO L 299 du 16.11.2005. Document disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22005A1116(01):FR:NOT. Approuvé au nom de l'UE par une décision du Conseil n° 2006/325/CE du 27 avril 2006 JO L 120 du 05.05.2006, il est entré en vigueur le 1er.07.2007.

[866] Proposition de Règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale présenté par la Commission à Bruxelles le 14.07.1999, COM (1999) 348 final, Exposé des motifs 2.1 p 4.

Le Règlement de Rome I[867]. Malgré tous ses acquis et les progrès qu'elle avait pu réaliser durant des années, la convention de Rome a connu un certain vieillissement et ne pouvait faire face aux nouveaux défis imposés par la mondialisation des échanges. Les règles classiques de rattachement prévues par la convention n'étaient plus adaptées aux mutations technologiques et laissaient planer beaucoup d'incertitudes. Le contrat électronique ignorant complètement les frontières entre les pays, ne pouvait être rattaché par des critères classiques, la protection des parties jugées faibles pouvait dans ce cas être compromise. C'est pourquoi le Règlement de Rome I a prévu que *« S'agissant particulièrement des contrats de consommation, la règle de conflit de lois devrait (…) prendre en compte l'évolution des techniques de commercialisation à distance* [868] *».* La modernisation des solutions était donc inéluctable. Ainsi, après cinq ans de préparation[869], le Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles « Rome I »[870] s'est enfin substitué à la convention de Rome pour les contrats conclus après le 17 septembre 2009. Tenant en compte l'évolution des techniques de commercialisation à distance[871], le Règlement a innové sur plusieurs plans afin d'assurer une grande prévisibilité quant au dénouement des litiges nés entre autres par voie électronique[872]. C'est la raison pour laquelle, les règles de conflit de lois ont été retouchées, améliorées afin de tenir compte des nouveaux défis générés par l'utilisation des nouvelles technologies, en particulier Internet.

Pourquoi l'européanisation? Cette question a fait couler beaucoup d'encre. Le formatage [873] de la convention en Règlement est *« plus qu'une simple opération de toilettage»*[874]*.* Il s'agit d'une modification substantielle qui a touché aussi bien le fond du texte que sa forme[875].

---

[867] Pour une synthèse du Règlement Rome I, V. MÉLIN F., « Le règlement « Rome I » du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », JCP E, n°30, 24 juillet 2008, P 3-5.

[868] Considérant 24.

[869] KENFACK H., Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? JDI, Clunet, Janvier-Février-Mars 2009, n°1/2009, n°2.

[870] Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles Rome I, publié au JOUE n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6. Il s'applique à tous les pays de l'Union, sous réserve du Danemark et le Royaume uni (Considérants 45 et 46). De ce fait, dans les relations entre ces deux Etats et les autres pays membres, la Convention de Rome continuera à s'appliquer.

[871] Considérant 24 du Règlement.

[872] Il prévoit dans le Considérant 16 du Règlement que « *les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité».*

[873] KENFACK H., opt.cit. n°3.

[874] FRANCQ S., Le Règlement « Rome I »sur la loi applicable aux obligations contractuelles, de quelques changements, JDI, Clunet, Janvier-Février-Mars 2009, n°1/2009 n°3.

[875] On peut lire sous le point 2 de la proposition du Règlement de Rome I que « *(…) la proposition en vise pas à créer un nouveau corps de règles juridiques, mais à transformer une convention existante en instrument communautaire. Par ailleurs, les modifications apportées permettent de moderniser certaines dispositions de la Convention de Rome ainsi que de les améliorer en termes de clarté et de précision*

Ainsi, afin d'assurer *« la sécurité juridique dans l'espace de justice européen»*[876], et *« une libre circulation des décisions en matière civile et commerciale »* [877], il a fallu « communautariser »[878] des instruments internationaux afin qu'ils soient en harmonie avec le Règlement déjà en vigueur à savoir le Règlement « Rome II » [879].

Émergence d'un véritable ordre juridique européen. On ne peut que saluer l'avènement de ces deux Règlements. Plus adaptés aux changements générés par la commercialisation à distance des services, ils ont évité aux acteurs du commerce électronique en général et aux prestataires de services financiers en ligne en particulier, le conflit classique d'interférence entre instrument européen et international qui existait entre les conventions de Rome et de Bruxelles d'une part et les directives européennes d'autre part. Ainsi, avec la l'européanisation des conventions de Bruxelles et de Rome, le droit de l'Union européenne a grignoté du terrain qui appartenait jadis à l'international. Le cadre européen de règlement de conflit de lois et de juridictions s'est alors élargi. En effet, en plus du Règlement Rome II pour les obligations non contractuelles, et la Jurisprudence de la CJUE, le droit européen s'est doté de ses propres règles de conflit, créant un corps de règles communes complètement harmonisé[880]. Grâce à cette harmonisation, nous sommes désormais loin des incertitudes que généraient jadis la confrontation entre les dispositions internationales et européennes.

Plan. Lors de la prestation des services financiers en ligne, il est courant qu'un conflit se déclenche posant ainsi les questions de compétence juridictionnelle (section 1) et de la loi applicable (section 2).

---

du texte, renforçant ainsi la sécurité juridique, sans pour autant introduire de nouveaux éléments qui seraient de nature à modifier substantiellement le régime juridique existant». Proposition présentée par la Commission le 15 décembre 2005. Disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0650fr01.pdf

[876] Considérant 16 du Règlement Rome I.

[877] Considérant 6 du Règlement Bruxelles I.

[878] La communautarisation de ces deux conventions est une mesure *« nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »* qui a été prise par la Communauté européenne dans le domaine de coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière sous le visa de l'article 65 du Traité instituant la Communauté européenne cité respectivement par le considérant 2 du Règlement Rome I et le considérant 3 du Règlement Bruxelles I.

[879] Règlement CE n°864-2007, 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, « Rome II », JOUE n° L 1999/40, 31 juill. 2007.

[880] GAZAGNE D., FREOA C. et BENSOUSSAN A., L'évolution de la compétence des autorités des États membres en présence d'une harmonisation complète (2ème partie), Gaz. Pal. 17 et 18 octobre 2007, p 23.

SECTION I : LES SERVICES FINANCIERS EN LIGNE ET COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Renvoi au Règlement Bruxelles I. En matière de compétence juridictionnelle, le droit européen renvoie expressément au droit international privé. Sur ce point, la DCE a clairement précisé qu'elle ne « *traite pas de la compétence des juridictions »*[881]. Quant à la DSF, elle a prévu dans son considérant 8 que son application *« ne doit pas préjudicier celle du règlement CE n°44/2001 du conseil du 22/12/2000 ».* Ainsi, en raison de la primauté du droit européen sur les législations nationales[882], si un procès relatif à une affaire civile ou commerciale au sein de l'Union européenne présente au moins un élément d'extranéité, c'est donc le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000[883] dit ''Bruxelles I '' qui est seul compétent pour déterminer les règles de compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions.

Règle générale de compétence. A l'instar de sa devancière[884], le Règlement Bruxelles I dans son article 2.1 retient la compétence du lieu de domicile du défendeur comme principal chef de compétence. Il innove en précisant que cette compétence d'ordre général *« doit toujours être disponible »* - sauf dans certains cas déterminés- et ce dans le but d'assurer *« un haut degré de prévisibilité ».* Un principe qu'on retrouve en droit français qui prévoit une disposition similaire dans l'article 42 du nouveau code de la procédure civile.

Compétence et contrats d'assurance[885]. Le principe selon lequel la juridiction du domicile du défendeur est compétente s'applique de plein droit si l'assureur intente une action contre le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire du contrat d'assurance[886]. Dans le cas

---

[881] Article 1 paragraphe 4 de la Directive sur le commerce électronique.

[882] La Cour de cassation par deux arrêts de la chambre mixte du 11 mars 2005 (arrêts « Codéviandes » n° 02-41371 et n° 02-41372, Bull. 2005 mixte n°2 p 3), a rappelé la primauté de la Convention de Bruxelles sur les dispositions nationales. Ces arrêts rendus sous l'empire de la Convention de Bruxelles peuvent parfaitement être transposables au Règlement de Bruxelles I.

[883] Entré en vigueur le 1er mars 2003, il a remplacé la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant « la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ».

[884] En effet, la Convention prévoyait dans son article 2 que « *Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État».*

[885] Sous réserve d'une modification ultérieure, la version actuelle du projet de Règlement Bruxelles I bis ne comporte pas de modifications relatives à la compétence juridictionnelle en matière d'assurance.

[886] Article 12 Règlement Bruxelles I.

contraire, l'assureur peut être attrait aussi bien devant les tribunaux du lieu de son domicile[887] ou devant le tribunal où le fait dommageable s'est produit en cas d'assurance de responsabilité ou portant sur des immeubles[888] ou encore devant le tribunal saisi de l'action de la personne lésée contre l'assuré[889].

Plan. La lecture du Règlement de Bruxelles I montre que les critères de compétence juridictionnelle diffèrent selon qu'il s'agisse de contrats financiers conclus avec des consommateurs pour lesquels des dispositions protectrices sont mises en place (sous section 1) ou entre professionnels qui sont marqués par plus de souplesse (sous section 2).

SOUS SECTION I : LES CONTRATS FINANCIERS ÉLECTRONIQUES CONCLUS AVEC DES CONSOMMATEURS

Dispositions européennes. Dans le cadre de la commercialisation des services de la société de l'information, la DCE, à travers l'article 3, a posé aussi bien le principe de la clause du marché intérieur dans un but d'harmonisation et de prévisibilité de loi applicable et ses exceptions dans une annexe à laquelle il renvoie. Ainsi les dispositions nationales de l'Etat membre d'établissement du prestataire ne s'appliquent pas entre autres aux contrats conclus avec les consommateurs. La clause du marché intérieur s'efface ainsi afin d'assurer une meilleure protection aux consommateurs et de laisser une place à l'autonomie de volonté. Le Considérant 55 de la DCE le précise bien: « *La présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. En conséquence, la présente directive ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procurent les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'Etat membre dans lequel il a sa résidence habituelle ».*

[887] Article 9-1.a) Règlement Bruxelles I.
[888] Article 10 Règlement Bruxelles I.
[889] Article 11 Règlement Bruxelles I.

Dispositions protectrices. Le Règlement de Bruxelles I consacre la section 4 à la compétence juridictionnelle des contrats conclus avec des consommateurs[890]. En cas de litige, et en l'absence de conventions passées entre le professionnel et le consommateur[891], le Règlement laisse le choix au consommateur d'attraire le prestataire soit devant le tribunal de son lieu de son domiciliation ou de celui du prestataire, mais oblige par contre ce dernier à saisir systématiquement le tribunal du lieu de domiciliation du consommateur[892] sauf en cas de demande reconventionnelle[893]. Il s'agit de dispositions protectrices mises en place en faveur du consommateur pour qu'il soit attrait devant les juridictions les plus aptes à le protéger.

Critères de compétences. A la lumière des dispositions de l'article 15 du Règlement de Bruxelles I, le consommateur bénéficie des règles protectrices si le professionnel exerce son activité sur le même territoire sur lequel le consommateur est domicilié. Il s'agit là d'une disposition classique sur laquelle nous n'allons pas nous attarder. Là où le Règlement innove, c'est lorsqu'il prévoit que le consommateur bénéficie de ces règles protectrices également lorsque le professionnel *« par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que ce contrat entre dans le cadre de ces activités ».*

Plan. Force est de déduire que le Règlement Bruxelles I a mis en place un nouveau critère, celui de « l'activité dirigée » pour déclencher les règles protectrices des consommateurs particulièrement adapté aux transactions électroniques (paragraphe 1) mais qui souffre de certaines limites (paragraphe 2).

---

[890] Sous réserve d'une modification ultérieure, la version actuelle du projet de Règlement Bruxelles I bis ne comporte pas de modifications relatives à la compétence juridictionnelle en matière de contrats conclus avec des consommateurs.
[891] Article 17 du Règlement Bruxelles I.
[892] Article 16.1 et 2 du Règlement Bruxelles I.
[893] Article 16.3 du Règlement Bruxelles I.

Paragraphe 1 : Le déclenchement des règles juridictionnelles protectrices des consommateurs en cas « d'activité dirigée » du professionnel

Plan. Afin de protéger le « cyberconsommateur » contre le jeu des règles de conflits de juridictions qui peuvent mener à la désignation du juge de l'Etat d'établissement du professionnel avec lequel il a contracté, le Règlement Bruxelles I a inclut le critère de l'« activité dirigée » dans la liste des critères déclencheurs de compétence des tribunaux du lieu de domiciliation du consommateur, peu importe si ce dernier est défendeur ou demandeur. L'« activité dirigée » est devenue ''la condition d'applicabilité du régime dérogatoire''[894] (A) mais dont les contours ne sont pas clairement définis (B).

A. L'activité dirigée : ''condition d'applicabilité du régime dérogatoire''

Innovation du Règlement. L'article 15, c du Règlement qui instaure le critère de l'activité dirigée, est une heureuse réécriture de l'article 13 de la convention de Bruxelles par rapport à laquelle le Règlement a particulièrement innové marquant sa volonté de s'adapter aux contrats électroniques[895]. Le Règlement qui a visé dans cet alinéa tous les contrats de consommation[896], a remplacé par une condition unique les conditions cumulatives imposées jadis par la Convention de Bruxelles[897]. Jugées défavorables aux intérêts des consommateurs[898] et particulièrement inadaptées au contexte électronique étant donné

---

[894] CHABERT C., Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne, Revue Commu. et com.élect. fév.2006 p 36.

[895] La proposition du Règlement de Bruxelles (présentée par la Commission à Bruxelles le 14/07/1999, COM (1999) 348 final) a procédé à un commentaire article par article. On peut lire sous le commentaire de l'article 15 relatif aux contrats conclus avec les consommateurs que *« Les critères figurant à l'article 13, paragraphe 3, de la Convention de Bruxelles ont été reformulés afin de tenir compte de l'évolution des techniques de commercialisation. D'une part, le fait que la condition figurant dans l'ancien article 13, que le consommateur ait accompli dans son Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat, disparaisse signifie que l'article 15, premier alinéa, point 3), s'applique également aux contrats conclus dans un Etat membre autre que celui du consommateur. Ceci remédie à une défaillance notoire de l'ancien texte de l'article 13, à savoir que le consommateur ne pouvait pas se prévaloir de cette compétence protectrice lorsqu'il avait été incité, sur l'initiative du cocontractant, à quitter l'Etat de son domicile afin de conclure le contrat. » p 17.*

[896] Autres que ceux énumérés dans l'article 15.1 a) et b) à savoir les contrats relatifs à la vente à tempérament d'objets mobiliers corporels, les prêts à tempérament et enfin les opérations de crédit liés au financement de vente de tels objets.

[897] L'article 13.3 de la Convention de Bruxelles prévoyait que les dispositions protectrices du lieu de domicile du consommateur ne se déclenchaient que si deux conditions cumulatives étaient respectées, à savoir :

« *a) la conclusion du contrat a été précédée dans l'Etat du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité*

et que

b) Le consommateur a accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat (..). »

[898] PASSA J., Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, Comm. com. électr. mai 2005, p 19.

l'extrême difficulté[899] voire l'impossibilité[900] de localisation du consommateur pendant leur accomplissement. Pour protéger le consommateur, le Règlement a fait preuve de plus de souplesse, puisqu'il ne prend plus en compte les actes ou formalités accomplis par le consommateur, mais uniquement l'attitude active du professionnel contractant[901]. C'est ce qu'on peut lire dans l'exposé des motifs de la proposition du Règlement Bruxelles I dans une formule pleine d'intérêt : *« Ce concept d'activité dans ou dirigé vers l'Etat du domicile du consommateur a pour objet de rendre clair que le point 3) s'applique au contrat de consommation passé par un site Internet interactif accessible dans l'Etat du domicile du consommateur»*[902].

Qu'est ce qu'une activité dirigée ? Etant donné la nouveauté, l'importance et l'ambigüité de ce critère, il convient, dans un souci de sécurité juridique, de préciser avec clarté ce qu'il faut entendre par « activité dirigée ». Cette notion a en effet été jugée *« difficile à comprendre dans le monde de l'Internet* [903]*»* étant donné que le site Internet du prestataire de services financiers dépasse naturellement les frontières de son pays et peut être considéré comme accessible dans le monde entier. Cela poserait un sérieux problème de déclenchement automatique de compétence de toutes les juridictions sur les territoires desquels le site est censé être « dirigé » en cas de différend. En raison de l'absence regrettable d'une définition dans le Règlement Bruxelles I, les instances européennes se sont saisies de la question pour déterminer les contours de cette notion aux lourdes conséquences juridiques.

---

[899] THIEFFRY P., Commerce électronique : droit international et européen, Editions Litec 2002, p217.

[900] Sur ce point, la proposition du Règlement de Bruxelles I, prévoit que *« La disparition de la condition figurant à l'ancien article 13, paragraphe 3, point b), que le consommateur ait accompli dans l'Etat de son domicile les actes nécessaires à la conclusion du contrat joue un rôle également pour ce qui concerne des contrats conclus via un site Internet interactif. En ce qui concerne de tels contrats, l'endroit où le consommateur fait ces démarches pourrait être difficile voire impossible à déterminer.* » Exposé des motifs relatif à l'article 15 p 17.

[901] Les dispositions du présent Règlement sont beaucoup plus favorables au consommateur que celles contenues dans la prochaine réforme de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale en cours d'élaboration. En effet, le projet de cette dernière prévoit dans l'article 7 relatif aux contrats conclus avec les consommateurs ne tient pas compte des exigences du commerce électronique étant donné que pour que ces derniers bénéficient de la compétence juridictionnelle des tribunaux de son lieu de résidence, il faut que deux conditions soient réunies :

« a) La conclusion du contrat avec le consommateur doit être liée à l'activité commerciale du professionnel sur l'Etat sur lequel le premier a sa résidence, ou dirigée vers ces Etat en particulier en sollicitant des affaires par les moyens de publicité ;

b) Le consommateur doit accomplir les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat dans son pays de résidence ».

[902] Proposition de Règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale présenté par la Commission à Bruxelles le 14.07.1999, COM (1999) 348 final, Exposé des motifs P 17.

[903] Ibid.

B. Les contours indéfinis de la notion d' « activité dirigée »

Amendement proposé par le Parlement européen. Dans une résolution en date du 21 septembre 2000, le Parlement européen a apporté des amendements à la proposition du Règlement Bruxelles I. Il a proposé une approche de la notion d'activité dirigée : « *L'expression "dirige ces activités" doit être entendue en ce sens que l'opérateur doit avoir intentionnellement dirigé son activité, de façon substantielle, vers d'autres États membres ou vers plusieurs pays, dont cet État membre. Pour déterminer si un opérateur a dirigé ses activités de cette manière, les tribunaux prennent en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire, y compris toute tentative de l'opérateur de prémunir son activité commerciale contre des transactions avec des consommateurs domiciliés dans des États membres particuliers*[904] ».

Déclaration commune du Conseil et de la Commission[905]**.** Dans une déclaration commune, le Conseil et la Commission européens ont affirmé sur ce point que « *pour que l'article 15, paragraphe 1, point c) soit applicable, il ne suffit pas pour qu'une entreprise dirige ses activités vers l'Etat membre du domicile du consommateur, ou vers plusieurs Etats dont cet Etat membre, il faut également qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités. Cette disposition concerne plusieurs méthodes de commercialisation, dont les contrats conclus à distance par l'intermédiaire d'Internet* ». Dans le même ordre d'idées, le Conseil et la Commission ont souligné qu'il ne suffisait pas que le site du professionnel soit accessible dans l'Etat du domicile du consommateur pour que son activité soit qualifiée de « dirigée », « *encore faut-il que ce site invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent*[906] ».

---

[904] Amendement n° 37 apporté à l'article 15 de la proposition de Règlement.
[905] http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/nouveau_code_procedure_civile/declarations_reglement_CE_44_2001.pdf
[906] AFFAIRES INTERIEURES ET PROTECTION CIVILE, 2314ème session du Conseil-JUSTICE, Bruxelles, 30 nov. et 1er déc. 2000, communiqué de presse : PRES/00/457).

Analyse. Il s'agit en réalité d'une analyse au cas par cas, en *«prenant en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire »* pour déterminer si un site dirige bel et bien ses activités vers un territoire donné ou pas. Si on s'en tient à l'approche de la Commission, il faut que le site invite à la conclusion des contrats à distance par tout moyen, autrement dit, il faut que le professionnel fasse un « ciblage » ou encore une « focalisation »[907] de territoires. Comment peut-on affirmer avec certitude que le site adresse une invitation ? Une publicité limitée à une zone géographique suffit-elle pour remplir cette condition ou encore faut il que le prestataire fasse du démarchage ? Plusieurs interrogations persistent à nos jours.

La jurisprudence européenne. Dans la même optique, une affaire préjudicielle a été portée par la Cour suprême autrichienne devant la CJUE pour savoir si le fait pour une société établie dans un Etat membre offre ses services via Internet est considérée comme « dirigeant ses activités » également vers d'autres Etats membres. En réponse, la Cour a constaté que *« **la simple utilisation d'un site Internet par un commerçant en vue de faire du commerce ne signifie pas en elle-même que son activité soit « dirigée vers » d'autres Etats membres** (….). Aux fins de l'applicabilité de ces règles à l'égard des consommateurs des autres Etats membres, **le commerçant doit avoir manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec ceux-ci** [908]».*

Indices. Selon la Cour, la volonté manifeste du commerçant d'établir des relations commerciales repose sur un faisceau d'indices, à savoir offrir des services ou des biens dans plusieurs Etats membres nommément désignés, ou encore *« lorsqu'il engage des dépenses dans un service de référencement sur Internet auprès d'un exploitant d'un moteur de recherche afin de faciliter l'accès de son site aux consommateurs domiciliés dans ces différents Etats membres*[909] *».* Par ailleurs, à l'occasion de l'arrêt opposant l'Oréal à eBay du 12 juillet 2011 précité, la Cour de justice européenne a tenu à préciser qu' *«Il incombe, par*

---

[907] C'est le terme utilisé par M. CACHARD O. pour désigner *« la projection à distance d'un opérateur vers un marché national ».* Selon cet auteur, la notion de focalisation est plus adaptée au contexte électronique pour démontrer l'intention d'un opérateur de cibler un Etat déterminé *in Régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, p 65 et suivants.

[908] CJUE, gde ch., 7 décembre 2010, arrêt dans les affaires jointes C-585/08 et C 144/09, Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH &Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH/ Oliver Heller, commentaire IDOT L., Contrats de consommation conclus par Internet, Revue Europe, février 2011, p 47.

[909] CJUE, gde ch., 7 décembre 2010 précité.

conséquent aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'un offre à la vente , affichée sur une place de marché en ligne accessible sur le territoire couvert par la marque, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci. Lorsque l'offre à la vente est accompagnée de précisions quant aux zones géographiques vers lesquelles le vendeur est prêt à envoyer le produit, ce type de précision a une importance particulière dans le cadre de ladite appréciation ».

Le ciblage. Relevant pour l'essentiel de la casuistique, la détermination avec certitude si un professionnel cible ou non des clients d'un Etat en particulier peut toujours poser des incertitudes à l'état actuel du droit. Les nouvelles technologies vont certainement développer des solutions qui répondront au mieux aux problèmes juridiques qui se posent actuellement. Des logiciels plus avancés de ciblage ou de filtrage[910] vont résoudre les incertitudes juridiques qui se posent à l'époque actuelle. Ainsi, le fait que le professionnel pourra conclure un contrat avec un consommateur d'un pays déterminé sans être considéré systématiquement comme dirigeant son activité vers cet Etat[911].

Lourde responsabilité pour les prestataires financiers. A la lumière de ce qui précède, les prestataires financiers doivent faire preuve de beaucoup de vigilance quant à l'étendue géographique de leurs services par l'insertion d'une mention expresse restreignant l'étendue de leur activité par une mention du genre «*l'offre est réservée aux consommateurs du… »* désignant les pays vers lesquels ils dirigent leurs activités, ou au contraire, exclure expressément du champ d'application de leur activité les consommateurs domiciliés dans tel ou tel Etat[912]. A défaut, ils doivent, dans un souci de sécurité juridique, préalablement à la conclusion d'un contrat avec un consommateur, dresser un inventaire pays par pays des

[910] HAINES A.D., L'impact d'Internet sur le projet sur les jugements: nouvelles pistes de réflexion, Conférence de La Haye de droit international privé, Affaires générales, Doc. Pré. n°17, février 2002, p 17.

[911] MANARA C., Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi. Recueil Dalloz, 6 janvier 2011, n°1, p5.

[912] Une disposition similaire est prévue par l'article 10 paragraphe 3 du projet de la Convention de La Haye sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale qui prévoit que *« (…) l'activité ne sera pas considérée comme dirigée vers un Etat si l'autre partie démontre qu'elle a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans cet Etat. »* Toute la difficulté réside dans ce que la Convention vise par « mesures raisonnables ». L'expression est vague et sujette à d'autant d'interprétations que de lois différentes. Chaque pays va prétendre qu'il a effectué les « mesures raisonnables » pour limiter son activité qui peut parfaitement être insuffisante au regard d'autres pays pour que ces derniers légitiment le déclenchement de dispositions protectrices juridictionnelles et légales des « parties faibles » dont les consommateurs.

dispositions protectrices des consommateurs et en particulier les sanctions pénales applicables en cas d'infraction[913].

Paragraphe 2 : Les limites à la protection juridictionnelle du consommateur

Le souci de l'équilibre contractuel. A la lumière de ce qui précède, force est de constater que les règles conflictuelles du droit international privé tendent bien à protéger une catégorie vulnérable de clientèle, les consommateurs en particulier, mais, dans le même temps, elles ont pour effet d'entraver la libre prestation de services financiers dans l'espace européen. Ainsi, la protection juridictionnelle est écartée en cas d'attitude active du consommateur (A). Par ailleurs, la rigueur avec laquelle les dispositions protectrices des consommateurs s'impose aux professionnels n'est respectée qu'à contre cœur par certains d'entre eux, au point que certains recourent de plus en plus à des astuces afin de piéger les consommateurs, en les attirant vers le site, tout en maintenant le site « officiellement » passif (B).

A. L'attitude active du consommateur

Privation des règles protectrices. Comme nous l'avons précédemment souligné, le fait pour le consommateur de se rendre de sa propre initiative sur le site du professionnel sans que ce dernier ne le démarche ou « dirige ses activités » vers son pays de résidence, traduit une attitude active du consommateur qui l'expose au danger de se mettre en dehors de l'arsenal de protection mis en œuvre en droit de l'Union européenne.

B. Le contournement de la protection par certains professionnels

Le piège du ''site passif''. De l'attitude active du consommateur on déduit une attitude passive de la part du prestataire financier. Une telle approche doit être prise avec beaucoup

[913] BOUILHOL H., Les aspects juridiques de l'e-banking, Revue Banque & Droit, n°74, nov.-déc. 2000 p 9.

de prudence. Des prestataires financiers peu scrupuleux peuvent parfaitement contourner ce dispositif protecteur des consommateurs en attirant ces derniers vers leurs sites, tout en gardant leurs sites « passif » en apparence. C'est le cas notamment lorsque le prestataire fait appel à une société de marketing spécialisée pour établir une bannière qui renvoie directement à son site, qui apparait dans le moteur de recherche de ladite société à chaque fois que le consommateur saisit le nom du service offert par le prestataire. Il s'agit d'une technique qui est malheureusement de plus en plus répandue, et qui piège le consommateur en l'attirant malicieusement vers le site du prestataire, faisant finalement de lui l'initiateur du contrat. Le consommateur doit être ''averti'' et faire preuve d'une extrême vigilance quant à ce genre de pratiques, car en cas de différend avec le prestataire, il lui sera impossible de prouver qu'il a été « indirectement démarché » par ce dernier. C'est en tout cas ce que préconise la proposition du Règlement de Bruxelles I qui prévoit que : *« le simple fait que le consommateur ait pris connaissance d'un service ou de la possibilité d'acheter des marchandises via un site Internet passif accessible dans l'Etat de son domicile ne suffit pas à faire jouer la compétence protectrice ».*

SOUS SECTION 2 : LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE EN CAS DE CONCLUSION DE CONTRATS FINANCIERS ENTRE PROFESSIONNELS

Souplesse. Les contrats conclus entre professionnels ne suscitent pas beaucoup de difficultés quant à la juridiction compétente en cas de conflit. Les parties sont supposées être sur un pied d'égalité, aucune d'entre elles ne mérite qu'elle soit particulièrement protégée par des dispositions juridictionnelles spéciales. Dans la quasi majorité des cas, le contrat prévoit expressément le mode de règlement de conflits. Ce mode qui peut être judiciaire par le biais d'une clause attributive de juridiction ou extrajudiciaire en désignant

un ou plusieurs arbitres pour trancher le conflit[914]. C'est souvent le dernier de ces modes de règlement qui est le plus préconisé en commerce international.

Plan. Les critères de compétence diffèrent en fonction de la présence d'une clause attributive de compétence juridictionnelle (paragraphe 1) ou en l'absence de celle-ci (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : La présence d'une clause attributive de compétence juridictionnelle

Plan. Le Règlement de Bruxelles I à l'instar de sa devancière, prévoit la possibilité d'insérer une clause attributive de compétence juridictionnelle dans les contrats conclus entre professionnels (A) mais innove en prévoyant la possibilité d'insérer cette clause sous forme électronique (B).

A. L'insertion de la clause

Notion. La clause attributive de compétence ou «accord exclusif d'élection du for »[915] est la clause par laquelle les parties conviennent de désigner le ou les juges compétents pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion de l'exécution ou l'interprétation de leur contrat. Au moyen de cette clause, les parties se placent volontairement en dehors du jeu des règles de conflits juridictionnelles en accordant une compétence exclusive au tribunal ou aux tribunaux désignés dans la convention[916] sauf convention contraire de leur part[917].

---

[914] Dans le cadre d'une étude empirique que la Chambre de commerce international a réalisé en 2002/2003 dans le but d'obtenir une meilleure connaissance des pratiques commerciales concernant l'utilisation des accords d'élection de for, elle a relevé que dans un grand nombre de cas, les parties inséraient à la fois une clause compromissoire et un accord d'élection de for dans le même contrat.

[915] C'est le terme utilisé par la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for signée le 30 juin 2005 pour désigner les clauses attributives de juridiction qu'elle définit dans l'article 3 comme étant *« (…) un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, (…), et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un Etat contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un Etat contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal ».*

[916] La clause attributive de compétence juridictionnelle constitue un des points essentiels que la Proposition de Bruxelles I bis propose d'améliorer. En effet, le considérant 19 prévoit sur ce point *« Il y a lieu d'accroître l'effectivité des accords d'élection de for afin de donner pleinement effet à la volonté des parties et d'éviter les manœuvres judiciaires. Il convient dès lors que le présent Règlement laisse en priorité la juridiction désignée dans l'accord se prononcer sur sa compétence, qu'elle soit saisie en premier ou en second lieu ».*

[917] Article 23.1 Règlement Bruxelles I.

La clause attributive de juridiction qui fait partie même de l'économie du contrat[918], a le mérite de la simplicité et de la prévisibilité quant au juge compétent qui connaîtra du litige. En principe licite[919], elle peut être applicable aussi bien aux litiges d'essence contractuelle que délictuelle[920].

Conditions de forme. La clause attributive de compétence doit néanmoins, pour qu'elle soit valable, respecter un certain nombre de conditions de forme énoncées par le Règlement qui a laissé présumer l'existence des conditions de fond, à savoir le consentement et l'acceptation de ces clauses. Ainsi, la clause doit être conclue par des personnes dont une au moins est domiciliée sur le territoire d'un Etat membre[921]. Quant à la forme qu'elle peut revêtir, le Règlement a fait preuve de beaucoup de souplesse. Il a prévu qu'elle doit être rédigée par écrit ou confirmée par écrit si elle a été faite verbalement[922] ; qu'elle peut être rédigée sous une forme conforme aux habitudes établies entre les parties[923] ; et dans le cadre du commerce international, *« sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».*

B. La possibilité d'une clause électronique

Adaptation aux nouvelles technologies. L'exposé des motifs de la proposition du Règlement de Bruxelles I démontre que les amendements de l'article 23 ont été faits dans le but de tenir compte du développement des nouvelles techniques de communication.

---

[918] Cass.civ. 1ère 12 juillet 2001 n° 98-21591, Bull. 2001 n° 224 p 140. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que « *l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'impose à l'assureur subrogé (..) ».*

[919] Cass. civ. 1ère 17 déc. 1985, pourvoi n°84-16338, Bull. 1985, I, n° 354 p 318.

[920] Cass. civ. 1ère 6 mars 2007, pourvoi n°06-10946. Bull. 2007, I, n° 93 p 82. En effet, à la suite d'une rupture brutale de la relation commerciale qui liait un fournisseur allemand et un distributeur français, ce dernier a allégué la non application de la clause attributive de compétence juridictionnelle au motif du caractère délictuel de cette rupture. Le pourvoi a été rejeté par la haute Cour en concluant « *qu'après avoir souverainement relevé, sans dénaturation, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) donnait compétence exclusive à la juridiction de l'Etat contractant désigné (..) ».*

[921] Article 23.1 Règlement Bruxelles I.

[922] Article 23.1, a) Règlement Bruxelles I.

[923] Article 23.1, b) Règlement Bruxelles I.

Ainsi, concernant l'exigence de l'écrit, il a été expressément prévu que « *l'exigence d'un accord ''écrit'' ou d'un accord verbal confirmé par ''écrit'' ne doit pas remettre en cause la validité d'une clause d'élection de for qui aurait été conclue sur un support autre qu'un écrit mais dont le contenu est accessible via un écran. Ce sont bien évidemment les clauses d'élection de for contenues dans des contrats électroniques qui sont essentiellement visées*[924] ». Par cette disposition innovatrice, le règlement s'est joint aux récentes évolutions législatives aussi bien en droit européen que français. En effet, rien n'empêchera désormais que la clause attributive de juridiction revête la forme électronique, encore moins sa transmission : *« toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite*[925] *».* Par cette dernière disposition, le Règlement a fait preuve de beaucoup de souplesse afin de s'adapter aux nouvelles technologies, en particulier aux contrats du commerce électronique. Sur ce point, le Règlement s'est démarqué de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005[926], étant donné que cette dernière ne mentionne que timidement la forme électronique de l'accord. A la lumière de ces dispositions innovatrices, force est de déduire que les prestataires financiers opérant en ligne et leurs clients peuvent valablement convenir et transmettre une clause attributive de juridiction exclusivement par voie électronique. Toutefois, la rédaction de l'article 23 du Règlement, malgré sa volonté de modernisation, n'a pas manqué de susciter des critiques en raison de l'absence d'énonciation des conditions de fiabilité et d'accessibilité[927].

Paragraphe 2 : L'absence de la clause attributive de compétence juridictionnelle

Plan. En l'absence des clauses attributives de compétence, les parties retombent dans le jeu classique des règles juridictionnelles telles que fixées en droit international privé. Les critères diffèrent selon qu'il s'agit d'un règlement de litiges contractuels (A) ou délictuels (B).

---

[924] Proposition de Règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale présenté par la Commission à Bruxelles le 14.07.1999, COM (1999) 348 final, Exposé des motifs P 19.

[925] Article 23.2 Règlement Bruxelles I.

[926] Conformément à l'article 3, c de la Convention de La Haye, « *un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté :*
i) par écrit ; ou
ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ».

[927] CACHARD O., La régulation internationale du marché électronique, opt.cit. p 373.

A. Le règlement des litiges contractuels

Règles classiques de rattachement. Conformément aux dispositions de l'article 5-1, a) du Règlement Bruxelles I, la compétence spéciale des tribunaux en matière contractuelle est portée devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée en précisant que le lieu d'exécution est, pour la fourniture des services « *le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis* ». Ainsi, les tribunaux français sont compétents si la prestation de service doit s'effectuer en France. Toutefois, ces critères de rattachement ne posent pas de difficultés particulières dans les contrats internationaux ''classiques '' conclus et exécutés dans le « monde physique », ce qui n'est guère le cas de certains contrats, notamment ceux conclus dans le « monde virtuel ».

Difficultés d'application. L'article 5-1, b) du Règlement connaît parfois des difficultés d'application. En effet, dans certaines situations, le lieu de fourniture de service n'est pas aisément localisable. C'est le cas lorsque l'objet contractuel porte sur un service de paiement, le versement d'une indemnité ou de dommages et intérêts[928].

Distinction entre service et marchandise en ligne. La première difficulté qu'ont relevé les rédacteurs du rapport des travaux relatifs au commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale[929], c'est que dans un contrat conclu et exécuté en ligne, la distinction entre marchandise et service n'est pas réaliste[930]. La dématérialisation qui caractérise la sphère électronique efface les frontières dressées traditionnellement entre les marchandises et les services, et partant, entraine le fusionnement du lieu de la livraison et de fourniture dans les contrats électroniques.

---

[928] Cass. civ.1ère 3 oct.2006. Pourvoi n°04-14233. Bull. 2006, I, n° 423, p 365. Dans le cas d'espèce, un agent commercial établi en France d'une société portugaise a assigné cette dernière devant le Tribunal de commerce de Paris pour paiement d'indemnité de clientèle et de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat. L'exception d'incompétence soulevée par la société portugaise a été accueillie favorablement par les juges du fond qui ont considéré que « *l'exécution d'une obligation autonome devant s'exécuter au domicile du débiteur au Portugal ».* La Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel retenant la compétence des juridictions françaises au motif que *« les parties étaient liées par un contrat de prestation de services et que les prestations de service devaient s'exécuter en France ».*

[929] Document consultable sur : www.hcch.net/upload/wop/jdgmdp12.pdf

[930] Rapport des travaux relatifs au commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale, Ottawa, 28 février au 1er mars 2000 p 6.

C'est la raison pour laquelle ils ont considéré que l'article 6 de la future convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (équivalent de l'article 5.1 du Règlement Bruxelles I) ne doit pas être applicable aux transactions électroniques.

Exécution plurielle. Outre cette difficulté basée sur la distinction de la nature de l'obligation objet du contrat, on se heurte dans le cadre des contrats électroniques à une autre entrave et non pas des moindres: l'exécution plurielle d'une obligation dans plusieurs Etats membres. En effet, en raison de la nature universelle de l'Internet, l'exécution d'une obligation (prestation de service) peut aisément ne pas se limiter aux frontières d'un seul Etat. Les critères classiques posés dans l'article 5§1 sont loin de résoudre le problème. C'est à juste titre que la CJUE a considéré que l'article 5§1 n'est pas applicable dans ce genre de situations[931].

Difficulté de localisation des parties. Une autre difficulté s'ajoute à celles précédemment citées : la difficulté de localisation des parties et partant, du lieu même de l'exécution de l'obligation contractuelle[932]. Force est de déduire que l'absence d'amélioration de ces critères de rattachement par le Règlement Bruxelles I et dans la version actuelle du projet du Règlement Bruxelles I est particulièrement regrettable vue la croissance exponentielle avec laquelle se développent les transactions électroniques et la spécificité de certains services, financiers en particulier.

[931] CJUE, 19 fév. 2002, Besix c/Wabag, aff, C-256/00

[932] Il a été suggéré sur ce point lors de la réunion d'experts qui a été organisée par le Gouvernement du Canada en participation de la Conférence de La Haye que pour pallier à ce genre d'incertitudes que le client fournisse, sur demande du professionnel, un certain nombre d'informations concernant son identité et sa localisation. Ces informations seront opposables à ce dernier en cas de différend. L'efficacité de cette solution peut être trompeuse. En effet, le client peut donner sciemment de fausses informations quant à sa réelle localisation dans le but de se placer sous l'égide de dispositions plus protectrices que d'autres.

B. Le règlement des litiges délictuels

Règle de rattachement classique. L'article 5.3 du Règlement Bruxelles I prévoit que la compétence spéciale des tribunaux en matière délictuelle ou quasi délictuelle est dévolue aux tribunaux du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire[933].

Difficulté d'application dans un contexte électronique. La nature universelle du réseau Internet implique que le fait dommageable se produise dans un nombre illimité de pays. La personne qui s'estime lésée de la livraison d'un bien ou la prestation d'un service, doit, en application de l'article 5.3 du Règlement intenter une action devant les tribunaux de tous ces pays. On assistera dans ce cas à une universalisation de la compétence des tribunaux. A l'instar de la compétence en matière contractuelle, le problème se pose ici encore de l'inadaptabilité des critères classiques dans les contrats totalement dématérialisés.

Jurisprudence française. Dans une affaire de contrefaçon[934], une société française a reproché la violation de sa marque « PAYLINE » par un prestataire allemand de services de paiement sécurisé en ligne qui l'utilisait avec un suffixe (.de). Le juge français saisi a affirmé la compétence des tribunaux français pour connaître de ce litige[935] et a estimé que *« la diffusion d'Internet étant par nature mondiale et accessible en France, le dommage a lieu sur le territoire français »,* et par conséquent, il appartient au juge français *« de sanctionner les faits argués de contrefaçon et appliquer les sanctions prévues par le Code de Propriété Intellectuelle (…) ».* Dans une autre affaire de contrefaçon, la Cour de cassation a décidé: *«qu'en admettant la compétence des juridictions françaises pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site Internet en Espagne, la cour d'appel qui a constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel ni éventuel, a légalement justifié sa décision »*[936].

---

[933] Ce dernier critère a été ajouté par le Règlement dans un but préventif.

[934] TGI Nanterre, 13 octobre 1997, Sté SG2 c/ Brokat Information Systèmes GmbH.

[935] *« ….) selon l'article 5-3° de la Convention de Bruxelles, en matière délictuelle, le demandeur doit saisir le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que cette expression doit s'entendre en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu, et le lieu de l'événement causal ; qu'il en résulte que le défendeur peut être attrait devant le tribunal du lieu où le dommage est survenu ou du lieu de l'événement à l'origine du dommage (…) ».*

[936] Cass 1ère civ., 9 déc. 2003, Bull. 2003, I, n°245 p 195.

Conclusion. Ces précisions étant faites, le juge saisi par le jeu des règles de conflits juridictionnels ou par une clause attributive de juridiction appliquera au contrat la loi selon l'ordre prévu par le Règlement de Rome I.

SECTION 2 : LES INNOVATIONS DU RÈGLEMENT DE ROME I EN MATIERE DE LOI APPLICABLE

Détermination de la loi, problème classique. « *Problème classique du droit international privé* [937]», la question de la loi applicable aux transactions électroniques a fait couler beaucoup d'encre. Ainsi, « *envisagée dans le cadre du commerce électronique, la question de la loi applicable en matière de contrats internationaux retrouve une nouvelle actualité : à nouvel outil, nouveaux concepts ? Ou bien est il possible de se contenter d'une adaptation des cadres juridiques existants à l'activité de prestation de biens et de services (..) ?»* [938]. L'interrogation vaut pour tous les aspects du contrat électronique, de sa formation à sa conclusion et, éventuellement, au règlement des litiges qui peuvent naître à l'occasion de son exécution. Concernant la question précise de la loi applicable au contrat électronique, c'est la deuxième option qui a été adoptée, à savoir l'adaptation du cadre juridique existant aux services prestés par la voie électronique. En effet, la DCE, pilier de commercialisation des services de la société de l'information, a expressément renvoyé aux dispositions du droit international privé, plus précisément à la convention de Rome, qui a été récemment mutée en Règlement, le but est de mettre en harmonie tous les instruments européens tout en tenant compte des spécificités du commerce électronique.

[937] TABAROT M., Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°528) *pour l**a confiance** dans l'**économie numérique,** documents de l'Assemblée nationale n°608,* enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2003, Article 7 page 41. Document disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0608.pdf

[938] Ibid.

Plan. La loi applicable aux transactions financières électroniques diffère selon que les parties aient fait un choix exprès de loi (sous section 1) ou en l'absence de ce dernier (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LA LOI APPLICABLE EN CAS DE CHOIX DES PARTIES

Réaffirmation du principe de l'autonomie de la volonté. En affirmant dans son considérant 11 que « *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles »,* le Règlement de Rome I a réaffirmé la place accordée au choix de la loi par les parties. A l'instar de sa devancière[939], le Règlement a commencé par confirmer la possibilité pour les parties de choisir librement la loi qui gouvernera leur contrat, même s'il s'agit d'un contrat de consommation[940], sous réserve de fournir un consentement valable[941]. Une liberté qui est accordée avec une faculté de dépeçage du contrat[942]. Toutefois, si les parties décident de changer postérieurement la loi applicable à leur contrat[943], le considérant 14 leur offre la possibilité de choisir un corps de règles matérielles européennes en matière du droit des contrats[944].

Innovation du Règlement. Le règlement a renforcé la place accordée au principe de l'autonomie de la volonté étant donné que le considérant 13 prévoit qu' *« il n'est pas interdit aux parties d'intégrer par référence à leur contrat un droit non étatique ou une convention*

[939] Article 3.1 de la Convention de Rome.
[940] Sous réserve que ce choix ne prive pas le consommateur des dispositions protectrices de son pays d'établissement (article Article 6.2 du Règlement).
[941] Article 3§5 du Règlement : *''L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13.''*
[942] Le dépeçage implique que la loi choisie peut s'appliquer à tout ou une partie du contrat. Article 3 alinéa 1 du Règlement Rome I.
[943] Article 3.2 du Règlement Rome I.
[944] « *Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles.»*

internationale ». Encore plus, en raison de son caractère universel, la loi désignée par les parties s'appliquera même si celle-ci n'est pas la loi d'un Etat membre[945].

Principe. Quelle que soit la loi (étatique ou non étatique) choisie par les parties dans le contrat, le juge saisi est tenu de la respecter. Il s'agit du critère de rattachement subjectif réaffirmé par le Règlement de Rome I (paragraphe 1). Il l'écartera au cas où cette loi entrave l'application d'une disposition impérative qui peut limiter largement l'autonomie de volonté. Ce sont les critères de rattachement objectifs (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le respect par le juge saisi de la loi choisie par les parties

Règle classique. Les acteurs du commerce international et aujourd'hui électronique optent le plus souvent au choix de la loi applicable au contrat afin d'assurer un degré suffisant de sécurité et de prévisibilité. La tache est simple lorsque le choix de la loi a été fait de façon claire et expresse (A). Il en est autrement lorsque le choix de la loi est tacite, qui peut seulement être déduit de certaines clauses du contrat (B).

A. Le choix explicite de la loi

Choix exprès de la loi dans le contexte électronique. Il s'agit d'une pratique de plus en plus courante par les professionnels du commerce électronique. A titre d'exemple, on trouve dans les conditions générales « *Surf and buy*» d'IBM Europe : «*C'est de manière parfaitement volontariste que le choix s'est porté sur le droit Français*» [946] ou encore le site Groupon City deal qui prévoit que « *Les Conditions Générales de Commercialisation sont régies par le droit français »*[947].

[945] Article 2 Règlement Rome I.
[946] Document disponible sur : http://www.calt.insead.edu/Publication/ECommerce/SurfAndBuy/surf_and_buy1.pdf
[947] Article 9-2 des conditions générales de commercialisation.

De l'autre côté de l'Atlantique, *Apple Store*, prévoit dans ses conditions générales que : « *All transactions on the Services are governed by California law* » [948]. Toutefois, le choix de la loi doit faire l'objet d'une certaine vigilance. Il n'est pas toujours innocent étant donné qu'il peut être fait dans le seul but de se soustraire aux dispositions restrictives du droit d'un Etat membre.

LCEN. Héritant de l'incertitude de la DCE quant à la loi applicable aux services commercialisés par la voie électronique, de l'application partielle de la clause du marché intérieur pour certains contrats et son exclusion pour d'autres, la rédaction de l'article 17[949] relatif à la loi applicable a été remarquablement maladroite comme l'a souligné un auteur[950]. Ainsi, dans une même disposition, le législateur a confondu deux corps de règles : dans le premier volet de l'article il a affirmé le principe de la clause du marché intérieur[951] tandis que dans le deuxième volet il a fait référence à la règle de conflits de loi sous l'angle du principe de l'autonomie de la volonté. Par conséquent, la dérogation prévue dans le second volet de l'article 17 laisse entendre que la clause du marché intérieur est une règle de conflit de lois alors qu'elle n'en est pas une, et se trouve de ce fait non conforme à la DCE qui a expressément prévu qu'elle n'entend pas créer de règles additionnelles en droit international privé[952].

---

[948] Les conditions générales de vente sont disponibles sur : http://www.apple.com/legal/itunes/us/terms.html#GIFTS

[949] « L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.
L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :
1° De priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ;
2° De déroger aux règles de forme impératives prévues par la loi française pour les contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé sur le territoire national ;
3° De déroger aux règles déterminant la loi applicable aux contrats d'assurance pour les risques situés sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen et pour les engagements qui y sont pris, prévues aux articles L. 181-1 à L. 183-2 du code des assurances. »

[950] PASSA J., Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, Comm. com. électr. mai 2005, p 15.

[951] *« sous réserve de la commune intention de cette personne [prestataire] et de celle à qui sont destinés les biens et services ».*

[952] PASSA J., Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, opt.cit. p 15.

B. Le choix tacite de la loi

Présomption de choix. A défaut d'un choix précis, l'expression de la volonté des parties peut se déduire *« de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».* Dans cette optique, le Considérant 12 du Règlement Rome I a prévu que le choix d'un tribunal compétent peut présumer le choix de la loi de ce même pays *: « Un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ».* Il s'agit certes d'une simple présomption contenue dans un considérant[953], mais qui a le mérite de renforcer la prévisibilité des solutions dans les contrats qui comportent uniquement une clause attributive de juridiction.

Exclusion dans les contrats de consommation ? La question de protection du consommateur dans le cadre d'un contrat international a été également consacrée par la Cour de cassation. A l'occasion d'un arrêt rendu sous l'égide la Convention de Rome, la Cour a sanctionné l'interprétation souple de la notion de choix ''tacite'' [954], pour consacrer pleinement la protection accordée aux consommateurs telle que mentionnée dans l'article 5[955].

Plan. L'autonomie de la volonté a été certes réaffirmée par le Règlement, mais son application n'est pas systématique. Sur ce point, le Règlement respecte le principe classique du droit international privé mais en cas d'entrave entre la loi choisie par les parties et une disposition impérative, la première sera toujours sacrifiée en faveur de la deuxième.

---

[953] Sur ce point, la question s'est posée de savoir quelle est la force juridique d'un considérant? A cette interrogation répond l'Article 249 alinéa 2 du Traité instituant la Communauté Européenne : *« Le Règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments ».*

[954] Cass. 1ère civ., 12 juill. 2005, Bull. 2005, I, n°322 p 267.

[955] CHABERT C., Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite, Comm. com. électr. déc. 2005 p 35.

Paragraphe 2 : Le rejet par le juge de la loi choisie par les parties

Plan. Consacrant certes le principe de l'autonomie de volonté, le Règlement de Rome I, à l'instar de sa devancière, n'a pas perdu de vue la protection de « la partie faible » au contrat[956]. Ainsi, la loi choisie est écartée dans deux situations. Elle est écartée si elle entrave l'application de dispositions protectrices des consommateurs (A) ou encore si elle entrave l'application d'une disposition impérative (loi de police internationale ou européenne ou une règle d'ordre public) (B).

A. Les dispositions protectrices des consommateurs

Choix de la loi et dispositions protectrices. Sur ce point, le Règlement de Rome I n'innove pas. Comme sa précédente[957], le Règlement maintient la procédure dérogatoire qui permet d'appliquer au consommateur[958] les mesures protectrices du pays de sa résidence habituelle, et ce, malgré le choix de la loi exprès dans le contrat[959]. Ce qui laisse entendre que la loi choisie dans les contrats de consommation n'est applicable que si elle assure une protection similaire à celle qu'aurait assurée la loi de son pays de résidence. Quant à la DSF, elle reprend dans son article 12.2 les mêmes termes de l'article 6.2 de la directive du 5 avril 1993[960] en prévoyant que *« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait que la loi choisie pour régir le contrat serait la loi d'un État tiers, si le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs États membres ».*

---

[956] Considérant 23 Règlement Rome I.
[957] Article 5.2 de la Convention de Rome.
[958] Défini par l'article 6.1 du Règlement comme étant la personne physique qui conclut un contrat pour un usage considéré comme étranger à son activité professionnelle.
[959] Article 6.2 du Règlement Rome I.
[960] Directive n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. L'Article 6§2 prévoit que « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres ».*

Il s'agit d'une mesure mise en place dans le but de protéger le consommateur[961] du jeu des règles de conflit de lois qui a été reprise presque à l'identique par le législateur français dans la LCEN qui a prévu dans l'article 17§2 que l'application d'une loi étrangère ne peut avoir pour effet *« de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles (..) ».*

B. L'entrave à une règle impérative

Plan. Les règles impératives auxquelles peut se heurter la loi choisie par les parties se divisent en deux catégories : il ya les lois de police d'une part (1) et les dispositions d'ordre public du for d'autre part (2).

1. Les lois de police

Intérêt. Il s'agit des limites classiques du principe de l'autonomie de la volonté bien connues du droit international privé ayant pour finalité de rétablir la protection qui a pu être écartée par le choix de la loi. Elles sont instaurées afin d'éviter que ce dernier ne soit motivé par la volonté d'échapper aux dispositions impératives de la loi d'un pays dans lequel tous les éléments du contrat y sont attachés, et qui doit normalement régir le contrat[962], appelé « forum shopping ».

[961] Le consommateur à un contrat est une personne physique qui peut être un professionnel, mais dans un domaine différent. Ainsi, et afin de bénéficier de ces dispositions protectrices, il faut l'objet du contrat soit « *étranger à son activité professionnelle «* (Article 6 alinéa 1 du Règlement de Rome I).

[962] *''Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.''* Article 3§3 du Règlement Rome I.

Définition. La définition des lois de police fournie par l'article 9 du Règlement, ressemble à celle donnée par la CJUE dans le célèbre arrêt « ARBLADE » du 23 novembre 1999[963]. Ainsi, la loi de police conformément au Règlement est définie comme étant toute *« disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application,* ***quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement****».* Toutefois, plusieurs lois de police peuvent entrer en conflit. Dans ce cas, le Règlement précise que la priorité est donnée aux lois de police du for[964] avant de donner application aux lois de police étrangères[965], et ce, en l'absence de lois de police européenne.

Lois de police européennes[966], nouveauté du Règlement Rome I. le Règlement a prévu dans son article 3 paragraphe 4 que *''Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for.''* Le fait de prévoir que les parties ne pourraient déroger par accord à ces dispositions, laisse entendre qu'il s'agit d'un nouveau corps de lois de police, de nature européenne. Le Règlement a suivi ainsi le raisonnement déjà entamé par la jurisprudence européenne dans l'arrêt « INGMAR » du 9 novembre 2000[967] qui a prévu que les dispositions européennes se trouveraient appliquées si *« (…) la situation présente un lien étroit avec la Communauté (…) quelle que*

---

[963] « *il convient d'entendre par* ''loi de police'' *des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l' État membre concerné au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ».*

[964] Article 9 paragraphe 2 du Règlement « Rome I ».

[965] Article 9 paragraphe 3 du Règlement « Rome I ».

[966] Peut-on avancer que les dispositions protectrices du consommateur sont des lois de police européennes ? La DCE ne parle nullement de loi de police quand elle a exclu les contrats de consommation du champ d'application de la clause intérieure. La lecture de cette disposition doit se faire en parallèle avec les Règlements Bruxelles I (article 15) et Rome I (article 6), instruments actuels de droit international privé auxquels renvoie aujourd'hui la directive qui mettent en place un dispositif protecteur renforcé des consommateurs. Une réponse négative semble être apportée par le Règlement Rome I. En effet, il a bien pris soin de prévoir dans le considérant 25 que les parties ne peuvent déroger par accord à la protection apportée aux consommateurs -sous réserve de certaines conditions-, il précise ultérieurement dans le considérant 37 que *« la notion de ''lois de police'' devrait être distinguée de celle de ''dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord'' et devrait être interprétée de façon plus restrictive »* faisant référence aux contrats conclus avec les consommateurs notamment.

[967] Arrêt disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0381:FR:NOT

soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat»[968]*.* De ce fait, les lois impératives nationales se trouveraient écartées si elles constituent des entraves injustifiées aux libertés européennes[969].

Lois de police internationales. Avant de décider s'il peut être donné effet aux lois de police étrangères, il faut que les obligations découlant du contrat « ont été exécutées ou doivent l'être sur le territoire de ce pays étranger »[970]. Dans ce contexte, il est également tenu compte *« de la nature et de l'objet »* [971] de ces lois, ainsi que des *« conséquences de l'application ou de la non application »* de ces lois sous peine de rendre nulle l'exécution du contrat[972]. La jurisprudence française, et particulièrement la cour de cassation, a donné effet à une loi de police étrangère du fait qu'elle présente des « éléments étroits »[973] avec le contrat.

2. L'ordre public du for

Limite classique. Il s'agit d'une autre entrave à la liberté contractuelle des parties dans la sphère internationale. En effet, le choix de la loi fait par les parties sera écarté s'il est *« manifestement incompatible avec l'ordre public du for* [974]». A ce propos, le Règlement n'apporte pas de modifications substantielles par rapport à la Convention de Rome, il réitère simplement la distinction déjà effectuée entre loi de police (correctif *a priori*) et l'exception d'ordre public (correctif exceptionnel qui intervient *a posteriori*). Selon le Considérant 37 du Règlement, l'ordre public, ou les « considérations d'ordre public » doivent restrictivement être entendues comme *«les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ».*

---

[968] JDI 2001 p 512, point 25.
[969] GAUDEMET-TALLON H., Quel juge ? Quelle loi ? (compétence juridictionnelle et loi applicable), Dossier « protection du consommateur dans l'espace européen » *in* Revue Droit et patrimoine, n° 108, octobre 2002, p73.
[970] Article 9 paragraphe 3 du Règlement « Rome I ».
[971] Ibid
[972] Ibid.
[973] Cass. com du 16 mars 2010 n°08-21.511. Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a prévu que « *lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat* ». Arrêt disponible sur:http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/arrets_publies_2986/chambre_commerciale_financiere_economique_3172/2010_3324/mars_3506/330_16_15704.html
[974] Article 21 du Règlement « Rome I ».

SOUS SECTION 2 : LA LOI APPLICABLE EN ABSENCE DE CHOIX PAR LES PARTIES

Critères généraux. En cas d'absence de choix de loi par les parties, le Règlement Rome I a mis en place par le biais de l'article 4, une série d'hypothèses que nous ne reprendrons pas en intégralité. Il convient juste de préciser qu'en cas de prestation de services, la loi applicable est la loi du pays dans lequel le prestataire a sa résidence habituelle[975]. Dans le cas où les éléments du contrat sont couverts par plusieurs critères mentionnés dans le paragraphe 1 dudit article, il convient dans ce cas de faire appliquer la loi du pays de résidence de la partie qui fournit la prestation caractéristique[976]. Enfin, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de cause que le contrat a des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, c'est la loi de ce pays qui est compétente[977].

Plan. Concernant plus spécialement la commercialisation des services financiers, en ligne notamment, le Règlement Rome I a mis en place des critères identiques que ceux posés par le Règlement de Bruxelles I pour déclencher la protection des consommateurs dans les contrats qu'ils concluent avec des professionnels par voie électronique (paragraphe 1). En dehors du cas spécifique des contrats de consommation, la loi applicable aux services financiers notamment repose sur des critères classiques dont l'application peut s'avérer difficile dans un contexte totalement dématérialisé (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La loi applicable dans les contrats de consommation

Spécificité du contexte électronique. La commercialisation de services financiers par Internet a bien compliqué les hypothèses de localisation des parties. En effet, dans l'hypothèse simple et classique, le prestataire financier est établi en France, et conclut des contrats portant sur des services financiers avec des consommateurs qui résident également

[975] Article 4.1, b) Règlement Rome I.
[976] Article 4.2 Règlement Rome I.
[977] Article 4.3 Règlement Rome I.

sur le sol français. Dans cette hypothèse, en cas de choix de loi, celle-ci, rappelons le, ne doit pas priver le consommateur des dispositions protectrices que lui aurait assuré la loi française. En cas d'absence de choix de loi, les dispositions protectrices de la loi française s'appliqueront au contrat afin de protéger le consommateur du jeu des règles de conflit de lois. La situation se complique amplement dans le cadre de la fourniture de services financiers sur Internet. La conclusion de contrats électroniques par les consommateurs avec des professionnels virtuels et parfois peu scrupuleux, a poussé les autorités européennes à adapter les critères pour déclencher la protection des consommateurs et faire échec au jeu des règles de conflit de lois désignant le plus souvent la loi du pays d'établissement du professionnel. Sur ce point, le Règlement de Rome I a innové par rapport à la Convention de Rome lorsqu'il a précisé que *« les services financiers (…), devraient être soumis à l'article 6 du présent règlement*[978]*».* L'article 6 auquel ce considérant fait référence n'est autre que l'article qui régit les contrats de consommation qui prévoit un dispositif protecteur des consommateurs qui concluent des contrats à distance, éventuellement par voie électronique (A). Toutefois, cette protection n'a pas une portée absolue, et peut être exclue dans certains cas (B).

A. Les dispositions protectrices de l'article 6 du Règlement Rome I

Critère de « notion dirigée »[979]**.** A l'instar du Règlement Bruxelles I, le Règlement Rome I a mis en place dans le cadre de la conclusion des contrats de consommation, un critère de rattachement en cas d'absence de choix de la loi par les parties. La loi compétente est la loi du pays de résidence du consommateur, sous réserve de deux conditions[980] :

[978] Considérant 26 Règlement Rome I.

[979] Le critère de l'activité dirigée a fait l'objet de critiques en amont de l'adoption définitive du Règlement Rome I. Il est certes admis qu'il permet une protection plus ou moins efficace au consommateur dans le cadre des contrats électroniques, il constitue par contre une entrave pour la libre prestation de services pour certaines entreprises. En effet, lors des débats qui se sont tenus au Parlement européen le 29 nov. 2007, le rapporteur au Parlement européen M. DUMITRESCU C. a considéré que l'application de ce critère *« il en aurait résulté une énorme barrière d'entrée pour les petites et moyennes entreprises souhaitant faire du commerce électronique au sein du marché intérieur ».Doc. du Parlement CRE 29/11/2007-5.*Malgré les critiques, le critère de l'activité dirigée a été maintenu dans la version finale du Règlement.

[980] Article 6.1 du Règlement « Rome I ».

i) *« Le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou*

ii) *Dirige cette activité par tout moyen vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci,*
et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ».

Analyse. On déduit que par ces conditions cumulatives ''d'exercice dans le pays de résidence du consommateur '' ou '' d'activité dirigée '', ainsi que la condition selon laquelle la conclusion entre dans le cadre de ces activités, le Règlement de Rome I a accentué la protection du consommateur par rapport aux conditions déjà prévues par la Convention de Rome*»* [981] inadaptées au commerce électronique. En effet, de la rédaction du texte, il découle que la protection du consommateur est déclenchée à partir du moment où il se trouve dans la zone ciblée par le professionnel. Dans ce cas, la loi de la résidence habituelle du consommateur s'applique impérativement, peu importe que le consommateur y ait pris l'initiative de surfer sur le site du prestataire (libre prestation de service passive) ou qu'il ait été spécialement démarché par ce dernier pour conclure un contrat en ligne (libre prestation de service active). Désormais, avec le Règlement de « Rome I », *« seul compte le public que le professionnel a voulu viser »*[982].

Innovation du Règlement de Rome I. C'est un point où le Règlement de Rome I innove par rapport à la Convention de Rome. En effet, le critère d'activité dirigée démontre la volonté des instances européennes de prendre en compte les mutations technologiques et adapter les dispositions légales déjà existantes afin d'accorder une protection adéquate aux parties jugées « faibles ».

[981] En effet, l'article 5 de la Convention de Rome prévoyait que la loi du pays de résidence du consommateur était compétente en cas d'absence de choix de la loi si l'une des conditions suivantes était remplie : - *si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays… ».*

[982] KENFACK H., précit., n°45.

Le critère de l'activité dirigée constitue donc une *« condition d'application de la règle de protection du consommateur »* comme le précise le considérant 24 du Règlement Rome I auquel la CJUE fait référence dans un arrêt du 7 décembre 2010[983].

…en harmonie avec Règlement Bruxelles I. Sur ce point, le Règlement s'inscrit en parfaite harmonie avec Règlement de Bruxelles I qui a déjà prévu cette condition pour déclencher la compétence des tribunaux du pays de résidence des consommateurs dans le cadre des contrats conclus avec ces derniers. En effet, le considérant 24 du Règlement de Rome I prévoit sur ce point que *« La cohérence avec le règlement (CE) no 44/2001 exige, d'une part qu'il soit fait référence à la notion d' ''activité dirigée'' comme condition d'application de la règle de protection du consommateur et, d'autre part, que cette notion fasse l'objet d'une interprétation harmonieuse dans le règlement (CE) n° 44/2001 et le présent règlement ».*

Interprétation harmonieuse de la notion d'''activité dirigée''. Le Considérant 24 du Règlement Rome I fournit d'importantes précisions quant à la notion d' ''activité dirigée''. En effet, soucieux d'apporter une interprétation harmonieuse avec le Règlement Bruxelles I, le Règlement Rome I se base sur une approche qui a été mentionnée dans une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative à l'article 15 du Règlement Bruxelles I. La notion d' ''activité dirigée'' ainsi que l'étendue de cette déclaration ont déjà été exposées dans le cadre de la section précédente relative à la compétence juridictionnelle, il convient juste de rappeler que la Commission européenne avait prévu que « *le simple fait qu'un site soit accessible n'est pas suffisant pour le caractériser ''d'activité dirigée''*, encore faut il que ce site invite à la conclusion du contrat et qu'un contrat ait été effectivement conclu à distance entrant dans le cadre des activités du professionnel.

Manque de prévisibilité pour les professionnels. Afin de réaliser la sécurité juridique dans '' l'espace de justice européen '', le Règlement de Rome I a prévu dans son considérant 16 que « *les règles de conflits **devraient** présenter un haut degré de prévisibilité».*

[983] CJUE, gde ch., 7 décembre 2010, arrêt dans les affaires jointes C-585/08 et C 144/09, Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH &Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH/ Oliver Heller.

Or, c'est précisément ce dont manque le prestataire financier dans le cadre des contrats de consommation: la prévisibilité quant à la loi applicable, et la rédaction du verbe ''devraient '' au conditionnel montre la conscience du législateur européen que les règles de conflits de lois n'assurent pas encore une vraie prévisibilité mais *devraient* le faire. Ainsi, dans un contrat conclu avec un consommateur, le prestataire financier se trouvera obligé de s'informer et de se conformer aux exigences de tous les Etats dans lesquels sont établis les consommateurs - ses clients actuels et éventuels - ce qui poserait de très lourdes contraintes sur le prestataire financier, et créerait une grande insécurité juridique. En effet, le dispositif protecteur des consommateurs mis en place par le législateur européen est susceptible d'entraver sérieusement la libre prestation de services. Ainsi, exiger d'un prestataire financier de se conformer aux différents régimes juridiques des pays vers lesquels il dirige son activité serait excessivement lourd selon la Commission européenne dans une communication du 7 février 2001[984]. Un obstacle pareil aurait certainement entravé la construction du marché intérieur[985]et le développement du commerce électronique, en particulier les services financiers. Pour y remédier, il faut établir un juste équilibre entre la protection des consommateurs d'une part et la garantie de la libre prestation de services d'autre part.

B. Exclusion de la protection accordée au consommateur

Exclusion de la protection en cas de libre prestation de services passive. Tout ce dispositif de protection s'effondre lorsque le consommateur prend l'initiative de surfer sur le site d'un prestataire qui ne dirige pas ses activités vers le pays où il a sa résidence habituelle, et décide de conclure un contrat.

---

[984] « *exiger d'un prestataire de services financiers qu'il se conforme à quinze régimes juridiques différents serait excessivement lourd. Si tel était néanmoins le cas, les prestataires de services financiers se verraient obligés de respecter les exigences propres de chaque Etat membre, ce qui découragerait les initiatives du commerce électronique couvrant l'ensemble de l'Union européenne. Les choix proposés à la clientèle en seraient limités et, plus gravement encore, les prestataires pourraient tendre à privilégier les marchés nationaux les plus importants, au détriment des autres Etats membres de plus petite taille. Quant aux consommateurs de l'Union européenne, ils se reporteraient sur le reste du monde pour leurs transactions électroniques* ». Communication de la Commission au Conseil et au Parlement, ''commerce électronique et services financiers'', disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/com-2001/ecom_fr.pdf

[985] Achevé le 01/01/1993 par l'Acte Unique Européen (AUE) signé à Luxembourg le 17 février 1986 par neuf États membres et le 28 février 1986 par le Danemark, l'Italie et la Grèce. Entré en vigueur le 1er juillet 1987, cet acte est le premier texte modifiant le traité instituant la Communauté économique européenne (CEE).

Sur ce point, l'article 6.4.a) du Règlement de Rome I a prévu que les paragraphes 1 et 2 du même article ne s'appliquent pas « *au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ».* Les conditions cumulatives de l'article 6 alinéa 1 ne sont pas donc pas réunies dans ce cas, on peut affirmer que la loi applicable est déterminée conformément aux articles 3 et 4 du même Règlement[986], selon les critères de rattachement de la loi applicable aux contrats conclus entre professionnels.

Exclusion pour certains instruments financiers. Le règlement de ROME I, dans son considérant 28, a expressément exclu l'application systématique de la loi du pays de résidence du consommateur pour la commercialisation de certains instruments financiers[987]. Ainsi, l'article 6.4, d) du Règlement Rome I a expressément prévu que la protection du consommateur est écartée *« aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier ».* Cette exclusion s'applique également dans le cadre de contrat conclu dans le cadre d'un système multilatéral relatif aux instruments financiers[988].

Paragraphe 2 : La loi applicable aux services financiers dématérialisés

Plan. Dans un contexte purement électronique, certains critères de rattachement classiques s'avèrent inadaptés pour les services financiers qui peuvent être commercialisés en ligne (A), d'où la mise en place de critères spécifiques de rattachement à ces derniers (B).

---

[986] Article 6 alinéa 3.

[987] « *il est important de veiller à ce que les droits et obligations qui constituent un instrument financier ne soient pas couverts par la règle générale applicable aux contrats avec les consommateurs étant donné que ceux-ci pourraient conduire à l'applicabilité de différentes lois à chacun des instruments émis, modifiant ainsi leur nature et empêchant leur commercialisation et leur offre fongibles. De la même façon, lorsque de tels instruments sont émis ou offerts, la relation contractuelle établie entre l'émetteur ou l'offrant et le consommateur ne devrait pas nécessairement être soumise à l'application obligatoire de la loi en vigueur dans le pays de résidence habituelle du consommateur, étant donné la nécessité de garantir l'uniformité des modalités et conditions d'une émission ou d'une offre…. ».*

[988] Article 4.1 h) auquel renvoie l'article 6.2 du Règlement Rome I.

A. L'inadaptation des critères classiques aux services financiers électroniques

En matière contractuelle. Transposé à Internet, le critère de liens les plus étroits prévu par le Règlement de Rome I n'est pas facile d'application dans un environnement purement dématérialisé. Il est en effet très difficile de déterminer avec certitude le pays avec lequel le contrat électronique présente des liens plus étroits plutôt qu'un autre.

En matière délictuelle. Concernant la compétence légale des obligations non contractuelles, c'est le frère jumeau du Règlement Rome I, à savoir le Règlement Rome II[989] qui est compétent en la matière. Ainsi, et conformément au considérant 20 du Règlement Rome II, il faudrait *« La mise en place d'un système en cascade de facteurs de rattachement assorti d'une clause de prévisibilité ».* La notion de prévisibilité du dommage peut être avancée par le prestataire de services financiers pour défendre la licéité de son activité et qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir que celle-ci violerait une disposition légale d'un pays étranger ou causerait un dommage aux clients établis dans ces pays[990]. Cependant, cette affirmation doit être prise avec un grand soin. On peut déplorer que le Règlement de Rome II n'ait pas réglementé à part les délits qui surgissent en ligne mettant en place des critères adaptés aux « cyberdélits ». L'infraction commise en ligne est susceptible de causer des dommages partout où cette dernière est accessible.

B. Les critères propres à certains services financiers

Titres dématérialisés. La localisation des instruments financiers ne posait pas de problème particulier au temps ou les valeurs mobilières circulaient sur un support papier. Les titres étaient déposés et stockés dans le coffre d'un dépositaire central qui mettait à la disposition des intermédiaires financiers des comptes que ces derniers à leurs tours ouvraient aux noms de leurs clients. La dématérialisation a entrainé le remplacement des supports papiers par

[989] Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), JOUE, 31/07/2007 n° L 199 p 40.

[990] FERAL-SCHUHL C., Cyber Droit, le droit à l'épreuve de l'Internet, éditions Praxis DALLOZ, 4ème édition, 2006 p 298.

des virements de compte à compte[991]. Sur ce point, la conférence internationale de droit international privé de La Haye du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière a instauré une nouvelle règle de droit : la loi qui régit la constitution, la validité d'un transfert d'un instrument financier, dans le cadre d'une détention indirecte d'instruments financiers est celle du lieu de l'intermédiaire financier pertinent chez qui les instruments financiers sont inscrits en compte.

Les contrats d'assurance : Il s'agit d'une des nouveautés les plus significatives du Règlement. Ainsi, malgré la longueur de l'article 7, ce dernier a eu le mérite de clarifier les critères de rattachement pour les contrats d'assurance selon les risques couverts. Ainsi, et afin de déterminer la loi applicable, il faut distinguer deux catégories de contrats d'assurance. Concernant en premier lieu les contrats d'assurance couvrant les grands risques[992], ils sont d'abord régis par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3 du même Règlement[993]. A défaut de choix de loi par les parties, ces contrats seront régis par la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle[994]. Ces critères n'ont pas une portée absolue. Ainsi, poursuit le même article, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, c'est la loi de ce pays qui s'applique[995]. Dans le cas où le contrat d'assurance porte sur des risques autres que ceux mentionnés dans le paragraphe 2[996], le paragraphe 3 de l'article 7 prévoit une cascade de critères de rattachement[997] en cas de choix de la loi par les parties. A défaut de ce dernier, le

[991] DE VAUPLANE H. & DAIGRE J.J., Critère de localisation de titres dématérialisés. Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur titres détenus auprès d'un intermédiaire. Revue Banque & Droit n° 87, janv.-fév. 2003, p 34.

[992] Définis à l'article 5, point d) de la première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et son exercice. Une directive qui a été modifiée en dernier lieu par la Directive 2005/68/CE du Parlement européen et du conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance (JO L 323 du 9.12.2005 p 1).

[993] Article 7.2 Règlement Rome I.

[994] Article 7.2 §2 Règlement Rome I.

[995] Article 7.2 §2 Règlement Rome I.

[996] Les grands risques tels que définis à l'article 5, point d) de la première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 précitée.

[997] En effet, le paragraphe 3 a limité le choix de la loi par les parties dans les lois suivantes : *« a) la loi de tout Etat membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat ; b) la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ; c) dans le cas d'un contrat d'assurance vie, la loi de l'Etat membre dont le preneur d'assurance est ressortissant ; d) dans le cas d'un contrat d'assurance couvrant des risques limités à des sinistres survenant dans un Etat membre autre que celui où le risque est situé, la loi de l'Etat membre de survenance ; e) lorsque le titulaire d'un contrat d'assurance relevant du présent paragraphe exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat d'assurance couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités et situés dans différents Etats membres, la loi de l'un des Etats membres concernés ou la loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance ».*

contrat d'assurance sera régi par la loi de l'Etat membre où le risque est situé[998] au moment de la conclusion du contrat[999].

Domaine d'application de la loi. Qu'elle soit choisie expressément ou tacitement par les parties ou à défaut de ce choix déterminé selon les critères prévus par le Règlement Rome I, la loi applicable au contrat de services financiers a un large champ d'application. Conformément à l'article 12.1, la loi applicable au contrat régit aussi bien l'interprétation du contrat ; l'exécution des obligations qu'il engendre ; les différents modes d'extinction des obligations et enfin les conséquences de sa nullité.

[998] L'article 7.6 du Règlement précise que le pays où le risque est situé doit être déterminé conformément à l'article 2, point d), de la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance vie et fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services JO L 172 du 4.7.1988 p 1 (modifiée en dernier lieu par la Directive 2005/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 (JO L 149 du 11.6.2005 p 14).

[999] Article 7.3 dernier paragraphe.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Peut-on dire, comme semble en être convaincu un auteur, que *« le navire « Rome I » semble bien armé pour affronter les eaux des mers troubles du droit international privé européen, notamment par sa protection des parties faibles, la recherche d'une sécurité juridique et la place importante laissée à la volonté des parties»* [1000].

Nous ne partageons pas cet enthousiasme. Le Règlement de Rome I comme celui de Bruxelles I, ont certes apporté des améliorations par rapport aux conventions qu'ils ont remplacées, afin de s'adapter aux nouvelles technologies par l'insertion de la notion de l'activité dirigée par les deux Règlements afin de mieux cerner les activités en ligne et assurer une meilleure protection aux « cyberconsommateurs » en cas de libre prestation de services active.

Toutefois, force est de reconnaître que des incertitudes persistent toujours, notamment concernant les notions de lieu d'exécution de l'obligation, de prestation de services, ou encore de survenance d'un dommage, ce qui affaiblit la protection accordée aux parties faibles à un contrat électronique.

On peut espérer que les versions prochaines de ces Règlements apporteront plus d'éclairage sur ces notions et d'assurer plus de sécurité juridique quant au règlement de conflit de lois pour les litiges nés en ligne. Par ailleurs, la modernisation des règles de conflit de loi du droit international privé n'a pas empêché l'émergence d'un nouveau mode de règlement de litige électronique qui s'est rapidement développé au courant des dernières décennies.

Ce mode électronique de règlement de conflit consiste en la dématérialisation totale ou partielle des modes classiques de règlement extrajudiciaire des conflits, à savoir la médiation, la conciliation et l'arbitrage afin de s'adapter au mieux à la virtualité du contrat lui-même et aux spécificités du commerce électronique et celui du droit financier en particulier.

[1000] KENFACK H., opt.cit n°58.

CHAPITRE II : LE RÈGLEMENT DES LITIGES EN LIGNE

La modernisation des règles classiques du DIP. Comme tout contrat, le contrat financier en ligne est susceptible de générer des conflits. La virtualité et la distance qui caractérisent ce genre de contrats ont accentué le besoin d'un règlement adéquat en cas d'une mauvaise exécution du contrat. Ainsi, afin d'accroitre la confiance des consommateurs, et partant, assurer le succès du marché financier européen, il importe de régler équitablement les conflits qui peuvent être engendrés de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat électronique. Toutefois, le mode adéquat de résolution des conflits nés en ligne a longtemps suscité de vives interrogations. Deux voies bien différentes ont été envisageables afin de régler ce genre de conflits. Il ya d'une part la voie judiciaire classique qui a été étudiée dans le chapitre précédent adaptée moyennement au contexte électronique, et d'autre part, la voie électronique qui est plus spécifique pour résoudre les différends de nature électronique.

Inadaptation des modes classiques. Petit à petit, et avec le développement des nouvelles technologies, et en particulier Internet et la banalisation de l'utilisation de celui-ci par l'ensemble du public, il était incompatible de résoudre systématiquement par la voie judiciaire ou par les modes alternatifs classiques un conflit purement électronique qui s'est déclenché entre des parties situées l'une et l'autre dans les deux coins du globe. La voie classique semble d'emblée inadaptée pour résoudre efficacement les litiges qui peuvent naître en ligne[1001]. En effet, l'ambigüité de certains critères juridictionnels classiques (lieu d'exécution de l'obligation, lieu du dommage…) ainsi que la lenteur, le coût excessif de certaines procédures, l'exigence du déplacement physique au procès, ont découragé un bon

[1001] *« Certaines mesures judiciaires ou extrajudiciaires qui peuvent être prises pour faire face à des comportements illicites ou à des litiges sur Internet ne sont pas toujours suffisamment efficaces ou adaptées pour pouvoir convaincre les prestataires de fournir des services et les destinataires, en particulier les consommateurs, de les utiliser ».* Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, Exposé des motifs, COM (1998), 586 final p 13.

nombre d'acteurs du commerce électronique à adopter la voie classique de règlement des litiges et de lui préférer les modes extrajudiciaires de règlement de conflits qui se sont progressivement informatisés. Ainsi, dès la conclusion du contrat, ou dès le déclenchement du litige, les parties contractantes peuvent insérer une clause par laquelle elles décident de ne pas recourir aux tribunaux afin de régler le différend qui les oppose, et de lui préférer un mode extrajudiciaire de règlement de litige (MERL). Par ce choix, les parties estiment qu'en raison de la spécificité du support électronique de leur contrat, la justice privée électronique est mieux adaptée pour assurer l'efficacité, la confidentialité et la rapidité dans le traitement et le dénouement de leur litige.

Nécessité pratique. Le règlement des litiges nés en ligne par des modes électroniques a été ainsi une nécessité pratique afin d'accroître la confiance des contractants[1002] en leur permettant un accès facile et rapide à la justice[1003]. Ainsi, et afin d'assurer le développement du commerce électronique en général et la libre circulation des services financiers en particulier, il a été indispensable en cas de différend, de prévoir des procédés de règlement de litiges en ligne qui assurent une rapidité et une souplesse et surtout une sécurité juridique équivalente à celle qu'assurent les modes de règlement judiciaires et extrajudiciaires classiques.

Bénéfices. Les ''MERL'' ont offert l'opportunité d'éviter les inconvénients de la procédure judiciaire classique[1004] et de bénéficier de la compétence d'une personne qualifiée du domaine concerné préservant la confidentialité des informations. Ils ont eu le mérite d'accélérer le temps de traitement du différend, de faciliter la gestion, la conservation et l'archivage des documents et enfin de réduire les coûts du règlement du conflit.

[1002] La conférence de l'OCDE à Istanbul des ministres chargés des PME les 3-5 juin 2004 a eu pour mission d'évaluer l'impact des dernières évolutions de la mondialisation sur les PME. A cette occasion, a été rédigé un manuel comportant des réponses aux questions fréquemment posées à propos des modes alternatifs de règlement des différends et le règlement en ligne des litiges. Le manuel est consultable sur les liens suivants : http://www.oecd-istanbul.sme2004.org et www.oecd.org/sti/smes.

[1003] L'accès à la justice est un principe européen fondamental. Le Conseil européen réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999 a invité les Etats membres à créer les procédures extrajudiciaires de règlement de conflits. Considérant 2 de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale JO 24/05/2008.

[1004] Les parties optent pour les modes extrajudiciaires afin d'éviter le formalisme imposé par la procédure judiciaire : déplacement physique qui peut être un obstacle pour les parties situées dans des pays différents, le strict respect des horaires d'audience qui peut ne pas arranger l'une ou l'autre des parties, l'intervention obligatoire des auxiliaires de justice tels que les avocats et huissiers…

Institutionnalisation. L'idée de résoudre électroniquement un conflit a été avancée par Henry PERRITT en 1992[1005], et ce n'est qu'en 1996 qu'on a assisté à un premier cas de résolution de litige en ligne[1006]. En effet, la première vague des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) a été lancée aux Etats-Unis[1007] sous le nom de ''Alternative Dispute Resolution'' (ADR). Sous cette dénomination, trois archétypes de modes extrajudiciaires de règlement de conflits entrent sous son éventail : la médiation, la conciliation et l'arbitrage. Les modes de résolution des litiges ont ainsi suivi le rythme de développement des transactions électroniques et se sont totalement informatisés, d'où le passage d' *''Alternative Dispute Resolution''* (ADR) à *''Online Dispute Resolution''* (ODR) ou selon la terminologie française : *Mode électronique de résolution de litiges* (MERL). Les MERL ou ODR désignent des modes alternatifs de règlement de litiges (MARL) adaptés au monde virtuel car ils recherchent une solution au litige en utilisant des procédés exclusivement électroniques et destinés à résoudre des conflits relatifs à des contrats électroniques[1008]. S'ils sont à priori ''contractuels'', les '' MERL '' se sont peu à peu ''institutionnalisés''. De nombreuses institutions aux Etats-Unis et en Europe proposent ce genre de services, et se prêtent à rendre des décisions de '' justice douce''[1009] ou de ''soft law ''[1010].

Directives européennes. Consciente que l'absence de modes de règlements de différends efficaces constituerait un obstacle majeur à l'avènement d'un véritable marché intérieur[1011], la DCE a incité les Etats membres à mettre en place des mécanismes de résolution adaptés au contexte électronique[1012] et modifier toute législation susceptible de gêner l'utilisation de ces modes électroniques de règlements de conflits[1013]. La DSF plus spécifique aux services financiers, a prévu que les Etats membres doivent instaurer et développer les procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours qui soient adéquates et efficaces pour résoudre

---

[1005] SCHULTZ T., Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique, LGDJ, Editions Bruylant 2005.
[1006] CAPRIOLI E. & MANARA C., Règlement de litiges en ligne, quelles solutions ? Disponible sur : www.caprioli-avocats.com
[1007] SCHULTZ T., Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique, opt. cit.
[1008] La dimension technique sur laquelle repose les MERL ne les empêche pas de résoudre des conflits qui sont nés en dehors de la sphère électronique.
[1009] CACHARD O., Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL), Comm. com. électr., décembre 2003, page 22.
[1010] www.cyberdispute.net
[1011] Comme l'a souligné à juste titre la Commission européenne dans son plan d'action, p9, disponible sur *http://www.europe.eu.int*
[1012] « *les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national**, **y compris par des moyens électroniques appropriés*** ». Article 17 alinéa 1.
[1013] Considérant 51 DCE.

les litiges de consommation concernant des services financiers fournis à distance. Elle a incité notamment les organes chargés du règlement extrajudiciaire des litiges à coopérer pour résoudre les litiges transfrontières concernant les services financiers fournis à distance[1014].

Autorités européennes. Les autorités européennes ont émis plusieurs recommandations afin d'assurer aux consommateurs la résolution efficace et équitable des litiges par la voie extrajudiciaire notamment par la promotion de nouveaux mécanismes de règlement de litiges[1015]. Ainsi, dans une recommandation du 30 mars 1998, la Commission européenne a tenu à ce que les consommateurs puissent régler leurs litiges par la voie extrajudiciaire de façon efficace et adéquate[1016]. Dans cette optique, et dans le but d'une protection harmonisée des consommateurs dans le cadre du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, la Commission a recommandé la création d'un réseau extrajudiciaire européen. Deux ans plus tard, le Conseil européen a émis une résolution en date du 25 mai 2000 relative à la création d'un réseau européen d'organes nationaux chargé du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation[1017] (réseau EJE)[1018]. Une année plus tard, la Commission a émis une autre recommandation en date du 4 avril 2001 dans laquelle elle a posé les principes que les organes extrajudiciaires de la résolution consensuelle doivent respecter dans les litiges de consommation[1019]. Concernant particulièrement les services financiers, la Commission dans le cadre d'une communication en date du 7 février 2001 sur le commerce électronique et les services financiers a encouragé les acteurs du commerce électronique à recourir aux modes alternatifs de résolution de litiges (MARL) plus adaptés au contexte électronique et ce, dans le but de pallier aux inconvénients classiques de la procédure judiciaire[1020].

[1014] Article 14 DSF.

[1015] Communication de la Commission, 13 mars 2001, eEurope 2002 : impact et priorités. Communication en vue du Conseil européen de Stockholm, 23-24 mars 2001 [COM (2001) 140 final non publié au Journal officiel].

[1016] Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation.

[1017] JO C 155 du 6 juin 2000.

[1018] Mis en place le 16 octobre 2001, le réseau EJE a le grand mérite d'aider les consommateurs à résoudre les litiges qui les opposent à des entreprises qui fournissent des biens ou des services défectueux en privilégiant le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges.

[1019] Recommandation n° 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation.

[1020] Particulièrement *« le caractère onéreux d'une action judiciaire par rapport à la valeur du produit ou service en cause, sa longueur et les difficultés souvent causées par la complexité des procédures »* Communication p 16.

Droit international. Le droit international n'a pas été insensible au développement des nouvelles technologies et particulièrement au règlement des litiges en ligne. Dans le cadre d'une conférence tenue en Turquie du 3 au 5 juin 2004, l'OCDE a publié un document intitulé *« mécanismes alternatifs de règlement des litiges (MARL) en ligne pour les litiges transfrontières entre PME »* dans lequel il a émis une série de recommandations concernant le règlement en ligne de litiges entre professionnels.

Plan. Plusieurs modes classiques de règlement extrajudiciaire existent pour résoudre les litiges nés entre les différentes parties à un contrat (médiation, négociation et arbitrage). Cependant, depuis le développement des nouvelles technologies, ces modes de règlement de litiges se sont peu à peu dématérialisés à l'image du contrat lui même (Section 1). Concernant particulièrement les services financiers, des institutions spécialisées ont vu le jour afin de régler les litiges qui peuvent naitre à l'occasion de l'exécution de ces contrats (section 2).

SECTION 1 : LA DÉMATÉRIALISATION DES MODES EXTRAJUDICIAIRES CLASSIQUES DE RÈGLEMENT DE CONFLITS

Liberté des parties. Le recours à l'un des modes extrajudiciaires de règlement de litiges est laissé à la discrétion des parties lors de la conclusion de leur contrat, qui peuvent insérer une clause de médiation, de conciliation, de négociation ou d'arbitrage[1021].

Plan. Dans le cadre de l'étude des modes extrajudiciaires de règlement de litiges, il importe d'étudier séparément les modes extrajudiciaires non contraignants, dans ce sens où le responsable de la procédure amiable n'impose pas la solution qu'il propose aux parties (sous section 1) et l'arbitrage, dont la sentence est le plus souvent de nature contraignante (sous section 2).

[1021] Article 131-1 du code de procédure civil (médiation) ; article 1493 du code de procédure civile (arbitrage).

SOUS SECTION 1 : LES MODES EXTRAJUDICIAIRES NON CONTRAIGNANTS

Litige de consommation. Dans le but d'une protection efficace des consommateurs, dans le cadre du règlement amiable de litiges qui les opposent à des professionnels, quatre principes ont été préconisés par la Commission européenne dans le cadre de litige de consommation[1022] et qui doivent être respectés par la personne chargée de la résolution du litige à savoir l'impartialité[1023], la transparence[1024], l'efficacité[1025] et l'équité[1026].

Plan. Différents mécanismes de règlement de litiges en ligne ont fleuri ces dernières décennies. On verra successivement la médiation électronique (paragraphe 1) et la négociation électronique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La médiation électronique

Nouvelles dispositions du code de procédure civile. La médiation est une procédure extrajudiciaire de règlement de litiges, régie par le code de procédure civil (CPC), dont les dispositions ont été récemment modifiées par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends[1027], qui a créé un nouveau livre au sein du même code

---

[1022] Recommandation 2001/310/CE du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation JO 19 avril 2001.

[1023] Conformément à l'article 2, A de la recommandation du 4 avril 2001, *« L'impartialité devrait être garantie en veillant à ce que les responsables de la procédure : a) soient nommés pour une durée définie pendant laquelle ils ne peuvent pas être destitués sans juste motif ; b) n'aient aucun conflit d'intérêts supposé ou réel avec l'une des deux parties ; c) fournissent aux deux parties des renseignements sur leur impartialité et leur compétence avant le début de la procédure ».*

[1024] L'article 2, B de la même recommandation prévoit que la transparence est garantie si d'une part les informations (énumérées à l'article 2, B, 3) concernant particulièrement les modalités de contact, le fonctionnement et la disponibilité de la procédure doivent être formulées en des termes simples et être directement accessibles pour les parties de sorte qu'elles puissent y accéder et de les conserver avant le début de la procédure. Dans la même veine, l'article 2, B, 4 prévoit que si une solution a été convenue entre les parties, celle-ci doit être consignée sur un support durable

[1025] L'efficacité de la procédure est supposée garantie si elle est facilement accessible et disponible pour les deux parties notamment par la voie électronique (article 2, C, 2) ; elle l'est également si elle est gratuite pour le consommateur ou en dans le cas contraire, les frais nécessaires doivent être modérés et proportionnés à la somme en cause (article 2, C,3). Le traitement du litige doit s'effectuer d'une manière diligente et appropriée dans un délai bref à la mesure de la nature du litige (article 2, C, 5).

[1026] L'équité est assurée si entre autres les parties sont informées de leur droit de refuser de participer à la procédure ou de s'en retirer à tout moment (article 2,D,1, a); si les parties peuvent soumettre librement et facilement tout argument, information ou élément de preuve pertinent (article 2,D,1,b); si en amont de l'acceptation de la solution proposée à leur litige, elles bénéficient d'un délai raisonnable pour l'examiner (article 2, D,1,d).

[1027] Le décret du 20 janvier 2012 (JORF n°19 du 22 janvier 2012 p 1280, texte n°9) a été pris pour l'application de l'Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ainsi que pour l'application de l'article 37 de la loi n° 2010-1609 du 22

consacré aux modes de résolution amiable de litiges[1028]. A la suite de cette nouvelle réglementation, l'article 1530 du CPC créé par l'article 2 dudit décret, définit la médiation comme étant « *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».* A la lumière de cette définition, ainsi que celle fournie par la directive du 21 mai 2008[1029], on peut déduire que la médiation est une procédure extrajudiciaire économique et rapide[1030] de règlement de conflits, par laquelle les parties désignent dans leur contrat une tierce personne, appelée le médiateur afin de les concilier quant au litige qui les oppose. Le recours à la médiation peut être prévu par anticipation dès la conclusion du contrat électronique ou dès le déclenchement du litige entre les parties[1031], à l'initiative de ces dernières ou suggéré par une juridiction[1032]. Le médiateur[1033] –qui peut être une personne physique ou morale[1034]- essaie simplement d'apaiser les esprits, de rapprocher les différents points de vue des parties en respectant la confidentialité des informations[1035], et de leur proposer une solution, sans pour autant la leur imposer, et ce, dans un délai n'excédant pas trois mois[1036]. Le caractère non contraignant de cette procédure, confère une grande souplesse aux parties, qui gardent l'option d'opter ou non pour la solution proposée par le médiateur, mais ne les empêche pas de prévoir par écrit que l'accord issu de la médiation soit rendu exécutoire par une

---

décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

[1028] On déplore que les nouvelles dispositions régissant la médiation dans le code de procédure civile n'ont pas inclut la médiation électronique. Développée dans la pratique, cette dernière souffre toujours d'un cadre légal en France.

[1029] La médiation est définie par l'article 3 de la directive du 21 mai 2008 précitée comme étant *« un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur».*

[1030] Considérant 6 de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation.

[1031] Toutefois, il est préférable que les parties se mettent d'accord sur le choix de cette procédure et l'identité du médiateur en amont du déclenchement du litige, car ce dernier une fois né, il est particulièrement difficile que les parties se mettent d'accord sur un point encore moins sur le choix du médiateur !

[1032] C'est ce qui a été également prévu par l'article 3 de la directive du 21 mai 2008 : «*Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre ».*

[1033] Le médiateur est défini par la directive du 21 mai 2008 précitée comme étant *« tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'Etat membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener ».*

[1034] Article 131-4 du code de procédure civile modifié par l'article 3 du décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

[1035] Considérant 23 et article 7 de la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation.

[1036] Article 131-3 du code de procédure civile.

juridiction ou une autorité compétente[1037], sauf bien évidemment si le contenu de l'accord est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel il sera exécuté[1038].

Médiation électronique. Ici encore, l'impact des nouvelles technologies s'est fait sentir rendant inadaptée une procédure de médiation classique à un conflit purement électronique nécessitant la rencontre et le déplacement physiques des différentes parties à la procédure. La médiation telle que régie par le code de procédure civile ne peut être transposée dans une sphère totalement dématérialisée. Le but du recours à ce mode extrajudiciaire est justement d'éviter le recours à la procédure judiciaire et toute la lenteur et le formalisme qui l'accompagnent. D'où l'intérêt d'une médiation purement électronique, dématérialisée à l'image du contrat lui-même. La directive du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation a été consciente de cette inadaptation, et a encouragé le recours aux techniques modernes dans le processus de la médiation en incitant les Etats membres à promouvoir la formation de médiateurs dans le but de mener la médiation *« avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties[1039] ».*

Plan. Afin de bien approcher la médiation en tant que mode extrajudiciaire de règlement de conflit, nous verrons successivement la procédure de la médiation électronique (A) et les exemples pratiques de cette médiation (B).

A. La procédure de la médiation électronique

Procédure. Dans le cadre d'une médiation électronique, le médiateur dirige la négociation à distance en rassemblant les arguments des colitigants. Ces derniers ne peuvent communiquer librement et échanger des discussions orales informelles. La procédure dans le cadre des ''MERL '' obéit à un certain formalisme auquel doivent se conformer les

[1037] Article 6.2 de la directive du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation.
[1038] Article 6.1 de la directive du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation.
[1039] Article 4.2 de la directive du 21 mai 2008 relative à la médiation précitée.

colitigants. Un certain nombre de protocoles de communication[1040] doit être respecté. Les courriels qu'ils échangent entre eux doivent être organisés et doivent garantir l'identité de leurs expéditeurs. Dans le cas d'un règlement de médiation, il a été prévu qu'un colitigant ne peut envoyer un autre courrier au médiateur avant que ce dernier n'ait répondu à son précédent courrier et l'ait transmis à la partie adverse pour répliquer[1041]. A travers ces échanges, le médiateur facilite seulement la communication entre les parties en essayant de trouver un compromis en rapprochant les points de vue parties, sans faire lui-même de propositions. S'il y parvient, un protocole d'accord est conclu, mettant ainsi définitivement fin au litige. Dans le cas contraire, et si un grand écart demeure entre les points de vue, malgré les efforts de ce tiers et les concessions des parties, le litige débordera du cadre du '' MERL '' et pourra prendre une tournure judiciaire. Sur ce dernier point, l'article 8 de la directive du 21 mai 2008 relative à la médiation a incité les Etats membres à ne pas empêcher les parties d'entamer une procédure judiciaire à la suite de l'échec d'une médiation du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation.

La conciliation[1042]. La conciliation est une forme de médiation beaucoup plus investie. Elle consiste en l'intervention d'un médiateur qui s'investit plus dans les négociations dans la mesure où il émet des propositions, oriente les parties et les éclaire sur leurs droits et obligations respectives. Le conciliateur développe au mieux les arguments qui sont à même à aboutir à un accord qui tient en compte les intérêts des différentes parties. A la différence de l'arbitre, le conciliateur n'a pas pour mission de trancher le litige, d'imposer sa solution ou encore de l'assortir d'une force exécutoire, loin de là, il se contente simplement de proposer une issue favorable au différend qui emporte la satisfaction de toutes les parties.

[1040] CACHARD O. Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL), opt.cit.
[1041] CACHARD O. Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL), opt.cit.
[1042] Régie par les articles 127 à 131-1 du NCPC. Quant à la conciliation commerciale internationale, elle est régie par la loi type de la CNUDCI signée le 19 novembre 2002.

B. Exemples de la médiation en ligne

Le Médiateur du Net. Le Médiateur du Net (le service de médiation du Forum des droits sur l'Internet)[1043] propose de régler en ligne des conflits à l'aide de moyens informatiques spécifiques. Ces derniers reposent sur une plateforme logicielle interactive et sécurisée, ce qui fait de lui le premier dispositif de règlement de litiges en ligne d'Europe pour les différends liés à Internet[1044]. La procédure est identique à celle décrite ci-dessus. Un médiateur indépendant et impartial est désigné, essaie de rapprocher entre les points de vue des parties et propose des solutions libres aux parties de les accepter ou pas.

Le protocole d'accord. La Cour d'appel de Paris a été consciente de l'importance pratique de la résolution en ligne de litiges électroniques. A cet effet, elle a signé, le 07 octobre 2009, un protocole d'accord avec le Forum des droits sur l'Internet (FDI), dans le but d'améliorer le règlement des litiges en ligne, et plus particulièrement la médiation en ligne[1045]. Désormais, les justiciables peuvent recourir au service de médiation du FDI, en désignant un médiateur, ''le Médiateur du Net''[1046], opérant dans les sept tribunaux d'instance du ressort de la Cour d'appel de Paris[1047] et dans celui de Juvisy-sur-Orge.

Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) [1048]. Dans le cadre du programme européen ''GROTIUS'' [1049], et dans le cadre de sa mission de soutien aux entreprises, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) a innové en créant en 1995, le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), en association avec *''e-resolution ''*[1050]. Depuis le 08 novembre 2000, le CMAP propose un service de médiation (CyberCMAP) pour résoudre en ligne les conflits interentreprises, faisant ainsi bénéficier ces dernières des avantages de la médiation (impartialité du tiers intervenant, rapidité, réduction du coût, confidentialité..)

[1043] Opérationnel depuis le mois de septembre 2004.
[1044] http://www.ca-paris.justice.fr/art_pix/1_1_Presentation_services_FDI_final.pdf
[1045] http://www.ca-paris.justice.fr/index.php?rubrique=11048&article=18004
[1046] http://www.foruminternet.org
[1047] Particulièrement les 2°, 4°, 5°, 10°, 16 et 17° arrondissements.
[1048] www.cmap.asso.fr
[1049] Action commune du 28 octobre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité de l'Union européenne établissant un programme d'encouragement et d'échange destiné aux praticiens de la justice. JO n° L 287 du 08 novembre 1996, p 003 à 006.
[1050] Société canadienne spécialisée dans le règlement des conflits relatifs aux noms de domaine.

qui s'est en plus adaptée au progrès technologique. Préalablement au lancement de ce service, le CMAP a mené une étude en collaboration avec le Centre National de la Recherche Scientifique français (CNRS) pour comparer les deux formes de médiation : classique et virtuelle et le résultat a été plutôt en faveur de cette dernière. Encouragés par ce constat, le CMAP en collaboration avec ''e-resolution'' ont formé sept médiateurs confirmés pour appréhender concrètement la médiation en ligne avant son lancement officiel. Même si ce mode de résolution des conflits n'a pas été prévu dans le contrat en question, et dès lors qu'une société française est impliquée, n'importe quelle société peut saisir en ligne le centre de médiation pourvu qu'elle soit dotée d'une adresse électronique. Au delà d'une correspondance d'e-mails, la procédure se déroule sur un site web sécurisé (garantissant la confidentialité des informations) où les pièces concernées par le litige sont mises à disposition des parties sur lesquelles elles s'expriment dans le cadre d'une discussion de groupe (chatroom). Dans la majorité des cas, la médiation se déroule entièrement en ligne mais les parties peuvent aussi choisir de se téléphoner ou de se rencontrer.

Le médiateur des communications électroniques[1051]. Le médiateur des communications électroniques[1052] tranche les conflits qui peuvent opposer les clients avec leurs opérateurs téléphoniques ou d'Internet dans un délai généralement inférieur à deux mois. Totalement gratuite, la procédure se déroule en trois étapes. Le client lésé doit d'abord saisir le service clients de son opérateur dans le but de trouver une issue favorable au conflit. En cas de défaut de réponse dans un délai d'un mois, ou si le client n'obtient pas satisfaction de la solution proposée, le client doit adresser un courrier au service consommateurs. Dans ce cas encore, si la solution proposée n'apporte pas satisfaction ou en cas de défaut de réponse, le client passe à la troisième étape : soumettre sa réclamation au médiateur des communications électroniques.

[1051] http://www.mediateur-telecom.fr/home/

[1052] C'est M. VIRICELLE Raymond qui occupe actuellement le poste du médiateur des communications électroniques. Il est désigné par les fournisseurs de services de communications électroniques réunis au sein de l'association dite « Association Médiation Communications Electroniques » après consultation de la DGRRF et des associations des consommateurs afin de préserver son indépendance.

Paragraphe 2 : La négociation électronique

Notion. Selon le lexique des termes juridiques, la négociation[1053] est définie comme étant « *une discussion en vue d'aboutir à un accord* » [1054] [1055]. Et qui dit recherche d'un accord, dit confrontation d'intérêts divergents de parties animées d'une volonté de se rapprocher amiablement. En effet, la négociation est un mode extrajudiciaire parmi d'autres auquel les parties à un contrat font recours en cas de déclenchement d'un litige, qui, à l'instar des autres MARL, s'est automatisée afin de s'adapter aux particularités des nouvelles technologies et pouvoir résoudre efficacement les litiges qui naissent en ligne.

Plan. Dans le cadre des transactions électroniques, la négociation revêt une importance particulière. Deux mécanismes sont possibles: la négociation automatisée (A) et la négociation assistée par un ordinateur (B).

A. La négociation automatisée

Procédure. Cette forme de négociation consiste en la recherche d'une solution à un conflit sans l'intervention d'un tiers. Elle repose sur le système de *''rounds''* successifs consistant en des offres chiffrées et consécutives faites par les parties via un site web[1056]. L'ordinateur effectue une comparaison arithmétique entre deux offres. Si ces dernières se rapprochent et atteignent une certaine marge préalablement définie par le site, l'ordinateur fixe alors la moyenne entre les deux propositions réglant ainsi le litige. Dans le cas contraire, les parties passent à un second *''round''* et ainsi de suite. Le mécanisme repose sur un système d'offres

---

[1053] Etymologiquement, le terme de négociation précise Anne MACQUIN vient de *negotiatio* qui veut dire commencer. Elle ajoute sur ce point qu' *« Initialement donc, il désignait les différents entretiens qui jalonnent la vie commerciale et ont pour but de dégager des accords, qu'il s'agisse d'accords achat/vente ou de troc par exemple. Progressivement, le terme a pris une seconde signification. Il a été associé à la notion de conflit. La négociation a alors été appréhendée comme un mode de résolution des conflits, comme une des alternatives possibles à l'usage de la force, à l'instar de la médiation ou de l'arbitrage ».*Définition disponible sur : http://www.e-marketing.fr/Definitions-Glossaire-Marketing/Negociation-5911.htm

[1054] GUINCHARD S., DEBARD Th., Lexique des termes juridiques 2011, D.18ème édition.

[1055] *Cette définition se rapproche de celle donnée par l'encyclopédie du marketing qui définit la négociation comme étant l'«Ensemble des démarches et des processus de communication ayant pour but de confronter les positions, points de vue, intérêts et attentes, dans le but de parvenir à un accord entre les parties concernées. »*

[1056] Par exemple: http://www.theclaimroom.com qui renvoie au site http://www.themediationroom.com ; http://www.cybersettle.com .

chiffrées et comparées, son utilisation est limitée à des conflits bilatéraux et à des négociations chiffrées. Malgré son apparente simplicité, cette forme de négociation présente un inconvénient majeur. Il s'agit d'une procédure à l'aveugle ou appelée en anglais *''blind bidding''* du fait de la communication des offres à un site et non à l'autre partie qui se charge à comparer et à résoudre le litige selon une moyenne définie automatiquement.

B. La négociation assistée par un ordinateur

Procédure. Ici encore, la procédure se passe d'une intervention humaine directe. Le site met à la disposition des parties des outils et des logiciels informatiques dans le but de les orienter dans leurs négociations. Ainsi, une interface visuelle est mise à leur disposition constituée de différents espaces de réponse à remplir ou cocher afin de recueillir un maximum d'informations les concernant. Une fois la phase de recueil d'informations est terminée, plusieurs solutions sont proposées par l'interface visuelle. Si l'une d'entre elles rencontre l'approbation des parties, elle constituera l'issu du conflit qui mettra définitivement fin à ce dernier.

SOUS SECTION 2 : L'ARBITRAGE EN LIGNE

Approche. L'arbitrage est le mode de règlement amiable de litiges par lequel les parties conviennent de soumettre leur conflit à un ou plusieurs arbitres afin de trancher leur litige. Elles peuvent le prévoir dès la conclusion de leur contrat en insérant une ''clause compromissoire''[1057]. Par cette clause, les parties tendent à anticiper les difficultés futures susceptibles de se déclencher au cours de l'exécution de leur contrat, en soumettant leur litige à une personne neutre, compétente et qui préserve la confidentialité de leur

[1057] Article 1442 du CPC.

différend[1058]. Si les parties n'ont pas inséré une clause compromissoire, elles gardent toujours la possibilité du recours à l'arbitrage même si un différend les oppose d'ores et déjà. Dans ce cas, elles signent un compromis[1059] d'arbitrage qui produit les mêmes effets qu'une clause compromissoire sauf qu'il a été conclu en aval de la survenance du litige. Dans l'une ou dans l'autre hypothèse, le recours à l'arbitrage démontre la volonté des parties d'éviter que leur différend soit tranché par la voie judiciaire classique, avec tous les inconvénients qui s'y attachent. La procédure d'arbitrage respecte mieux la confidentialité des parties et les informations inhérentes au contrat, assure la célérité et l'efficacité quant à la solution apportée au litige.

Avantages. Etant un mode de règlement de litiges extrajudiciaire bien connu et courant en commerce international, l'arbitrage s'est modernisé afin de suivre le rythme des évolutions du commerce électronique. Devenu électronique, l'arbitrage a allié célérité, neutralité, compétence, et surtout confidentialité. C'est la raison pour laquelle l'arbitrage est de plus en plus sollicité pour résoudre des différends en ligne[1060]. En insérant une clause compromissoire ou un compromis dans le contrat électronique, les parties- généralement établies dans des pays différents, donc, de lois et de cultures différentes- ont ainsi l'assurance qu'en cas de litige, celui-ci sera tranché par une personne neutre dont la compétence est reconnue dans le domaine concerné.

Le droit français de l'arbitrage. En droit interne français, l'arbitrage est réservé uniquement aux contrats conclus entre professionnels comme le précise bien l'article 2061 du code civil : « *La clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité*

[1058] Encore faut-il que l'objet du litige puisse faire l'objet d'un arbitrage. En effet, l'article 2059 du code civil prévoit rigoureusement que les personnes peuvent compromettre uniquement les droits dont elles ont la libre disposition. Autrement dit, précise l'article 2060 que les parties ne peuvent compromettre *« sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».*

[1059] Article 1442 du CPC.

[1060] On compte aujourd'hui plus d'une vingtaine d'institutions qui proposent l'arbitrage en ligne**.** On citera quelques unes : Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (règle les litiges des noms de domaine), American Arbitration Association, ADR Group, ARYME, BBBOnline, BRC, CIArb, Dispute Manager, Resolution Canada, NOVA Forum, Private Judge, WebMediate….

professionnelle[1061] ». Cette restriction n'est pas sans poser de problème. Ainsi, si une clause d'arbitrage est insérée dans un contrat d'investissement dans lequel un investisseur financier conclut une opération financière en dehors du cadre de son activité professionnelle, la nullité de cette clause peut être soulevée devant le juge[1062].

Plan. Dans le cadre de l'étude de l'arbitrage, nous verrons successivement la procédure d'arbitrage (paragraphe 1) et l'exécution de la sentence arbitrale (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La procédure d'arbitrage

Procédure. Une fois désigné, l'arbitre examine le dossier et rend sa décision sous forme de sentence arbitrale écrite qui sera exécutée soit volontairement par les parties, soit, en cas de refus d'exécution par l'une des parties, sera revêtue de la force exécutoire par le biais d'une procédure judiciaire. L'arbitrage en ligne- qui n'exclut pas totalement la réunion hors ligne des parties-, utilise le plus souvent les moyens de communications à distance (la visioconférence, le courrier électronique, téléphone, fax)[1063]. Dans ce cas, une clause compromissoire est rédigée et acceptée électroniquement (A). Toutefois, en raison de la nature immatérielle de la procédure d'arbitrage, des doutes persistent sur la localisation et partant de la loi compétente (B).

A. La clause compromissoire électronique

Validité. Le droit international à travers la Convention de New York, ainsi que le droit français, exigent que la clause compromissoire soit conclue par écrit[1064]. Se pose la question de savoir ici encore, si la clause conclue électroniquement et envoyée au moyen d'un e-mail

[1061] Le critère d'activité professionnelle a remplacé celui de la commercialité qui était exigé sous l'ancienne rédaction de l'article 2061 du Code Civil avant qu'il ne soit retouché par la loi NRE, loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.
[1062] ABI RIZK G.-D. L'Internet au service des opérations bancaires et financières, opt.cit. p 196.
[1063] SCHULTZ T., Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique, opt.cit.
[1064] Articles 1442 et 1443 du CPC.

échangé entre les parties a une valeur juridique équivalente à celle rédigée sur support papier. Pour répondre à cette interrogation, il convient de renvoyer aux différentes évolutions législatives en droit interne français déjà étudiées par le biais des lois du 13 mars 2000 et la LCEN qui ont successivement hissé l'écrit électronique au même rang que l'écrit papier aussi bien sur le terrain de la validité que de la preuve. Cette adaptation comme nous l'avons déjà signalisé, s'inscrit dans le cadre de la recommandation de l'article 9 de la DCE qui a incité les Etats à lever tout obstacle juridique de nature à empêcher la conclusion du contrat électronique. A la lumière de tous ces éléments, force est de déduire que sur le plan juridique, aussi bien en droit français, international[1065] qu'européen, la clause compromissoire électronique est parfaitement valable. En l'adaptant aux nouvelles technologies, on peut donc conclure que la clause compromissoire mentionnée clairement dans un écrit électronique est parfaitement valable. Son acceptation par l'autre partie est assurée au moyen de la signature électronique. Le même raisonnement peut a fortiori être appliqué au compromis d'arbitrage.

B. La loi compétente et localisation du lieu d'arbitrage

Difficulté de localisation. La localisation de l'arbitrage est un point délicat. Ainsi, et même si l'arbitrage se déroule en ligne, il se rattache physiquement à un pays déterminé. Quelle est dans ce cas la loi compétente ? Loi du lieu d'implantation du serveur du site de l'arbitre[1066] ? Et s'il s'agit d'une pluralité d'arbitres ? Ou encore la loi du pays d'établissement de l'une des parties? Compte tenu de l'extrême difficulté qui peut découler de la nature immatérielle de l'arbitrage électronique, la solution la plus sage consiste à prévoir clairement dans le règlement d'arbitrage toutes les conditions y afférentes, en particulier la loi applicable et ce dès l'insertion de la clause compromissoire ou dès la rédaction du compromis d'arbitrage.

[1065] Sur ce point, l'article 2 de la Convention de New York qui a incité à « *reconnaître l'usage des derniers progrès technologiques pour exprimer le consentement des parties*». Par cette disposition, l'article 2 de la Convention de New York a ainsi laissé une brèche ouverte pour les procédures d'arbitrage en ligne.

[1066] MATHIEU M-E., Les services bancaires et financiers en ligne, opt.cit.

Paragraphe 2 : L'exécution de la sentence arbitrale

Plan. Du fait du caractère non contraignant de certaines sentences arbitrales en ligne (A), les parties peuvent très bien refuser de l'exécuter, dans ce cas, des mesures de contrainte sont prévues (B).

A. Le caractère non contraignant de certaines sentences arbitrales en ligne

Caractère non contraignant. Un bon nombre d'institutions d'arbitrage en ligne prévoient que la sentence arbitrale ne sera pas contraignante (*non binding arbitration*). Dans ce cas, la sentence en ligne n'aura pas une force obligatoire d'une vraie sentence arbitrale. Si combien même l'institution d'arbitrage prévoit dans son règlement que sa sentence sera revêtue de la force exécutoire, les décisions rendues en ligne sont difficilement revêtues de l'exéquatur qui revêt une dimension mondiale en raison du caractère virtuel du site Internet. L'exécution d'une sentence arbitrale peut se heurter parfois au refus de l'une des parties, ce qui remet en cause tous les bienfaits de l'arbitrage en ligne dont on a déjà fait l'éloge, et pourra être la cause de déclenchement d'un long processus judiciaire que les parties ont délibérément évité au départ en adoptant ce genre de règlement. Mais tel n'est heureusement pas le cas dans la majorité des situations, d'une part grâce à l'esprit de coopération animé par les parties en recourant à ce genre de règlement, et d'autre part grâce à la naissance et au développement des mesures de contrainte électronique.

B. Le refus d'exécution et les mesures de contrainte électronique :

Mesures de contrainte. Afin de garantir un minimum de crédibilité et d'efficacité aux ''MERL'', et particulièrement à l'arbitrage, des mesures de contrainte ou plutôt de sanction ont vu le jour. Le commerçant qui refuse d'exécuter une décision dans le cadre des ''MERL '' de façon générale, ou une sentence arbitrale en particulier, peut se voir retirer le label de qualité qui lui a été attribué lors de son adhésion à un système de certification des pratiques

commerciales inhérent à ce genre de règlement de conflit. Il se verra ensuite inscrit sur la liste noire des opérateurs peu recommandables[1067]. Le refus de se conformer à une solution électronique constitue une pratique déloyale qui justifie cette sanction qui est de surcroît publiée et connue de tous les intervenants du marché électronique, ce n'est guère en sa faveur. Toutefois, la mesure de sanction ne doit pas être disproportionnée et porter atteinte à l'image des parties au litige. Les MERL ont pour but de trancher des litiges liés au monde des affaires, l'anonymat des parties et la confidentialité des informations doivent être préservés lors de la diffusion de la décision en ligne.

Le cyber tribunal[1068]. Messieurs BENYEKHLEF[1069] et TRUDEL ont lancé en septembre 1996 le projet ''CyberTribunal '' qui a été présenté officiellement deux ans après, soit le 4 juin 1998. A priori, le terme ''Cyber Tribunal'' peut laisser entendre qu'il s'agit d'un tribunal virtuel ouvert dans le cyberespace, dirigé par de vrais juges qui se consacrent à résoudre des litiges en ligne, mais en réalité, il s'agit de sites de *cybermédiation* ou de *cyberarbitrage*[1070] qui proposent de résoudre en ligne des conflits (de toute nature) en toute confidentialité et célérité[1071]. Le CyberTribunal a pour objectif de résoudre '' les conflits cybernétiques'' nés dans le ''cyberespace'' par les modes extrajudiciaires classiques tels que la médiation et l'arbitrage.

[1067] CACHARD O. Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL), opt.cit.

[1068] Désormais dénommé *Cyber Tribunal II* est disponible sur : http://www.cybertribunal.org

[1069] Pour souligner l'importance de son projet, il a déclaré que *''les compagnies qui font affaires sur Internet ont besoin, pour recruter des clients, d'inspirer confiance. Les consommateurs risquent d'être plus enclins à faire affaires avec les entreprises qui indiquent qu'elles se conforment aux lignes directrices fixées par un organisme comme le CyberTribunal ''*. Déclaration recueillie sur le site du barreau de Québec : http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol30/no14/cybertribunal.html

[1070] Sur ce point, V. ''les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal'', article de la Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal, rédigé par GAUTRAIS V., BENYEKHLEF K.et TRUDEL P., disponible sur : https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/61/1/0008.pdf

[1071] La procédure détaillée du Cyber Arbitrage et de la Cyber Médiation ainsi que d'autres mécanismes de cyber justice est disponible sur : http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/chassifr.htm

SECTION 2 : LES MODES DE RÉSOLUTION EXTRAJUDICIAIRES PROPRES AUX SERVICES FINANCIERS

Plan. Dans le cadre de la résolution des litiges financiers, deux institutions spécifiques ont été créées afin de résoudre efficacement ce genre de litiges à savoir le réseau FIN-NET (sous section 1) et le centre européen de règlement de différends financiers (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LE RÉSEAU FIN-NET

Plan. Une brève approche des attributions de ce réseau s'impose (A) avant de mettre en lumière la procédure de règlement de litige (B).

Paragraphe 1 : Les attributions

Création et compétence. Créé le 16 octobre 2001 par la Commission européenne, le réseau FIN-NET[1072] ou '' *Financial Dispute Resolution Network''* est un réseau européen de recours extrajudiciaire dans le domaine des services financiers couvrant tous les pays de l'Espace Economique Européen (EEE)[1073]. Ces derniers sont liés entre eux et régis par un *''protocole d'accord''* qui met en exergue les principes de coopération en vue de d'unifier les conditions de résolution transfrontalière des différends relatifs à ces services. Le réseau est compétent pour connaître des litiges opposant les clients à des prestataires de services financiers tels que les banques, les compagnies d'assurance, les sociétés d'investissement et tout autre organisme financier portant sur des services financiers. Il regroupe des organismes nationaux de traitement extrajudiciaire des réclamations relatives aux services financiers des

[1072] Disponible sur le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_fr.htm
[1073] L'EEE est composé de 21 Etats composant l'Union européenne, l'Islande, le Liechtenstein et le Norvège.

différents pays de l'EEE qui doivent respecter les principes prévus dans la recommandation n° 98/257 CE de la Commission européenne du 30 mars 1998[1074].

Composition. Le réseau FIN-NET établi en France est composé des organes suivants[1075] :

- ✓ *Le médiateur de l'Autorité des marchés financiers (AMF)*[1076]
- ✓ *Le médiateur de l'Association française des Sociétés Financières (ASF)*[1077]
- ✓ *Le médiateur de la Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)*[1078]
- ✓ *Le médiateur du Groupement des Entreprises Mutuelles d'Assurances (GEMA)*[1079]

Paragraphe 2 : La procédure

Déroulement. Une fois le litige déclenché, le traitement de la réclamation déposée par le consommateur contre un prestataire financier sera de la compétence de l'organisme du pays d'établissement du prestataire financier et non celui de son pays de résidence du client. Ici, c'est le principe du pays d'origine qui est compétent pour résoudre le conflit. Pour saisir le membre FIN-NET établi dans le pays du prestataire financier, deux voies s'ouvrent au consommateur :

A) Soit il se connecte au site de la Commission européenne[1080] qui le guidera pour le trouver. Un formulaire[1081] est mis à sa disposition contenant des explications des démarches qu'il doit suivre ;

[1074] A savoir la légalité, l'indépendance, la transparence, la procédure contradictoire et l'efficacité (accès facile, gratuité et rapidité)…
[1075] http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_fr.htm
[1076] http://www.amf-france.org/affiche_page.asp?urldoc=mediateur.htm&lang=fr&Id_Tab=0
[1077] http://www.asf-france.com/ASFCommunication/IndexNon/AccCommMed.asp
[1078] http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/frameset?opendocument&arg=Lesystemedemediation
[1079] http://www.gema.fr/media_home.php
[1080] http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_fr.htm
[1081] http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs_fr.htm

B) Soit il saisit le membre FIN-NET de son pays de résidence qui lui fournira toutes les informations nécessaires concernant la procédure à respecter[1082].

SOUS SECTION 2 : LE CENTRE EUROPÉEN DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS FINANCIERS

Plan. Les litiges financiers nés au sein de l'Union européenne sont également réglés par une institution spécialisée *''Centre Européen de règlement des différends financiers''* ou *'' EUROARBITRAGE''* [1083] qui propose trois sortes de moyens de règlements extrajudiciaires de différends, à savoir la médiation (paragraphe 1), l'expertise (paragraphe 2) et l'arbitrage (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : La médiation des différends financiers

Procédure. Les parties peuvent convenir dans leur contrat qu'en cas de litige, la solution sera recherchée dans le cadre de la médiation sous l'égide du centre. La demande est adressée au secrétariat du centre et sera enregistrée une fois le paiement de la provision est effectué par la partie demanderesse. Un médiateur est désigné d'un commun accord par les parties dans la liste des médiateurs du centre, selon la nature du litige en question. Indépendant et impartial, le médiateur orchestre les négociations entre les parties et dispose de deux mois pour rendre sa décision en conformité avec les dispositions du règlement du centre. En cas d'acceptation des termes de l'accord par les parties, le médiateur dresse un procès verbal dans lequel il constate leur conciliation.

[1082] http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_fr.htm

[1083] La version française du règlement '' EUROARBITRAGE '' du centre européen de règlement des différends financiers du 28 mars 2001 est disponible sur : www.euroarb.org

Paragraphe 2 : L'expertise des différends financiers

Procédure. Le règlement d'expertise peut être diligenté par l'une des parties en communiquant sa demande au secrétariat du centre qui la notifie à l'autre partie. A l'instar de la médiation, la demande d'expertise n'est enregistrée qu'après paiement de la provision par la partie demanderesse. Un expert est désigné dans la liste des experts du centre en fonction de la nature technique du litige. L'expert doit mener le processus d'expertise en toute loyauté, indépendance et impartialité vis-à-vis des parties. Il peut prendre toute mesure qu'il juge nécessaire pour la sauvegarde de l'objet du litige. Une fois sa décision prise, il ne communique pas le rapport directement aux parties, mais au secrétariat du centre qui prend le soin de le leur transmettre.

Paragraphe 3 : L'arbitrage des différends financiers

Procédure. Le recours à l'arbitrage peut être convenu par les parties par l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat financier ou à l'initiative d'une d'entre elles une fois le différend naît. Dans le dernier de ces cas, la partie demanderesse envoie une requête au secrétariat du centre ainsi qu'à l'autre partie. La première étape de la procédure est pareille que pour l'expertise et la médiation pour ce qui est du paiement et de l'enregistrement de la demande. Le défendeur doit adresser une réponse écrite dans laquelle il expose ses arguments de défense au secrétariat du centre ainsi qu'au demandeur dans un délai n'excédant pas trente jours. En principe, le tribunal arbitral permanent est composé de trois arbitres, mais les parties peuvent convenir que leur litige sera tranché par un seul arbitre choisi dans la liste établie par le Comité permanent. Le nombre d'arbitres est laissé à la discrétion des parties. Une fois le tribunal arbitral est constitué, il est seul juge de la recevabilité et de la pertinence des preuves présentées par les parties. Selon la technicité ou la difficulté de l'affaire, il peut se faire assister par un expert. Il convoque les parties aux dates d'audience afin d'organiser des débats oraux contradictoires entre les parties. La

sentence est prononcée sous forme d'ordonnance par le tribunal arbitral par la majorité des voix exprimées. En cas de désaccord entre les arbitres, la voix du président est prépondérante. Motivée, l'ordonnance est rendue par écrit et en dernier ressort.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Analyse critique des MERL. Avec les ''MERL '', une nouvelle forme de justice a ainsi vu le jour et s'est imposée au fil des années accompagnant le développement du commerce électronique. La résolution des litiges exclusivement par des modes électroniques est un véritable progrès, car elle s'est adaptée à la technicité du support de la transaction (le contrat électronique). La floraison des différents modes électroniques en est la preuve. Mais aux mutations et progrès liés aux nouvelles technologies, s'accompagnent toujours de nouvelles problématiques juridiques. S'est donc posée la question de savoir si cette forme de ''justice douce'' respecte les conditions d'une justice équitable. Selon les recommandations de la Commission européenne[1084], une bonne justice aussi bien judiciaire qu'extrajudiciaire est celle qui respecte entre autres les principes de la légalité et de la contradiction. Or, dans le cadre des '' MERL '', ni le premier est imposé (dans la majorité des cas) ni le deuxième est respecté en raison de la virtualité du rapport qui les lie. En effet, la virtualité du règlement affaiblit ou ignore complètement toute communication directe entre les différentes parties au litige et le strict respect des différentes formalités et protocoles ôtent toute convivialité entre les parties et limite leur liberté de communication et de négociation. Par ailleurs, même l'exécution électronique spontanée de la sentence arbitrale ou de la décision rendue par l'institution ou le tiers– grand bénéfice attendu des MERL – est parfois mise en cause du fait du caractère non contraignant d'une décision ou d'une sentence arbitrale prévu expressément par les parties ou du refus d'exécution par l'une ou l'autre des parties dans certains cas. Les mesures de sanction déjà étudiées demeurent limitées du fait du respect des principes d'anonymat et de confidentialité.

[1084]Recommandation de la commission du 30/03/1998 : principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de conso, JOCE n° L 115/31 du 17/4/98 et Recommandation du 4/4/01 : principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de conso : JOCE N° L 109/56 du 19/04/2002.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Bilan général. Quelque soient l'importance des bouleversements technologiques, ce sont sans doute les facteurs juridiques qui ont été décisifs dans le développement de la commercialisation des services financiers en ligne.

En effet, l'intervention massive du législateur européen à travers les différents instruments juridiques transposés ensuite dans les droits nationaux des différents pays de l'Union européenne, l'adaptation des règles juridiques classiques et l'adoption de nouvelles dispositions adaptées au contexte électronique, la croissance du sentiment de confiance des utilisateurs dû entre autres au mécanismes de sécurité mis en place sont tous des facteurs qui ont favorisé la création d'un cadre juridique clair et précis de la prestation des services financiers en ligne.

DEUXIEME PARTIE : LA SÉCURITÉ DES TRANSACTIONS FINANCIÈRES EN LIGNE

Nécessité d'une sécurité adéquate. L'irruption d'Internet dans le monde des affaires a considérablement bouleversé les modes de commercialisation, de distribution et surtout de paiement. En effet, la mise en ligne des moyens de paiements a constitué une opportunité d'innovation aussi bien pour le secteur bancaire et financier que pour les consommateurs mais a également été accompagnée par un souci majeur qui est celui d'assurer une sécurité efficace. Le risque de sécurité lié au paiement n'est pas propre au contexte électronique, mais accentué par ce dernier étant donné le caractère ouvert du réseau Internet qui augmente le risque d'interception des données. Ainsi, afin de développer un climat de confiance entre les professionnels du secteur bancaire et financier et leurs clients, il a été nécessaire de mettre en place des systèmes de sécurité suffisamment sûrs et verrouillés d'un niveau au moins équivalent à ceux qui sont mis en place pour les services financiers prestés hors ligne en présence des parties. Pour ce faire, il fallait mettre en place des moyens de sécurisation des échanges et des paiements en ligne à la pointe de la technologie, efficaces et adaptés à l'environnement de l'Internet. La cryptologie et la certification électronique ont répondu à ces exigences sécuritaires, et se sont révélées comme les meilleurs moyens de sécurisation des transactions financières qui circulent en ligne (Titre I).

Les établissements bancaires et financiers ont pu ainsi protéger à la fois le contenu des échanges (la confidentialité), contrôler l'identité du client, et vérifier que ce dernier est bien celui qui prétend être (l'authentification), de s'assurer que le message n'a pas été modifié ou altéré lors de son acheminement (l'intégrité), et, enfin, que l'une des parties ne va pas être en mesure de contester la transaction effectuée (la non répudiation). En plus de ces fonctions, les moyens cryptologiques ont eu le mérite également de sécuriser le paiement électronique qui s'est largement développé ces dernières années (Titre II).

Dans un autre ordre d'idées, la sécurisation des transactions financières en ligne ne peut être efficace sans la protection des données personnelles numérisées (Titre III).

TITRE I : LA SÉCURISATION DES PAIEMENTS EN LIGNE

Moyens de sécurisation. Grâce à leurs différents atouts, la cryptologie et la certification sont devenues des outils indispensables pour assurer la protection des informations financières qui circulent sur le réseau, en évitant le risque d'interception des messages. En effet, ce risque n'est pas nouveau, il existe même depuis des millénaires. Il a été à l'origine du développement des codes et des chiffres, techniques indispensables pour le chiffrement des messages afin que seuls les destinataires puissent les lire[1085]. Depuis son invention, le chiffrement a permis d'assurer la confidentialité des messages, en les rendant compréhensibles des seules personnes autorisées. Pratiquée depuis l'antiquité, l'art du chiffrement était divisé en deux catégories: la stéganographie et la cryptographie. La première consistait à raser la tête d'un esclave, écrire un message sur le crâne rasé, d'attendre la repousse des cheveux et l'envoyer se faire raser la tête par le destinataire du message[1086]. Cette technique avait donc pour objectif la dissimulation d'un message tandis que la cryptographie consistait à transformer un message clair en un message inintelligible par les tiers auxquels il n'est pas destiné. C'est cette dernière technique qui est utilisée aujourd'hui pour chiffrer les messages qui transitent en ligne. Elle repose sur l'utilisation d'algorithmes mathématiques puissants qui chiffrent les données échangées pour les rendre totalement incompréhensibles par des tiers.

Plan. L'importance des codes et du chiffrement des messages est encore plus d'actualité aujourd'hui depuis l'avènement des nouvelles technologies et la transmission de données sensibles telles que les données financières par Internet. Ainsi, le développement et la libération des prestations financières en ligne doivent beaucoup aux mesures de sécurité qui ont été aménagées ou récemment mises en place. Il s'agit en particulier de la cryptologie (Chapitre 1), et la certification électronique (Chapitre 2).

[1085] SINGH S., Histoire des codes secrets, De l'Egypte des Pharaons à l'ordinateur quantique, Editions Jean-Claude Lattès 1999, p 11.

[1086] BENSOUSSAN A., LE ROUX Y. (sous la direction de) Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques, Hermès Science publications Paris 1999 p 11.

CHAPITRE I : LA CRYPTOLOGIE

Présentation. La cryptologie ou *« la science du secret »*[1087] est définie comme étant *« un ensemble de techniques qui permettent de protéger des informations grâce à un code secret (…). Ces codes sont couramment appelés ''clés'' et sont désignés par l'expression ''conventions secrètes'' dans les textes législatifs »*[1088]. Massivement utilise afin de garantir la confidentialité des données sensibles échangées de haut niveau, la cryptologie a ainsi évolué pendant des années dans les milieux fermés qu'étaient les gouvernements, les services secrets et les armées. Mais depuis l'avènement d'Internet, et le développement du commerce électronique, l'utilisation de la cryptologie s'est avérée indispensable. Son utilisation s'est largement répandue afin de sécuriser la transmission, entre autres, des données bancaires et financières sensibles des particuliers. Les données que les clients échangent avec leurs banques (les mots de passe d'accès ou encore les données relatives aux moyens de paiement) doivent rester secrètes et connues des seules personnes concernées. C'est pourquoi cette science est aujourd'hui abondamment utilisée dans le secteur financier pour garantir la sécurité et la confidentialité des données financières qui circulent en ligne au point qu'un auteur a affirmé qu'elle est devenue une science indispensable à l'ère des réseaux[1089].

Plan. Il est hors de propos de détailler les aspects techniques et scientifiques du mécanisme de la cryptologie, il est en revanche nécessaire d'examiner d'abord les différents types de la cryptologie qui sont utilisés dans le secteur bancaire et financier (section 1) ainsi que le régime légal français de cette science (section 2).

[1087] STINSON D., traduction (AVOINE G., JUNOD P., VAUDENAY S.), Cryptographie, théorie et pratique. Avant propos, Vuibert Informatique, 2ème édition 2003.

[1088] Définition fournie par le guide pratique élaboré par le Service central de la sécurité des systèmes d'information (SCSSI) et le Secrétariat d'Etat à l'Industrie, cité par BENSOUSSAN A., LE ROUX Y. Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques, Hermès Science publications Paris 1999 p14.

[1089] FARAGGI B., Commerce électronique et moyens de paiement, éditions Dunod, Paris 1998, p 62.

SECTION 1 : LA CRYPTOLOGIE COMME MOYEN DE CHIFFREMENT DES DONNÉES

Définition de la cryptographie. La cryptographie ou « *l'art de la communication secrète* »[1090] ou *« la science de la transformation des messages »*[1091] est une des disciplines de la cryptologie qui a pour objectif fondamental de permettre à deux personnes de communiquer via un canal peu sûr, de telle sorte qu'un opposant ne puisse comprendre ce qui est échangé[1092]. Autrement dit, il s'agit de la technique qui tend à chiffrer un fichier ou un message de sorte qu'il devienne incompréhensible pour les personnes auxquelles il n'est pas destiné. Cette discipline est largement utilisée pour chiffrer les transactions et les échanges sur Internet. Elle consiste à assurer la confidentialité des messages en utilisant des algorithmes, à l'aide de clés ou de mots de passe qui sont détenus par les utilisateurs pour coder et décoder les documents. En pratique, les échanges financiers sont protégés par la cryptographie qui est divisée en deux types (sous section 1), utilisée en parallèle avec d'autres procédés cryptographiques tels que la certification électronique (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LES DEUX TYPES DE LA CRYPTOGRAPHIE

Plan. La cryptographie est divisée en deux types: la cryptographie symétrique (paragraphe 1) et la cryptographie asymétrique (paragraphe 2).

[1090] SINGH S., Histoire des codes secrets, De l'Egypte des Pharaons à l'ordinateur quantique, opt.cit p 13.
[1091] BENSOUSSAN A., LE ROUX Y. (sous la direction de) Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques, opt.cit.p15.
[1092] STINSON D., Cryptographie, théorie et pratique, opt. cit. p 1.

Paragraphe 1 : La cryptographie symétrique

Procédé de la cryptographie symétrique. Lorsque le chiffrement repose sur une « clé secrète »[1093], le procédé de chiffrement est dit symétrique. L'expéditeur et le destinataire d'un message détiennent la même clé, aussi bien pour le chiffrer que pour le déchiffrer. Ainsi, avant d'entamer un échange sécurisé à travers un réseau, en particulier sur Internet, les personnes doivent être en possession de cette clé qu'il faut garder secrète pendant toute la durée de sa validité et dont la transmission peut s'avérer difficile et coûteuse[1094]. L'exemple le plus connu de la cryptographie symétrique est le *Data Encryption Standard* (DES) ou « standard de codage des données» largement utilisé par les banques pour assurer la confidentialité des données échangées. Il est basé sur un ensemble de transformations composé de transpositions (changement de l'ordre des lettres) et de substitution (remplacement d'une lettre par une autre) pour former un ''code produit'' nommé algorithme mixte. Particulièrement utilisé dans les réseaux fermés en raison de la transmission de la même clé secrète, ce mécanisme (même amélioré en triple DES) présentait la faiblesse d'être facilement intercepté dans un réseau ouvert tel qu'Internet avec le risque du déchiffrement du message. Son emploi n'est plus recommandé aujourd'hui du fait de la lenteur de son exécution, et son espace de clé trop petit (56 bits). Devenu trop faible, il a été remplacé en 2000 par un autre algorithme: *Advanced Encryption Standard* (AES) ou « standard de chiffrement avancé » connu également sous l'appellation RIJNDAEL du nom de ses deux concepteurs Joan DAEMEN et Vincent RIJMEN. Il s'agit d'un algorithme (clé de 128 bits) qui répond aux mêmes exigences sécuritaires que le standard DES, mais plus sûr du fait qu'il a résisté à plusieurs attaques ce qui l'a rendu particulièrement préconisé pour assurer la confidentialité des données en ligne, financières notamment. Il est aujourd'hui utilisé pour sécuriser la connexion et l'échange de données confidentielles dans certains sites de banques françaises en ligne telles que Le Crédit lyonnais et le Crédit mutuel.

[1093] FARAGGI B., Commerce électronique et moyens de paiement, opt.cit. p63.
[1094] BENSOUSSAN A., LE ROUX Y. (sous la direction de) Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques, opt.cit.p17.

Paragraphe 2 : La cryptographie asymétrique

Présentation. La cryptographie est dite asymétrique ou à « clé publique » lorsque les algorithmes de cryptage et de décryptage sont différents. Le mécanisme repose sur un algorithme dit RSA du nom des informaticiens qui l'ont conçue en 1977 : RIVEST, SHAMIR et ADLEMAN et qui est très utilisé dans le commerce électronique. Cet algorithme est fondé sur deux paires de clés : l'une est publique pour chiffrer et l'autre est privée pour déchiffrer les données confidentielles échangées. La cryptographie asymétrique permet à la fois d'assurer un envoi sécurisé des messages et réaliser des signatures électroniques dites cryptographiques.

Schéma de la signature cryptographique à clé publique. Proposée par Messieurs DIFFIE et HELLMAN[1095], la signature cryptographique à clé publique consiste en la division d'une clé unique en deux clés distinctes, mais complémentaires: l'une est publique, et peut être connue de tous les utilisateurs en raison de sa publication dans un annuaire, l'autre est privée, gardée secrète, et n'est connue que par son détenteur[1096]. Indissociables, ces deux clés sont les seules en mesure de chiffrer et de déchiffrer un message donné. Ainsi, et en raison de la nature mathématique qui unit les deux clés, un message chiffré à l'aide d'une clé privée ne peut être déchiffré qu'à l'aide de la clé publique complémentaire[1097]. Le cryptage du message passe par une procédure particulièrement complexe: le message encodé est condensé grâce au mécanisme du « hachage » qui lui confère une empreinte numérique[1098]. Une fois signé à l'aide de la clé privée, et condensé par l'expéditeur, le message est alors envoyé à son destinataire qui le décode grâce à la clé publique. Si, à la comparaison, les deux messages condensés sont identiques, on peut affirmer dans ce cas que la signature électronique a bien rempli son rôle, et que le message n'a pas été altéré ou détourné lors de sa transmission[1099].

[1095] DIFFIE W. &HELLMAN M. E., New Directions in Cryptography : IEEE Transactions on Information Theory, 22, 1976 cité par BLANCHETTE J.-F., Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, déjà cité n°4.
[1096] BLANCHETTE J.-F., Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, opt.cit., n°4.
[1097] ABI RIZK, G.D., L'Internet au service des opérations bancaires et financières, opt.cit., n° 522.
[1098] MAS F., la conclusion des contrats du commerce électronique, opt. cit., n°143.
[1099] MAS F., la conclusion des contrats du commerce électronique, opt. cit., n°143.

Toutefois, afin d'assurer une meilleure garantie en termes d'authentification des personnes détentrices de ces bi-clés, le recours à des tierces personnes telles que les prestataires de service de certification (PSC) est préconisé. Ces derniers délivrent un certificat qui atteste l'identité de la personne dont émane la clé et authentifie ainsi sa signature électronique pour une période déterminée : c'est le certificat électronique.

SOUS SECTION 2 : LE CERTIFICAT ÉLECTRONIQUE

Définition. Afin d'accroître la confiance des consommateurs dans le commerce électronique, et assurer une sécurité élevée des données sensibles des entreprises, des administrations ou des banques qui circulent en ligne, des solutions cryptographiques ont été mises en place parmi lesquelles figure le certificat électronique. Ce dernier est défini comme étant une pièce d'identité électronique générée par une autorité de certification (tiers de confiance), qui permet à la fois d'assurer une authentification en ligne, de sécuriser les échanges de données, et de signer électroniquement un document.

Mécanisme. Basé sur le chiffrement d'informations, le certificat électronique s'appuie sur la cryptographie asymétrique de clé publique et comprend notamment le nom et le prénom de la personne titulaire du certificat, la dénomination sociale de l'entreprise et la clé qui permet d'authentifier la signature du titulaire du certificat. Lorsqu'il est adossé à une signature électronique, il atteste le lien entre l'identité physique et l'entité numérique en assurant l'authentification de la personne signataire qui se réalise grâce à la clé secrète détenue par cette dernière, et la vérification de l'authentification qui se fait à l'aide de la clé publique associée incluse dans le certificat. Largement utilisé dans les sites e-commerce, par les entreprises et surtout par les banques pour assurer la confidentialité des données sensibles, le certificat électronique est stocké dans des serveurs de clé (autorité d'enregistrement), qui contrôlent les certificats et détiennent une liste des certificats révoqués. Parmi les

opérateurs de service de certification électronique les plus connus figure CertEurope[1100], qui met en place l'infrastructure nécessaire pour la délivrance et la distribution des certificats électroniques. A la lumière de ces précisions préliminaires, force est de déduire que la certification électronique joue un rôle particulier dans le chiffrement et la sécurisation des données financières qui circulent en ligne (paragraphe 1) au point que plusieurs banques françaises délivrent elles mêmes des certificats électroniques (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le rôle du certificat électronique dans le chiffrement des données financières

Avantages. Pour sécuriser les échanges en ligne, et utiliser en toute confiance les documents dématérialisés, le recours au certificat électronique est très préconisé. Ce dernier permet à la fois d'assurer l'authentification (1), la confidentialité (2), l'intégrité du message (3) et la garantie de non répudiation (4).

1) **L'authentification :** le certificat électronique permet d'identifier avec certitude l'émetteur du message.
2) **La confidentialité des données transmises :** ces dernières sont transmises avec un haut degré de sécurité, seules les personnes autorisées y ont accès.
3) **L'intégrité du contenu du message :** le certificat électronique assure que le message n'a pas été altéré ou modifié lors de sa transmission par Internet.
4) **L'assurance de non répudiation :** Le certificat électronique garantit qu'aucun des correspondants ne pourra nier la transaction.

Supports du certificat électronique. Le certificat électronique se présente soit sous forme de matériel soit sous forme de logiciel. Dans le cas où il se présente sous forme logicielle, il suffit de le télécharger directement sur le poste de travail de l'ordinateur. Dans le cas où il se présente sous forme matérielle, il prend la forme soit d'une carte à puce ou une clé USB.

[1100] CertEurope est un prestataire de service de certification qualifié conforme à l'arrêté du 26 juillet 2004 et à la spécification européenne ETSI/ITS 101456.

- **Carte à puce :** dans ce cas de figure, le certificat électronique s'appuie sur l'utilisation d'un lecteur et d'une carte à puce dans laquelle sont logés le certificat et les éléments confidentiels liés à son utilisation, non accessibles à des tiers.

- **Clé USB :** le mécanisme du certificat électronique ainsi que les données confidentielles sont logés dans une clé cryptographique USB qui lui est soit envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception soit remise en main propre.

Intérêt. Le certificat électronique est indispensable pour fournir des sites HTTPS sécurisés. En effet, on reconnait désormais qu'une transaction est sécurisée via un site HTTPS lorsqu'une clé ou un cadenas fermé s'affiche à gauche de la barre d'adresse, ainsi que dans un coin inférieur de l'écran. Concernant particulièrement les sites des banques françaises en ligne, un tour d'horizon a malheureusement démontré que seules quelques unes (Le Crédit lyonnais[1101], Le Crédit mutuel[1102] et la banque postale[1103]) utilisent la certification électronique et un nom de domaine commençant par HTTPS pour sécuriser la connexion via ce site et la confidentialité des données sensibles.

Paragraphe 2 : Le certificat électronique délivré par les banques

Certificats « bancaires ». La Banque de France a été la première banque centrale nationale à être auditée par LSTI[1104], et à avoir obtenu la reconnaissance de prestataire de service de certification électronique certifié conformément à la norme européenne ETSI[1105]/TS 101 456 et à l'arrêté du 26 juillet 2004 décrivant les conditions d'acceptation d'une signature électronique. En parallèle, plusieurs banques proposent à leurs clients la délivrance de certificats électroniques agréés par le MINEFI (Ministère de l'économie, des Finances et de

[1101] https://www.lcl.fr/
[1102] https://www.creditmutuel.fr/groupe/fr/index.html
[1103] https://www.labanquepostale.fr/index.html
[1104] Un organisme certificateur agréé, spécialisé dans la sécurité de l'information (signature électronique, services de certification électroniques…)
[1105] Il s'agit d'un organisme à but non lucratif dont la mission est de promouvoir des standards internationaux en matière de télécommunication. Il regroupe plus de 650 membres issus de 59 pays représentants l'ensemble des acteurs du domaine. Il est soutenu par la Commission européenne et l'EFTA (European Free Trade Association).

l'Industrie), qui peuvent être acceptés par les autres banques en assurant au client le renforcement de la sécurité lors de la transmission des données bancaires. Ils permettent entre autres de sécuriser les échanges avec les administrations (télé TVA, téléURSSAF, téléC@rtegrise). A titre d'exemple, on peut citer le CA Certificat[1106] du Crédit Agricole, le certificat Keynectis du Crédit mutuel, le certificat Net-Identity de BNP Paribas.

SECTION 2 : LE RÉGIME LÉGAL DE LA CRYPTOLOGIE

Plan. Le recours à la cryptologie a été jugé indispensable afin de sécuriser les transactions bancaires et financières qui transitent en ligne. Cette nécessité a poussé le législateur français à encadrer légalement cette science par la loi du 29 décembre 1990 (sous section 1) et la réformer ensuite par la LCEN du 21 juin 2004 (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LE RÉGIME INITIAL INSTAURÉ PAR LA LOI DU 29 DÉCEMBRE 1990

Plan. La réglementation initiale mise en place par la loi du 29 décembre 1990 (paragraphe 1) a rapidement présenté des insuffisances (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La réglementation initiale de la cryptologie

Les principales dispositions. La réglementation de la cryptologie a été amorcée par la loi n°90/1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications qui a prévu initialement l'utilisation des moyens cryptographiques dans le but de *« (…) préserver les intérêts de la défense nationale et de la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, tout en*

[1106] http://www.ca-certificat.com/do/home;jsessionid=DB82AA5EB56783412928DF1751EC5DAC

permettant la protection des informations et le développement des transactions sécurisées [1107]». De ce texte, on peut déduire le degré du monopole de l'Etat dans l'usage de des moyens cryptologiques nécessaires à assurer la sécurité des échanges de haut niveau, et le régime d'autorisation préalable qui était mis en place. La loi n°96-659 du 2 juillet 1996 est venue ensuite « semi libéraliser » le secteur de la cryptologie, en modifiant sensiblement la loi du 29 décembre 1990 par l'instauration de trois régimes: la liberté[1108], l'autorisation préalable[1109] et la déclaration. Ces deux derniers régimes, a précisé l'article 28,3° de la loi du 29 décembre 1990 modifiée, sont définis par décret en particulier, les décrets n° 98-101 du 24 février 1998[1110] et n°98-102 du 24 février 1998[1111], n°99-199 du 17 mars 1999[1112] et n° 99-200 du 17 mars 1999[1113].

Paragraphe 2 : Les insuffisances sécuritaires de la réglementation

Causes. Rapidement, l'insuffisance de la fiabilité du dispositif de la cryptologie mis en place par la loi du 29 décembre 1990 modifiée a été révélée. Le dispositif était notamment peu efficace pour lutter contre l'utilisation de la cryptologie pour des fins criminelles. En effet, il était techniquement difficile de contrôler si le téléchargement d'un logiciel soumis à autorisation a été fait de façon illégale. Par ailleurs, le système de clé d'encodage publique et privé destiné à crypter et décrypter les messages n'était pas suffisamment fiable pour empêcher le piratage de ces clés. D'où la réforme de la réglementation de la cryptologie par la LCEN.

[1107] Article 28 de la loi du 29 décembre 1990.

[1108] Conformément aux dispositions de l'article 28, I, 1° de la loi du 29 décembre 1990 modifiée, la liberté d'utilisation des moyens cryptologiques prévaut dans deux situations : lorsque le moyen ou la prestation de cryptologie ne permet pas d'assurer des fonctions de confidentialité, et notamment lorsqu'il ne peut avoir pour objet que d'authentifier une communication ou assurer l'intégrité d'un message transmis. C'est également le cas lorsque le moyen ou la prestation de cryptologie assure des fonctions de confidentialité et n'utilise que des conventions secrètes.

[1109] Sont soumis à autorisation préalable du premier ministre, la fourniture, l'importation de pays n'appartenant pas à la Communauté européenne, et l'exportation aussi bien des moyens que des prestations de cryptologie lorsqu'ils assurent des fonctions de confidentialité. (Article 28, 2°, a de la loi du 29 décembre 1990). Pour tous les autres cas, une simple déclaration au premier ministre suffit (article 28, 2°, b).

[1110] Définissant les conditions dans lesquelles sont souscrites les déclarations et accordées les autorisations concernant les moyens et prestations de cryptologie.

[1111] Définissant les conditions dans lesquelles sont agréés les organismes gérant pour le compte d'autrui des conventions secrètes de cryptologie en application de l'article 28 de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications.

[1112] Définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie pour lesquelles la procédure de déclaration préalable est substituée à celle d'autorisation.

[1113] Définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie dispensées de toute formalité préalable.

SOUS SECTION 2 : LA RÉFORME DU RÉGIME LÉGAL DE LA CRYPTOLOGIE PAR LA LCEN

Cadre remanié de la cryptologie. Le cadre instauré par la loi du 29 décembre 1990 modifiée a été profondément remanié par la LCEN. Ainsi, l'article 28 de la loi du 29 décembre 1990 qui définissait les prestations de cryptologie a été abrogé par l'article 40 de la LCEN du 21 juin 2004. Par ailleurs, l'article 22 du décret n°2007-663 du 2 mai 2007, pris pour l'application des articles 30, 31 et 36 de la LCEN, relatif aux moyens et aux prestations de cryptologie[1114], a abrogé les décrets du 24 février 1998 et du 17 mars 1999. Ces abrogations signalent l'intérêt que porte le législateur à cette science, et sa volonté de la voir contribuer efficacement à la sécurisation des transactions en ligne. C'est ainsi que la réforme du cadre juridique de la cryptologie effectué par la LCEN (paragraphe 1) a eu une profonde incidence sur l'utilisation des moyens de cryptologie par les établissements bancaires et financiers (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'étendue de la réforme

Réglementation par la LCEN. Aujourd'hui, la cryptologie est régie par le titre III de la LCEN, intitulé « De la sécurité dans l'économie numérique». Cette loi a poussé plus loin le mouvement de libéralisation des moyens de cryptologie, en affirmant la liberté de leur utilisation[1115], et en supprimant les conditions qui étaient jadis imposées par l'article 28 de la loi du 29 décembre 1990[1116]. Ainsi, on n'imposait plus de longueur maximale à la clé de chiffrement. Ceci a permis une entière libéralisation des moyens de cryptologie.

[1114] JO n°104 du 4 mai 2007 p 7865.

[1115] Article 30 alinéa 1 de la LCEN.

[1116] En effet, l'article 28 de la loi du 29 décembre 1990 prévoyait la liberté de la cryptologie *« si le moyen ou la prestation de cryptologie ne permet pas d'assurer des fonctions de confidentialité, notamment lorsqu'il ne peut avoir comme objet que d'authentifier une communication ou d'assurer l'intégrité du message transmis - ou si le moyen ou la prestation assure des fonctions de confidentialité et n'utilise que des conventions secrètes gérées selon les procédures et par un organisme agréés dans les conditions définies au II* ».

Le texte a également posé le principe de liberté de la fourniture et du transfert des moyens de cryptologie depuis ou vers un Etat membre de l'Union européenne, lorsque ces moyens assurent exclusivement les fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité[1117]. Depuis cette libéralisation, aussi bien les personnes physiques, les entreprises que les banques peuvent avoir recours aux moyens de cryptologie qui sont définis comme étant « *tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations ou de signaux, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète. Ces moyens de cryptologie ont principalement pour objet de garantir la sécurité du stockage ou de la transmission de données, en permettant d'assurer leur confidentialité, leur authentification ou le contrôle de leur intégrité»* [1118].

Libéralisation limitée. La loi du 21 juin 2004 a limité le principe de la libéralisation des moyens de cryptologie lorsque ceux-ci font l'objet d'une fourniture ou d'un transfert dans un Etat membre de l'Union européenne dans deux situations. En effet, dans le cas où les moyens de cryptologie n'assurent pas exclusivement ces fonctions d'authentification ou de contrôle d'intégrité, leur fourniture et leur transfert depuis un Etat membre de l'Union européenne sont soumis à une déclaration du premier ministre[1119]. Par ailleurs, leur transfert et leur exportation vers un Etat membre nécessite une autorisation du premier ministre[1120].

La prestation de cryptologie[1121]. En contrepartie de la libéralisation de l'utilisation des moyens de cryptologie en France, la fourniture des prestations de cryptologie est quant à elle, soumise à une déclaration auprès du premier ministre[1122]. Les prestataires qui assurent cette fourniture sont assujettis au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal[1123], et sont responsables au titre de ces prestations *« nonobstant toute stipulation contractuelle contraire, du préjudice causé aux personnes leur*

[1117] Article 30, II de la LCEN.
[1118] Article 29 de la LCEN.
[1119] Article 30, III de la LCEN.
[1120] Article 30, IV de la LCEN.
[1121] Par prestation de cryptologie on entend « *« toute opération visant à la mise en œuvre, pour le compte d'autrui, de moyens de cryptologie* ». Article 29 alinéa 2 de la LCEN.
[1122] Article 31, I de la LCEN.
[1123] Article 31, II de la LCEN.

confiant la gestion de leurs conventions secrètes en cas d'atteinte à l'intégrité, à la confidentialité ou à la disponibilité des données transformées à l'aide de ces conventions [1124]».

Dispositif de sécurité. A la lumière de ces éléments, force est de déduire que l'utilisation des moyens cryptologiques et la fourniture des prestations de cryptologie sont rigoureusement encadrés par la LCEN. En effet, en mettant à la charge des prestataires de service de cryptologie une responsabilité renforcée sous peine de sanctions administratives et pénales prévues aux articles 34 et 35, le législateur a voulu lutter contre l'utilisation de la cryptologie à des fins délictueuses[1125].

Paragraphe 2 :L'incidence de la réforme sur les établissements bancaires et financiers

Libéralisation. Le cadre à la fois libéral et protecteur de la cryptologie tel qu'instauré aujourd'hui par la LCEN, a largement bénéficié aux établissements bancaires et financiers. Ceux-ci peuvent désormais utiliser librement les moyens de cryptologie conformément aux dispositions de l'article 29 de la LCEN et télécharger des logiciels qui permettent de générer des signatures électroniques[1126]. Ils peuvent également fournir et transférer librement les moyens cryptologiques depuis ou vers un pays membre de l'Union européenne (si ces moyens, rappelons le, assurent exclusivement les fonctions d'authentification et le contrôle d'intégrité), sans avoir à faire une déclaration auprès du premier ministre. En effet, conformément à l'article 1er du décret du 2 mai 2007 précité, sont dispensés de toute formalité préalable, les moyens cryptologiques qui figurent dans son annexe 1 publiée au Journal officiel n°104 du 4 mai 2007, parmi lesquels figurent : *« Les équipements spécialement conçus et limités pour servir dans des opérations bancaires et financières, à destination du grand public, et dont la capacité cryptographique n'est pas accessible à l'utilisateur ».*

[1124] Article 32 de la LCEN.
[1125] ABI RIZK, G.D., L'Internet au service des opérations bancaires et financières, opt.cit. p 101.
[1126] ABI RIZK, G.D., L'Internet au service des opérations bancaires et financières, opt.cit. p 100.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Efficacité de la cryptologie. Des millions de personnes recourent aujourd'hui à Internet pour effectuer des transactions diverses et n'hésitent plus à payer en ligne. Cela démontre en effet la confiance placée dans ce nouveau canal et la sécurité qu'il inspire grâce aux moyens cryptologiques mis en place. Mais comme l'a si bien dit un auteur, *« l'histoire des codes et des chiffres est une suite ininterrompue de batailles entre les codeurs et les briseurs de codes*[1127] *».* En effet, la cryptologie est un mécanisme qui repose sans doute sur une grande complexité calculatoire, qui rend en principe impossible la déduction de la clé privée à partir de la clé publique, mais cette impossibilité est limitée dans le temps. Un code aussi compliqué soit-il, finit tôt ou tard par être cassé, déchiffré, ce qui augmente le risque de son interception et partant de là le décodage du message et le détournement des informations. C'est la raison pour laquelle les protocoles de chiffrement doivent être remplacés par d'autres plus efficaces. Les certificats électroniques sont donc limités dans le temps afin de garantir un haut niveau de sécurité surtout lorsqu'il s'agit de sécuriser les paiements en ligne.

[1127] SINGH S., Histoire des codes secrets, De l'Egypte des Pharaons à l'ordinateur quantique, p 11.

CHAPITRE II : L'USAGE DE LA CRYPTOLOGIE DANS LA SECURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE

Plan. Avec le développement du commerce électronique et la croissance des moyens de paiement en ligne, des millions de personnes utilisent la cryptologie en particulier la cryptographie asymétrique sans le savoir. En effet, le paiement en ligne est protégé par des protocoles de sécurité (section 1) et des systèmes de sécurité (section 2), basés sur des procédés cryptologiques qui ont été développés afin de chiffrer les données personnelles et bancaires, que les internautes remplissent (nom, prénom, adresse postale, e-mail, les coordonnées de la carte bancaire).

SECTION 1 : LES PROTOCOLES DE SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE

Plan. Il existe deux principaux protocoles cryptographiques qui tendent à sécuriser le paiement en ligne par carte bancaire. Il y a d'une part le protocole TLS *(Transport Layer Security*) (sous section 1) et le protocole SET (*Secure Electronic Transaction*) (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LE PROTOCOLE TLS (TRANSPORT LAYER SECURITY)

Plan. Dans le cadre de l'étude du protocole TLS et son rôle dans la sécurisation des paiements en ligne par carte bancaire, il convient d'aborder successivement la présentation de ce protocole (paragraphe 1) et le fondement de celui-ci (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Présentation du protocole TLS

Présentation. Le protocole TLS est un protocole de sécurisation des transactions en ligne anciennement connu sous le nom de SSL (Secure Sockets Layer). Ce changement de dénomination a été effectué suite au rachat du brevet de Netscape par l'IETF (Internet Engineering Task Force) en 2001. Ainsi, le protocole TLS permet à la fois de garantir une session chiffrée, de préserver la confidentialité et l'intégrité des données échangées, d'assurer l'authentification du serveur et du client en se basant sur un certificat électronique fondé sur un procédé cryptographique de clé publique. Il permet également d'assurer la sécurité des paiements en ligne en cryptant le numéro de la carte bancaire utilisée. Ainsi, lors d'un paiement en ligne, il *« permet de rendre illisible le numéro de la carte bleue, par exemple, tout en interrogeant le réseau sur la solvabilité du client*[1128] *».*

Paragraphe 2 : Le fondement du protocole TLS

Fondement. Le cryptage utilisé par le système TLS est réalisé à la fois par le chiffrement asymétrique qui assure la fonction d'authentification (en utilisant l'algorithme RSA), et le chiffrement symétrique qui assure la confidentialité de la transmission des données (en utilisant l'algorithme AES). Selon l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI), qui a publié un document intitulé « la bonne utilisation des protocoles SSL/TLS »[1129], le protocole TLS est constitué de deux sous protocoles[1130] : « *le protocole TLS Record qui a pour but de chiffrer les connexions avec un algorithme symétrique et de vérifier leur intégrité »* et *« le protocole TLS Handshake qui a pour fonction d'identifier les deux parties, de leur permettre de négocier les algorithmes et les clés de session utilisées par le protocole TLS Record et de remonter des alertes. L'authentification peut avoir lieu à l'aide de certificats»*.

[1128] GRANIER Th. & JAFFEUX C., Internet et les transactions financières, Ed.Economica Paris 2002 p 118.

[1129] Document émis par le Centre d'Expertise Gouvernemental de Réponse et de Traitement des Attaques Informatiques (CERTA) n° 2005-REC-001 du 1er mars 2005. Document consultable sur : http://www.certa.ssi.gouv.fr/site/CERTA-2005-REC-001/

[1130] http://www.certa.ssi.gouv.fr/site/CERTA-2005-REC-001/

En raison de sa grande fiabilité, le protocole TLS est aujourd'hui utilisé par la plupart des navigateurs web ainsi que par certaines banques en ligne, telles que le Crédit Lyonnais qui utilise le protocole de chiffrement TLS v1.0 256 bit AES (1024 bit DHE_RSA/SHA). Il est également utilisé par de nombreux sites de paiement en ligne tel que Paypal qui utilise le protocole de chiffrement TLS v1.0 256 bit AES (2048 bit RSA/SHA), Kwixo qui utilise le protocole TLS v1.0 256 bit AES (1024 bit DHE_RSA/SHA), et Moneybookers qui utilise le protocole TLS v1.0 256 bit AES (1024 bit DHE_RSA/SHA).

SOUS SECTION 2 : LE PROTOCOLE SET (SECURE ELECTRONIC TRANSACTION)

Plan. En raison du rôle qu'a joué le protocole SET dans la sécurisation des données bancaires qui transitent en ligne, il convient dans le cadre de son étude d'envisager d'abord la présentation du protocole (paragraphe 1) avant d'étudier les inconvénients qu'il a présentés en pratique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Présentation du protocole SET

Présentation. Le système SET est un protocole de chiffrement et d'authentification destiné spécialement à assurer la sécurisation des paiements en ligne par carte bancaire. Il a été mis en place par Visa International et MasterCard en 1996 en collaboration avec les grandes compagnies d'informatique (IBM, Microsoft, Sun Microsystems et Motorola) dans le but d'assurer un haut niveau de confidentialité des données bancaires qui transitent en ligne. Il est basé sur l'utilisation de la cryptographie à clé publique (RSA) qui comporte une clé de 128 bits pour protéger les données personnelles et financières qui circulent sur Internet. Lors du paiement en ligne, le protocole SET utilise une signature électronique au niveau de l'acheteur et présente la particularité de mettre en relation aussi bien les parties à la transaction mais également leurs banques respectives.

Ainsi, lors d'une transaction sécurisée par le système SET, les données sont envoyées au serveur du vendeur, mais ce dernier ne récupère que la commande, les données bancaires ont été chiffrées par le système SET et envoyées directement à sa banque qui va traiter ces informations et interroger la banque du client en un temps réel. En France, le GIE Carte bancaire a développé le standard C-SET[1131] (Chip-Secure Electronic Transaction) qui est le protocole SET adapté à la carte à puce française. Il suffit en effet à la personne détentrice de la carte à puce d'insérer celle-ci dans un lecteur incorporé à l'ordinateur, saisir le montant à payer et son code confidentiel.

Paragraphe 2 : Inconvénients

Inconvénients. Le protocole SET s'est révélé très coûteux pour le CGSI (Centre Général des Services Internet) en raison des licences et des redevances qu'il fallait payer à Visa, à Master Card ainsi qu'aux entreprises informatiques qui avaient participé à son élaboration. Outre le coût élevé de son utilisation, le protocole SET nécessitait la mise en place d'une logistique particulière nécessaire à la distribution de certificats électroniques et à l'installation des logiciels. C'est la raison pour laquelle ce protocole n'a pas connu un grand succès, ce qui a poussé Visa et MasterCard à le remplacer en 2001 par d'autres services cryptographiques, dont le système 3D Secure.

SECTION 2 : LES SERVICES CRYPTOGRAPHIQUES DE SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE

Plan. Devant la recrudescence des fraudes en ligne liée à l'utilisation de la carte bancaire, deux services de sécurisation du paiement en ligne protégés par des procédés cryptologiques ont vu le jour. Il ya d'une part le service 3D Secure qui repose sur une authentification renforcée du titulaire de la carte bancaire (sous section 1), et le service

[1131] GRANIER Th. & JAFFEUX C., Internet et les transactions financières, opt.cit.p 118.

e-carte bleue qui évite la communication en ligne du numéro de la carte bancaire (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LE SERVICE 3D SECURE

Présentation. Dans le cadre du renforcement de la sécurité des paiements en ligne, et de la lutte contre les fraudes sur Internet (et notamment celles liées à l'usurpation d'identité), Visa et MasterCard ont lancé en 2001 le système 3D Secure. Il s'agit d'un protocole de paiement sécurisé sur Internet gratuit, fondé sur l'échange de messages XML envoyés au moyen des connexions SSL, qui assurent l'authentification du serveur et des clients par le moyen de certificats électroniques. Son mécanisme repose sur une authentification obligatoire du porteur de la carte bancaire lors des achats effectués en ligne afin de s'assurer qu'il en est bien le titulaire légitime. Cette obligation d'authentification sur laquelle repose le système de 3D Secure a été recommandée par l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement dans son rapport de 2008 en raison de la progression constante des fraudes relatives aux paiements à distance. Cette recommandation a été reprise par le Gouverneur de la Banque de France et adoptée par la majorité des banques françaises en juin 2010[1132]. Ce mécanisme s'est inscrit dans un processus de sécurisation des paiements en ligne déjà actif en Europe, et qui le serait plus encore avec l'émergence de l'Europe des paiements unifiée (SEPA)[1133]. Aujourd'hui, la grande partie des e-commerçants est équipée du dispositif technique du 3D Secure permettant l'authentification des porteurs des cartes bancaires lors des paiements en ligne. Dans ce contexte, il convient de citer les agences de voyages (SNCF, Air France), les opérateurs de la téléphonie mobile (Orange, SFR, Bouygues télécom et Free), etc.

[1132] http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=3d%20secure%20banque%20de%20france&source=web&cd=2&ved=0CGgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.banque-france.fr%2Fobservatoire%2Ftelechar%2Fetat-des-lieux-rapport-annuel-2010-observatoire-securite-cartes-paiement-0711.pdf&ei=etkPUJThDMi00QW5_4GoBA&usg=AFQjCNE-WgmlwcDeSoAiOoZs5IZCFtFsnQ

[1133] AVENEL Y., La banque et le paiement en ligne préparent un Internet plus sûr, Revue Banque, février 2009, n°710, p 47.

Plan. A la lumière de ces éléments, il a été évident que la sécurité des transactions en ligne est de plus en plus renforcée à travers notamment l'authentification des porteurs des cartes bancaires à travers le service 3D Secure dont il convient d'appréhender le mécanisme général (paragraphe 1) avant d'en étudier la sécurité juridique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le mécanisme général du système 3D Secure

Mécanisme général. L'activation du système 3D Secure se fait lors du premier achat sur le site d'un commerçant 3D Secure en France ou à l'étranger qui affiche le logo *''Verified by Visa''* ou *''Mastercard Secure Code''.* L'authentification s'opère par la saisie du numéro de la carte bancaire (les seize chiffres, la date de validité ainsi que le cryptogramme visuel), et du numéro du téléphone mobile, afin de créer un mot de passe. Il convient ensuite de répondre obligatoirement aux questions affichées afin de finaliser la phase d'enregistrement et bénéficier du service 3D Secure lors des prochaines transactions. Ainsi, à chaque transaction 3D Secure, la fenêtre 3D Secure affichera le numéro de téléphone (uniquement les 4 derniers chiffres) enregistré sur lequel sera envoyé le code d'authentification à usage unique. Ce dernier sera envoyé par sms si le numéro de téléphone enregistré correspond à un téléphone mobile d'un opérateur français, ou envoyé par message vocal dans les autres cas (téléphone fixe en France ou à l'étranger ou téléphone mobile d'un opérateur étranger). Il suffit ensuite d'insérer ce code dans la fenêtre 3D Secure à l'endroit indiqué afin d'achever la transaction. Par mesure de sécurité, en cas de saisie erronée du code à usage unique, le paiement en ligne ne peut avoir lieu. Dans certaines situations, il arrive que la personne qui souhaite effectuer un paiement en ligne ne reçoive pas le code à usage unique, dans ce cas, elle doit cliquer sur un lien qui s'affiche sur l'écran « je n'ai pas reçu mon code » afin de pouvoir s'authentifier via le mot de passe saisi lors de l'enregistrement au service 3D Secure pour continuer la transaction. Si dans le cas extrême, l'authentification échoue en raison du non envoi du code à usage unique et de l'absence d'affichage du lien précité, la transaction sera abandonnée sur le site du commerçant 3D Secure.

Modes d'authentification selon les banques. Le mode d'authentification ci-dessus détaillé est le mode adopté par la plupart des banques françaises, à savoir, le Crédit Lyonnais, Axa Banque, La Caisse d'épargne, HSBC, BNP Paribas, la Société Générale, Boursorama Banque et la Banque Postale. Pour d'autres banques telles que le Crédit mutuel et CIC, le mode d'authentification s'effectue par la saisie de l'un des codes inscrit sur la "carte de clés personnelles" des clients qui n'est autre qu'une grille de 64 codes à 4 chiffres dans laquelle il faut choisir le bon code en fonction de la ligne et de la colonne demandée par le site web.

Paragraphe 2 : La sécurité juridique du 3D Secure

La sécurité juridique. Le service 3D Secure assure une grande sécurité juridique contre les fraudes en ligne aussi bien pour les acquéreurs en ligne que pour les e-commerçants. Pour les acquéreurs d'abord, car le système d'authentification obligatoire renforce la confiance de ces derniers dans les paiements en ligne. Pour les e-commerçants ensuite, car ce système les protège contre les risques d'impayés pour contestations des acheteurs, puisqu'il réalise un transfert de la responsabilité financière vers les banques de ces derniers. C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de ce système, les banques françaises doivent être en mesure d'authentifier la totalité de leurs porteurs de cartes afin de limiter les conséquences financières liées à ce transfert de responsabilité. Le système 3D Secure a donc le double mérite de limiter les transactions indélicates sur les sites des commerçants 3D Secure par utilisation frauduleuse de la carte bancaire, et les contestations infondées des porteurs de cartes bancaires lors des paiements en ligne.

Limite. Toutefois, le système 3D Secure, présente une lacune malgré la grande sécurité qu'il assure dans les paiements en ligne. En effet, en raison de la dématérialisation des transactions en ligne, il est difficile, voire impossible de vérifier l'identité de l'acquéreur en ligne. Il est donc toujours à craindre qu'une personne malveillante profite de l'absence du détenteur légitime de la carte bancaire pour lui détourner sa carte et son téléphone mobile,

afin d'effectuer en toute illégalité une transaction 3D Secure. Il faut donc toujours prendre les mêmes précautions de conservation que pour la carte bleue classique.

SOUS SECTION 2 : LE SERVICE E-CARTE BLEUE

Plan. En parallèle avec le service 3D Secure, le service e-carte bleue est un service qui repose sur un mécanisme particulier (paragraphe 1) dont le but est de renforcer la sécurité juridique des transactions financières qui s'effectuent en ligne (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le mécanisme de la e-carte bleue

Présentation. Le service e-carte bleue est un service rattaché à la carte bancaire classique qui permet d'effectuer des paiements à distance (Internet, téléphone) en toute sécurité sans avoir à communiquer le numéro de la carte bancaire réelle. Proposé aujourd'hui par la majorité des banques françaises, il consiste en l'octroi d'un numéro de carte virtuel à usage unique utilisable auprès de tous les commerçants qui acceptent le paiement par carte bancaire ou la carte bleue VISA pour la durée et le montant que le client détermine au moment de la création de ce numéro. Ce service a donc le mérite de rassurer les acheteurs en ligne, et de renforcer leur confiance dans le paiement à distance, en particulier sur Internet. En effet, il empêche la communication du numéro réel de la carte bancaire lors de l'achat en ligne, et, partant, sa circulation sur Internet.

Mécanisme. Pour bénéficier de ce service, le client doit se connecter au site de sa banque afin de s'identifier, de remplir et d'imprimer la demande d'adhésion à ce service et l'envoyer à cette dernière. Suite à cette demande, le client reçoit un identifiant et un mot de passe pour pouvoir se connecter au service en ligne. Pour ce faire, le client doit télécharger le logiciel e-carte bleue sur son ordinateur, ou simplement utiliser l'accès nomade au service qui est mis en place par la plupart des banques françaises. Au moment du paiement en ligne,

le client qui souhaite obtenir le numéro à usage unique de la e-carte bleue, doit s'identifier en saisissant l'identifiant et le mot de passe, saisir le montant de l'achat dans l'une des devises proposées, et choisir ou non d'allonger la durée de validité du e-numéro en cliquant sur le lien « allonger la date de validité ». Il doit enfin remplir le formulaire du commerçant avec le numéro, la date d'expiration et le cryptogramme visuels attribués. Les achats réalisés avec la e-carte bleue présentent les mêmes garanties, assurances, et règles de gestion que ceux qui peuvent être réalisés avec la carte bancaire réelle. Ils apparaissent sur les relevés de compte de la carte bancaire réelle. Il convient donc de garder un historique des paiements qui ont été effectués avec le service e-carte bleue.

Paragraphe 2 : La sécurité juridique de la e-carte bleue

La sécurité juridique. Le service e-carte bleue est protégé par un protocole de chiffrement de données par clé publique (RSA) et par un certificat électronique (Verisign). Son utilisation est sécurisée par la saisie d'un mot de passe et d'un identifiant envoyés au titulaire légitime de la carte bancaire. Toutefois, malgré cette mesure de sécurité, le service e-carte bleue présente une faille. En effet, malgré l'effort de sécurisation des transactions en ligne, ces dernières restent des transactions à distance dans lesquelles il est impossible d'affirmer avec certitude que c'est le titulaire légitime qui reçoit les identifiants et le mot de passe, et qui les saisit au moment du paiement en ligne. Comme avec le système 3D Secure, il se peut qu'une personne malintentionnée se fasse passer pour le titulaire légitime de la carte en détournant l'identifiant et le mot de passe nécessaires pour accéder à ce service et payer en ligne.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Bilan. La cryptologie à travers ses deux volets (symétrique et asymétrique), est largement utilisée pour sécuriser aussi bien les sites des entreprises que ceux des banques. En effet, plusieurs protocoles de sécurité se sont succédés à travers les années afin d'assurer le chiffrement des données sensibles qui peuvent circuler en ligne en particulier les données personnelles et financières qui sont fournies lors des paiements sur Internet. En parallèle de ces protocoles, des systèmes de sécurité (3D Secure et e-carte bleue) qui reposent également sur la cryptologie ont été créé afin de limiter les fraudes inhérentes au paiement en ligne par carte bancaire et d'assurer un haut niveau de sécurité.

Sécurité relative. Il faut être réaliste. La sécurité absolue n'existe pas. L'ingéniosité humaine fait en sorte que certains se donnent pour mission d'enfreindre ce que les autres légifèrent. Même à l'ère où le papier était le seul dominant, il y avait des falsifications. Le numérique n'est pas à l'abri des fraudes, bien au contraire, il peut même les favoriser compte tenu la distance et la dématérialisation des transactions. Il ya uniquement une présomption de fiabilité et d'exactitude. Toutefois, il ne faut pas être trop pessimiste, on doit convenir que la cryptologie symétrique et asymétrique, la certification électronique, les protocoles de chiffrement, et les services cryptographiques qui assurent la sécurisation des données actuellement mis en place, assurent un haut niveau de sécurité des fichiers et des informations financières qui circulent sur Internet. Il faut bien sûr veiller à ce qu'ils fassent l'objet de mises à jour régulières pour conserver une grande efficacité face aux attaques des pirates informatiques.

TITRE II : LE PAIEMENT ÉLECTRONIQUE

La monnaie électronique[1134]**.** Les modes paiement ont été profondément bouleversés par la métamorphose subie par la monnaie ces dernières décennies. Jusqu'à une époque récente, le terme monnaie était couramment utilisé pour nommer ses formes les plus élémentaires : les pièces métalliques et les billets de banques (monnaie fiduciaire) d'une part, et le chèque, la carte bancaire et les autres instruments de paiement (la monnaie scripturale) d'autre part. Le développement des nouvelles technologies a extrêmement informatisé l'activité bancaire et financière, et a dans le même temps, entraîné la dématérialisation des moyens de paiement. La monnaie est devenue électronique, immatérielle, et circule aujourd'hui en temps réel d'un continent à un autre[1135]. En effet, l'émergence de la monnaie électronique dans le paysage bancaire français a suscité de nombreuses interrogations quant à sa nature juridique : est-ce une nouvelle forme de monnaie ou juste une nouvelle forme de circulation de la monnaie scripturale ? A cette question, de nombreux auteurs penchent plutôt vers la deuxième hypothèse. Ainsi, Monsieur SAHUT considère que *« la monnaie virtuelle est adossée à la monnaie scripturale bancaire, c'est-à-dire lorsque l'ouverture d'un compte en monnaie virtuelle nécessite pour contrepartie un débit sur le compte bancaire du client, alors il n'y a pas de création monétaire sur l'Internet* »[1136]. A la lumière de cet éclaircissement, force est de déduire que la monnaie électronique est la valeur monétaire qui est généralement rechargée à partir d'un compte bancaire et stockée sur un support électronique dénommé porte monnaie électronique. Lors du paiement, les unités de la monnaie électronique sont transférées directement du porte monnaie électronique du client au compte du commerçant sans passer par le compte bancaire.

[1134] La monnaie électronique est définie par l'article 2,2 de la directive n°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, JO L 267 du 10/10/2009 pp 7-17 comme étant *« une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement (…) et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique». Malheureusement, la France* fait partie des pays qui n'ont pas encore transposé cette directive dans leur droit interne.

[1135] DRAGON C., GEIBEN D., KAPLAN D., NALLARD G., Les moyens de paiement, Des espèces à la monnaie électronique, opt.cit. p 26.

[1136] SAHUT J. M., Banque stratégie, n°168, février 2000, p 28.

Plan. La monnaie électronique constitue ainsi une nouvelle forme de monnaie qui est de plus en plus utilisée dans les transactions de proximité ou sur Internet. Il s'agit d'un moyen de paiement pratique qui permet de suppléer les moyens traditionnels de paiement à savoir l'espèce (quand il fait défaut) ou le chèque (quand il est refusé). Il permet également de pallier aux inconvénients liés au paiement avec la carte bancaire. En effet, face à la recrudescence des fraudes liées à l'utilisation de cette dernière, surtout dans le paiement à distance, et face aux frais élevés qu'occasionne son utilisation, et l'obligation d'ouvrir un compte bancaire pour pouvoir en bénéficier, la pratique a inventé un nouveau moyen de paiement lié à la monnaie électronique qui consiste à payer avec un porte monnaie électronique qui présente certains avantages et qui peut revêtir plusieurs formes (Chapitre I). Dans un autre ordre d'idées, le développement technologique a favorisé l'apparition d'une nouvelle forme de paiement électronique particulièrement innovante, et qui se développe à grande vitesse aussi bien en Europe que dans le monde : le paiement électronique au moyen des téléphones mobiles ou le m-banking (Chapitre II).

CHAPITRE I : LE PAIEMENT VIA UN PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE

Nature juridique du porte monnaie électronique. La directive du 16 septembre 2009 sur la monnaie électronique n'a pas fourni de définition du porte monnaie électronique mais on peut considérer que cette dernière est incluse dans la définition de la monnaie électronique elle-même. Ainsi, on peut déduire que le porte monnaie électronique est le support électronique ou magnétique de stockage de la monnaie électronique auquel l'article 2, 2 de la directive a fait référence. La nature juridique du porte monnaie électronique se trouve donc alignée sur celle de la monnaie électronique. Ainsi, selon Monsieur SCHWERER, le porte monnaie électronique tel qu'il est utilisé aujourd'hui est un moyen de circulation de la monnaie scripturale : *« Avec la plupart des expériences de « porte monnaie électronique » que nous connaissons actuellement, tant en France qu'en Europe, nous pouvons dire que nous nous trouvons devant un outil permettant la circulation électronique de la monnaie scripturale plutôt que devant un véritable porte monnaie chargé de monnaie électronique*[1137] *».* De son côté, la Commission européenne considère le porte monnaie électronique comme un nouvel instrument de paiement électronique : *« les instruments de paiement électronique incluent également les instruments de monnaie électronique rechargeables prenant la forme de cartes prépayées ou de jetons électroniques stockés sur une mémoire d'ordinateur de réseau; que les produits de monnaie électronique rechargeables, de par leurs caractéristiques, notamment le lien potentiel avec le compte du titulaire, sont ceux pour lesquels les besoins de protection du client sont les plus forts; que la présente recommandation, en ce qui concerne les moyens de paiement électronique, se limite donc à couvrir les produits rechargeables*[1138] *».*

[1137] SCHWERER F., De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, Association droit et commerce : Le Droit des Affaires du 21ème siècle, colloque annuel de l'association Droit et Commerce, Colloque de DAUVILLE organisé les 27 et 28 juin 2000, p 60.

[1138] Recommandation de la Commission Européenne n°97/489 du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électroniques, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, JO L 208 du 2 août 1997, pp 52-58. Document disponible sur : http://sos-net.eu.org/conso/tigeuro/cb3.htm

Intérêts du paiement via un porte monnaie électronique. Le paiement via un porte monnaie électronique présente plusieurs intérêts, qu'on a pu résumer de la façon suivante :

- « *-remplir et satisfaire le besoin multi-usages lié aux transactions de petits montants (..);*
- *rendre plus facile l'utilisation et la pratique des petites transactions ;*
- *disposer d'un moyen de paiement plus sécuritaire que le liquide ;*
- *offrir la possibilité de disposer en tout lieu et en toute circonstance, de l'appoint (…) ;*
- *éviter de se déplacer à la banque ou au DAB lorsqu'on se trouve dépourvu de liquide ;*
- *détenir une carte dédiée aux petits montants plutôt que plusieurs cartes spécifiques (…)»* [1139].

Intérêts pour les banques et les commerçants. Le porte monnaie électronique présente beaucoup d'avantages pour les banques et les commerçants. Pour les banques d'abord, car le porte monnaie électronique permet d'une part de réduire les coûts de gestion de la monnaie scripturale, et d'autre part, de toucher une partie de la population qui est peu ou pas du tout bancarisée. Pour les commerçants ensuite, car le porte monnaie électronique permet de limiter les coûts de la gestion de la monnaie scripturale et le risque de fraude qui est lié à leur utilisation.

Plan. Le porte monnaie électronique peut revêtir plusieurs formes. Il peut avoir comme support une carte à puce (carte bancaire ou carte privative), une clé USB ou un compte virtuel sur Internet (section 1) qui a un régime juridique bien particulier (section 2)

[1139] SABATIER G., Le porte monnaie électronique et le porte monnaie virtuel, presses universitaires de France, 1ère édition, 1997 p 18.

SECTION 1 : LES FORMES DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE

La généralité des termes de la directive. Conformément au considérant 8 de la directive sur la monnaie électronique, le support de la monnaie électronique devrait ainsi *« comprendre à la fois la monnaie électronique ayant pour support un dispositif de paiement que le détenteur de monnaie électronique a en sa possession et celle qui est stockée à distance sur un serveur et gérée par le détenteur de monnaie électronique par l'intermédiaire d'un compte spécifique de monnaie électronique»*[1140]*.* La généralité de ces termes poursuit le même considérant, s'explique par la volonté de ne pas *« nuire à l'innovation technologique et pour englober non seulement la totalité des produits de monnaie électronique disponibles aujourd'hui sur le marché, mais également les produits qui pourraient être développés à l'avenir».* Ainsi, à la lumière de la définition fournie par l'article 2,2 de la directive relative à la monnaie électronique, et de son considérant 8, on peut déduire que le porte monnaie électronique peut généralement prendre deux formes : il peut être soit le support électronique qui stocke les unités de monnaie électronique sur la carte mémoire d'une carte prépayée (sous section 1), soit le support électronique qui stocke les unités monétaires de façon totalement virtuelle sur le serveur d'un ordinateur (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LA CARTE PRÉPAYÉE

Croissance d'utilisation. Le marché de la carte prépayée a connu un développement considérable ces dernières décennies et le contexte actuel de la crise pourrait même accélérer sa croissance[1141]. Ainsi, selon une étude du Mercator Advisory Group, un milliard de cartes prépayées auraient été émises en 2008 contre 642 000 en 2004, soit une progression de plus de 55%[1142]**.**

[1140] Considérant 8 de la directive sur la monnaie électronique du 16 septembre 2009.
[1141] AVENEL Y., Cartes prépayées, à la découverte de nouveaux marchés, Revue Banque, Juillet-Août 2009 n° 715 p 37
[1142] cité par AVENEL Y., Cartes prépayées, à la découverte de nouveaux marchés, opt.cit.p 37.

Par ailleurs, MasterCard estime que le marché de la carte prépayée représentera en 2015 entre 4% et 5% de la valeur du marché des cartes de débit ou de crédit[1143].

Plan. Le porte monnaie électronique sous la forme d'une carte prépayée repose sur un mécanisme particulier (paragraphe 1) et présente une certaine originalité juridique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le mécanisme du paiement via une carte prépayée

Les cartes bancaires prépayées lancées par les banques. Le porte monnaie électronique est généralement défini par la doctrine comme étant une carte prépayée adossée à un compte bancaire et rechargeable à partir de celui- ci[1144], utilisable dans le réseau Visa et Mastercard. En pratique, le mécanisme de la carte prépayée se résume ainsi : *« le porteur de la carte échange auprès de sa banque une somme de monnaie contre l'équivalent en « monnaie électronique » à hauteur de laquelle la puce incorporée dans la carte sera chargée. L'opération peut se faire par utilisation d'une carte de paiement ou de crédit du type carte bancaire. Après épuisement, le porte monnaie électronique est rechargeable[1145].»* De cette définition, on peut déduire que la carte prépayée rechargeable est généralement liée à un compte bancaire. Elle est chargée par le titulaire du compte bancaire d'un montant limité en argent, aussi bien sur une carte anonyme que sur une carte liée à ce compte bancaire. La somme que permet de véhiculer le porte monnaie électronique a été substituée à une somme équivalente en monnaie scripturale. Le chargement est assuré par les banques, et le paiement n'est véritablement réalisé que lorsque le commerçant est crédité par sa banque[1146].

[1143] Selon une étude commandée par MasterCard et publiée fin 2008 par Boston Consulting/MasterCard, cité par AVENEL Y., Cartes prépayées, à la découverte de nouveaux marchés, Revue Banque, Juillet-Août 2009 n° 715 p 37.

[1144] SCHWERER F., De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, opt.cit. p 60 ; GAVALDA Ch., STOUFFLET J., Instruments de paiement et de crédit, éditions LexisNexis Litec 2009 p 407.

[1145] GAVALDA Ch., STOUFFLET J., Instruments de paiement et de crédit, opt.cit. p 407

[1146] SCHWERER F., De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, opt.cit, p60.

Exemples. En France, les trois applications actuelles des cartes prépayées lancées par les banques françaises se limitent aux cartes « cadeaux »[1147], les cartes de transfert d'argent[1148] et les cartes destinées aux jeunes. Cette dernière catégorie constitue une clientèle non bancarisée qui est particulièrement ciblée par les banques. En effet, Après LCL qui a été précurseur (avec la Caisse d'épargne[1149]) en matière de cartes prépayées à destination des jeunes de 12 à 17 ans avec la carte Independance[1150], de nombreuses banques françaises se sont lancées à émettre des cartes bancaires prépayées et rechargeables à destination des jeunes de 11 à 17 ans. Tel est le cas des cartes *Independance Day* (Crédit mutuel[1151]), Regliss (Banque postale[1152]), Jump (BNPParibas), Bred (Banque populaire[1153]), JCIC (CIC[1154]). Le mécanisme dans ce cas de figure est simple. Le parent qui détient un compte bancaire au sein de l'une de ces banques, offre à son enfant une carte prépayée rechargée d'un montant en argent plafonné. Elle permet à son titulaire de payer ses achats en ligne ou hors ligne et retirer de l'espèce au sein des guichets automatiques jusqu'à épuisement du solde. Historiquement, les cartes prépayées peuvent globalement être classées en deux catégories : les cartes accréditives et les cartes privatives. La première vague des cartes accréditives est apparue aux Etats Unis d'Amérique dans les années cinquante à la suite d'un incident de paiement[1155] sous la forme d'abord de *Diners Club* et ensuite sous la forme d'*American Express*[1156] destinées à une clientèle aisée dans le but de conférer des avantages exclusifs et fournir l'accès à une sélection de services[1157].

[1147] La carte cadeau LCL (http://particuliers.lcl.fr/quotidien/cartes/carte-cadeau/) ; de BNPParibas (http://www.bnpparibas.net/banque/portail/particulier/Fiche?type=folder&identifiant=Carte_cadeau_BNP_20071017103315) : du Crédit mutuel (https://www.creditmutuel.fr/cmcee/fr/banques/particuliers/quotidien/regler-vos-depenses/carte-cadeau.html)etc..

[1148] La carte Flouss qui est la première carte de transfert d'argent lancée en France, émise par la Banque Accord en partenariat avec Flouss.com. Entièrement gérée à distance via Internet, elle permet de réaliser les transferts d'argent rapides et sécurisés vers l'étranger (http://www.flouss.com/accueil/flouss).

[1149] https://www.caisse-epargne.fr/particuliers/carte-rechargeable.aspx?fu=banque-au-quotidien-cartes

[1150] http://particuliers.lcl.fr/jeunes-31ans/carte-independance/

[1151] https://www.creditmutuel.fr/cmmabn/fr/info/solutions_produits/service/carte-prepayee-rechargeable/index.html

[1152] https://www.carte-regliss.fr/index.html

[1153] https://www.bred.fr/content/particuliers/votre-banque-au-quotidien-1/les-cartes-bancaires/les-cartes-bancaires-fiches-produits/carte-bred-wizz_fp

[1154] https://www.cic.fr/fr/banques/particuliers/jeunes/carte-J/index.html

[1155] TOERING J.-P., Les systèmes électroniques de paiement, éditions Eyrolles, 1991, p 21. Il semblerait selon cet auteur que l'idée d'un support qui remplace le paiement par espèces est parvenue à un avocat qui s'est aperçu au moment de l'addition dans un restaurant New yorkais qu'il avait oublié son portefeuille.

[1156] BOULEY F., Moyens de paiement et monétique, éditions Eyrolles, 1990, p 44.

[1157] TOERING J.-P., Les systèmes électroniques de paiement, opt.cit. p 22.

Les cartes privatives quant à elles ont été créées par les compagnies pétrolières[1158], les groupes de distribution[1159] ou les chaînes des grands magasins afin de fidéliser leurs clientèles et se substituer aux cartes bancaires dont le taux a été jugé exagérément élevé[1160].

Cartes prépayées lancées par les entreprises. Traditionnellement, les cartes prépayées sont intimement liées à un compte bancaire auxquelles elles sont associées. Mais depuis quelques années, la tendance a changé, et l'émission des cartes prépayées n'est plus l'apanage des banques. En effet, les cartes de paiement prépayées peuvent aujourd'hui être émises et utilisées indépendamment d'un compte bancaire et libérée de toutes les contraintes qui y sont liées (exigence de solvabilité, frais de gestion du compte, risque de découvert notamment en cas de perte ou de vol…..etc[1161]), ce qui conduit inévitablement à une concurrence entre les banques et les émetteurs de ces cartes.

Illustration. Ces cartes peuvent aujourd'hui être émises par les entreprises au profit de leurs salariés, sous forme d'avantages ou récompenses, et peuvent être présentées lors du paiement auprès de commerçants et enseignes déterminés. Dans ce cas, en l'absence d'un compte bancaire associé, les cartes prépayées, comme les chèques cadeaux, ne sont pas considérés comme des instruments de transfert de fonds selon la Cour d'appel de Versailles car « *ils ne peuvent pas être échangés contre d'autres instruments de transfert de fonds, ils ne peuvent pas être déposés ou virés sur un compte bancaire, ils n'ont de valeur que pour obtenir des biens ou des services contractuellement déterminés, ils n'ont de valeur qu'auprès de personnes contractuellement déterminées »*[1162].

[1158] C'est le cas notamment de la carte Jubileo de Total qui est une carte prépayée personnalisable qui permet de payer dans les stations services le carburant, le lavage et les achats en boutique dans le réseau Total, Elf et Elan accepteur (http://www.total.fr/pro/carte-gr/carte-jubileo.html);

[1159] Telle par exemple la carte Auchan émise en collaboration avec la banque Accord ; la carte Pass de Carrefour.

[1160] TOERING J.-P., Les systèmes électroniques de paiement, opt.cit. p 27.

[1161] Elles peuvent ainsi profiter aux interdits bancaires qui sont fichés auprès du FICP (fichier national des incidents de remboursement de crédit aux particuliers).

[1162] Cour d'appel Versailles 10 juin 1999, affaire TIR GROUPE.

Les cartes prépayées des enseignes. Ces cartes ont été émises également par plusieurs enseignes sous forme de cartes cadeau ou cartes d'unités de compte destinées entre autres à télécharger de la musique ou accéder à des jeux en ligne[1163]. Toutefois, le marché des cartes prépayées ne s'est pas limité à ces deux formes de cartes, au contraire, il englobe aujourd'hui une palette diversifiée de cartes qui sont de véritables cartes de paiement qui confèrent des avantages personnalisables à leurs détenteurs[1164]. En effet, l'étude de l'*European Financial Management and Marketing Association* (EFMA) et Edgar, Dunn & Company publiée en novembre 2008 relative aux cartes prépayées[1165], a démontré la diversité des formes que peut prendre une carte prépayée en Europe parmi lesquelles figurent : les cartes cadeaux[1166], les cartes voyages[1167], les cartes d'achat en ligne, les cartes de jeu …etc.

Les cartes incentives. En France, le marché des cartes prépayées se développe peu à peu dans le secteur des entreprises sous la forme de cartes ''incentives''[1168]telle que la carte incentive « *Prepaid Anywhere* »[1169] qui est une solution de paiement par carte bancaire prépayée lancée par la filière paiements de Natixis[1170], la banque de financement, de gestion et de services financiers de BPCE. Elle confère plusieurs avantages à ses titulaires étant donné qu'elle permet de personnaliser les caractéristiques de la carte selon les besoins de chacun et de bénéficier de la fiabilité d'une carte bancaire sans avoir à ouvrir un compte bancaire. On trouve également la carte incentive prépayée « Cart'issime »[1171] lancée par Intermédia qui offre à ses titulaires les facilités qu'offre une carte bancaire, à savoir payer ses achats en ligne et au sein d'un réseau exclusif d'enseignes partenaires d'INTERMEDIA.

[1163] GANDON F., Cartes prépayées, « Un marché émergent qui reste à conquérir » Revue Banque, n°715, juillet-août 2009 p 40

[1164] C'est le cas de Barclaycard qui offre aux employés du cabinet Deloitte la fonction de paiement et d'accès à distance au système informatique de l'entreprise à travers un réseau virtuel privé (Revue Banque, juillet-août 2009, n°715, p 43).

[1165] AVENEL Y., Cartes prépayées, à la découverte de nouveaux marchés, opt.cit.p 38.

[1166] Les cartes cadeaux sont aujourd'hui proposées par de nombreuses enseignes de prêt à porter, tel que H&M (https://www.hm.com/fr/customer-service/gift-cards); Promod (http://www.promod.fr/services/carte-cado); par les sociétés de distribution de biens culturels et de loisirs tel que FNAC (http://www4.fnac.com/entreprise/cheque-cadeau.aspx); par les magasins de grande distribution tel qu'AUCHAN (http://www.cartecadeau.auchan.fr/cartecadeauauchan/public); Carrefour (http://carte-cadeau.carrefour.fr/giftcard/product_list.php?TYPE=FR) etc..

[1167] C'est le cas de la carte AirPlus, la carte prépayée qui possède les fonctionnalités d'une carte de paiement, offre également des services et des tarifs préférentiels sur les voyages, les locations de voiture et dans les chaînes d'hôtels associés.

[1168] GANDON F., Cartes prépayées, « Un marché émergent qui reste à conquérir » opt.cit. p 40.

[1169] http://www.prepaidanywhere.fr/gestion-depenses-cartes-bancaires.html

[1170] La filiale de Natixis dénommée « Natixis paiement » spécialisée dans la gestion des flux de paiement monétique, a mis en ligne un nouveau site Internet entièrement dédié aux cartes prépayées à destination des entreprises, des administrations et des enseignes de distribution (www.prepaidaywhere.fr).

[1171] http://www.prepaidanywhere.fr/CARTISSIME-la%20carte-incentive-nouvelle-generation.html

Valable trois ans, elle est personnalisable au nom et prénom du titulaire, co-brandée au logo de l'entreprise[1172] et verrouillée par un code confidentiel. Dans le même ordre d'idées, il convient de citer également la carte motivation et incentive lancée par Prepay Solutions[1173] qui est une solution de paiement de primes, d'avantages et de récompenses à destination des salariés des entreprises[1174].

Paragraphe 2 : Les aspects juridiques du paiement via un porte monnaie électronique

Nature juridique. Quand il se présente sous forme d'une carte prépayée adossée à un compte bancaire, le porte monnaie électronique est considéré comme une carte de paiement au sens de l'article L. 311-3 du CMF[1175] à partir du moment où il permet un transfert de fonds. En vertu de cette assimilation, seront appliquées au porte monnaie électronique les dispositions relatives aux cartes de paiement et notamment le principe de l'irrévocabilité des ordres de paiement consacré par l'article L. 132-2 du même code. Quant au mécanisme de paiement réalisé généralement par le porte monnaie électronique, Monsieur STOUFFLET considère qu'il s'agit d'un virement bancaire du fait qu'il y ait eu un transfert électronique de fonds[1176]. En effet, poursuit le même auteur, le porteur en déposant auprès de sa banque une certaine somme d'argent au moment du rechargement de la carte, il est devenu de ce fait un créancier de cette dernière. Lors de l'achat, la carte du porteur sera débitée et le compte du commerçant adhérant au système sera crédité : *« Le virement a été déclenché électroniquement par la carte du porteur (donneur d'ordre) lors de la transaction commerciale. Le transfert de fonds résulte d'un message électronique*

[1172] http://www.cartissime.fr

[1173] Prepay Solutions est une société qui est détenu conjointement par la société Edenred (67%) (inventeur du ticket restaurant et leader mondial des services prépayés aux entreprises et MasterCard Worldwide (33%), entreprise dédiée aux systèmes de paiement qui possède un réseau mondialement reconnu dans les solutions de paiement (http://www.prepaytec.com/Profil/Qui+sommes-nous+%3F).

[1174] http://www.prepaytec.com/Solutions/Entreprises/Cartes+motivation+et+incentive

[1175] GAVALDA C., STOUFFLET J., Instruments de paiement et de crédit, opt.cit. p 408.

[1176] Ibid.

concernant le numéro d'identification de la carte, la somme payée et l'identification du compte du commerçant. On retrouve les éléments du virement [1177]».

Sécurité juridique. La carte bancaire prépayée et rechargeable dispense de payer avec la carte bancaire classique pour les paiements de faible valeur et partant, évite le risque de perception et de détournement des données bancaires lors du paiement. Elle confère ainsi tous les avantages d'une carte de crédit (paiement de proximité pourvu que le commerçant dispose de l'équipement approprié[1178], le paiement en ligne ou le retrait d'argent), tout en évitant le problème d'ordre sécuritaire lié à la carte bancaire classique : le risque de découvert en cas de perte ou de vol de la carte. En effet, une fois le plafond du montant de la recharge est atteint, la carte se bloque systématiquement jusqu'à son prochain rechargement. Par ailleurs, dans le cadre d'un paiement en ligne, c'est le montant de la recharge plafonné de la carte prépayée qui sera débité et non pas le crédit de la carte bancaire. Ce système a pour avantage de limiter l'accès aux coordonnées bancaires lors du paiement en ligne et sécuriser ces dernières.

SOUS SECTION 2 : LE PORTE MONNAIE VIRTUEL

Mécanisme. Le paiement en ligne peut se détacher totalement d'une carte et revêtir un caractère totalement virtuel, on parle alors de porte monnaie virtuel. Il se caractérise par l'absence d'un support physique, et la valeur électronique est stockée dans un compte géré par un opérateur sur un système de confiance qui n'est pas obligatoirement bancaire[1179]. Il est défini comme étant *« un service en ligne qui permet de réaliser des achats en ligne ou des paiements entre particuliers sans communiquer ses coordonnées bancaires autrement que pour créditer son porte monnaie. Le porte monnaie est crédité par carte bancaire et peut ensuite être utilisé pour des règlements avec une adresse email et un mot de passe[1180] ».* A la

[1177] Ibid.
[1178] GAVALDA C., STOUFFLET J., Instruments de paiement et de crédit, éditions LexisNexis Litec 2009 p 407.
[1179] SABATIER G., Le porte monnaie électronique et le porte monnaie virtuel, opt.cit. p 94.
[1180] http://www.definitions-webmarketing.com/Definition-Porte-monnaie-virtuel

lumière de cette définition, force est de déduire que les sites qui proposent aujourd'hui le service du porte monnaie virtuel dont nous verrons quelques exemples (paragraphe 2), respectent un mécanisme particulier (paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Le mécanisme du porte monnaie virtuel

Mécanisme. Selon Monsieur STOUFFLET, le mécanisme du porte-monnaie virtuel consiste à *«alimenter un compte en ligne au moyen d'une carte de crédit ou par tout autre moyen. Les paiements se font au moyen d'un numéro de code par imputation sur le crédit de ce compte….jusqu'à épuisement [1181]».* Cette définition se rapproche de celle fournie par Monsieur SABATIER qui considère que le porte-monnaie virtuel *« est, par construction même, on line ; chaque interlocuteur est en relation directe avec l'opérateur ou le système de confiance qu'assure la fonction d'intermédiation en débitant et en créditant la somme transférée d'un compte à l'autre*[1182]». En pratique, le porte monnaie virtuel permet d'effectuer plusieurs transactions en ligne, telles que le paiement en ligne auprès de boutiques en ligne, ou transférer de l'argent de façon instantanée à des personnes situées dans le monde entier. Pour effectuer ces opérations, il suffit généralement de s'inscrire dans les sites de porte monnaie virtuel qui proposent ces services en enregistrant une adresse mail. Cette adresse sera par la suite le principal identifiant du porte monnaie virtuel avec le mot de passe qui y sera associé. Une fois le compte créé, il sera crédité soit par carte bancaire soit par virement. Lors d'un achat en ligne, la saisie des numéros de la carte bancaire ne sera plus nécessaire, il suffira de saisir l'adresse mail et le mot de passe déjà enregistrés. Le but de ce mécanisme étant d'empêcher toute traçabilité de l'opération en ligne et de remonter aux coordonnées bancaires du titulaire[1183].

[1181] GAVALDA C., STOUFFLET J., Instruments de paiement et de crédit, opt.cit.p 429.
[1182] SABATIER G., Le porte monnaie électronique et le porte monnaie virtuel, opt.cit. p 94.
[1183] SCHWERER F., De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, opt.cit, p 61.

Paragraphe 2 : Les exemples du porte monnaie virtuel

Plan. Le monde des paiements en ligne a été révolutionné depuis l'avènement de nombreuses sociétés qui proposent des services de paiement sécurisés. Depuis des années, plusieurs sites ont vu le jour. Nous citerons en premier lieu Paypal qui est le site le plus connu qui propose ce type de services (A), Kwixo (B) et Moneybookers (C).

A. Paypal

Présentation. Avec plus de 150 millions de comptes à son actif, le site Paypal[1184] est le site de porte monnaie électronique sécurisé[1185] le plus populaire au monde grâce entre autres à son étroite collaboration avec le site Ebay. Agréé en tant qu'établissement de crédit au Luxembourg, le site Paypal permet de payer des achats, recevoir ou envoyer de l'argent en ligne sans dévoiler le numéro de la carte bancaire en ligne. Ainsi, afin de bénéficier de ce service, la personne doit simplement ouvrir un compte sur le site Paypal, en indiquant son adresse mail et un mot de passe ainsi que le numéro de la carte de paiement que le site Paypal conservera et cryptera dans sa base de données. Au moment du paiement en ligne, Paypal débitera le montant sélectionné de la carte du client, et transfère immédiatement l'argent sur le compte Paypal du vendeur. Le mécanisme présente l'avantage de ne pas saisir le numéro de la carte bancaire à l'occasion des paiements en ligne. C'est le cas également lors du transfert d'argent en ligne. Les personnes qui disposent d'un compte Paypal peuvent s'envoyer de l'argent en ligne en saisissant seulement leurs adresses mail sans avoir à saisir les coordonnées bancaires.

[1184] Paypal « PayPal (Europe) S.à r.l. & Cie, S.C.A est un fournisseur de services de paiement qui est dûment agréé comme établissement de crédit luxembourgeois au sens de l'article 2 de la loi du 5 avril 1993 et est soumis au contrôle de l'autorité luxembourgeoise en vigueur, la Commission de Surveillance du Secteur Financier, sis L-1150 à Luxembourg dont l'activité principale consiste à émettre la monnaie électronique et fournir les services étroitement liés à cette émission, article 1,1 des conditions d'utilisation du service Paypal : https://cms.paypal.com/fr/cgi-bin/?cmd=_render-content&content_ID=ua/UserAgreement_full&locale.x=fr_FR .

[1185] https://www.paypal.com/fr/cgi-bin/webscr?cmd=_home&country_lang.x=true

B. Kwixo

Fonctionnement. Kwixo[1186] est une solution de paiement bancaire développée par Crédit Agricole, FIA NET Europe[1187] et LCL. Le mécanisme du paiement en ligne via Kwixo s'apparente à celui de Paypal. En effet, Kwixo se présente également comme un intermédiaire en paiement qui stocke le numéro de la carte bancaire de ses adhérents à l'occasion de leur inscription et le conserve.

A l'occasion d'un paiement en ligne, Kwixo ne communique pas le numéro de la carte bancaire au commerçant et se charge de débiter le compte du client (en une fois ou en plusieurs mensualités) et alimenter celui du commerçant. Par ailleurs, le site propose un service exclusif consistant à payer après la réception de la commande[1188].

C. Moneybookers

Mécanisme de fonctionnement. Moneybookers Limited est la première société qui a été agréée par la FSA (Financial Services Authority) en tant qu'émetteur de monnaie électronique en Royaume Uni[1189]. Elle propose le service de paiement en ligne à destination des consommateurs et des professionnels qui disposent d'un compte en ligne «Skrill» au sein de leur site www.moneybookers.com. Afin de bénéficier des services que propose cette société, le schéma se rapproche de celui précédemment cité pour les autres sites de porte monnaie électronique. Il faut créer un compte en enregistrant sur le site les coordonnées personnelles et bancaires verrouillées par un mot de passe en acceptant les conditions générales d'utilisation ainsi que la politique en matière de protection de la vie privée. Cette création est rigoureusement encadrée par le site étant donné qu'elle limite l'inscription aux détenteurs désignés des cartes de crédit et de débit associées à la création du compte[1190].

[1186] https://www.kwixo.com/

[1187] FIA NET Europe est l'une des filiales du Crédit Agricole. Elle propose depuis 1999 des solutions de confiance pour le e-commerce et la lutte contre la fraude à la carte bancaire, telles que Certissim et Sceau de Confiance FIA-NET.

[1188] https://www.kwixo.com/particuliers/paiement-en-ligne/paiement-apres-reception

[1189] http://corporate.skrill.com

[1190] Article 4.6 des conditions d'utilisation du compte Skrill précitées.

Afin de sécuriser les transactions en ligne, un code à usage unique d'identification par transaction est attribué[1191]. Pour effectuer un paiement en ligne, la personne enregistrée ne saisit pas ses coordonnées bancaires mais uniquement ses identifiants: le mail et le mot de passe qu'elle a enregistrés lors de l'inscription. Lors du transfert d'argent, le principe est identique sauf que dans ce cas il faut saisir soigneusement l'adresse mail du bénéficiaire car c'est le seul identifiant qu'utilise le site pour créditer les comptes Moneybookers liés à cette adresse.

SECTION 2: LE RÉGIME JURIDIQUE DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE

Plan. Le régime juridique du porte monnaie électronique est principalement caractérisé par le plafonnement du montant de sa recharge (sous section 1). Par ailleurs, afin d'appréhender le fonctionnement des porte monnaie électroniques en France, nous avons pris l'exemple des conditions générales de fonctionnement de Monéo (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LE PLAFONNEMENT DE LA RECHARGE : PRINCIPALE CARACTÉRISTIQUE DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE

Plan. Le plafonnement de la recharge du porte monnaie électronique à hauteur d'un montant maximum (paragraphe 1) présente un certain nombre d'intérêts (paragraphe 2).

[1191] Article 5.3 des conditions d'utilisation du compte Skrill précitées.

Paragraphe 1 : Le montant maximum de la recharge

Caractéristique principale. Le plafonnement du montant de la recharge constitue la principale caractéristique du porte monnaie électronique. Ainsi, lorsque l'instrument de paiement électronique n'est pas nominatif, la limite maximum de rechargement a été fixée à 150 euros par l'article 5 du Règlement du CRBF du 21 novembre 2002[1192] et les paiements unitaires ou fractionnés ne peuvent dépasser 30 euros par opération[1193]. Si le paiement effectué a pour montant une somme supérieure à 30 euros, cela donnerait lieu à un contrôle d'identité poursuit le même article sauf si le porteur est un client de la banque émettrice de la monnaie électronique.

Paragraphe 2 : Les intérêts du plafonnement du crédit du porte monnaie électronique

Justification. Cette mesure se justifie doublement. Elle se justifie d'une part afin d'atténuer le risque d'utilisation frauduleuse ou le risque de découvert en cas de perte ou de vol de la carte[1194], ou en cas de fraude dans les paiements à distance et notamment en ligne du fait que le porte monnaie électronique n'est pas protégé par un code confidentiel. Elle se justifie d'autre part par le but de lutter contre le blanchiment d'argent.

SOUS SECTION 2 : LE FONCTIONNEMENT DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE MONÉO

Plan. Monéo constitue le porte monnaie électronique le plus répandu en France. Ainsi, afin d'appréhender son mécanisme, il convient d'abord d'établir une présentation générale de ce

[1192] Règlement n°2002-13 du 21 novembre 2002 du CRBF relatif à la monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique, modifié par les arrêtés du 20 février 2007et du 29 octobre 2009.
[1193] Article 5 Règlement CRBF du 21 novembre 2002 précité.
[1194] GAVALDA Ch., STOUFFLET J., Instruments de paiement et de crédit, opt.cit. p 407.

moyen de paiement (paragraphe 1), avant d'en étudier les conditions générales d'utilisation (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Présentation générale

Présentation. Lancé en 1999 par les grandes banques françaises, Monéo se présente comme une solution de paiement la plus utilisée auprès des acteurs économiques qui facturent des biens et des services de petits montants : les Collectivités publiques, Universités et Crous, gestionnaires d'automates[1195]…etc. Aujourd'hui, certaines banques françaises ont intégré la fonction de porte monnaie électronique Monéo dans les puces des cartes bancaires.

Ainsi, si le logo Monéo est présent au dos de la carte bancaire, il suffit au titulaire de la carte Monéo délivrée avec la carte bancaire de la recharger auprès des distributeurs automatiques (DAB/GAB) ou au sein d'une agence bancaire[1196]. Le porte monnaie électronique Monéo peut également être incorporé dans certaines cartes et confère l'avantage de payer les petits achats de proximité ou en ligne, et ce, jusqu'à un montant maximum de 30 euros. C'est le cas notamment des cartes d'étudiant qui intègrent les fonctions proposées par Crous et qui permettent de payer entre autres les services de la restauration universitaire[1197].

Dans le cas d'un paiement en ligne, le porte monnaie électronique Monéo présente l'avantage de sécuriser la transaction en ligne en préservant la confidentialité des coordonnées bancaires qui ne seront pas communiquées en ligne. C'est la réserve plafonnée qui est contenue dans la carte qui sera débitée et non pas le compte bancaire associé. Pour y faire, le mécanisme du paiement est simple et rapide. Il faut tout d'abord se munir d'un lecteur de carte compatible PC/SC à connecter sur le port USB de l'ordinateur, de cliquer sur le logo Monéo sur le site marchand comme moyen de paiement, et insérer la carte Monéo à l'invitation de l'application et enfin de valider l'opération.

[1195] http://moneo.com/moneo/lhistoire-de-moneo
[1196] http://moneo.com/moneo/moneo-sur-carte-bancaire
[1197] L'université Paris I Panthéon Sorbonne a été parmi les premières universités à avoir incorporé le porte monnaie électronique Monéo dans les cartes de ses étudiants.

Paragraphe 2 : Les conditions générales de fonctionnement du MONÉO associé à une carte bancaire

Résumé. Si le porte monnaie électronique Monéo est associé à une carte bancaire, la composition du code confidentiel est obligatoire lors du premier chargement et les chargements ultérieurs qui peuvent s'effectuer aussi bien sur les bornes affichant le logo Monéo situées dans les agences des établissements bancaires ou auprès des commerçants sur leurs terminaux de paiement électronique (TPE) [1198]. Ce rechargement donne droit à un paiement maximum de 30 euros[1199] qui se fait par la validation du montant de la transaction affichée sur le TPE ou sur l'automate, qui, contrairement au rechargement, ne nécessite pas la composition d'un code confidentiel ou la délivrance d'un ticket. En cas de perte ou de vol, le titulaire du porte monnaie électronique doit faire opposition dans les plus brefs délais conformément aux dispositions du contrat carte bancaire afin de bloquer le rechargement de Monéo[1200], et limiter sa responsabilité à hauteur de 150 euros pour les retraits et les paiements effectués avant l'accomplissement de cette formalité[1201]. La durée de validité du porte monnaie électronique fourni avec la carte bancaire est alignée sur cette dernière. Ainsi, si la carte bancaire arrive à expiration, le titulaire peut demander remboursement dans un délai de six mois[1202] qui peut se faire uniquement sur présentation de la carte à l'agence qui tient le compte sur lequel fonctionne la carte bancaire en créditant le compte de cette dernière ou auprès de l'émetteur de la monnaie électronique[1203].

[1198] Article 1 « Rechargement de MONEO » des conditions générales porte monnaie électronique (PME) Monéo.
[1199] Article 2 « Modalités d'utilisation de Monéo » des conditions générales porte monnaie électronique (PME) Monéo.
[1200] Article 3 « Perte ou vol de Monéo » des conditions générales Porte monnaie électronique (PME) Monéo.
[1201] Article 4 « Responsabilité du titulaire du Monéo » des conditions générales Monéo.
[1202] Article 5 « Durée de validité de Monéo » des conditions générales de Monéo.
[1203] Article 6 « Remboursement de la monnaie électronique non utilisée » des conditions générales Monéo.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Synthèse. Le porte monnaie électronique à travers ses diverses formes a profondément chamboulé le monde du paiement électronique ces dernières années. En effet, la circulation électronique de la monnaie scripturale a contribué à la dématérialisation déjà entamée des opérations bancaires et financières et à assurer une sécurité élevée par rapport aux méthodes classiques de paiement (cartes bancaires et chèques) du fait des caractéristiques intrinsèques du porte monnaie électronique (forfait bloqué des cartes prépayées rechargées, impossibilité de découvert, la non divulgation des coordonnées bancaires lors du paiement en ligne… ect). Toutefois, il convient de souligner que les cartes bancaires rechargeables ne sont pas beaucoup répandues[1204], et accusent un certain retard dans leur développement dans le marché français du fait de la forte bancarisation des français. Ce retard est accentué par la non transposition en droit français de la directive sur la monnaie électronique ce qui constitue un handicap pour les projets qui sont liés à cette forme de monnaie[1205]. En effet, et afin de pallier à ce retard, de nombreux projets ont pu être agréés suivant le statut de société de paiement[1206], d'autres sociétés ont développé leur activité en s'adossant à un établissement de monnaie électronique agréé dans l'Espace économique européen et exercent en libre prestation de service sur le sol français ce qui n'est pas sans créer une distorsion de concurrence entre les acteurs français et leurs homologues européens dans ce domaine[1207]. En contre partie de ce retard, le paiement électronique via un téléphone mobile connait un développement considérable depuis quelques années.

[1204] GANDON F., Cartes prépayées, « Un marché émergent qui reste à conquérir » opt.cit.p 40.
[1205] PELLEGARS (De) L., Monnaie électronique, La France en retard, Revue Banque et droit, hors-série, mars 2012 p 120.
[1206] PELLEGARS (De) L., Monnaie électronique, opt.cit. p 121.
[1207] PELLEGARS (De) L., Monnaie électronique, opt.cit. p 121.

CHAPITRE II : LE PAIEMENT VIA UN TÉLÉPHONE MOBILE

Dernière avancée des nouvelles technologies. Grâce aux nouvelles technologies, chaque jour peut apporter son lot de nouveauté dans le monde des paiements. Ainsi, les écrans et les souris des ordinateurs ont été progressivement remplacés par les tablettes tactiles et les smartphones qui ont introduit la pression du doigt comme mode d'utilisation des appareils. Le clic sur la souris a été remplacé par le tap sur l'écran tactile du téléphone mobile : ce passage du clic au « tap » a révolutionné aussi bien le monde des services mobiles que celui des paiements. La généralisation pour ne pas dire la banalisation de l'utilisation des smartphones a profondément bouleversé le paysage du paiement en Europe et dans le monde. En effet, la possibilité qu'offrent ces « téléphones intelligents » d'installer des applications de paiement, développe considérablement le volume des paiements mobiles, et contribue ainsi au développement de l'offre des services financiers via des téléphones mobiles.

Le m-banking. Après avoir servi à téléphoner et envoyer des messages, les téléphones mobiles offrent aujourd'hui des services beaucoup plus sophistiqués tels que regarder la télévision, se connecter à Internet, et, mieux encore, payer en ligne. En effet, en permettant cette dernière fonctionnalité, le téléphone mobile est entré de plain pied dans l'univers bancaire et financier au point où on parle aujourd'hui de mobile banking ou m-banking. Ce dernier est défini comme étant « *l'utilisation de la téléphonie mobile pour l'opération et la distribution de services bancaires »*[1208] qui *« permet d'offrir une gamme complète de services financiers : information bancaire, transfert d'argent national et international, paiement, dépôt (…), retrait….»*[1209] et qui présente plusieurs avantages par rapport aux services bancaires classiques en ce qu'il permet de *« limiter le temps et les dépenses de transport (pour se rendre dans des agences souvent éloignées), de faciliter les transferts d'argents et*

[1208] LEGRAND Th., Mobile banking, les promesses du m-banking dans les pays en développement, Revue Banque, février 2009, p 67-68.
[1209] LEGRAND Th., Mobile banking, les promesses du m-banking dans les pays en développement, Revue Banque, février 2009, p68.

de sécuriser une épargne aisément disponible »[1210]. Ainsi, la facilité avec laquelle s'effectue le paiement mobile fait que le volume de paiements via ce nouveau mode est celui qui connait la croissance la plus rapide de tous les moyens de paiements aujourd'hui.

Paiement mobile et la Commission européenne. Selon le livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 intitulé *« Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile »,* des études ont suggéré qu'à l'échelle mondiale, la valeur globale des paiements mobiles (m-paiements) dépassera mille milliards USD en 2014 et avec un total de 350 milliards USD pour l'Europe uniquement[1211]. Toutefois, l'absence d'un cadre européen intégré qui précise les normes techniques, les règles à respecter au niveau de sécurité, l'interopérabilité et la coopération entre les acteurs du marché risque de conduire à une fragmentation du marché du m-paiement en Europe (section 1), mais n'a pas entravé le développement de l'offre du service de paiement via les téléphones mobiles en France (section 2).

SECTION 1: L'ABSENCE D'UN CADRE EUROPÉEN INTÉGRÉ DU PAIEMENT MOBILE

Plan. La grande mobilité des consommateurs, entrepreneurs et commerçants au sein de l'Union européenne, a entraîné l'utilisation massive des moyens de paiement, électroniques notamment (carte bancaire, porte monnaie électronique ou téléphone mobile). Toutefois, l'absence d'un cadre européen intégré qui unifie les conditions de fonctionnement du paiement mobile constitue la principale cause à l'existence des obstacles qui freinent toujours le développement de ce nouveau moyen de paiement en Europe (sous section 2) et ce, malgré les efforts déployés au niveau européen (sous section 1).

[1210] LEGRAND Th., Mobile banking, les promesses du m-banking dans les pays en développement, Revue Banque, février 2009, p 69.
[1211] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012, COM (2011) 941 final, p 6.

SOUS SECTION 1 : LES EFFORTS DEPLOYÉS AU NIVEAU EUROPÉEN

Plan. Devant l'ampleur du développement des nouveaux moyens de paiement à distance en Europe, en particulier le paiement par un téléphone mobile, plusieurs initiatives ont vu le jour au niveau européen afin d'appréhender ce nouveau mode de paiement récent et particulièrement innovant. Parmi ces initiatives figure le livre blanc du Conseil européen des paiements du 18 juin 2010 (paragraphe1), le livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 (paragraphe 2), et le livre blanc de SWIFT du 16 mai 2012 (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : Le livre blanc du Conseil européen des paiements du 18 juin 2010

Synthèse. Le Conseil européen des paiements (CEP) a coopéré avec l'association mondiale des opérateurs de téléphonie mobile (GSMA) et a élaboré le 18 juin 2010 un livre blanc sur les paiements mobiles. Ce document a eu pour but de donner une vue d'ensemble sur les conditions dans lesquelles les différents acteurs de la téléphonie mobile (opérateurs, fabricants et prestataires de services de paiement) peuvent profiter de l'infrastructure mise en place par SEPA, pour développer le paiement sans contact. Il a eu entre autres pour but de donner des exemples pratiques de paiement tels que le paiement par mobile et de déterminer le rôle et la responsabilité des opérateurs de la téléphonie mobile et des banques dans la gestion des paiements sans contact et de définir l'aspect sécuritaire du paiement via un téléphone mobile.

Paragraphe 2 : Le livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012

Synthèse. L'élaboration d'un livre vert au niveau européen constitue généralement la première étape dans la construction d'une législation européenne. Par ce livre, la

Commission européenne veut stimuler une réflexion concernant un sujet d'actualité précis, lance une consultation à l'échelle européenne et invite les parties et organisations intéressées à exprimer par écrit leurs avis concernant les interrogations qu'elle pose dans ce livre. Cette consultation peut conduire des fois à l'élaboration d'un livre blanc qui contient des mesures concrètes d'une action européenne. Dans cette optique, la Commission européenne a adopté un livre vert en date du 11 janvier 2012 intitulé *« vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile ».* Cette élaboration démontre le grand intérêt que porte cette instance européenne à la question du paiement électronique, en particulier les paiements par téléphone mobile (m-paiements) qu'elle a défini comme étant *« des paiements pour lesquels les données et l'ordre de paiement sont émis, transmis ou confirmés par le biais d'un téléphone ou d'un appareil mobile. Ils peuvent être utilisés pour des achats, en ligne ou non, de services, de produits numériques ou de biens matériels [1212]».* En effet, en raison de la nouveauté de ce mode paiement, le m-paiement souffre encore de l'absence d'un cadre européen intégré. C'est la raison pour laquelle elle y a dressé un bilan faisant état des proportions grandissantes du m-paiement au niveau européen et mondial, des obstacles juridiques qui bloquent toujours la construction d'un marché intégré des paiements, et a lancé au niveau européen une consultation concernant ce sujet de grande actualité. Elle y a invité les différentes parties intéressées à émettre leurs points de vue sur les questions qu'elle a posées dans ledit document. A la lumière des réponses qui y seront apportées et des contributions des différentes parties, la Commission annoncera les propositions législatives ou non législatives qui seront adoptées au quatrième trimestre de l'année 2012 ou au premier trimestre de l'année 2013[1213].

SEPA. Appuyé par la directive sur les services de paiements du 13 novembre 2007[1214], SEPA (Single Euro payment Area ou Espace unique de paiement en euro) est une initiative du secteur bancaire européen (représenté par le Conseil européen des paiements et soutenu

[1212] Livre vert de la Commission européenne p 5.
[1213] Livre vert de la Commission européenne p 24.
[1214] 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.

par la Commission et la Banque Centrale Européenne) qui a jeté les bases d'un système de paiement unifié en euro, et qui a harmonisé les moyens de paiements (les virements, les prélèvements et les paiements par carte) au niveau européen. L'objectif était d'abolir les frontières « financières » entre les pays européens, en traitant le paiement transfrontalier dans les mêmes conditions de fiabilité, de rapidité et de sécurité qu'un paiement national d'un de ces pays. A la lumière de ces éléments, on peut certes affirmer que SEPA a jeté les bases d'un marché européen intégré pour les services de paiements, mais présente aujourd'hui une grande lacune car il n'intègre pas le paiement par téléphone mobile parmi les moyens de paiements qu'il harmonise. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne dans son livre vert du 11 janvier 2012, a proposé que l'infrastructure mise en place par SEPA puisse constituer une base pour créer un marché des paiements compétitif et innovant qui engloberait également les paiements mobiles. Ainsi, en faisant référence aux smart phones (téléphones intelligents), la Commission a considéré que les instruments de paiement paneuropéens SEPA *« peuvent servir de base à des innovations plus intégrées et plus sûres dans le domaine des paiements (…) et pourraient être étendues aux instruments de paiement en devises autres que l'euro, repoussant ainsi les frontières d'un marché des paiements unique au-delà des seules transactions libellées en euro»* [1215].

Paragraphe 3 : Le livre blanc de SWIFT du 16 mai 2012

Aperçu. Le livre blanc de Swift du 16 mai 2012 a commencé par mettre l'accent sur l'importance de la place qu'occupe actuellement le paiement par téléphone mobile dans l'industrie financière aussi bien pour les consommateurs que pour les banques. On y a souligné que le paiement mobile a connu des proportions grandissantes dans le monde du paiement sans contact et est destiné à élargir encore cette marge dans le futur proche (il est estimé que le marché de paiement mobile dépasse 900 millions d'utilisateurs avec un montant de 1 trillion USD en 2015). Toutefois, afin de ne pas entraver le développement de ce nouveau mode de paiement, le livre blanc a émis une série de recommandations afin de

[1215] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 p 2.

surmonter les défis que pose actuellement le paiement par téléphone mobile pour les banques (l'immaturité du cadre juridique; le manque d'harmonisation entre les différentes législations européennes et la pénétration de nouveaux acteurs non bancaires dans la fourniture des services de paiement mobile).

SOUS SECTION 2 : LES OBSTACLES QUI FREINENT LE DÉVELOPPEMENT DU PAIEMENT MOBILE EN EUROPE

Plan. Comme l'a souligné la Commission européenne dans son livre vert du 11 janvier 2012, *« le marché des paiements par mobile en Europe en est encore à ses balbutiements »*[1216]. En effet, le m-paiement connaît certes un développement d'une grande ampleur, partout dans le monde, mais son développement au niveau européen est parsemé d'obstacles qui freinent toujours le parachèvement d'un véritable marché financier intégré entamé par la monnaie unique et le projet SEPA. Il s'agit en particulier de la fragmentation et le manque d'opérabilité entre les différents acteurs du paiement mobile d'une part (paragraphe1) et la divergence des règles concernant les cartes de paiement au niveau européen d'autre part (paragraphe 2). Ce deuxième point s'explique par le fait que le paiement par téléphone mobile repose aujourd'hui dans une large proportion sur les cartes bancaires.

Paragraphe 1 : La fragmentation et le manque d'interopérabilité

La fragmentation du marché européen. Dans son livre vert du 11 janvier 2012, la Commission a mis l'accent sur l'obstacle principal qui entrave le développement du paiement mobile en Europe : l'absence d'un cadre juridique qui harmonise le paiement par téléphone mobile. En effet, sans ce cadre juridique, le marché européen des paiements par mobile connait une grande fragmentation qui est de nature à freiner la concurrence dans la zone euro et entraver l'innovation dans ce secteur. Sur ce point, la Commission considère

[1216] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 p 20.

que: *« l'absence de cadre européen concret remédiant aux principaux problèmes, tels que les normes techniques, la sécurité, l'interopérabilité et la coopération entre les acteurs du marché, risque d'entretenir la fragmentation du marché des m-paiements en Europe* [1217]*».* Cette fragmentation, poursuit la Commission, est due également au fait que ce sont des acteurs privés qui contrôlent les normes qui dominent l'ensemble de la chaîne de paiement (l'appareil lui-même, la plateforme d'application et la gestion de sécurité).

Le manque d'interopérabilité. Outre l'obstacle de la fragmentation du marché des paiements mobiles au niveau européen, l'absence du cadre juridique harmonisé crée également un manque d'interopérabilité en ce qu'il empêche la mise en place d'un accord collectif de tarification entre les différents acteurs du secteur du mobile au niveau européen: *« les acteurs clé du marché (opérateurs de réseau mobile, prestataires de services de paiement, fabricants de téléphones mobiles) ne se sont pas encore accordés sur un modèle commercial viable permettant des solutions de paiement interopérables. En conséquence, les initiatives mondiales les plus importantes et les plus prometteuses en matière de m-paiements sont actuellement lancées en dehors de l'Europe »*[1218]*.* Afin de surmonter cet obstacle, et permettre une interopérabilité totale, il faut résoudre les questions de portabilité des applications des m-paiements (afin que ces applications suivent le consommateur même quand il change d'opérateur de réseau mobile), mettre en place un haut niveau de coordination entre les prestataires de service de paiement des payeurs et des bénéficiaires[1219], ce qui permettra aux utilisateurs des services de paiement (consommateurs, commerçants et entreprises) de profiter pleinement de la concurrence, de bénéficier de la transparence des prix et de favoriser leur mobilité au niveau européen.

[1217] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 p 7.
[1218] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 p 6.
[1219] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 p 19.

Paragraphe 2 : Les divergences des règles concernant les cartes bancaires

Types de divergences. Se basant largement sur la carte bancaire, le développement du m-paiement en Europe est freiné également par la divergence des règles qui règlementent les cartes bancaires entre les différents pays européens. Il s'agit en particulier de la disparité qui existe entre les commissions multilatérales d'interchange (CMI) et les règles concernant la certification.

Disparité de CMI. Les CMI, ou les commissions multilatérales d'interchange, sont des frais interbancaires qui peuvent prendre la forme d'un pourcentage, un forfait ou une commission mixte[1220] payés par le prestataire de services de paiement (prestataire acquéreur) du commerçant au prestataire de service de paiement (prestataire émetteur) du titulaire de la carte. Ils varient selon les cartes de paiement dans un même pays, et selon les pays (ils varient de zéro (Maestro Suisse) à 1,62% (cartes de débit MasterCard en Pologne) et 1,90% (cartes de débit Visa et cartes de sociétés en Pologne)[1221]). Ainsi, cette disparité des CMI au niveau national et européen est de nature à créer une distorsion de concurrence sur le marché unique des cartes de paiements en ce qu'elle freine les achats transfrontaliers et aggrave la fragmentation du marché selon la Commission européenne. Le m-paiement qui repose largement sur le paiement par carte est particulièrement touché par ce problème. Toutefois, dans le but de surmonter cet obstacle, Master Card et Visa ont entretenu des arrangements avec la Commission européenne afin de réduire le pourcentage des CMI pour les paiements transfrontaliers de 0,20%[1222].

Certification. Nécessaire pour assurer la sécurité des paiements, la certification des cartes à puce et des terminaux de paiement diffère d'un pays à un autre. En effet, les critères et procédures d'évaluation pour procéder à la certification ne sont pas harmonisés au niveau de l'Europe, ce qui entraîne des surcoûts excessifs pour les fabricants de cartes et des

[1220] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012, Annexe 2 « complément d'informations sur le CMI » p 28.
[1221] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 annexe 2.
[1222] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012, Annexe 2 « complément d'informations sur le CMI » p 28.

terminaux. Afin de pallier à cet obstacle, le Conseil européen des paiements (CEP) a mis en place un comité CSG (Cards Stakeholder Group)[1223] qui a élaboré un document sur la normalisation des cartes SEPA dans le but d'harmoniser les normes SEPA *« afin que n'importe quelle carte SEPA puisse techniquement fonctionner sur n'importe quel terminal SEPA, et de promouvoir des procédures et des normes de certification harmonisées. »*

SECTION 2 : LE DÉVELOPPEMENT DE L'OFFRE DU SERVICE DE PAIEMENT VIA UN TÉLÉPHONE MOBILE

Statut juridique des opérateurs mobiles en droit européen. Le développement d'utilisation des téléphones portables pour des fins de paiement a eu l'effet d'un ras de marrée dans le paysage bancaire et financier. En effet, en permettant la réalisation du paiement via un téléphone mobile, la question s'est posée donc de déterminer le statut juridique des opérateurs de réseau téléphonique dans le processus du paiement mobile : Sont-ils devenus les « nouveaux prestataires de services de paiement », ou se limitent ils à prêter leurs réseaux aux banques pour pouvoir réaliser l'opération de paiement ? La réponse à cette interrogation se trouve dans la Directive du 13 novembre 2007 qui a réglementé entre autres le paiement mobile et a encadré l'exercice de cette activité par les nouveaux prestataires de paiement. En effet, lors de l'opération du paiement via un téléphone mobile, les opérateurs de réseau téléphonique permettent la transmission de fonds défini par la Directive du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur[1224] comme étant un « *service de paiement simple généralement basé sur des espèces fournies par un payeur* ***à un prestataire de services de paiement****, qui transmet le montant correspondant, par exemple* ***par le biais d'un réseau de communication****, à un bénéficiaire ou à un autre prestataire de services de paiement agissant pour le compte du bénéficiaire[1225]».* Cette disposition qui vise particulièrement les opérateurs de systèmes ou

[1223] Il rassemble les commerçants, les sociétés de traitement des paiements par carte, systèmes de carte, prestataires de services de paiement et fournisseurs techniques.
[1224] 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.
[1225] Considérant 7 de la Directive du 13 novembre 2007.

de réseaux de télécommunications ou informatiques en tant que nouveaux prestataires de services de paiement, sous certaines conditions que nous développerons ultérieurement, a mis fin au monopole des banques concernant la prestation des services de paiement.

Dans le même ordre d'idées, la Directive a prévu, dans le but de lever les obstacles juridiques à l'entrée au marché unique des paiements de ces nouveaux prestataires de paiement, d'instaurer *«un agrément unique pour tous les prestataires de services de paiement étrangers à l'activité de réception des dépôts ou d'émission de monnaie électronique. Il convient, à cet effet, de créer une nouvelle catégorie de prestataires de services de paiement, "les établissements de paiement", en agréant — sous réserve d'une série de conditions strictes et exhaustives — certaines personnes morales ne relevant pas des catégories existantes pour la fourniture de services de paiement dans toute la Communauté*[1226]*».*

Statut juridique des opérateurs mobiles en droit français. La qualification des opérateurs de la téléphonie mobile en tant que prestataires de services de paiement a été admise également en droit français dans la nouvelle réglementation relative aux moyens et aux services de paiement contenus respectivement dans les chapitres I et IV du Code monétaire et financier récemment remaniés suite à la transposition de la Directive du 13 novembre 2007 en droit interne par le biais de l'Ordonnance du 15 juillet 2009 relative « aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement ».

Plan. A la lumière de ces précisions préliminaires, il est évident que la fourniture du service de paiement via un téléphone mobile (sous section 2) attribue aux opérateurs téléphoniques –sous certaines conditions- la qualité des « prestataires de services de paiement » (sous section 1).

[1226] Considérant 10 de la Directive du 13 novembre 2007.

SOUS SECTION 1: LA QUALIFICATION DES OPÉRATEURS DE RÉSEAU TÉLÉPHONIQUE EN TANT QUE PRESTATAIRES DE SERVICES DE PAIEMENT

Conformément aux dispositions de la directive du 13 novembre 2007 et du code monétaire et financier, les opérateurs de services de télécommunication et de services informatiques peuvent être qualifiés de prestataires de services de paiement si deux conditions sont réunies : il faut d'abord qu'ils fournissent des services de paiement (paragraphe 1) en qualité d'intermédiaires (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La fourniture des services de paiement

Création d'établissements de paiement. Les rédacteurs de la directive du 13 novembre 2007 sur les services de paiement, et particulièrement ceux fournis par un téléphone mobile, ont été conscients que ce sont des acteurs non bancaires (les opérateurs de réseau téléphoniques) qui fournissent des services financiers. C'est la raison pour laquelle la directive a encadré leur activité, et déterminé leurs droits et obligations en tant que nouveaux prestataires de services de paiement. Cette qualification juridique a conduit la Directive à créer une nouvelle catégorie d'établissements qu'est l'établissement de paiement, qui a été introduite en droit français par l'Ordonnance du 15 juillet 2009, relative *« aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement ».* En effet, les établissements de paiement sont des personnes morales qui font partie de la catégorie des prestataires de services de paiement[1227] autres que les établissements de crédit et autres la Banque de France et l'Institut d'émission des départements d'Outre mer ; le Trésor public et la Caisse des dépôts et consignations qui fournissent à titre de profession habituelle les services de paiement énumérés dans

[1227] Article L.521-1 du CMF créé par l'article 11 de l'Ordonnance du 15 juillet 2009.

l'article L. 314-1 du CMF[1228] à condition d'obtenir un agrément de la part de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) après avis de la Banque de France[1229].

Les services de paiement. A la lumière de ces éléments, force est de déduire que la qualification juridique de l'établissement de paiement en tant que prestataire de services de paiement se fonde essentiellement sur la nature des services qu'il fournit. En effet, est considéré comme prestataire de service de paiement, la personne morale qui effectue à titre de profession habituelle l'un des services de paiement énumérés par l'article L. 314-1-II du CMF[1230] qui a repris la liste des services de paiement citée dans l'annexe de la directive du 13 novembre 2007:

1° Les services permettant le versement d'espèces sur un compte de paiement et les opérations de gestion d'un compte de paiement ;

2° Les services permettant le retrait d'espèces sur un compte de paiement et les opérations de gestion d'un compte de paiement ;

3° L'exécution des opérations de paiement suivantes associées à un compte de paiement :

a) Les prélèvements, y compris les prélèvements autorisés unitairement ;

b) Les opérations de paiement effectuées avec une carte de paiement ou un dispositif similaire ;

c) Les virements, y compris les ordres permanents ;

4° L'exécution des opérations de paiement suivantes associées à une ouverture de crédit :

a) Les prélèvements, y compris les prélèvements autorisés unitairement ;

b) Les opérations de paiement effectuées avec une carte de paiement ou un dispositif similaire ;

[1228] Article L.522-1 du CMF créé par l'article 12 de l'Ordonnance du 15 juillet 2009.
[1229] Article L. 522-6 du CMF modifié par l'article 38 de la loi 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JO du 2 juillet 2010.
[1230] Article créé par l'article 5 de l'Ordonnance du 15 juillet 2009.

c) Les virements, y compris les ordres permanents ;

5° L'émission d'instruments de paiement et / ou l'acquisition d'ordres de paiement ;

6° Les services de transmission de fonds ;

7 L'exécution d'opérations de paiement, lorsque le consentement du payeur 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 ».

Analyse. L'alinéa 7 de l'article L.314-1 du CMF, est particulièrement innovant, et permet de dégager deux remarques importantes. La première se réfère au support du paiement, et la deuxième au prestataire du service du paiement. En effet, en prévoyant que le consentement du payeur soit donné par un dispositif de télécommunication numérique ou informatique, l'alinéa 7 se réfère clairement aux paiements par téléphone mobile qui, à la lumière de cette disposition, font partie désormais des instruments de transfert de fonds conformément aux dispositions de l'article L. 311-3 du CMF[1231]. La seconde remarque consiste à relever que l'alinéa 7, en prévoyant que le paiement est adressé directement aux opérateurs du système ou du réseau de télécommunication ou informatique, a fait entrer ces derniers dans le clan restreint **des prestataires de services de paiement, et particulièrement des établissements de paiements lorsqu'ils fournissent cette activité à titre de profession habituelle.** Ils doivent alors être agréés en tant que tels, conformément aux dispositions des articles L. 522-1 et L. 522-6 du CMF.

Ainsi, en permettant la réalisation du paiement pour l'achat d'un bien ou d'un service pour le compte d'un tiers, les opérateurs de services de télécommunication et de services informatiques sont devenus comme « les nouveaux banquiers », qui effectuent l'activité de la mise à disposition de la clientèle ou la gestion des moyens de paiement conformément

[1231] Article modifié par l'article 3 de l'Ordonnance du 15 juillet 2009.

aux dispositions de l'aliéna 2 de l'article L.311-3 du CMF. Ils sont pour cela soumis à la réglementation sécuritaire et prudentielle du code monétaire et financier qui s'applique à la prestation des services financiers. Toutefois, la prestation de ce service à titre de profession habituelle n'est pas à elle seule suffisante pour attribuer aux opérateurs de réseau téléphoniques la qualité de prestataires de services de paiement. Ils le sont seulement lorsqu'ils agissent en qualité d'intermédiaires dans l'opération de paiement entre le fournisseur du bien ou du service et le payeur.

Paragraphe 2 : La condition de l'intermédiation dans l'opération de paiement

Condition. L'alinéa 7 de l'article L. 314-1, II du CMF, en reprenant les dispositions de la Directive du 13 novembre 2007, a insisté sur le fait que ces opérateurs doivent agir *« uniquement en qualité d'intermédiaire entre l'utilisateur de services de paiement et le fournisseur de biens ou services».* A la lumière de cet élément, il convient de déduire qu'à contrario, si l'opérateur agit pour le paiement pour ses propres biens ou services, il ne saurait être qualifié d'établissement de paiement. Dans ce dernier cas, l'opérateur même en réalisant une opération de paiement, n'effectue pas l'activité de «mise à disposition ou gestion de moyen de paiement ». Cette condition est remplie, précise l'article L.311-4,1° du CMF *«(…) lorsque les biens ou les services achetés sont livrés et doivent être utilisés au moyen de cet appareil de télécommunication, ou de ce dispositif numérique ou informatique ».*

Justification de la condition d'intermédiation. La justification de la condition d'intermédiation se trouve dans le Considérant 6 de la directive du 13 novembre 2007 qui a prévu qu': *« (…) il convient de distinguer le cas où des moyens sont offerts par les opérateurs de systèmes ou de réseaux de télécommunication ou informatiques en vue de faciliter l'achat de biens ou de services numériques tels que des sonneries téléphoniques, de la musique ou des journaux sous format numérique venant s'ajouter aux services vocaux traditionnels et à la distribution de ceux-ci vers des appareils numériques. Le contenu de ces biens ou services*

peut être produit par un tiers ou par l'opérateur même, qui peut leur ajouter une valeur intrinsèque sous la forme de systèmes d'accès, de distribution ou de recherche. Dans ce dernier cas, lorsque les biens ou services sont distribués par un de ces opérateurs ou, pour des raisons techniques, par un tiers, et ne peuvent être utilisés que par le biais d'appareil numériques, tels qu'un téléphone mobile ou un ordinateur, ledit cadre juridique ne devrait pas s'appliquer, étant donné que l'activité de l'opérateur va au-delà d'une simple opération de paiement. ***Toutefois, il convient que ledit cadre juridique s'applique aux cas où l'opérateur agit seulement en qualité d'intermédiaire permettant simplement l'exécution du paiement à un fournisseur tiers*** *».*

A la lumière de ces éléments, il convient de déduire que l'absence de cette condition a l'avantage de permettre aux opérateurs de services de télécommunication et de services informatiques d'échapper aux contraintes de la réglementation stricte relative aux services de paiement lorsqu'ils assurent le paiement de services qu'ils délivrent directement aux clients (sonneries téléphoniques, applications, etc..).

SOUS SECTION 2 : L'OFFRE DES SERVICES DE PAIEMENT PAR TÉLÉPHONE MOBILE

Développement de l'offre mobile. L'offre des services de paiement via les téléphones mobiles s'est largement répandue et diversifiée ces dernières années. En effet, la nouvelle gamme des téléphones mobiles offre des services de plus en plus sophistiqués de la connexion à Internet jusqu'au paiement en ligne, en respectant un mécanisme bien particulier qui bénéficie d'un dispositif de sécurité associé (paragraphe 1). Ainsi, en offrant des services bancaires, les téléphones mobiles contribuent à la dématérialisation des opérations financières et dispensent peu à peu du recours aux agences bancaires, ce qui a poussé les banques à émettre des offres de paiement mobile (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le mécanisme de paiement mobile et le dispositif de sécurité associé

Le mécanisme de paiement. Le mécanisme de paiement via un téléphone mobile a été classé en deux catégories par la Commission européenne dans son livre vert du 11 janvier 2012 intitulé « Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile »:

« 1) les m-paiements à distance se font essentiellement par le biais d'internet/WAP (…) ou de services SMS majorés qui sont facturés au payeur par l'intermédiaire de l'opérateur de réseau mobile. ***La plupart des m-paiements à distance par internet reposent actuellement sur des systèmes de paiement par carte.*** *D'autres solutions basées sur des virements ou des prélèvements sont techniquement réalisables et probablement aussi sûres, efficientes et compétitives, mais semblent avoir des difficultés à percer sur le marché;*

2) les paiements de proximité se font en général directement au point de vente. En passant par le protocole NFC (Near Field Communication, communication en champ proche), actuellement la technologie de proximité numéro un, les paiements nécessitent des téléphones spécialement équipés et pouvant être reconnus lorsqu'ils sont placés devant une borne de lecture présente au point de vente (magasin, transports publics, parkings, etc.)[1232] *».*

Analyse. La classification retenue par la Commission européenne démontre que le paiement mobile se fonde essentiellement sur deux mécanismes : le premier se fait à distance via une carte bancaire, virement ou porte monnaie électronique, et le deuxième se fait à proximité via une borne de lecture réservée à cet effet. Ainsi, le premier volet du paiement mobile qui repose sur le paiement par le biais d'Internet (e-paiement) en utilisant généralement la carte bancaire démontre la frontière étroite qui existe entre ces deux modes de paiement et ne présente pas d'originalité à part la possibilité que permet la nouvelle génération des

[1232] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 p 6.

téléphones mobiles (Iphone et Smartphones) de se connecter sur Internet, contrairement au second volet de cette définition qui repose sur une nouvelle technologie de proximité. Dans ce cas, le paiement par téléphone mobile se réalise par l'intermédiaire d'une application contenue dans la carte SIM via la technologie NFC (Near Field Communication), ce qui permet des échanges de données de courte distance entre un mobile et un lecteur sans contact. Les puces NFC permettent donc d'assurer les transactions sans contact de type carte de crédit-débit. En France, la société aixoise Twinlinx a développé un autocollant qui embarque une puce NFC dans un circuit de carte bancaire sans contact et un circuit bluetooth qui peut se coller au dos de n'importe quel téléphone bluetooth. Ce sticker permettra de transformer un téléphone bluetooth en téléphone NFC et en carte de paiement.

Le paiement mobile via les applications. En plus de ces deux mécanismes de paiement mobile cités par la Commission européenne, il existe d'autres moyens qui permettent le paiement mobile. Ce dernier peut également s'effectuer via des applications qui peuvent être téléchargées par la nouvelle génération des téléphones mobiles (les smartphones). A titre d'exemple, les titulaires des téléphones iPhone qui souhaitent payer à distance via ce mécanisme, achètent des applications via Apple store (l'application Lemon Way[1233] par exemple), qui permettent de transformer leur téléphone iPhone en un terminal de paiement. Par ailleurs, la société Mootwin spécialisée dans la conception et le développement des applications mobiles, a lancé une application Mootwin Financials que les clients des banques et des sites boursiers pourront télécharger sur leurs mobiles pour recevoir des informations relatives à leurs comptes et leurs transactions financières en temps réel[1234].

[1233] https://m.lemonway.fr
[1234] Cahier techno, solutions/progiciels, Revue Banque, mars 2009, n°711 p 65.

Exemples pratiques. Plusieurs chaines de distribution et de restauration permettent désormais le paiement mobile. Ainsi, McDonald's a récemment généralisé auprès d'une dizaine de points de vente en France le test de prise de commande à distance via des smartphones et le paiement en ligne, soit par carte bancaire, soit par le porte monnaie électronique Paypal à travers l'application GoMcDo[1235]. De son côté, la chaîne des cafés américains Starbucks a déjà généralisé ce mode de paiement, et compte à son profit un million de transactions par semaine payées via des applications smartphones qui reposent sur les codes QR pour ses points de vente d'Amérique du nord et du Royaume Uni[1236].

Le dispositif de sécurité. Avec la croissance spectaculaire du paiement mobile, et la profusion des moyens qui tendent à faciliter ce nouveau type de paiement, la sécurité est devenue un élément indispensable pour assurer le développement du paiement mobile en France et dans le monde. En effet, les smartphones, supports de réalisation du paiement mobile, permettent d'accéder à un nombre colossal d'informations financières sensibles qui peuvent être la cible des pirates informatiques. Ainsi, à l'instar du e-paiement, le paiement mobile doit être sécurisé via des logiciels efficaces qui permettent de se prémunir contre les attaques actuelles (virus, cheval de troie…) et futures qui peuvent être éventuellement inventées.

Paragraphe 2 : L'offre des paiements mobiles par les banques

L'offre de paiement mobile par les banques. Dans le cadre du développement des services financiers via des téléphones mobiles, plusieurs initiatives se sont multipliées par les banques françaises. En effet, BNP Paribas s'est associée avec Orange afin de lancer la première offre bancaire entièrement mobile en France en juillet 2011. Cette offre a consisté à mettre à la disposition des clients de la banque des services de paiement mobile en permettant de gérer à distance leurs relations avec leur banque et de pouvoir effectuer des

[1235] http://gomcdo.fr
[1236] http://mobilepayment.typepad.com/paiement_mobile/france

paiements via des téléphones mobiles. L'objectif poursuivi par ce partenariat a été de permettre d'équiper les clients de BNP Paribas de smartphones d'Orange alliant à la fois les meilleurs services mobiles et bancaires[1237]. Ainsi, une nouvelle gamme de services bancaires seront disponibles sur quatre forfaits d'Orange, et profiteront aux seuls clients de BNP Paribas. En parallèle de ce partenariat, d'autres banques françaises proposent le paiement mobile en recourant aux solutions de paiement sécurisées. C'est le cas de Crédit Lyonnais qui a fait appel au service Kwixo[1238], un porte monnaie électronique qui présente l'avantage de réaliser un paiement mobile sans avoir à communiquer ses coordonnées bancaires. De son côté, Crédit Mutuel a lancé pay2you, un nouveau moyen de paiement via sms ou Internet qui permet de réaliser un paiement en communiquant simplement un numéro de portable ou une adresse e-mail. A l'instar du porte monnaie électronique Kwixo, le service de paiement pay2you permet également de réaliser des paiements à distance en toute sécurité sans avoir à communiquer les coordonnées bancaires du client. Dans le même ordre d'idées, le BPCE le groupe bancaire qui regroupe la Caisse d'Epargne et la Banque Populaire ont lancé « S-money» [1239], une solution de paiement par téléphone mobile qui permet à la fois d'effectuer de transferts d'argent entre particuliers et des paiements auprès des commerçants.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La facilité et la rapidité avec lesquelles s'effectuent les transactions en ligne (classiquement via un ordinateur et aujourd'hui via un téléphone mobile) ont poussé le public à adopter de nouvelles pratiques et basculer de plus en plus du monde réel et physique vers un monde virtuel lorsqu'il s'agit de commercer, d'acheter ou encore de payer. En effet, des millions de transactions sont payées aujourd'hui au moyen de téléphones mobiles, ce qui montre la place grandissante qu'occupe le paiement mobile parmi les autres moyens de paiement. Toutefois, il est dommage, qu'au niveau européen, subsiste une importante fragmentation

[1237] https://www.secure.bnpparibas.net/banque/portail/particulier/Fiche?type=folder&identifiant=cp_orange_bnpparibas_20110726020310

[1238] http://particuliers.lcl.fr/quotidien/services-bancaires/services_complementaires/kwixo/

[1239] http://www.s-money.fr/

du marché des paiements par téléphone mobile pour la seule raison que *« les acteurs clés du marché (opérateurs de réseau mobile, prestataires de services de paiement, fabricants de téléphones mobiles) ne se sont pas encore accordés sur un modèle commercial viable permettant des solutions de paiement interopérables*[1240] *».* Nous espérons que cet obstacle sera bientôt surmonté.

[1240] Livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012, p 6.

TITRE III : LA PROTECTION DES DONNÉES NOMINATIVES NUMERISÉES DANS LE SECTEUR FINANCIER

Principe universel. La Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 a prévu dans son article 12 que « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ». Des dispositions similaires ont été prévues dans l'article 8.1[1241] de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950[1242].

Données nominatives et Internet. Au moment de la rédaction de ces textes, les nouvelles technologies n'étaient pas aussi développées que de nos jours et les données personnelles n'étaient pas encore abondamment numérisées. Aujourd'hui, ces dernières sont traitées de façon instantanée et peuvent être transférées à l'autre bout du globe en quelques secondes. Toutefois, la banalisation de l'utilisation d'Internet a certes facilité la communication et l'échange d'informations, mais a recelé également d'innombrables dangers liés à la surexposition des données personnelles sur la toile : *''…Les services de communications électroniques accessibles au public sur l'Internet ouvrent de nouvelles possibilités aux utilisateurs, mais présentent aussi de nouveaux dangers pour leurs données à caractère personnel et leur vie privée''*[1243].

[1241] « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

[1242] Amendée en dernier lieu par le protocole n°14 (STCE n°194) entré en vigueur le 1er juin 2010.

[1243] Considérant 6 de la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (Directive privée et communications électroniques).

Ainsi, l'identification des personnes, le détournement de leurs données privées ou encore l'usurpation de leur identité peuvent se faire aisément à leur insu en raison de la recrudescence des moteurs de recherche en ligne, le piratage des mots de passe des boites e-mails ou encore à cause des logiciels de géolocalisation. Ces dangers se sont davantage accrus avec le fleurissement de plusieurs sites sociaux dont les plus célèbres sont Facebook et Twitter qui ont réussi à attirer des internautes de tous profils qui ont volontairement publié leurs données personnelles -accessibles par un nombre illimité de personnes- sans qu'ils mesurent réellement le danger qui peut résulter de cette publication[1244]. Face à ces dangers, les législateurs aussi bien français qu'européen ainsi que les instances internationales se sont mobilisés afin de mettre en place une protection adéquate aux données personnelles numérisées.

Protection nationale. En France, la protection de la vie privée et des données nominatives est assurée classiquement par le code civil[1245] ainsi que par la célèbre loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[1246] qui a précisé dans son article 1er que « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen (…). Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »*[1247]. Veillant depuis des années à protéger de façon stricte les données à caractère personnel des individus dans la sphère numérique également, la loi « Informatique et libertés » a institué pour ce but la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), autorité administrative indépendante et l'a dotée de plusieurs prérogatives[1248]. En plus de ces attributions légales, la CNIL assure le secrétariat général de l'association francophone des autorités de protection des données personnelles (AFAPDP).

[1244] Le 24 septembre 2012 Facebook a publié des messages anciens sur les pages publics des titulaires des comptes Facebook en France et partout dans le monde. Cette atteinte grave à la vie privé a valu aux responsables de Facebook France d'être convoqués par la CNIL afin d'être entendus sur les causes de ce ''bug mondial''. Sur la base de ces réunions, la CNIL a émis des conclusions disponibles sur le lien suivant : http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/les-conclusions-de-la-cnil-sur-le-bug-facebook/

[1245] Article 9 alinéa 1 du code civil qui prévoit que « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

[1246] Publiée au J.O. du 7 janvier 1978 page 227 et modifiée en dernier lieu par l'Ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques

[1247] Ce principe a été également adopté par la jurisprudence française qui a affirmé que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Arrêt '' NIKON '' rendu par la Cour de cassation, Chambre sociale en date du 2 octobre 2001.

[1248] Chapitre III, article 11 de la loi de 1978 tel que modifié par les articles 2 et 3 de la loi 2011-334 du 29 mars 2011.

Protection européenne. Au niveau européen, la protection des données personnelles automatisées a été d'abord assurée par la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981[1249] et par son protocole additionnel concernant la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 8 novembre 2001[1250]. Quelques années plus tard, a été adoptée la Directive 95/46/CE du parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données[1251] [1252] qui a prôné la libre circulation des données personnelles à l'intérieur de l'Union européenne en assurant une protection équivalente de ces données au niveau des législations nationales[1253]. Elle a été transposée en droit français par la loi du 6 août 2004[1254] relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel en modifiant la loi du 6 janvier 1978. Sur le plan européen toujours, la directive du 24 octobre 1995 a été suivie par la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002[1255] sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques[1256]. Concernant particulièrement le domaine bancaire et financier, une Recommandation a été adoptée portant n° R (90) 19 du Conseil de l'Europe du Comité des ministres aux Etats membres relative à la protection des données à caractère personnel à des fins de paiement et autres opérations connexes[1257].

[1249] Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel n°108.

[1250] Protocole n°181 concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données.

[1251] JO, L 281, du 23 novembre 1995 p 31-50. Son article 1.1 dispose que *« les Etats membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel »*.

[1252] L'article 29 de cette directive a instauré un groupe de travail dit ''G29''qui rassemble les représentants des autorités indépendantes de protection de données nominatives par chaque Etat membre. Comme le mentionne la CNIL sur son site Internet, le G29 a pour mission de *"-contribuer à l'élaboration des normes européennes en adoptant des recommandations; de rendre des avis sur le niveau de protection dans les pays hors UE et enfin de conseiller la Commission européenne sur tout projet ayant une incidence la protection des données et des libertés des personnes".* http://www.cnil.fr/la-cnil/nos-defis/g29/

[1253] En janvier 2012, le contrôleur européen des données personnelles (CEDP) M. Peter HUSTINX a annoncé que durant l'année 2012 la Commission européenne présentera une nouvelle proposition sur la protection des données personnelles qui révisera la directive du 24 octobre 1995 (http://www.eu-logos.org/eu-logos_nea-say.php?idr=4&idnl=2354&nea=117&lang=fra&lst=0&arch=0).

[1254] Loi n°2004-801 du 6 août 2004. JO n°182 du 7 août 2004 p 14063.

[1255] JO L 201 du 31 juillet 2002 pp 37-47.

[1256] Dite "Directive vie privée et communications électroniques". Elle a été modifiée en dernier lieu par la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 JO L 337/11 du 18/12/2009.

[1257] Adoptée par le Comité des ministres le 13 septembre 1990 lors de la 443ème réunion des délégués des ministres. Document disponible sur: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=603189&Site=CM

Protection internationale. Sur le plan international, plusieurs efforts ont été entrepris par l'OCDE afin de mettre en place des normes internationales de protection de données nominatives[1258]. Par ailleurs, une conférence qui rassemble les commissaires à la protection des données et de la vie privée du monde entier se tient annuellement dont la dernière date du 1er novembre 2011 durant laquelle il a été recommandé de coordonner de façon plus efficace les enquêtes transfrontières et l'application des lois dans les cas appropriés[1259].

Données personnelles numérisées et le droit financier. Du fait du développement exponentiel des nouvelles technologies, le secteur financier, à l'instar des autres secteurs du droit s'est fortement dématérialisé entrainant la numérisation entre autres des données personnelles collectées. Ainsi, dans le cadre de la commercialisation des services financiers, les banques collectent, traitent voire même transfèrent les données personnelles de leur clientèle, ce qui les astreint à respecter les obligations légales prévues par le droit européen et le droit français principalement la loi du 6 janvier 1978 modifiée ainsi que les normes simplifiées adoptées par la CNIL dans ce domaine. Ainsi, la question de la protection des données personnelles se pose avec acuité dans le secteur bancaire et financier en raison de la sensibilité de ces données ainsi que la grande marge de la population concernée ce qui exige que soit mise en place une protection proportionnée et adéquate afin de sécuriser les données des clientèles.

Enjeux. La protection des données personnelles est un enjeu de taille pour garantir une meilleure protection des consommateurs dans le e-commerce, et particulièrement dans le cadre de la commercialisation des services financiers en ligne. Un niveau de protection suffisamment élevé doit être garanti en ce qui concerne le respect de la vie privée ainsi que les données à caractère personnel[1260].

[1258] L'OCDE a élaboré le 23 septembre 1980 une recommandation qui contient les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel. Quelques années plus tard, il a adopté le 12 juin 2007 une recommandation relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations protégeant la vie privée.

[1259] P 3.

[1260] REDING V., Opérations bancaires électroniques et mobiles, quelles sont les meilleures pratiques en Europe ? Revue Banque, n°717, octobre 2009, p 26.

Plan. Dans le cadre de leur activité, les établissements bancaires et financiers traitent un nombre incalculable de données personnelles de leurs clientèles, et sont amenés dans certaines situations à les transférer à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Union européenne. En raison de l'importance et la sensibilité de ces données, le législateur aussi bien français qu'européen ont rigoureusement encadré le traitement et le transfert des données personnelles par les établissements financiers (chapitre 1), et ont mis en place un dispositif de protection des données personnelles au bénéfice des personnes concernées par ces opérations (chapitre 2).

CHAPITRE I : LE TRAITEMENT ET LE TRANSFERT DES DONNÉES A CARACTÈRE PERSONNEL DANS LE SECTEUR BANCAIRE ET FINANCIER

Données à caractère personnel[1261]. L'article 2 alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée définit la donnée personnelle comme étant « *toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne*». Cette définition s'apparente à celle contenue dans la directive du 24 octobre 1995[1262], ainsi qu'à la recommandation n° R (97) 5 du Comité des ministres aux Etats membres relative à la protection des données médicales[1263] qui inclut également les notions de données médicales[1264] et génétiques[1265]. Une définition large qui peut englober aussi bien le nom, prénom, adresse, date et/lieu de naissance, photo[1266], numéro de sécurité sociale, plaque d'immatriculation d'un véhicule, empreintes digitales…etc.

[1261] La notion est définie par l'article 2 de la Convention n° 108 comme étant *« toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable ».*

[1262] « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». Article 2,a.*

[1263] L'article I de l'annexe de cette recommandation prévoit que : « *l'expression «données à caractère personnel» signifie toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Une personne physique n'est pas considérée comme identifiable si cette identification nécessite des délais et des activités déraisonnables. Lorsqu'une personne physique n'est pas identifiable, les données sont dites anonymes ».*

[1264] « *l'expression «données médicales» se réfère à toutes les données à caractère personnel relatives à la santé d'une personne. Elle se réfère également aux données ayant un lien manifeste et étroit avec la santé ainsi qu'aux données génétiques ». Article I alinéa 2 de l'annexe.*

[1265] « *l'expression «données génétiques» se réfère à toutes les données, quel qu'en soit le type, qui concernent les caractères héréditaires d'un individu ou qui sont en rapport avec de tels caractères formant le patrimoine d'un groupe d'individus apparentés.» Article 1 alinéa 3 de l'annexe.*

[1266] Tribunal correctionnel de Privas (Ardèche), 3 septembre 1997, disponible sur : http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=331. Par ailleurs, la CNIL dans un communiqué du 28 mars 2005 a considéré que la photo de la personne est une donnée à caractère personnel qui permet l'identification de la personne, nécessite de ce fait son consentement pour toute reproduction ou diffusion sous peine de sanctions pénales.

En droit financier, cette notion peut englober selon la CNIL[1267] des données relatives aux moyens de paiement telles que le relevé d'identité postal ou bancaire, numéro de la transaction, ou encore le numéro du chèque ou de la carte bancaire[1268].

Les personnes protégées. D'après la définition mentionnée dans l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, *« Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée (…) »,* force est de constater que la protection concerne uniquement les personnes physiques. Ici, la question de la distinction entre professionnel et consommateur ne se pose pas. Le dernier alinéa du même article se limite uniquement à préciser que *« La personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l'objet du traitement».* Toutefois, avec le développement de la société de l'information, quelles données entrent dans cette catégorie ?

Adresse e-mail, donnée nominative ? La question de savoir si une adresse e-mail entre dans la catégorie des données personnelles s'est posée avec acuité depuis le développement des nouvelles technologies et l'utilisation massive du courrier électronique. Dans une délibération du 24 octobre 2002, la CNIL a déclaré que : « *sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou indirectement, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale ».* A la lumière de cette définition, on peut considérer qu'une adresse e-mail peut entrer dans cette catégorie si le libellé de l'adresse comporte le nom de l'internaute.

[1267] Délibération n°2005-112 du 7 juin 2005 portant création d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion des fichiers de clients et de prospects et portant abrogation des normes simplifiées 11, 17 et 25, norme simplifiée n°48.

[1268] Article 3, b de la délibération du 7 juin 2005.

L'adresse IP[1269] d'un ordinateur. La question s'est posée également de savoir si une adresse IP d'un ordinateur constitue ou non une donnée à caractère personnel. Pour y répondre, la CNIL[1270] comme le G29[1271] ont soutenu que l'adresse IP, à l'instar d'une plaque d'immatriculation d'un véhicule ou d'un numéro de téléphone, entre dans le champ d'application large de la définition de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée étant donné qu'elle permet l'identification directe ou indirecte de la personne physique[1272]. La CNIL a rappelé à ce titre, que l'ensemble des autorités de protection des données des Etats membres ont précisé dans un avis du 20 juin 2007 relatif au concept de données à caractère personnel que l'adresse IP lié à l'ordinateur d'un internaute constitue une donnée à caractère personnel. Cette position n'est pas partagée par la jurisprudence française. En effet, dans certains cas d'espèce, les juges du fond français[1273] ont refusé toute assimilation de l'adresse IP à une donnée personnelle[1274] en ce qu'elle ne permet pas d'identifier l'auteur de la connexion[1275]. Dans ce contexte, par un arrêt du 5 septembre 2007, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que l'adresse IP est une donnée parmi d'autres d'un faisceau d'indices, et donc, insuffisante à elle seule pour être qualifiée de donnée personnelle[1276].

[1269] *« C'est un des protocoles les plus importants d'Internet car il permet l'élaboration et le transport des datagrammes IP (les paquets de données), sans toutefois en assurer la «livraison»: le protocole IP traite les datagrammes IP indépendamment les uns des autres en définissant leur représentation, leur routage et leur expédition.»* Livre blanc de la banque de France, annexe 3 glossaire p 164.

[1270] Article du 2 août 2007 disponible sur : http://www.cnil.fr/dossiers/internet-telecoms/fiches-pratiques/article/ladresse-ip-est-une-donnee-a-caractere-personnel-pour-lensemble-des-cnil-europeennes/ .

[1271] Le G29 a adopté le 21 novembre 2000 un avis intitulé ''Le respect de la vie privée sur Internet – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne''. Il a considéré à ce titre que : « *les fournisseurs d'accès internet et les gestionnaires des réseaux locaux peuvent, en utilisant des moyens raisonnables, identifier les utilisateurs internet auxquels ils ont attribué des adresses IP , du fait qu'ils enregistrent systématiquement dans un fichier les date, heure, durée et adresse dynamique IP données à l'utilisateur internet (….).Dans ce cas, on peut parler sans l'ombre d'un doute, de données à caractère personnel au sens de l'article 2, point a) de la directive».* Avis disponible sur : www.ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37fr.pdf

[1272] *« L'adresse IP n'est pas l'adresse d'une personne physique mais l'adresse du réseau local de la machine d'un utilisateur connecté au réseau Internet. Ainsi, chaque machine connectée directement à Internet est identifiée par une adresse IP unique. »* V. étude de LALANDE S., L'adresse IP de votre ordinateur : une donnée personnelle relevant du régime communautaire de protection ? Article publié le 9 décembre 2003, disponible sur : http://www.droitntic.com/news/afficher.php?id=191

[1273] Les deux arrêts se rapportent aux actes de contrefaçon de fichiers musicaux à l'aide de logiciels.

[1274] *« L'adresse IP ne permet pas d'identifier le ou les personnes qui ont utilisé cet ordinateur puisque seule l'autorité légitime pour poursuivre l'enquête (police ou gendarmerie) peut obtenir du fournisseur l'accès d'identité de l'utilisateur.* » CA de Paris, arrêt du 27 avril 2007, 13ème chambre, Section B, Anthony G. /SCPP.

[1275] *« Considérant que le relevé de l'adresse IP de l'ordinateur ayant servi à l'infraction entre dans le constat de sa matérialité et pas dans l'identification de son auteur ».* Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 mai 2007, 13ème chambre, Section A, Henri S. / HCPP.

[1276] http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007633638&fastReqId=653954308&fastPos=1

Plan. Les établissements bancaires et financiers sont assujettis à une série de conditions légales qu'ils doivent respecter aussi bien lors du traitement (section 1), que lors du transfert des données personnelles (section 2).

SECTION 1 : LE TRAITEMENT LÉGAL DES DONNÉES PERSONNELLES PAR LES ÉTABLISSEMENTS BANCAIRES

Traitement de données personnelles, définition. Conformément à l'article 2 alinéa 3 de la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée: « *Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction».*

Traitement automatisé de données, approche jurisprudentielle. A l'ère du numérique, l'utilisation croissante des nouvelles technologies a inéluctablement conduit au traitement automatisé des données personnelles. Reste à définir ce qu'on veut dire par traitement automatisé. Cette notion a été précisée par la CJUE dans un arrêt du 6 novembre 2003[1277] : « *l'opération consistant à faire référence, sur une page Internet, à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens, par exemple leur numéro de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps, constitue un «traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie,» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 95/46 ».*

[1277] Arrêt du CJUE (C-101/01) du 6 novembre 2003, affaire dite Bodil LINDQVIST. Dans le cadre de cet arrêt, la juridiction suédoise (le Göta hovrätt) a posé sept questions préjudicielles à la CJUE relatives notamment à l'interprétation de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Arrêt disponible sur : http://curia.europa.eu/jurisp/cgibin/gettext.pl?lang=fr&num=79968893C19010101&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET&where=().

Plan. Le législateur a imposé un certain nombre de conditions que le responsable doit respecter (sous section 1). Par ailleurs, dans le cadre d'une activité bancaire et financière, le traitement des données personnelles présente certains risques (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LES CONDITIONS D'UN TRAITEMENT LÉGAL

Les normes simplifiées de la CNIL. Le traitement des données personnelles par les établissements bancaires a été dans la ligne de mire de l'action de la CNIL, qui a émis lors de plusieurs délibérations certaines normes simplifiées[1278] qui réglementent entre autres la tenue de compte bancaire par ces établissements. Dans cette optique, la CNIL a adopté deux délibérations portant des normes simplifiées de déclaration. Il s'agit tout d'abord de la norme simplifiée n°12 issue de la délibération n°80-022 adoptée le 19 août 1980[1279], concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la tenue des comptes de la clientèle et le traitement des informations s'y rattachant par les établissements bancaires et assimilés. Il s'agit ensuite de la norme simplifiée n° 13 issue de la délibération n°80-23 du 8 juillet 1980[1280], concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit. Ces normes ont été adoptées afin que les prestataires financiers puissent déclarer sous la forme simplifiée le traitement qu'ils font des données personnelles de leur clientèle sous réserve de respecter un certain nombre de conditions[1281].

[1278] La norme simplifiée est définie par le deuxième considérant de la même délibération comme étant *«L'ensemble des conditions que doivent remplir certaines catégories les plus courantes de traitements pour être regardés comme ne comportant manifestement pas de risques d'atteinte à la vie privée et aux libertés*

[1279] http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/163/

[1280] http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/161/

[1281] En effet, les articles premiers des deux normes simplifiées reprennent sous des paragraphes presque identiques les conditions que doit respecter le traitement des données personnelles. Ainsi, ces traitements doivent entre autres :

- *« ne porter que sur des données objectives aisément contrôlables par les intéressés grâce à l'exercice du droit individuel d'accès ;*
- *n'appliquer à ces données que des logiciels dont les résultats puissent être facilement contrôlés ;*
- *ne pas procéder à des cessions ou locations des informations contenues dans les fichiers de l'établissement ;*
- *ne pas donner lieu à des interconnexions ou échanges autres que ceux nécessaires à l'accomplissement des fonctions énoncées à l'article 2 ci-après ;*
- *comporter des dispositions propres à assurer la sécurité des traitements et des informations et la garantie des secrets protégés par la loi (…) »*

Déclaration préalable à la CNIL. En amont du traitement des données personnelles de ses clients, le responsable du traitement établi sur le territoire français[1282] doit au préalable faire une déclaration à la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)[1283] qui peut être envoyée par la voie électronique[1284] qui est soldée par la remise d'un récépissé, le cas échéant électronique[1285].

Conditions légales. Outre la formalité de déclaration préalable à la CNIL, le responsable du traitement doit respecter certaines conditions prévues aux articles 6 et 7 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Ainsi, il faut d'une part recueillir le consentement de la personne concernée (paragraphe 1), respecter la finalité de la collecte (paragraphe 2) ce qui n'est pas sans poser la question de la durée de conservation de ces données (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : Le consentement préalable de la personne concernée

Une obligation légale. Cette condition est imposée par l'article 7 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée sans apporter de précision quant aux contours de cette notion. Face à cette lacune, il convient de se référer à la définition fournie par la directive du 24 octobre 1995 qui a défini dans son article 2, h le consentement comme étant « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».* Force est de déduire que le consentement de la personne ne doit guère résulter d'une attitude implicite ou supposée, mais doit résulter d'un comportement par lequel la personne exprime explicitement et clairement son acquiescement quant au traitement de ses données personnelles. A la lumière de ces précisions, on peut estimer que la personne concernée donne son consentement, lorsqu'elle coche la case correspondante à l'acceptation de sa part, à ce que ses données personnelles fassent l'objet d'un traitement, ou lorsqu'elle signe un document

[1282] L'établissement sur le sol français est une condition d'application des dispositions législatives françaises. Article 5 de la loi du 6 janvier 1978 modifié par l'article 1 de la loi du 6 août 2004.
[1283] Article 22 de la loi 1978 modifiée.
[1284] Article 23, I alinéa 2 de la loi 1978 modifiée.
[1285] Article 23, I alinéa 3 de la loi 1978 modifiée.

en ce sens, ou encore lorsqu'elle remplit volontairement un formulaire (sous format papier ou en ligne) et le soumet au prestataire financier en vue de conclure une opération financière (ouverture d'un compte bancaire ou demande de crédit). Le principe, d'application générale, souffre cependant de quelques exceptions.

Exceptions. L'acquisition d'un consentement préalable de la personne physique concernée par le traitement de données personnelles peut être écartée si l'un des cas de l'article 7 de la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée se présente :

- *« Le respect d'une obligation légale qui incombe au responsable du traitement*
- *La sauvegarde de la vie de la personne concernée ;*
- *L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ;*
- *L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;*
- *La réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée. »*

Paragraphe 2 : Le respect de la finalité du traitement

Encadrement légal. L'article 6, 2° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée a précisé sur ce point que les données *« sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ».* La loi a ainsi imposé aux établissements financiers qui traitent des données personnelles de respecter la finalité pour laquelle ces données ont été collectées et a interdit implicitement tout traitement ultérieur qui ne respecte pas la finalité initiale de cette collecte.

Force est de déduire que ces mêmes données ne peuvent être traitées ultérieurement par les établissements financiers pour leur proposer d'autres services financiers. Toutefois, cette interdiction est atténuée dans certains cas[1286].

Principe de la proportionnalité. L'article 6, 3° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée précise à ce titre que les données collectées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à la finalité poursuivie. Ainsi, dans le cadre d'une transaction financière, la CNIL a rigoureusement cerné les données qui peuvent faire l'objet d'un traitement dans les articles 3 des normes simplifiées n°12 et 13 précitées. En fusionnant les deux articles, on peut dire que les données personnelles collectées et traitées ne peuvent porter que sur l'identité (nom, prénom, sexe, date et lieu de naissance, nationalité, identité bancaire, adresse postale, adresse fiscale, pays de l'adresse fiscale principale, pays de résidence, numéro du dossier du prêt), celles relatives à la situation familiale (situation matrimoniale, état civil, situation professionnelle du conjoint, nombre de personnes à charge) ou professionnelle (catégorie socio- professionnelle, profession ou emploi occupé, durée d'ancienneté). Force est de déduire qu'il est interdit, conformément à l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, de collecter et de traiter les données à caractère personnel qui font apparaître directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale ou encore celles relatives à la santé ou à la vie sexuelle des personnes concernées par ce traitement. Ces données sont réputées des données sensibles dont la collecte est interdite sans autorisation préalable de la CNIL[1287].

Les normes simplifiées de la CNIL. Outre ces conditions, la CNIL a apporté des précisions quant aux conditions de la finalité des traitements que les établissements bancaires et assimilés doivent respecter. Elles ont été précisées par les normes simplifiées n°12 et n° 13 précitées, réglementant respectivement le traitement des données en cas de tenue de compte[1288] et à la gestion des crédits[1289].

[1286] En effet, l'article 6, 2° de la loi 1978 prévoit à ce titre qu'*« (..) un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre (…) ».*

[1287] Article 11, 2, a de la loi 1978 modifiée.

[1288] Conformément à l'article 2 de la délibération n°80-022 de la CNIL précitée (norme simplifiée n°12), la finalité du traitement ne peut porter que sur les fonctions ci-dessous mentionnés :

Paragraphe 3 : Le respect de la durée de conservation des données

Absence de précision de durée par la loi. Conformément à l'article 6 alinéa 5[1290] de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, les données « *sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ».* Par cette disposition, la loi n'a pas précisé la durée pendant laquelle une donnée peut être conservée, elle s'est contentée de calquer cette durée à la réalisation de la finalité. Elle peut donc s'étaler dans le temps pendant une période plus ou moins longue selon l'opération en question. En effet, certaines données doivent être conservées le temps de fournir le renseignement à la personne qui le demande (quelques jours), d'autres sont conservées pendant des années (la durée du fonctionnement de la convention du compte de dépôt, du prêt ou de la convention d'assurance).

Précision de la CNIL relative à la durée. La CNIL, avec les normes simplifiées n°12 et 13 précitées, s'accorde avec la loi du 6 janvier 1978 pour affirmer que les données personnelles ne doivent pas être conservées au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser la finalité du traitement en affirmant que cette durée ne doit pas dépasser celle prévue par la réglementation en vigueur[1291] ou celle nécessaire à l'exécution du contrat pour lequel ces données ont été collectées[1292]. Concernant tout d'abord les données traitées dans le cadre

---

a) L'enregistrement et la mise à jour des informations concernant les titulaires et les caractéristiques du fonctionnement de leurs comptes (dépôt, épargne, etc.) ;
b) La gestion des opérations concernant les dépôts et retraits : espèces, chèques, virements, effets, prélèvements, cartes et autres mouvements de fonds ;
c) La tenue des comptes : relevés, extraits et arrêtés périodiques, oppositions, délivrance de chéquiers, relevés d'identité bancaires et attestations. »

[1289] Les conditions encadrant la finalité du traitement par les établissements bancaires et assimilés ont été précisées par l'article 2 de la délibération n°80-23 (norme simplifiée n°13 qui précise que la finalité ne peut porter que sur les fonctions suivantes :
« a) la constitution et l'étude de mise en place du dossier de crédit ou de prêt, (délibération n° 85-014 du 30 avril 1985) à l'exclusion du calcul automatisé de l'appréciation du risque ;
b) la gestion du crédit ou du prêt consenti ;
(délibération n° 85-14 du 30 avril 1985)
c) la sélection des clients pour réaliser des actions de prospection commerciale et de promotion liées exclusivement aux activités propres de l'établissement ;
(délibération n° 85-14 du 30 avril 1985)
d) l'exécution des obligations légales d'information. »

[1290] Modifié par l'article 2 de la Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[1291] Article 4 de la norme simplifiée n°12 de la CNIL précitée.

[1292] Article 4 alinéa 1 de la norme simplifiée n°13 de la CNIL précitée.

de la tenue d'un compte bancaire, l'article 4 de la norme simplifiée n°12 fixe à dix ans la durée de conservation des données personnelles en l'alignant sur la durée de conservation des livres et documents créés à l'occasion d'une activité commerciale en se référant à l'article 11 du code de commerce, aujourd'hui fixée par l'article L. 123-22 alinéa 2 du même code. Quant aux données collectées et traitées dans le cadre de la gestion d'un crédit, l'article 4 alinéa 2 de la norme simplifiée n°13, précise à ce titre que certaines informations[1293] peuvent être conservées au-delà de la durée du prêt, pendant une période n'excédant pas cinq ans à compter de la fin du contrat pour des fins de prospection commerciale[1294]. En cas de non conclusion du contrat de prêt, cette durée est réduite à six mois (article 4 alinéa 4).

SOUS SECTION 2 : LES RISQUES GÉNÉRÉS PAR LE TRAITEMENT DES DONNÉES PERSONNELLES

Plan. Le traitement des données personnelles via Internet présente des risques parmi lesquels on citera le traitement totalement automatisé des données (paragraphe 1) et la conservation illégale des données au-delà de la durée légale de traitement (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le risque d'un traitement totalement automatisé

Le « score ». Avec la croissance exponentielle de l'informatique, la majorité des opérations financières traitées par les banques s'effectue numériquement. Ainsi, dans le cadre particulier d'une demande de crédit, la banque interroge tout d'abord et de façon systématique le FICP (Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers) géré par la Banque de France. Si la personne est fichée, elle aura de grandes chances pour se voir refuser le crédit. Dans le cas contraire, la banque procède à l'étude du dossier pour

[1293] Notamment le nom, prénoms, nationalité, adresse postale, date et lieu de naissance, caractéristiques du crédit consenti (article 4 alinéa 2 de la norme simplifiée n°13.

[1294] L'alinéa 3 du même article précise, en s'appuyant sur les dispositions des articles 26 et 27 de la loi « Informatique et libertés » que les clients doivent être informés de cette finalité (prospection de commerciale) et soient en mesure de s'opposer à de tels traitements.

déterminer si ce dernier respecte les conditions fixées par cet établissement. Pour ce faire, elle fait appel à des établissements dénommés « agences de notation »[1295]. Ces dernières utilisent généralement des outils informatiques qui collectent les informations concernant la personne, ses revenus, ses charges, et son taux d'endettement pour calculer un « score » en vertu duquel le crédit est accordé ou refusé. Il s'en déduit que la réponse favorable ou défavorable quant à l'octroi du crédit dépend uniquement du « score » final calculé sans estimation ou intervention humaine dans le processus de décision augmentant le risque d'un refus systématique.

Position de la loi du 6 janvier 1978. S'agissant d'une procédure totalement automatisée, elle a été interdite par l'article 10 alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée en précisant qu' *« aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité »* [1296]. Une interdiction qu'elle réitère dans l'article 25, I, 4° étant donné que cette pratique entre dans le cadre des « *(…) traitements automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire* ». L'intervention humaine reste de ce fait indispensable afin de légaliser cette pratique et échapper à l'interdiction de la loi de 1978.

Position de La CNIL. La CNIL ne semble pas opposée à la technique du score. Ainsi, à l'occasion de la modification de l'autorisation unique crédit scoring AU 005 en date du 1er octobre 2008[1297], elle s'est simplement limitée à préciser que les personnes qui se sont vues refuser le crédit par le biais de la procédure automatisée du score, peuvent demander à bénéficier d'un entretien en vue d'un second examen non automatisé.

[1295] Rapport AMF sur les agences de notation : www.amf-france.org/documents/general/5845_1.pdf

[1296] Des dispositions similaires sont prévues en droit belge. La loi du 8 juin 1992 sur la protection de la vie privée modifiée par la loi du 11 décembre 1998 interdit qu'une décision qui affecte la personne de manière significative ne doit pas être prise en vertu d'un processus entièrement automatisé. (Article 12 bis).

[1297] Document disponible sur : http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/modification-de-lautorisation-unique-credit-scoring

Paragraphe 2 : Le risque d'une conservation illégale des données

Conservation au-delà de la finalité par les banques. Les banques collectent d'importantes données personnelles de leurs clients, et la tentation est parfois grande[1298] pour qu'elles les conservent pour leur offrir d'autres services ou encore, pour refuser un service qui a été rejeté lors de la première demande (comme c'est le cas du crédit par exemple). Dans ces cas, l'établissement ne respecte pas la finalité pour laquelle ces données ont été collectées et se trouve dans le cas de la conservation illégale des données.

Conservation illégale des données par les commerçants. Face à la recrudescence des chèques impayés, certains commerçants ont installé des imprimantes qui remplissent automatiquement les chèques et permettent d'effectuer les vérifications nécessaires en accédant aux informations bancaires de l'émetteur du chèque, en interrogeant le Fichier national des chèques irréguliers (FNCI). Ces vérifications ne peuvent s'effectuer sans déchiffrer les données personnelles confidentielles du porteur du chèque qui peuvent parfois être conservées à son insu.

SECTION 2 : LE TRANSFERT DE DONNÉES PERSONNELLES EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE

Transfert de données, Définition. Vue la lacune juridique laissée par l'absence de la définition du transfert de données par la directive du 24 octobre 1995 et par la loi du 6 janvier 1978 modifiée, la CNIL a pris la relève tout en donnant des illustrations concernant les cas de transfert de données[1299].

[1298] FULCONIS-TIELENS A., Protection des données personnelles, une problématique universelle, Revue Banque, n°717, octobre 2009 p 24.

[1299] Il s'agit ainsi d'une centralisation intra-groupe de la base de données de gestion des commandes et de la comptabilité clients, d'une centralisation intra-groupe de la base de données de gestion des ressources humaines d'un groupe multinational ; d'un transfert vers un prestataire aux fins de saisie informatique de dossiers manuels, d'un recours à un centre d'appel étranger et transfert du fichier

Ainsi, elle a considéré qu'un transfert de données vers un pays tiers est «*toute communication, copie ou déplacement de données par l'intermédiaire d'un réseau, ou toute communication, copie ou déplacement de ces données d'un support à un autre, quel que soit le type de ce support, dans la mesure où ces données ont vocation à faire l'objet d'un traitement dans le pays destinataire»*[1300].

Mise en ligne de données et transfert. Dans un arrêt rendu par la CJUE[1301], la Cour devait répondre à une question préjudicielle qui était celle de savoir si la mise en ligne de données personnelles par une personne les rendant accessibles à toute personne qui se connecte à Internet, y compris les personnes se trouvant dans des pays tiers constitue « un transfert vers un pays tiers de données ». Par une réponse pour le moins étonnante, la Cour a considéré que dans ce cas il n'y a pas de transfert de données au sens de l'article 25 de la directive 1995. Selon la Cour, « *les données à caractère personnel qui arrivent sur l'ordinateur d'une personne située dans un pays tiers, en provenance d'une personne qui les a chargées sur un site Internet, n'ont pas été transférées directement entre ces deux personnes mais au travers de l'infrastructure informatique du fournisseur de services d'hébergement où la page est stockée ».*

Le transfert électronique des données par les banques. A l'heure de la mondialisation et le développement des nouvelles technologies, les données à caractère personnel traitées à l'occasion d'une activité bancaire ou financière peuvent être transférées par ce réseau par définition ouvert, et donc amené à circuler à une échelle mondiale. Le transfert de données à caractère personnel peut revêtir plusieurs formes. Il peut soit résulter d'une délocalisation d'une activité, soit se fait à la suite d'une demande par une autorité de contrôle bancaire étrangère[1302] aux fins de lutte contre le blanchiment d'argent, la fraude et la corruption.

---

correspondant pour démarchage ou qualification, d'un hébergement et exploitation de plateformes informatiques enfin de systèmes internationaux de maintenance informatique…

[1300] CNIL, Transferts de données à caractère personnel vers des pays non membres de l'Union européenne, juin 2008, p5. Document disponible sur : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/international/Guide-tranfertdedonnees.pdf

[1301] Arrêt 101/01 du 6 novembre 2003, Procédure pénale contre Bodil Lindqvist, (demande de décision préjudicielle, formée par le Göta hovrätt (Suède)), (cf. points 63-64, 68, 71, disp. 4).

[1302] GRIGUER M., La CNIL, un obstacle aux transferts de données hors Union européenne ? RLDI, n° 37, avril 2008, P 47.

Transfert au sein de l'Union européenne. En raison du principe de libre circulation des données personnelles au sein de l'Union européenne posé par la directive du 24 octobre 1995[1303], le transfert des données personnelles ne peut dans ce cas être ni restreint ni interdit. Par ailleurs, la Convention 108 du Conseil de l'Europe a ajouté que ce transfert ne peut être soumis à une autorisation préalable[1304] entre les Etats membres du Conseil de l'Europe signataires de ladite convention. En plus des pays de l'Union européenne, certains pays du fait de la transposition de la directive du 24 octobre 1995 dans leur législation interne, présentent un niveau de protection adéquat à celui des pays de l'Union européenne, sont considérés comme des «pays équivalents» [1305].

Obligations à respecter. La CNIL a prévu, dans son guide intitulé « Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers à l'Union européenne »[1306], que le transfert des données personnelles vers des Etats situés en dehors de l'Union européenne, est soumis aux conditions citées dans la loi du 6 janvier 1978 précitée. Il s'agit en particulier d'avoir une finalité, explicite et légitime ; informer les personnes de l'existence d'un tel transfert ; prévoir une durée de conservation non excessive ; garantir un droit d'accès, de rectification et d'opposition aux personnes concernées par ce traitement et enfin, mettre en place des mesures techniques de sécurité afin de protéger les données contre tout accès ou destruction, altération ou diffusion non autorisé desdites données.

Risques. Le transfert des données personnelles de la clientèle des établissements financiers dans des pays non européens est une question extrêmement délicate, en raison de la faible protection des données nominatives dans les législations de certains pays. La crainte est que les professionnels délocalisent leur traitement dans des « paradis de données »[1307] afin d'échapper à l'application de législations plus protectrices, notamment celles de l'Union européenne.

[1303] Article 1 alinéa 2.

[1304] Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, article 12 alinéa 2.

[1305] L'Islande, le Liechtenstein et la Norvège ont transposé la directive 95/46 dans leur législation nationale en application des obligations qui leur sont imposées par l'accord sur l'Espace Economique Européen (EEE). La protection des données nominatives est réputée avoir un niveau équivalent à celui des pays membres de l'Union européenne, et donc, ne fait pas l'objet de formalités auprès de la CNIL.

[1306] Guide disponible sur le lien suivant : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_responsabilites/Transferts/GUIDE-transferts-integral.pdf

[1307] CAPRIOLI A., les flux transfrontières des données à caractère personnel en matière bancaire, RDBF n° 3, Janvier-Février 2010, p 73.

Plan. Le transfert des données personnelles au sein de l'Union européenne est strictement encadré par la directive du 24 octobre 1995 ainsi que par les dispositions nationales des pays membres comme c'est le cas de la loi du 6 janvier 1978 en France (sous section 1). Cette réglementation harmonisée qui tend à assurer un niveau élevé de protection peut se heurter dans certaines situations au faible niveau de protection des données dans certains pays (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LE CADRE DU TRANSFERT EN DEHORS DE L'UNION EUROPÉENNE

Principe. La loi du 6 janvier 1978 pose à priori le principe de l'interdiction des transferts des données en dehors de l'Union européenne (paragraphe 1) mais l'assortit toutefois de certaines dérogations (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : Le principe de l'interdiction

L'interdiction du transfert. Conformément à l'article 25 de la directive du 24 octobre 1995 précitée, la loi du 6 janvier 1978 modifiée a posé le principe de l'interdiction du transfert des données personnelles vers un Etat situé en dehors de l'Union européenne sauf si ce dernier assure un niveau de protection suffisant : *« Le responsable d'un traitement ne peut transférer des données à caractère personnel vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne que si cet État assure un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet ou peuvent faire l'objet».*

Paragraphe 2 : Les dérogations au principe de l'interdiction

Le niveau de protection adéquat de certains pays. L'article 26 de la Directive du 24 octobre 1995 précitée apporte plusieurs dérogations au principe de l'interdiction du transfert en dehors de l'Union européenne. La première consiste à l'appréciation du niveau de protection qu'accorde un pays aux données personnelles, et ce niveau de protection doit, au sens de la directive être adéquat. Pour ce faire, le Conseil de l'Europe ainsi que le Parlement européen ont donné pouvoir à la Commission européenne sur la base de l'article 25 de la directive du 24 octobre 1995 pour juger si un pays présente un niveau de protection adéquat en vertu de sa législation nationale ou en raison des engagements pris au niveau international. De ce fait, la Commission a pris à ce titre des décisions d'adéquation envers plusieurs pays. Il s'agit notamment de la Suisse[1308], des entreprises américaines adhérentes au Safe harbor[13091310], le Canada[1311], l'Ile de Man[1312], Jersey[1313]. Cependant, le caractère suffisant de protection du pays non européen, selon l'alinéa 2 de l'article 68 de la loi 1978 modifiée, s'apprécie en fonction de plusieurs éléments. Il s'apprécie notamment selon les dispositions en vigueur dans cet État, des mesures de sécurité qui y sont appliquées, des caractéristiques propres du traitement, telles que ses fins et sa durée, ainsi que de la nature, de l'origine et de la destination des données traitées.

[1308] Décision 2000/518/CE de la Commission du 26 juillet 2000, relative à la constatation, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du caractère adéquat de la protection des données à caractère personnel en Suisse. Décision disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000D0518:FR:HTML

[1309] Il s'agit d'un ensemble de principes de protection des données personnelles négociés entre les autorités américaines et la Commission européenne en 2001.

[1310] Décision 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique [notifiée sous le numéro C(2000) 2441] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.). Décision disponible sur : http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_300D0520.html

[1311] Décision de la Commission 2002/2/CE du 20 décembre 2001 constatant, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel assuré par la loi canadienne sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques. Décision disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002D0002:FR:HTML

[1312] Décision de la Commission 2004/411/CE du 28 avril 2004 constatant le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel dans l'Île de Man. Document consultable sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:151:0051:0054:FR:PDF

[1313] Décision de la Commission 2008/393/CE: Décision de la Commission du 8 mai 2008 constatant, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel assuré à Jersey. Disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008D0393:FR:HTML

L'exigence d'un consentement préalable. Le transfert de données vers un pays ne faisant pas partie de l'Union européenne ne peut être effectué vers cet Etat qu'après avoir préalablement informé la personne concernée de ce transfert, et obtenu son consentement[1314]. En outre, l'article 101 du décret du 20 octobre 2005[1315] pris pour l'application de la loi du 6 janvier 1978 a énoncé que lors du transfert, plusieurs informations doivent être précisées. Il s'agit en particulier de mentionner le pays du destinataire du transfert, la finalité générale de ce dernier, la nature du traitement qui sera opéré chez le destinataire, la catégorie des données personnelles transférées, la catégorie de personnes intéressées par le transfert de données et enfin, la catégorie de tiers qui seront rendus destinataires des données transférées.

Le critère de la nécessité. Le transfert peut également être effectué s'il est nécessaire à certaines conditions[1316], ou encore, s'il a été autorisé par la CNIL *« lorsque le traitement garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée ainsi que des libertés et droits fondamentaux des personnes, notamment en raison des clauses contractuelles[1317] ou règles internes dont il fait l'objet»[1318]*.Toutefois, la CNIL doit informer la Commission européenne et les autorités de contrôle des autres Etats membres de ces autorisations de transfert[1319].

[1314] Article 69 de la loi 1978 modifiée.

[1315] Décret n° 2005-1309 modifié par le décret n° 2007-451 du 25 mars 2007

[1316] Article 69 de la loi 1978 modifiée précise sur ce point que le transfert peut s'effectuer s'l est nécessaire à l'une de ces conditions :« *1° A la sauvegarde de la vie de cette personne ; 2° A la sauvegarde de l'intérêt public ; 3° Au respect d'obligations permettant d'assurer la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice ; 4° A la consultation, dans des conditions régulières, d'un registre public qui, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, est destiné à l'information du public et est ouvert à la consultation de celui-ci ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime ; 5° A l'exécution d'un contrat entre le responsable du traitement et l'intéressé, ou de mesures précontractuelles prises à la demande de celui-ci ;6° A la conclusion ou à l'exécution d'un contrat conclu ou à conclure, dans l'intérêt de la personne concernée, entre le responsable du traitement et un tiers»*..

[1317] De nouvelles clauses viennent d'être adoptées par la Commission européenne dans le cadre du transfert de données vers des sous-traitants établis en dehors de la Communauté dans des pays qui ne présentent pas un niveau de protection adéquat (en vigueur depuis le 15 mai 2010).

[1318] Article 69 paragraphe 2 de la loi 1978 modifiée.

[1319] Article 69 paragraphe 3 de la loi 1978 modifiée.

SOUS SECTION 2 : LA DIVERGENCE ENTRE LE DROIT EUROPÉEN ET LE DROIT AMERICAIN RELATIVE AU TRANSFERT DES DONNÉES PERSONNELLES

Plan. Les Etats unis d'Amérique ne font pas partie des pays qui ont été reconnus par la Commission européenne comme présentant un niveau de protection de données personnelles adéquat à celui des pays de l'Union européenne, ce qui pose de sérieux conflits entre le droit américain et le droit européen à l'occasion notamment du transfert de données lors de la procédure Discovery (paragraphe 1) et lors du transfert des données financières du réseau Swift (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le transfert de données personnelles et la procédure américaine « e- Discovery »

Aperçu de la procédure e- discovery. A l'heure de la mondialisation, nombre de sociétés américaines créent des filiales en Europe. En parallèle, les sociétés européennes créent des filiales aux Etats Unis. Dans les deux cas, les sociétés européennes sont astreintes à respecter à la fois les dispositions européennes et celles prévues par le droit américain. Ainsi, en cas de conflit outre atlantique, elles sont confrontées à la fameuse procédure discovery, devenue *e-discovery* depuis la forte dématérialisation des documents électroniques. La procédure *e-discovery* consiste en une procédure d'investigation et d'instruction préalable au procès civil ou commercial qui oblige chaque partie à divulguer toutes les informations utiles à la constitution des preuves en relation avec le litige en cours[1320] même si elles leur sont défavorables. Ainsi, des informations sensibles et stratégiques peuvent être demandées aux entreprises européennes sous forme électronique telles par exemple celles relatives aux procédés de fabrication et de savoir faire, les disques durs des ordinateurs, les courriers entre autres électroniques des salariés, menaçant ainsi la vie privée des personnes, la protection des données personnelles ainsi que le secret des

[1320] Pour une analyse de cette procédure, voir PROUST O. et BURTON C., Le conflit de droits entre les règles américaines de *e-discovery* et le droit européen de la protection des données à caractère personnel…..entre le marteau et l'enclume, RLDI, n°46, février 2009, pp 79-84.

affaires. En cas d'opposition, ces sociétés peuvent se heurter à des sanctions lourdes et onéreuses partant d'une sanction pécuniaire, des poursuites pour obstruction (qui constitue une infraction pénale en droit américain) et enfin, un jugement défavorable. Cette situation illustre clairement le degré de conflit qui existe entre les dispositions européennes et américaines en matière de protection des données personnelles et le niveau d'atteinte que porte cette procédure aux dispositions protectrices européennes des données personnelles.

La protection européenne. Au niveau européen, la protection des données à caractère personnel est assurée par la directive du 24 octobre 1995. Ainsi, et conformément à cette directive, la communication de documents et informations vers les Etats Unis dans le cadre de la procédure *e-discovery* constitue un traitement et un transfert de données et tombent de ce fait sous le coup des dispositions protectrices de cette directive ainsi que des dispositions nationales des pays qui l'ont transposée, en l'occurrence celles prévues par la loi française « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée (principe du consentement, loyauté, respect de finalité, de durée de conservation etc.).

Interrogations. A la lumière de ce qui précède, une question se pose. Comment concilier en cas de conflit les contraintes de la procédure américaine e-discovery et les dispositions protectrices européennes des données personnelles ? Comment le droit européen s'organise-t-il pour assurer la protection des données personnelles et limiter le transfert de données jugées personnelles ou sensibles vers un pays, en l'occurrence les Etats Unis qui n'est pas considéré comme assurant un niveau de protection équivalent par la Commission européenne ? Devant le danger que représente cette procédure, la CNIL a émis une recommandation dans laquelle elle a rappelé le cadre juridique que doivent respecter ces procédures américaines.

La CNIL. En 2007, la CNIL a formé un groupe de travail pour tenter de résoudre les problèmes qui découlent de la mise en œuvre de cette procédure pour les entreprises françaises sachant que dans le cas où ces dernières sont des filiales de sociétés mères américaines, il est difficile qu'elles manifestent une opposition quant à la communication des documents sollicités.

Ce groupe de travail a conduit à l'élaboration d'une délibération en date du 23 juillet 2009 portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dites de « Discovery »[1321]. Après avoir constaté l'accroissement du nombre de dossiers de transferts de données personnelles vers les Etats-Unis, elle a rappelé les principes fondateurs de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale[1322], qui constitue la seule convention liant la France aux Etats-Unis en matière de procédure judiciaire. Elle a renvoyé ensuite aux dispositions de la loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères[1323] en faisant référence à la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978.

Renvoi aux dispositions de la Convention de La Haye. Dans cette recommandation, la CNIL a commencé par se référer à l'article 1er de la convention du 18 mars 1970 qui prévoit qu' « *En matière civile ou commerciale, l'autorité judiciaire d'un Etat contractant peut, conformément aux dispositions de sa législation, demander par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un autre Etat contractant de faire tout acte d'instruction, ainsi que d'autres actes judiciaires».* Sur ce point précis, elle a rappelé la déclaration faite par la France dans le cadre de l'article 23[1324] de la même convention qui précise que l'exécution de cette commission rogatoire n'est autorisée que si les documents *« sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige ».* De ce fait, les demandes d'obtention de preuve sont tranchées par la juridiction à laquelle la commission rogatoire a été transmise, et ce, conformément aux dispositions des articles 743 et suivants du code de la procédure civile. Le juge saisi de l'affaire statuera sur la base des articles 138 et suivants du NCPC sur la production ou non des pièces demandées.

[1321] Délibération n° 2009-474, JORF n°0190 du 19 août 2009 p27.

[1322] Convention consultable sur le lien suivant : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=82

[1323] Modifiée aujourd'hui par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères. Cette loi a été adoptée dans le but de défendre les intérêts économiques français contre les intrusions ou actions abusives engagées par les autorités étrangères. JORF du 17 juillet 1980 p 1799.

[1324] Déclaration faite par la France le 19 janvier 1987.

Toutefois, poursuit la CNIL, dans le cadre des relations avec les Etats-Unis, il peut être fait échec à l'avance à l'exécution de cette commission rogatoire à condition de le prévoir au moment de la signature ou de l'adhésion[1325] comme l'a fait la plupart des pays qui ont ratifié cette convention, en émettant des réserves concernant cette procédure, ou en refusant de communiquer les pièces demandées.

Renvoi aux dispositions de la loi du 26 juillet 1968. La CNIL a renvoyé ensuite à la loi française n° 68-678 du 26 juillet 1968 précitée. En effet, l'article 1er bis de cette loi fait barrière à toute communication de pièces dans ce genre de procédure en prévoyant que *« Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et des règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci ».* Le non respect de cette disposition entraîne une sanction de six mois d'emprisonnement et/ou une amende de 18 000 euros[1326].

Renvoi à la loi du 6 janvier 1978. Hormis le fait qu'il s'agit d'une procédure judiciaire américaine, le seul fait de transférer des données personnelles en dehors de l'Union européenne déclenche la compétence de la loi du 6 janvier 1978 qui interdit le transfert de données vers des pays qui ne présentent pas un niveau de protection suffisant[1327].

Constat. A la lumière de tous ces éléments, force est de déduire que la Convention de La Haye au niveau européen et les lois françaises (loi dite de « blocage » du 26 juillet 1968 ainsi que la loi « informatique et libertés du 6 janvier 1978) forment heureusement un bloc protecteur contre les contraintes exorbitantes du droit américain, peu soucieux de la protection de la vie privée ou des données à caractère personnel provenant de l'étranger.

[1325] Article 23 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 précitée.

[1326] Article 3 de la loi du 26 juillet 1968 tel que modifié par l'article 3 de l'Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs. JORF 19 septembre 2000.

[1327] Articles 68 et suivants de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

Paragraphe 2 : Le transfert des données bancaires du réseau Swift vers les Etats unis d'Amérique

Le Swift. Le Swift (*Society for worldwide Interbank Financial Telecommunication*) est une société coopérative de droit belge fondée en 1973 dans le but de créer *« une liaison de communications et de traitement des données à l'échelle mondiale par l'élaboration d'un langage commun utilisable pour toutes les transactions financières internationales* »[1328]. Il compte aujourd'hui à son portefeuille plus de 9 700 organismes bancaires, établissements financiers et clients d'entreprises dans 209 pays[1329]. Il constitue aujourd'hui le fournisseur mondial de services de messagerie financière sécurisés. Pour ce faire, il met à la disposition de sa clientèle une plate forme, les produits et les services de nature à garantir la sécurité et la fiabilité des échanges[1330]. En 2001, a été créé le réseau SWIFTNet, qui constitue un guichet unique pour la totalité du secteur financier mondial. Des millions de messages contenant des données financières sensibles circulent à travers ce réseau. Ainsi, il est mentionné qu'en février 2012, 376 266 905 messages financiers ont transité à travers ce réseau[1331]. Force est de déduire qu'en raison des millions de données financières qui transitent à travers ce réseau, ce dernier constitue une mine d'or d'informations financières qui doit bénéficier d'une protection infaillible.

Le scandale Swift. Plusieurs pays ont récemment prévu dans leurs législations des dispositions relatives à la lutte contre la criminalité financière et la lutte contre le terrorisme qui astreignent les banques à communiquer certaines données financières des clients soupçonnés. C'est le cas notamment des Etats-Unis qui, dans le cadre du « programme de traque du financement du terrorisme » (TFTP), a émis peu de temps après les attentats du 11 septembre 2001, des assignations au Swift afin de fournir des relevés de transactions financières situés au sein du centre d'opérations américain de Swift au Trésor public américain[1332].

[1328] http://www.swift.com/about_swift/company_information/swift_history.page?lang=fr
[1329] http://www.swift.com/about_swift/company_information/index.page?&lang=fr
[1330] http://www.swift.com/about_swift/company_information/index.page?&lang=fr
[1331] http://www.swift.com/about_swift/company_information/swift_in_figures/archive/2012/SIF_2012_02.pdf
[1332] http://www.swift.com/about_swift/legal/compliance/ust_subpoenas.page?lang=fr

Tiraillé entre ces assignations américaines, et les sanctions qui peuvent en découler en cas de refus, et le respect des dispositions belges et européennes concernant la protection des données personnelles, le Swift a fini par céder à la pression américaine, faisant éclater en juin 2006 ce qui a été communément appelé « le scandale Swift ». A la suite de cette « coopération », le Swift a été soupçonné d'avoir violé les dispositions européennes en matière de protection des données personnelles.

Accords entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Afin de légaliser ce transfert de données financières outre atlantique, l'Union européenne a négocié avec les Etats-Unis un accord qui encadre les conditions de transfert des données bancaires vers ce dernier. Le 28 juin 2007, le département du trésor américain a émis un certain nombre de garanties liées au respect des données financières européennes qui lui sont transférées. Ainsi, il s'est engagé, entre autres, à respecter la finalité de ce transfert, à savoir, utiliser les données exclusivement à des fins de lutte contre le terrorisme et à ne pas les conserver au-delà de la durée nécessaire à la circonstance en cause[1333]. Quelques années après la signature de cet accord, et après avoir constaté que les garanties présentées dans ce rapport n'étaient pas suffisantes, un autre accord a été signé entre l'Union européenne et les Etats-Unis le 28 juin 2010 « sur le traitement et le transfert des données de messagerie financière de l'Union européenne vers les Etats-Unis dans le cadre du Programme de traque du financement du terrorisme[1334] ».

La CNIL. Ce transfert de données personnelles bancaires et financières aux Etats-Unis n'est pas vu d'un bon œil par la CNIL qui s'est interrogée dans un article du 27 juillet 2010[1335] sur l'efficacité des garanties supplémentaires mises en place pour assurer la protection de ces données concernant notamment la durée de conservation des données ou encore la limitation des traitements ultérieurs aux finalités pour lesquelles ces données ont été collectées.

[1333] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:166:0017:0017:EN:PDF

[1334] Publié au JOUE le 27/07/2010, L 195/1, entré en vigueur le 1er août 2010. Document consultable sur le lien suivant : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:195:0001:0002:EN:PDF

[1335] Article consultable sur : http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/nouvel-accord-swift-les-autorites-de-protection-des-donnees-restent-sceptiques/

CONCLUSION DU CHAPITRE I

En raison de l'importance et de la sensibilité des données personnelles qui peuvent être traitées et/ou transférées par les établissements bancaires et financiers, et en raison de la grande proportion de la population française concernée par ces activités, le législateur français, à la lumière de la directive du 24 octobre 1995, a tenu à les encadrer scrupuleusement à travers la loi du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004. Il a imposé plusieurs conditions (le recueil du consentement préalable de la personne concernée, le respect de la finalité de la collecte et de la durée de conservation des données). Dans le même ordre d'idées, la CNIL a émis une série de recommandations et a élaboré des normes simplifiées afin de faciliter et encadrer la collecte des données personnelles dans le secteur bancaire et financier.

CHAPITRE II : LES MESURES DE PROTECTION DES DONNÉES NOMINATIVES DANS LE SECTEUR BANCAIRE ET FINANCIER

Les mesures de protection. Conscient de la sensibilité du traitement et de la circulation des données personnelles dans le cadre d'une activité financière, le législateur français a rigoureusement encadré la protection de ces données en instaurant des mesures aussi bien par la loi du 6 janvier 1978 (section 1) que par les dispositions récentes du code pénal (section 2).

SECTION 1 : LES MESURES DE PROTECTION PRÉVUES PAR LA LOI DU 6 JANVIER 1978

Droits et obligations. La protection des données nominatives est doublement assurée. Elle est assurée d'une part par les droits que la loi du 6 janvier 1978 accorde à la personne dont les données nominatives sont traitées (sous section 1) ainsi que par les obligations que cette loi impose au professionnel (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LES DROITS ACCORDÉS À LA PERSONNE PROTÉGÉE

Aperçu. L'automatisation des données à caractère personnel a facilité la conservation par les établissements de crédit des informations collectées de leurs clients. Ces derniers disposent de plusieurs droits que la loi leur confère : « *toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte,*

l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite» [1336]. De cet article découle les droits accordés à la personne concernée. Il s'agit en particulier du droit d'accès (paragraphe 1), le droit d'opposition (paragraphe 2) et enfin le droit de suppression (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : Le droit d'accès

Étendue du droit. En vertu de l'article 39 de la loi « Informatique et libertés » modifiée, toute personne physique qui justifie de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données en vue d'obtenir :

« 1° La confirmation que des données à caractère personnel la concernant font ou ne font pas l'objet de ce traitement ;

2° Des informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données à caractère personnel traitées et aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées ;

3° Le cas échéant, des informations relatives aux transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un État non membre de la Communauté européenne ;

4° La communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci ;

5° Les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé. »

[1336] Article 40 de la loi 1978 modifié par l'article 5 de la Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Droit d'accès en pratique. Le droit d'accès de la personne dont le crédit a été refusé par exemple s'exerce en envoyant à l'organisme financier concerné un courrier[1337], en joignant une photocopie de sa pièce d'identité, et moyennant le paiement d'une somme forfaitaire de 4,57 euros[1338]. Suite à cette demande, l'organisme est tenu de délivrer une copie des informations qu'il détient sur cette personne dans ses fichiers, mais pas le motif de son refus, étant donné qu'aucun texte de loi ne lui impose de motiver sa décision, et reste donc libre d'attribuer ou non un crédit. La démarche est différente pour la personne qui a eu un incident de paiement, et qui souhaite accéder aux informations la concernant enregistrées au FICP. Prévu par l'article L. 333-4, IV, 3 du code de la consommation, le droit d'accès dans ce cas est limité à la seule personne concernée par cet enregistrement. Pour l'exercer, elle doit se rendre directement auprès de n'importe quel comptoir de la Banque de France munie de sa pièce d'identité[1339], étant donné qu'aucune copie de l'enregistrement dans le FICP n'est délivrée. Cette interdiction, précise la CNIL dans son guide précité, a avant tout pour objet de protéger les personnes fichées au FICP et éviter le développement de la pratique « des certificats de solvabilité »[1340].

Paragraphe 2 : Le droit d'opposition

Etendue du droit. Le client d'un établissement financier peut s'opposer à ce que les informations qu'il a fournies à l'occasion d'une opération financière déterminée soient collectées par d'autres établissements à des fins de prospection commerciale. Il s'agit ici d'un droit que l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée lui confère: « *toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale (…)»* [1341] . Toutefois, précise l'alinéa 3 du même article, la personne

[1337] Dans ce guide, la CNIL a joint dans la page 9 un modèle de lettre pour exercer le droit d'accès.
[1338] Guide de la CNIL p 6.
[1339] Guide de la CNIL p 6.
[1340] Guide de la CNIL p 8.
[1341] Article 38 alinéas 1 et 2 de la loi du 6 janvier1978 modifié par l'article 5 de la Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

physique perd ce droit si ce traitement ultérieur répond à une obligation légale ou a été écarté par une disposition expresse qui l'autorise.

Un droit efficace en pratique ? Comme le souligne une auteure[1342], le pouvoir effectif dont dispose une personne sur ses informations est extrêmement restreint dans certains cas, étant donné que la personne concernée n'est souvent pas autorisée à supprimer ses données sans fournir un motif légitime, comme le précise l'article 38 alinéa 1 de la loi « Informatique et libertés » précité. Toutefois, en raison de l'absence déplorable de la notion motif légitime aussi bien dans la loi du 6 janvier 1978 que dans la directive du 24 octobre 1995, le doute subsiste quant à l'étendue réelle de cette notion. On peut tout de même considérer que la personne est en droit de s'opposer au traitement de ses données lorsque ce dernier est susceptible de porter atteinte à sa vie privée[1343] (à son image, à son honneur ou à sa réputation).

Droit d'opposition et le droit financier. Afin de mettre en œuvre les principes de contractualisation et de transparence tarifaire, posés par la loi MURCEF du 11 décembre 2001 dans les relations entre les banques et les clients, les établissements de crédit et les organismes visés à l'article L. 518-1 du CMF ont signé le 9 janvier 2003 une charte d'engagement relative aux conventions de compte visant à renforcer les droits des consommateurs. Conformément à l'article 1.2 de ladite charte, la convention de compte de dépôt doit mentionner entre autres «*les finalités des traitements mis en œuvre par l'établissement de crédit, les destinataires des informations, le droit de s'opposer à un traitement des données à des fins de prospection commerciale ainsi que les modalités d'exercice du droit d'accès aux informations concernant le client, conformément aux textes relatifs à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*». Selon les termes de cette charte, les établissements de crédit et la poste se sont engagés notamment à informer leurs clients de tout changement tarifaire trois mois avant son entrée en vigueur. Dans certaines situations,

[1342] STRUGALA C., La protection de la personnalité à l'épreuve du numérique in Revue Lamy du droit de l'immatériel (RLDI) 2010/66 n°2182 p 51.
[1343] Ibid p 52.

cette mesure se heurte à la réticence des banques qui sont tentées de conserver ces données afin de proposer d'autres services ou pour les transmettre à d'autres établissements du même groupe (établissements de crédit, compagnies d'assurance).

Paragraphe 3 : Le droit de suppression

Base légale. Le droit de suppression est un démembrement du droit d'accès prévu par l'article 12 de la directive du 24 octobre 1995 reproduit par l'article 40 de loi du 6 janvier 1978 modifiée. Conformément à ce dernier article, la personne physique dont les données personnelles sont collectées peut exiger du responsable du traitement que ces données soient, selon les cas, verrouillées ou effacées lorsqu'elles sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite[1344].

Application en droit financier. Le Fichier National des Incidents de Remboursement des Crédits aux Particuliers (FICP) a été créé par la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles afin de donner aux établissements de crédit un élément d'appréciation sur la solvabilité des personnes qui sollicitent un crédit. Géré par la Banque de France qui centralise toutes les informations[1345], le FICP est constamment alimenté par les banques, les organismes de crédit ainsi que par les services financiers de la poste qui y inscrivent les informations[1346] relatives aux personnes pour lesquelles un incident est survenu lors du remboursement d'un crédit. Etant des données nominatives au sens de la loi du 6 janvier 1978, la personne dont les informations sont enregistrées au FICP, bénéficie d'un droit de suppression. Dans son guide « les données personnelles et refus de crédit », la CNIL reprend

[1344] Article L 333-4, I alinéa 2 du C. consom.
[1345] Article L 333-4, I du C. consom.
[1346] La CNIL a énuméré dans le guide relatif à la protection des données personnelles et refus de crédit les informations concernant le débiteur défaillant qui sont inscrites sur ce fichier. Elles comportent les nom, prénom, date et lieu de naissance, la nature de l'incident de paiement, le nom de l'organisme ayant procédé à l'inscription et enfin la date d'effacement de cette inscription.

les conditions de l'article L. 333-4, II, 2 du code de la consommation relatives à la suppression de cette inscription à savoir:

- Dès la régularisation de la dette ;
- à défaut, à l'expiration d'un délai de 5 ans ;
- en cas de procédure de surendettement, à l'expiration d'un délai de 10 ans ou dès le règlement intégral des dettes auprès de tous les créanciers figurant au plan ou au jugement.

Position de la CNIL. En dehors du cas particulier du crédit, la CNIL œuvre activement pour la suppression des données personnelles des personnes qui le souhaitent, en mettant en place depuis juin 2010 un système de « plainte en ligne »[1347] qui aide notamment les personnes désireuses de supprimer leurs données.

SOUS SECTION 2 : LES OBLIGATIONS QUI PÈSENT SUR LE PROFESSIONNEL TRAITANT LES DONNÉES PERSONNELLES

Plan. Le professionnel qui collecte et traite les données nominatives de ses clients est tenu envers ces derniers d'un certain nombre d'obligations, sous peine d'encourir les sanctions prévues au chapitre sept de la loi du 6 janvier 1978. Il est tenu d'une part d'une obligation d'information (paragraphe 1) ainsi que d'une obligation de sécurité et de confidentialité des données (paragraphe 2).

[1347] http://www.cnil.fr/vos-libertes/plainte-en-ligne/

Paragraphe 1 : L'obligation d'information

Portée de l'obligation. Conformément à l'article 32, I de la loi du 6 janvier 1978, la personne dont les données sont collectées doit être informée par le responsable du traitement d'un certain nombre d'informations, parmi lesquelles:

1. *« De l'identité du responsable du traitement ou de son représentant ;*
2. *De la finalité poursuivie*
3. *Du caractère obligatoire ou facultatif des réponses*
4. *Des droits qu'elle tient des dispositions de la section 2 du même chapitre (droits des personnes à l'égard des traitements des données*
5. *Le cas échéant, le transfert de données envisagé à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne ».*

Par ailleurs, l'article 32 précise dans son paragraphe 2 que dans le cas où la personne est un abonné ou utilisateur d'un service de communication électronique, celle-ci doit être informée au préalable « en cas de transmission électronique des données à caractère personnel, de la finalité de toute action qui tend à accéder par voie de transmission électronique à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement ainsi que les moyens dont il dispose pour s'y opposer ». Dans le cas où ces données n'ont pas été collectées directement auprès de la personne concernée, ajoute le troisième paragraphe du même article, le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à cette dernière les informations citées au I du même article, et ce, dès l'enregistrement des données ou dès lors qu'une communication à des tiers est envisagée.

En cas d'incident de paiement. Comme nous l'avons précédemment mentionné, la personne qui a eu un incident lors du remboursement d'un crédit, est enregistrée dans le FICP. Toutefois, et compte tenu de la sensibilité de cette inscription et des conséquences qui en

découlent, l'organisme prêteur doit informer le débiteur défaillant qu'il va être inscrit sur ce fichier, s'il ne régularise pas sa situation dans un délai d'un mois, soit en réglant la (ou les) mensualité (s) impayée (s) si la déchéance du terme n'a pas encore été prononcée, soit en réglant en une seule fois l'intégralité du crédit si la déchéance a été prononcée.

En cas de refus de crédit. L'organisme de crédit n'est pas obligé à motiver sa décision en cas de refus de crédit, puisqu'aucun texte de loi ne le lui impose. Toutefois, si le refus a été basé sur un mécanisme totalement automatisé, comme c'est le cas du « score », l'organisme est dans ce cas dans l'obligation de fournir au client *« Les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé »* [1348].

Paragraphe 2 : L'obligation de sécurité

Portée de l'obligation. Cette obligation découle de l'article 34 alinéa 1 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, qui dispose que le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès. Dans le même contexte, l'article 17 alinéa 1 de la directive du 24 octobre 1995 inclut la destruction accidentelle ou illicite, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisés et notamment lorsque le traitement comporte des transmissions des données dans un réseau. L'alinéa 2 du même article, précise qu'un niveau de sécurité approprié doit être mis en œuvre au regard des risques générés par le traitement, et eu égard à la nature des données à protéger. A la lumière de ces dispositions, force est de déduire que les données bancaires et financières traitées sont d'une sensibilité telle que le niveau de protection qui doit être mis en place par l'établissement de crédit doit être particulièrement élevé.

[1348] Article 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

Dans ce contexte, les données personnelles à caractère financier telles qu'un numéro de carte bancaire saisi ou stocké à l'occasion d'une transaction en ligne doivent être rigoureusement sécurisées par le site de l'établissement en question, en respectant les dispositions de la délibération de la CNIL du 19 juin 2003[1349] sur ce point. Le non respect de cette obligation de sécurité est sanctionné de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende[1350].

SECTION 2 : LES MESURES DE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES PAR LE CODE PÉNAL

Plan. Le code pénal a, par des dispositions récentes, réprimé les délits relatifs à l'accès ou au maintien frauduleux dans un système automatisé de données (sous section 1). Il a également intégré et sanctionné le délit d'usurpation d'identité numérique (sous section 2).

SOUS SECTION 1 : L'ACCÈS OU LE MAINTIEN FRAUDULEUX DANS UN SYSTÈME DE TRAITEMENT AUTOMATISÉ DE DONNÉES

Protection renforcée. Au moment de la promulgation de la loi Godfrain le 5 janvier 1988[1351], la fraude informatique n'était pas aussi répandue que de nos jours. Mais cette loi a eu le mérite d'introduire dans le code pénal, un chapitre intitulé « des atteintes au système de traitement automatisé de données » qui a lancé les bases de la répression des intrusions illégales dans les systèmes informatiques. Sur ce point, plusieurs infractions existent. Il y a l'intrusion illégale dans un système automatisé de données et on parle dans ce cas d'accès frauduleux dans un système automatisé de données (paragraphe 1).

[1349] Délibération n° 03-034 du 19 juin 2003 portant adoption d'une recommandation relative au stockage et à l'utilisation du numéro de carte bancaire dans le secteur de la vente à distance.

[1350] Article 226-17 du code pénal modifié par l'article 14 de la loi n°2204-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, JO 7 août 2004.

[1351] Loi n°88-19 du 5 janvier 1988 sur la fraude informatique, JO du 6 janvier 1988.

Si cet accès se prolonge dans le temps, il s'agit alors du maintien frauduleux dans un système automatisé de données (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'accès frauduleux dans un système automatisé de données

Dispositions du code pénal. L'article 323-1[1352] du code pénal punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'accéder frauduleusement dans tout ou partie d'un système automatisé de données. Cette sanction est renforcée, et passe à trois ans d'emprisonnement et 45 000 d'amende, lorsqu'il résulte de cet accès une modification ou une suppression de données précise l'alinéa 2 du même article. Ces deux infractions, poursuit l'alinéa 3, sont encore plus lourdement sanctionnées lorsqu'elles sont commises à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel puisqu'elles passent à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Absence de définition légale. La lourdeur de la sanction relative à l'accès dans un système automatisé de données à caractère personnel contenue dans cet article, démontre la volonté claire du législateur à réprimer sévèrement ce genre d'infractions informatiques. Mais il demeure toutefois déplorable qu'il n'ait pas défini le terme « accès frauduleux » qui caractérise cette infraction. Selon un auteur, on peut comprendre que cette notion « *fait référence à l'intrusion dans un système de la part d'intervenants extérieurs*[1353] ».

Approche jurisprudentielle. Devant cette lacune légale, la jurisprudence a défini l'accès dans un système automatisé de données comme étant « *tous les modes de pénétration irréguliers d'un système, que l'accédant travaille déjà sur la même machine mais à un autre système, qu'il procède à distance ou qu'il se branche sur une ligne de télécommunication*[1354] ». La

[1352] Modifié par l'article 9 de la loi n°2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité, JO 28 mars 2012.
[1353] BELLOIR P. & PENDU M., L'incrimination d'accès ou de maintien frauduleux dans un système automatisé de données, RLDI, n°35, Février 2008, p 52.
[1354] CA Paris, 11ème ch corr., sect A, 5 avril 1994, LPA 1995, n°80, p 13.

pénétration irrégulière dans un système automatisé peut, selon la cour de cassation, être caractérisée par le détournement d'un code confidentiel: *« (…) se rend coupable d'accès frauduleux dans un système de traitement automatisé de données, la personne qui emploie, sans autorisation, un code confidentiel qui ne lui a pas été volontairement communiqué pour accéder à un tel système à l'insu de son propriétaire (…) »*[1355].

Analyse. A la lumière de ces arrêts, on déduit que pour que l'infraction d'accès frauduleux dans un système automatisé soit constituée, cela suppose d'abord l'intention frauduleuse (élément moral) d'accéder à un système verrouillé, par définition, non accessible au public. Il faut ensuite que ce système soit protégé par des mesures de sécurité (identifiant, code d'accès, mot de passe). Si la personne est habilitée à accéder au système en question, ou si ce dernier n'est pas suffisamment protégé, on ne peut parler de délit d'accès frauduleux. C'est en tout cas ce qu'a jugé la 12ème chambre correctionnelle de la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 30 octobre 2002 : *« (….) il ne peut être reproché à un internaute d'accéder ou de se maintenir dans les parties des sites qui peuvent être atteintes par la simple utilisation d'un logiciel grand public de navigation, ces parties de site qui ne font par définition l'objet d'aucune protection de la part de l'exploitant du site ou de son prestataire de services, devant être réputées non confidentielles à défaut de toute indication contraire et de tout obstacle à l'accès … ».*

Moyens d'accès frauduleux. L'intrusion dans un système peut s'effectuer par plusieurs façons. Elle peut l'être par le détournement du mot de passe à l'insu de la personne qui l'a saisi, ou encore en installant un logiciel de piratage des mots de passe. L'intrusion peut s'effectuer également par le biais d'un programme que l'intrus installe sur l'ordinateur afin d'administrer l'ordinateur à distance.

[1355] Cass, crim, 22 février 2011, pourvoi n°10-82834, non publié au bulletin.

Paragraphe 2 : Le maintien frauduleux dans un système automatisé de données

Dispositions du code pénal. Le délit du maintien frauduleux dans un système automatisé de données est réprimé au même titre que l'accès frauduleux par l'article 323-1 du code pénal précédemment cité. Il est soumis de ce fait aux mêmes peines à savoir cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende en cas de maintien frauduleux dans un système automatisé de données à caractère personnel.

Approche jurisprudentielle. Le délit de maintien frauduleux dans un système automatisé souffre également de l'absence d'une définition légale. Devant cette lacune, la jurisprudence a apporté quelques éléments qui permettent la définition de ce délit. Ainsi, la cour de cassation, dans un arrêt du 3 octobre 2007, a considéré que pour que cette infraction soit caractérisée, il faut que la personne accède sans droit dans un système et s'y maintient sans droit et en connaissance de cause. Autrement dit, le délit du maintien frauduleux est la prolongation de l'action de l'accès frauduleux dans un système dont « le maître », précise la Cour, a voulu restreindre le maintien aux seules personnes autorisées. Cette définition s'approche de celle fournie par la cour d'appel qui a considéré que le délit se constitue lorsque la personne pénètre de façon régulière ou par inadvertance dans un système mais se maintient frauduleusement[1356]. Ici encore, la jurisprudence met l'accent sur l'élément intentionnel du délit, à savoir l'intention frauduleuse de se maintenir dans un système qui peut se réaliser notamment par la mémorisation automatique des codes d'accès ou l'installation d'un logiciel de piratage des mots de passe à l'insu des utilisateurs de ce système.

[1356] CA Paris, 5 avril 1994 précité.

Préjudices financiers. Le maintien frauduleux dans le système d'une entreprise par exemple, peut souvent entrainer des préjudices financiers considérables causant entre autres une perte du chiffre d'affaires[1357]. L'illustration de ces préjudices sont nombreuses et peuvent aller de la simple modification de la base de données par la manipulation des informations (changement des tarifs par exemple), jusqu'à la suppression de celle-ci, en passant par le détournement de données chiffrées au profit de concurrents.

L'aléa de l'informatique. Face à ces dangers, et en raison du grand nombre de fraudeurs informatiques que peut receler Internet, réseau par définition mondialement ouvert, le risque consiste à ne pas pouvoir identifier ces fraudeurs et les localiser pour les sanctionner. Sur le plan juridique, toute la difficulté résulte donc dans l'identification de l'intrus et la preuve que c'est lui l'auteur de cette intrusion. Afin d'éviter ce genre de comportements illicites qui peuvent parfois être lourds de conséquences (espionnage, détournement, modification ou encore suppression de données), les sociétés sont tenues d'assurer une protection élevée de leurs système informatique. Elles doivent le faire d'une part en verrouillant l'accès au serveur et en contrôlant minutieusement les personnes qui peuvent y avoir accès et en installant d'autre part des logiciels conformes à l'avancée de la technologie informatique qui protègent de l'accès frauduleux à distance d'inconnus.

SOUS SECTION 2 : LA CRÉATION DU DÉLIT D'"USURPATION D'IDENTITÉ NUMÉRIQUE"

Notion. L'usurpation d'identité est le fait de s'approprier sciemment l'identité d'autrui, généralement dans le but de lui nuire ou d'effectuer des actions frauduleuses, entre autres financières. Si le phénomène n'est pas nouveau, il a tout de même pris de l'ampleur avec le développement des nouvelles technologies.

[1357] Cass, crim, 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-87290, non publié au bulletin.

La lacune juridique. L'article 226-4 qui réprime le délit d'usurpation d'identité ne contenait pas de mention de l'usurpation faite par les moyens électroniques. Cette fraude effectuée par le biais de l'informatique se heurtait donc à une lacune juridique.

Protection de l'identité numérique par la création d'un nouveau délit. Afin de combler cette lacune, le délit d'«usurpation d'identité numérique » a été créé par le législateur suite au constat de la recrudescence des actes de criminalité identitaire en ligne ayant des préjudices financiers. Le concept de « l'usurpation d'identité numérique » a été introduit par la Loi d'Orientation et de Programmation pour la Performance de la Sécurité Intérieure (LOPPSI II) [1358] et adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 16 février 2010[1359]. Ainsi, le délit classique d'usurpation d'identité a été ainsi élargi au contexte électronique, par l'introduction d'un alinéa à l'article 226-4 du code pénal devenu article 226-4 -1[1360] du code pénal. Ce dernier prévoit désormais que *« le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération , est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ».* On parle désormais de la protection contre l'usurpation de l'identité numérique.

L'élément moral du délit. L'élément moral du délit est simple à caractériser. En effet, le seul fait d'usurper l'identité d'autrui et lui porter atteinte, manifeste l'intention de nuire de l'usurpateur. Si l'atteinte à l'honneur et à la considération sont particulièrement plus simples à déceler, le trouble à la tranquillité est plutôt difficile à mettre en pratique. Il pourrait en être ainsi *« si le désagrément s'accompagne d'une pénétration, effective et délibérée, dans la sphère personnelle de la victime. Concrètement, cela pourrait être retenu si l'usurpateur interfère dans les relations personnelles que la victime entretient avec le ou les tiers abusés, ou encore s'il provoque des sollicitations injustifiées de la part d'inconnus, directement sur la*

[1358] Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure dite loi LOPPSI II, JORF n°0062 du 15 mars 2011 p 4582.

[1359] VERBIEST Th., CUIGNET P., La création d'un délit d'usurpation d'identité numérique, disponible sur : http://www.droit-technologie.org/actuality-1316/la-creation-d-un-delit-d-usurpation-d-identite-numerique.html

[1360] Créé par l'article 2 de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 (loi LOPPSI II) précitée.

messagerie électronique ou le téléphone..[1361]*».* Et si l'intention de nuire n'est pas caractérisée ? C'est courant dans les réseaux sociaux qu'une personne utilise une photographie d'une autre (ou d'une star pour rendre son profil attractif), elle usurpe de ce fait son identité mais ne lui porte nullement atteinte. On ne tombe pas dans ce cas dans le délit d'usurpation ? Normalement, le seul fait d'usurper l'identité d'autrui abstraction faite de l'intention de nuire doit être retenu pour qualifier le délit d'usurpation d'identité.

Plan. Pour usurper l'identité d'une personne, plusieurs techniques d'usurpation d'identité existent (paragraphe 1). C'est la raison pour laquelle le législateur a pris certaines mesures afin de lutter contre la criminalité identitaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les techniques d'usurpation d'identité

Techniques classiques. Pour détourner les données personnelles d'une personne, il suffit à la personne usurpatrice de collecter un certain nombre d'informations telles que son nom, prénom, sa date et lieu de naissance, numéro de sécurité sociale….etc. Afin de récupérer ces informations, il suffit simplement de détourner ou de voler les supports matériels qui contiennent ces informations personnelles et financières, à savoir le portefeuille, le porte monnaie, le porte document, sac à main, etc.

Nouvelles techniques d'usurpation. Avec le développement d'Internet, les fraudeurs ne se limitent plus à détourner les objets matériels énumérés ci-dessus pour accéder aux informations. Ils s'attaquent de plus en plus directement aux moyens électroniques : ordinateur (fixe ou portable), clé USB ou encore détourner les mots de passe qui permettent d'accéder aux données de la victime même à distance. Le fraudeur peut également installer un enregistreur de frappe sur l'ordinateur de sa victime, la mettre sur écoute téléphonique ou encore utiliser la technique de l'hameçonnage ou le phishing qui consiste à simuler des messages électroniques provenant de compagnies légitimes telles que les banques par

[1361] STRUGALA C., La protection de la personnalité à l'épreuve du numérique in RLDI 2010/66 n°2182 p 56.

exemple pour demander des informations personnelles (numéro de compte bancaire, mot de passe d'accès au compte bancaire en ligne, mot de passe de la carte bancaire…etc). Si la personne qui reçoit ce message y répond naïvement en envoyant les informations demandées, elle aura communiqué, sans le savoir, des données personnelles précieuses à un fraudeur peu scrupuleux qui ne tardera pas à les utiliser en passant pour elle (en usurpant son identité).

Préjudices financiers. L'usurpateur qui a pour but de porter un préjudice financier à sa victime peut effectuer de multiples opérations entre autres :

- Retirer de l'argent du compte bancaire de sa victime;
- Contracter un crédit au nom de la victime ;
- Payer une commande effectuée en ligne ;
- Toucher une indemnité ou un avantage quelconque à la place de la victime.

Paragraphe 2 : Les moyens de sécurisation des données relatives à l'identité

Intervention du législateur. Devant la recrudescence des délits d'usurpation d'identité, et afin de lutter contre ce genre de fraudes, plusieurs actions ont été entreprises par le législateur afin de sécuriser les données à caractère personnel relatives à l'identité.

Communication électronique de l'état civil. Pris en application de l'Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives, un arrêté a été adopté le 23 décembre 2011[1362]. Il fixe les garanties à respecter lors des procédures sécurisées relatives à la vérification des données à caractère personnel contenues dans les actes d'état civil effectuées par voie électronique. Ainsi, prévoit l'article 2, que les demandes de vérification et les réponses à ces demandes sont transmises via COMEDEC, une plate-forme de routage qui permet la mise en œuvre de

[1362] JORF n°0301 du 29 décembre 2011, texte n°23.

la procédure de communication électronique des données de l'état civil mise en place par l'agence nationale des titres sécurisés (ANTS) et pilotée par le ministère de la justice et des libertés.

Intérêt. Lancée à titre expérimental dans trente cinq communes de Seine-et-Marne, cette mesure a été prise par le législateur afin de lutter contre la fraude documentaire d'une part, et afin de simplifier la procédure aux usagers qui seront dispensés de produire leurs actes de naissance pour justifier de leur identité d'autre part. La vérification des données personnelles transmises par ces derniers se fera désormais par voie électronique directement entre l'administration ou le professionnel et les mairies détentrices de ces actes. Les premiers résultats de cette expérience ont été concluants laissant la voie de sa généralisation sur l'ensemble du territoire national.

Loi du 27 mars 2012. La loi n°2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité[1363], vient d'instaurer une nouvelle carte d'identité et un nouveau passeport dotés dorénavant d'une puce électronique comprenant les données suivantes : *« 1° Le nom de famille, le ou les prénoms, le sexe, la date et le lieu de naissance du demandeur ; 2° Le nom dont l'usage est autorisé par la loi, si l'intéressé en a fait la demande ; 3° Son domicile ; 4° Sa taille et la couleur de ses yeux ; 5° Ses empreintes digitales ; 6° Sa photographie [1364]».*

Saisi sur la constitutionnalité des dispositions de cette loi, le Conseil constitutionnel par une décision du 22 mars 2012[1365], a justifié la création d'un fichier de traitement des données à caractère personnel destiné à préserver l'intégrité des données nécessaires à la délivrance des titres d'identité et de voyage par l'amélioration des moyens de lutte contre la fraude[1366].

Objectif de la loi. La justification de l'identité d'une personne pose souvent des difficultés juridiques vu la facilité de la fraude des pièces d'identité électroniques et le passeport. Afin d'éviter ce genre de fraudes, la loi du 27 mars 2012, a pour objectif de sécuriser la délivrance

[1363] JORF n°0075 du 28 mars 2012 p 5604.
[1364] Article 2 de la loi du 27 mars 2002 relative à la protection de l'identité.
[1365] Décision consultable sur le lien suivant : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-652-dc/decision-n-2012-652-dc-du-22-mars-2012.105165.html
[1366] Considérant 9 de la décision n°2012-652 du 22 mars 2012 du Conseil constitutionnel.

des pièces d'identité et de voyage par la numérisation des informations qu'elles contiennent. Ainsi, l'insertion d'un composant électronique contenant les informations entre autres biométriques (empreintes digitales numérisées) de la personne, tend à garantir une grande fiabilité aux passeports et aux cartes nationales d'identité et de renforcer la lutte contre les délits d'usurpation d'identité et de fraude documentaire. En cas de doute, il sera facile de vérifier l'identité de la personne en comparant les empreintes digitales numérisées contenues dans la puce électronique et les empreintes physiques de la personne en question. En plus de cette mesure, la loi a prévu un dispositif qui permet de garder une traçabilité en cas de commission du délit d'usurpation d'identité. Elle a prévu dans son article 11 que si la personne commet le délit d'usurpation d'identité, il pourra être fait désormais mention dans les rectifications d'acte d'état civil dans le cas d'une décision judiciaire: *« Toute décision juridictionnelle rendue en raison de l'usurpation d'identité dont une personne a fait l'objet et dont la mention sur les registres d'état civil est ordonnée doit énoncer ce motif dans son dispositif ».*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Constat. A la lumière des éléments précédemment détaillés, force est de déduire que la personne physique dont les données personnelles sont collectées, traitées, transférées ou même usurpées dispose grâce aux dispositions légales françaises (en particulier la loi du 6 janvier 1978 et les dispositions du code pénal), européennes (spécialement la directive du 24 octobre 1995) et grâce au rôle actif de la CNIL, d'une palette complète de droits qui la protège. Elle dispose d'une part de droits que la loi du 6 janvier 1978 lui accorde expressément (droit d'accès, d'opposition et de suppression), et bénéficie de droits que la loi impose au professionnel sous forme d'obligations (obligation d'une collecte loyale, le respect de la finalité et de la durée de conservation des données, obligation d'information, de sécurité et de confidentialité).

Notion de l'oubli numérique. L'ensemble des droits et obligations précédemment cités forment ce qu'on appelle le droit à l'oubli numérique. Ce droit englobe l'ensemble des droits accordés à la personne dont les données sont collectées, à savoir le droit de ne pas conserver les données pendant une durée supérieure à celle nécessaire à la finalité pour laquelle ces données ont été collectées, le droit d'accès, de modification, d'opposition et enfin de suppression. En principe, la personne physique dont les données nominatives sont collectées loyalement ou à son insu a droit à l'oubli numérique à un certain moment indépendamment de toute justification légitime ou pas**.**

Droit à l'oubli numérique, un droit réel ou une simple fiction ? Face aux restrictions aux droits accordés aux personnes (l'intérêt légitime qui restreint le droit d'opposition, les limites à l'exercice du droit de suppression, restriction de suppression de données volontairement publiées) on peut se demander si le droit à l'oubli numérique existe réellement. Il semble plus aisé de conserver une donnée personnelle à l'encontre de la volonté de la personne concernée que de la voir supprimée de la toile. Internet a malheureusement une mémoire illimitée, et l'information peut rester accessible pour une durée indéterminée. Le droit à l'oubli numérique est le droit de chacun, qu'il ait publié lui-même l'information ou qu'elle l'ait été à son insu. Mais l'état actuel du droit ne permet pas la mise en œuvre d'un réel droit à l'oubli numérique et partant de là une réelle protection d'une donnée personnelle dans le monde numérique.

Charte du droit à l'oubli numérique. Le 13 octobre 2010, a été signée à Paris une charte consacrée au droit à l'oubli numérique. Réunis par la secrétaire d'Etat pour la prospection et le développement de l'économie numérique Mme Koscisko-Morizet, les différents représentants de sites collaboratifs et des moteurs de recherche se sont engagés à mettre en place de nouveaux dispositifs afin de garantir la protection des données privées des internautes.

Efforts des instances européennes. Consciente de l'insuffisance de protection des données personnelles qu'assure la directive du 24 octobre 1995 face aux réseaux sociaux et moteurs de recherche, la Commission européenne a présenté le 25 janvier 2012 une proposition

d'une législation dont la disposition principale consiste à instaurer un véritable «droit à l'oubli numérique » qui obligera notamment les entreprises à obtenir le consentement préalable des citoyens dont elles souhaitent utiliser les données ou encore obliger les réseaux sociaux à supprimer les informations et photos des utilisateurs qui en font la demande.

Innovation du droit comparé. En l'absence d'une disposition légale contraignante, les données personnelles des internautes peuvent circuler en ligne malgré leur suppression. Aux Etats Unis, des sites ont été créés tels que *Reputation defender*[1367] ou « nettoyeur de réputation » ou « e-reputation » en Angleterre qui assurent au moyen d'un abonnement mensuel, une veille pour le compte du client. Si une donnée le concernant paraît sur un site elle l'avise. Si la publication de la donnée en question n'arrange pas le client, la société s'occupe de sa suppression ou de sa modification[1368]. En France, une start-up dénommée « Reputation Squad »[1369] vient de se lancer dans ce domaine et tend à préserver l'image et la réputation en ligne de ses clients et accompagne ces derniers dans la démarche de suppression de leurs données personnelles.

[1367] http://www.ecrans.fr.ReputationDefender-nettoyeur-d.html
[1368] Voir sur ce point : « Les nettoyeurs du Net », Le Monde 13.01.2010, article consultable sur : http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/11/23/les-nettoyeurs-du-net_1270862_651865.html
[1369] http://www.reputationsquad.com

CONCLUSION DE LA PARTIE II

La sécurité des transactions financières en ligne. Internet a profondément bouleversé les habitudes de consommation des de millions de cyberacheteurs en France. En effet, commander, acheter et payer en ligne font désormais partie des gestes habituels de plus en plus fréquents depuis le développement des porte monnaie électronique qui ont suppléé les moyens de paiements classiques grâce aux nombreux avantages qu'ils confèrent et grâce à la mise en place de moyens cryptologiques de chiffrement de données. Toutefois, malgré les atouts sécuritaires des porte monnaie électronique, leur succès en France demeure limité par rapport au paiement par téléphone mobile qui connait un développement spectaculaire dans le marché des paiements. Par ailleurs, concernant la sécurisation des données personnelles en ligne, il est triste de constater que malgré les efforts déployés pour assurer leur protection, les données personnelles sont en danger aujourd'hui. En effet, selon un article de la CNIL du 28 septembre 2012 « La protection des données personnelles, un atout pour la France et l'Europe », les bases de données qui contiennent des informations personnelles mises en ligne sont devenus « les ressources naturelles »[1370] que les géants du monde numérique (Google, Microsoft, Facebook) se disputent, ce qui n'est pas sans poser de réels dangers quant à leur préservation.

[1370] http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/la-protection-des-donnees-personnelles-un-atout-pour-la-france-et-leurope/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=2&cHash=c61b164e31b63e98669869fd5c44db7d

CONCLUSION GÉNÉRALE

Cadre juridique en constante évolution. Grâce à l'intervention du législateur européen, les efforts des instances internationales, la collaboration du législateur français et l'influence de la jurisprudence française, un cadre juridique innovant, et particulièrement adapté à la commercialisation des services financiers en ligne, s'est construit au fil des années. La révolution technologique s'est ainsi accompagnée de la mise en place d'un cadre légal et jurisprudentiel qui encadre désormais la relation entre les établissements bancaires et financiers et leurs clients. Fort heureusement, ce cadre juridique est toujours en mouvement, et de nombreux chantiers sont actuellement lancés au niveau du droit européen et international afin de s'adapter au mieux au contexte électronique. Ainsi, sur le plan européen, on peut rappeler que la Commission européenne, suite à la consultation qu'elle a lancée dans la communication du 11 janvier 2012 relative au paiement électronique et mobile, et à la lumière des réponses et des contributions des parties intéressées, va annoncer des propositions législatives qui sont en cours d'adoption (au quatrième trimestre de l'année 2012 ou au premier trimestre de l'année 2013). Sur un autre plan, on peut citer la proposition de refonte[1371] du Règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2001.

Dans le même ordre d'idées, et sur un plan international, on peut mentionner que l'OMC qui accorde une attention particulière au commerce des services, a considéré les institutions qui composent le secteur financier comme étant « le cerveau de l'économie »[1372], du fait notamment de la part grandissante qu'occupent ces services -parmi d'autres- dans le PIB. C'est ce qu'a déclaré le directeur général de l'OMC, Pascal LAMY le 28 mai 2012, lors de la Foire internationale du commerce de services de Beijing *: « La part du PIB correspondant aux services est supérieure à 70 pour cent dans nombre de pays développés et a atteint environ*

[1371] Publiée le 14 décembre 2010.
[1372] http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/finance_f/finance_f.htm

50 pour cent dans bien des pays en développement. Cette tendance devrait se poursuivre à l'avenir du fait que les entreprises cherchent à valoriser leurs produits et services»[1373].

Internet et les services financiers. Déjà en 2000, la Banque de France, avec son livre blanc, avait prédit que les services financiers sur Internet allaient «*connaître une progression importante dans les prochaines années, tant en raison de l'élargissement du nombre d'internautes que de leur usage croissant de ces services. La baisse des coûts de télécommunication et le renforcement de la sécurité des transactions, tant d'un point de vue technique que juridique, devraient jouer un rôle essentiel dans cette évolution*[1374] *».* Douze ans après, force est de constater que la Banque de France avait vu juste. En effet, la dernière étude effectuée par la FEVAD en partenariat avec Médiamétrie/NetRatings, intitulée *« Banque, Finance, Assurance & Crédit en ligne : Les internautes face aux services financiers»*[1375], publiée le 31 mai 2012[1376], a mis en évidence la place qu'occupe actuellement Internet en raison de nombreuses facilités qu'il offre (gain de temps, facilité de comparaison des produits et des prix) dans la prestation des services financiers (comptes courants, produits financiers, assurances et crédit). Cette étude a relevé que le nombre de personnes qui se connectent sur Internet a substantiellement augmenté par rapport à l'année 2010, étant donné qu'on compte aujourd'hui 39,9 millions d'internautes (+6%).

Cette augmentation de connexion sur Internet a entraîné également une hausse des transactions financières et des recherches liées aux services financiers. Concernant particulièrement les paiements électroniques, on compte 37,7 milliards d'euros dépensés en ligne (+22%), 30,7 millions de cyberacheteurs (+11%) et 86% des internautes qui préparent leurs achats online/offline en surfant sur Internet. Quant aux recherches effectuées sur la toile, on compte 28,6 millions d'internautes qui visitent chaque mois un site financier (banque, finance, assurance), 10 millions d'internautes qui effectuent chaque mois en moyenne 5,5 recherches liées aux services financiers dans les moteurs de recherches. Par

[1373] http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl233_f.htm
[1374] Livre Blanc de la Banque de France, Internet, quelles conséquences prudentielles ?, opt.cit. p9.
[1375] http://www.fevad.com/uploads/files/Etudes/autres_etudes/Etude_banques_finance_2012.pdf
[1376] Il s'agit des résultats de la 5ème vague du baromètre des comportements multicanaux des internautes pour la gestion, la recherche d'information et la souscription réalisée auprès de 2888 internautes de 15 ans et plus effectuée entre le 16 mars et le 2 avril2012.

ailleurs, la nouvelle génération des téléphones mobiles a permis à 19 millions de mobinautes[1377] (+23%) de se connecter sur Internet, et 59% d'entre eux de surfer sur des sites liés aux services financiers. Pour Marc LOLIVIER, Délégué Général de la FEVAD *«(…) Internet est en train de devenir un outil incontournable et un passage obligé pour les Français au moment de souscrire à un service financier. Plus qu'une source d'information, Internet est devenu un outil de comparaison et d'assistance au choix d'autant plus apprécié des consommateurs qu'il permet de gagner du temps et de bénéficier d'une plus grande autonomie [1378]».*

L'avenir des organismes 100% en ligne. Déjà en 2011, 14% d'internautes interrogés par la FEVAD déclarent être prêts à basculer vers une relation 100% à distance en souscrivant dans un organisme virtuel. La principale motivation de ce changement réside dans la volonté de bénéficier des frais bancaires réduits et en particulier des cartes de crédit gratuites (comme c'est le cas d'ING Direct).

Les services financiers en ligne et les réseaux sociaux. Il s'agit d'une nouveauté dans la politique de commercialisation des services financiers mise en lumière par l'étude de la FEVAD du 31 mai 2012. En effet, conscients de l'importance et de l'influence des réseaux sociaux sur les habitudes et les choix des consommateurs, certains établissements bancaires ont commencé à intégrer « le social media » dans leurs relations avec leurs clients, en créant un compte sur facebook ou twitter. Dans le même ordre d'idées, l'étude a démontré que 7% des membres de Facebook ont déclaré être des « fan page » des organismes de banque, d'assurance ou de crédit, et 14% des abonnés Twitter ont affirmé suivre des fils d'actualité concernant les services financiers. Pour Bertrand KRUG, directeur des Mesures d'efficacité online de Mediametrie//NetRatings : *« Les établissements financiers sont encore en recherche de crédibilité et de légitimité sur les réseaux sociaux. 6 internautes sur 10 se disent « dérangés par le fait de retrouver un organisme financier sur les réseaux sociaux », mais*

[1377] Les personnes qui utilisent le téléphone mobile pour se connecter à Internet.
[1378] http://www.fevad.com/espace-presse/comportements-des-internautes-face-aux-services-financiers

seulement 49% le sont parmi la jeune génération des 15-24 ans[1379] *».* Ainsi, les jeunes entre 15 et 24 ans semblent plus favorables à la pénétration du monde financier sur les réseaux sociaux, estimant que ça le rend « plus moderne ».

Les établissements bancaires français et les réseaux sociaux. Depuis 2009, de nombreux établissements bancaires français (BNP Paribas[1380], LCL[1381], Crédit Agricole[1382], Crédit mutuel[1383], ou encore la Banque postale[1384]) ont renforcé leur présence sur les réseaux sociaux pour capter, fidéliser et surtout rester proches du public en profitant du contexte « détendu » qui règne sur ces réseaux. Elles ont mis en place des applications qui proposent notamment des jeux[1385], des concours[1386], de l'aide[1387] ou même le téléchargement de la musique[1388]. Certaines banques font même recours à ces réseaux pour le recrutement de leurs personnels[1389]. Les banques françaises ont ainsi intégré « le social media » dans leurs communications avec leurs clientèles. Cette « proximité virtuelle » qui a tendance à renforcer davantage la dématérialisation de la relation banque/client, semble séduire une dizaine[1390], voire une centaine[1391] de milliers de personnes, qui font partie désormais des fans des pages de ces banques. Force est de déduire que les réseaux sociaux ont eu un impact considérable sur la politique de marketing des banques françaises qui ont voulu améliorer leur image de marque[1392] : « *C'est une des meilleures choses qu'on ait faites dans un contexte de crise de confiance envers les banques. Si des clients se plaignent sur la Toile, nous pouvons leur apporter des éléments de réponse très rapidement. Nombreux sont ceux*

[1379] http://www.fevad.com/espace-presse/etude-internet-au-coeur-de-la-relation-client-des-services-financiers
[1380] https://www.facebook.com/bnpparibas.net?ref=ts&fref=ts
[1381] https://www.facebook.com/pages/LCL/107609189268676?ref=ts&fref=ts&rf=111924048825905
[1382] https://www.facebook.com/CreditAgricole?ref=ts&fref=ts et http://twitter.com/creditagricole
[1383] https://www.facebook.com/creditmutuel?ref=ts&fref=ts
[1384] https://www.facebook.com/labanquepostale.jeunes?ref=ts&fref=ts. Cette page est particulièrement dédiée aux jeunes.
[1385] https://apps.facebook.com/lcl-e-banker/dispatch_home.php?action=welcome; https://www.facebook.com/CreditAgricole/app_134411943351197?ref=ts
[1386] https://www.facebook.com/bnpparibas.net/app_359758724098774?ref=ts
[1387] https://www.facebook.com/bnpparibas.net/app_287673854652425?ref=ts
[1388] https://www.facebook.com/creditmutuel/app_426280470729721?ref=ts
[1389] http://www.lcl.com/fr/actualites-lcl/communique-presse/communiques/lcl-recrute-via-facebook.jsp; https://www.facebook.com/alternance.societegenerale/app_235462843213851?ref=ts
[1390] On estime à ce jour sur Facebook 22 744 fans du Crédit mutuel, 74 496 fans du Crédit agricole, , 45 832 fan pour la Banque postale/jeunes.
[1391] On compte aujourd'hui 214 964 fans de BNP Paribas.
[1392] http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/finance-marches/actu/0202138268287-les-banques-renforcent-leur-presence-sur-les-reseaux-sociaux-351706.php

qui nous remercient ou retirent leurs commentaires négatifs », a souligné Nathalie Paquet, responsable communication et multimédia au Crédit Agricole[1393].

La nouvelle ère du m-commerce et du m-paiement. Le commerce électronique et en particulier celui des services financiers, est promu à un bel avenir grâce au développement du commerce et du paiement mobiles, au point qu'on peut se demander si ce n'est pas la fin du e-commerce, et le début de l'ère du m-commerce et du m-paiement. En effet, des efforts sont déployés actuellement afin d'adapter les plateformes existantes pour accueillir ce nouveau venu, notamment par la mise en place de bornes qui permettent la lecture de la puce NFC, qui permet le paiement sans contact. Dans le même ordre d'idées, il est vrai que la plupart des paiements mobiles s'effectuent généralement aujourd'hui par le biais de cartes bancaires, mais l'évolution technologique se développera dans les prochaines années d'une manière telle qu'on ne peut pas soupçonner les nouvelles formes que prendra le paiement[1394]. On peut imaginer, par exemple, que ce dernier, grâce à l'évolution de la technologie, prendra la forme d'une puce RFID[1395], insérée dans le corps humain qui fera fonction de carte de paiement, et qui permettra d'exécuter des transactions sécurisées en se basant sur la signature digitale. Elles auront l'avantage d'allier un niveau de sécurité sévère (son incorporation dans le corps humain élimine le risque de vol, détournement ou de fraude inhérents aux moyens de paiement actuels), et une vitesse d'exécution élevée lors de l'identification lors des contrôles de transport, de santé ….etc.

Pour conclure, on estime que l'avenir florissant prédit pour le paiement mobile par les différentes études européennes et mondiales devra beaucoup au climat de confiance qui règne de plus en plus dans le monde virtuel.

[1393] Cité par http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/finance-marches/actu/0202138268287-les-banques-renforcent-leur-presence-sur-les-reseaux-sociaux-351706.php

[1394] Sur ce point MasterCard vient de dévoiler à Singapour une nouvelle forme de carte bancaire dotée d'un écran LCD et d'un clavier tactile. Pour plus d'informations sur ce point, voir : OEILLET A., « MasterCard dévoile sa nouvelle génération de carte bancaire à écran LCD » 8 novembre 2012, disponible sur : http://www.clubic.com/technologies-d-avenir/actualite-520695-mastercard-generation-bancaire-singapour.html

[1395] Ce sigle signifie technologie d'identification par radio fréquence ou *«radio frequency identification »*. Il s'agit de puces électroniques qui peuvent être collées, incorporées à des objets ou encore implantées dans des organismes vivants. Elles ont pour objet de mémoriser et de récupérer des données à distance en faisant recours aux « radio étiquettes ».

Table des matières

RÉSUMÉ VI

ONLINE FINANCIAL SERVICES VII

SOMMAIRE X

INTRODUCTION 11

PREMIÈRE PARTIE : LA COMMERCIALISATION DES SERVICES FINANCIERS EN LIGNE 21

TITRE I : LE SITE INTERNET, SUPPORT DE COMMERCIALISATION DE SERVICES FINANCIERS À DISTANCE 24

CHAPITRE I : LE SITE INTERNET MODE D'ÉTABLISSEMENT OU DE LIBRE PRESTATION DE SERVICES ? . 28

SECTION 1 : LE SITE INTERNET, FORME D'ÉTABLISSEMENT 29

SOUS SECTION 1 : L'ASSIMILATION DU SITE INTERNET À UN ÉTABLISSEMENT PAR LE DROIT INTERNATIONAL FISCAL (OCDE) 32

Paragraphe 1 : Les conditions de l'assimilation du site Internet à un établissement stable 33

A.Application des critères classiques au site Internet 34

1.La portée générale du concept ''installation fixe d'affaires'' 34

2.La liste non limitative des établissements et le serveur 35

3.La non exigence d'une présence humaine sur place 36

4.L'exercice de l'activité principale 36

B.Adaptation des critères classiques au site Internet 37

1.L'hébergement du serveur par la société 37

2.Un outil informatique fixe 38

3.Un fonctionnement autonome, sans intervention humaine 38

4.L'exercice de l'activité principale 40

Paragraphe 2 : Les difficultés de l'assimilation et position du droit français 42

A.Les difficultés de l'assimilation du site Internet à un établissement 42

1.Les incertitudes générées par l'assimilation 42

2.Interrogations sur la notion 45

B.Le droit français en ligne avec l'OCDE 45

1.Les critères du CECEI 46

2.Les critères de la Banque de France 47

SOUS SECTION 2 : LE REFUS D'ASSIMILATION DU SITE INTERNET À UN ÉTABLISSEMENT STABLE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE 49

Paragraphe 1 : Les critères retenus par la jurisprudence de l'Union européenne (CJUE) 49

Paragraphe 2 : Les critères retenus par les instances européennes 50

A.La communication interprétative de la Commission européenne dans la deuxième directive bancaire du 20 juin 1997 51

B.La Communication interprétative de la Commission européenne relative aux assurances du 16 février 2000 51

C.La directive sur le commerce électronique 53

SECTION 2 : LE SITE INTERNET, VECTEUR DE LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES 55

SOUS SECTION 1: LES CRITÈRES DE LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES 58

Paragraphe 1 : Les critères de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) 58

A.L'exercice de services transfrontaliers 59

B.Le caractère temporaire 60

Paragraphe 2 : La spécificité du contexte électronique 62

A.Le faisceau d'indices de la COB 63

B.Le faisceau d'indices de la Banque de France 65

SOUS SECTION 2 : LES FORMES DE LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES 66

Paragraphe 1 : La libre prestation de services active 66

A.L'envoi d'offres non sollicitées par les clients d'un autre Etat membre 66

B.L'obligation d'agrément et de notification 68

Paragraphe 2 : La libre prestation de services passive 69

A.La légalité de la libre prestation de services passive 69

B.L'attitude active du client 70

CONCLUSION DU CHAPITRE I. 71

CHAPITRE II : LE CONTRÔLE PRUDENTIEL ADAPTÉ AUX SERVICES FINANCIERS EN LIGNE 72

SECTION 1 : LE PRINCIPE DE L'AGRÉMENT UNIQUE 76

SOUS SECTION 1: LE PRINCIPE DE CONTRÔLE DU PAYS D'ORIGINE (HOME COUNTRY CONTROL) 78

Paragraphe 1 : Le contrôle de la solidité financière du site Internet d'un prestataire financier en amont de son ouverture 79

A.Le contrôle des moyens financiers 80

1.La présentation d'un programme d'activités détaillé 81

2.L'examen de la solvabilité financière 82

B.Le contrôle des moyens humains 82

1.Le contrôle des dirigeants 82

2.Le contrôle des actionnaires ou associés 83

Paragraphe 2 : Le contrôle prudentiel en aval de l'ouverture du site Internet du prestataire financier 83

SOUS SECTION 2 : LE CONTRÔLE AUXILIAIRE EXERCÉ PAR L'ÉTAT D'ACCUEIL (RISK COUNTRY CONTROL) 84

Paragraphe 1 : L'étendue du contrôle des autorités des pays d'accueil....85

A.Aperçu des règles de bonne conduite en droit français 85

B.Aperçu des règles de bonne conduite en droit de l'Union européenne 87

Paragraphe 2 : Les mesures conservatoires prises par les pays d'accueil en cas de non respect des règles 88

A.La constatation de non respect des règles en vigueur 88

B.Les sanctions 88

SECTION 2 : LES DÉROGATIONS AU PRINCIPE DE L'AGRÉMENT UNIQUE....89

SOUS SECTION 1 : LES DÉROGATIONS EN RAISON DE LA LOCALISATION : ÉTABLISSEMENT DANS UN PAYS NON EUROPÉEN 89

Paragraphe 1 : L'application des règles de réciprocité....90

Paragraphe 2 : La nécessaire coopération avec les États tiers....91

SOUS SECTION 2 : LES DÉROGATIONS EN RAISON DES SERVICES PRESTÉS 92

Paragraphe 1 : Les dérogations générales de l'article 3 paragraphe 3 de la DCE....92

A.L'activité d'émission de la monnaie électronique 94

B.Les assurances....94

C.La liberté de choix de la loi dans les contrats 95

D.L'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique 95

Paragraphe 2 : Les dérogations spécifiques (article 3 paragraphes 4 à 6 de la DCE)....96

A.Les conditions d'application de l'article 3 paragraphes 4 à 6 de la DCE....98

1.Les conditions de la dérogation.... 98

2.La procédure de notification préalable 99

B.Le contrôle des instances européennes 100

1.Le contrôle de la Commission européenne de la compatibilité de ces mesures avec le droit de l'Union européenne (article 3 paragraphe 6 DCE) 100

2.La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne 100

CONCLUSION DU CHAPITRE II 102

TITRE II : L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT EN LIGNE 103

CHAPITRE I : L'EXPRESSION DES VOLONTÉS DANS LE MONDE FINANCIER NUMÉRIQUE 112

SECTION 1 : L'OFFRE ÉLECTRONIQUE ET LE RENFORCEMENT DES INFORMATIONS PRÉCONTRACTUELLES 115

SOUS SECTION 1 : LES INFORMATIONS RELATIVES À L'IDENTIFICATION DU PRESTATAIRE EN LIGNE 121

Paragraphe 1 : L'étendue de l'obligation d'identification 121

Paragraphe 2 : L'accès aux informations d'identification 123

SOUS SECTION 2 : LES INFORMATIONS RELATIVES AUX SERVICES FINANCIERS EN LIGNE.....124

Paragraphe 1 : Les informations relatives aux contrats à distance.....125

*Paragraphe 2 : Les informations relatives à la commercialisation en ligne de services financiers*126

A.Les informations générales relatives aux services financiers 127

B.Les informations particulières à certaines opérations financières.....129

1.La convention de compte bancaire 129

2.Les contrats d'assurance 130

3.Les informations relatives au contrat de crédit à la consommation..... 131

4.Les services d'investissement..... 133

SECTION 2 : L'ACCEPTATION EN LIGNE.....134

SOUS SECTION 1 : L'ORIGINALITÉ DE L'ACCEPTATION EN LIGNE.....134

Paragraphe 1 : La manifestation de ''l'acceptation numérique'' 136

A.La concordance entre la volonté interne et la volonté déclarée en ligne 136

B.La force juridique de l'acceptation 138

Paragraphe 2 : La réalisation progressive de l'acceptation en ligne 140

A.Le double clic : acceptation et confirmation 142

B.La valeur juridique du double clic 143

SOUS SECTION 2 : LA NAISSANCE DE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL 145

Paragraphe 1 : Le moment de rencontre des volontés.....145

A.L'accusé de réception de l'offrant 147

1.L'accusé de réception, une simple formalité probatoire pour certains..... 148

2.L'accusé de réception, moment de conclusion du contrat pour d'autres 148

B.Consécration de la théorie de réception par le droit européen et français 150

Paragraphe 2 : Le droit de rétractation 152

A. ..La portée du principe : un droit qui prolonge la formation du contrat ou bien s'exerce-t-il en aval de la formation de celui-ci ? 153

B.Atténuation du principe.....155

CONCLUSION DU CHAPITRE I 156

CHAPITRE II : LA NAISSANCE DU FORMALISME PROBATOIRE ÉLECTRONIQUE ET LA PREUVE DES TRANSACTIONS FINANCIÈRES EN LIGNE 157

SECTION 1 : LA RÉFORME DU SYSTÈME PROBATOIRE LÉGAL.....161

SOUS SECTION 1 : L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE 162

Paragraphe 1 : L'écrit électronique: le nouveau support des transactions bancaires et financières en ligne 163

A.La conclusion en ligne de contrats bancaires et financiers 164

1.L'admission *ad validitatem* de l'écrit et du formalisme électroniques en droit français.... 165

2.L'adaptation du droit financier au contexte électronique 166

3.L'adoption de textes spécifiques régissant les règles de bonne conduite d'opérations financières commercialisées en ligne..... 168

B.Le maintien de certaines formalités empêchant une totale dématérialisation 169

1.La présence obligatoire de la personne physique..... 169

2.Les sûretés 170

Paragraphe 2 : La consécration légale d'une équivalence probatoire entre l'écrit électronique et l'écrit sur support papier.....170

A.L'article 1316 du code civil : socle d'admission *ad probationem* de l'écrit électronique.....171

B.Les mesures adaptées de conservation de l'écrit électronique 173

1.L'horodatage électronique 173

2.L'archivage électronique 177

SOUS SECTION 2 : LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE 179

Paragraphe 1 : L'utilisation de la signature électronique en droit financier 180

A.Les évolutions du droit financier relatives à la signature électronique.....181

B.Les formes de la signature électronique.....182

Paragraphe 2 : La fiabilité de la signature électronique.....185

A.La présomption simple de fiabilité 186

B.La dénégation de la signature électronique 188

SECTION 2 : LA PREUVE CONVENTIONNELLE DES TRANSACTIONS FINANCIERES EN LIGNE 190

SOUS SECTION 1 : LA PREUVE DES PAIEMENTS ÉLECTRONIQUES 192

Paragraphe 1 : Les formes de paiement par carte bancaire 192

A.La communication à distance des seize chiffres apparents de la carte bancaire.....193

B.Le paiement par la composition du code confidentiel 194

Paragraphe 2 : La preuve par l'établissement de crédit des opérations de paiement effectuées à distance 195

SOUS SECTION 2 : LA PREUVE EN CAS DE CONTESTATION D'UN ORDRE DE PAIEMENT À DISTANCE : L'OPPOSITION 197

Paragraphe 1 : Les conditions d'accomplissement de la formalité d'opposition 198

A.Le délai d'accomplissement de la formalité de l'opposition 198

B.Le retard dans l'accomplissement de la formalité de l'opposition.....199

Paragraphe 2 : Les effets juridiques 200

A.Les paiements et retraits frauduleux antérieurs à l'opposition 200

1.Les opérations effectuées en saisissant le code confidentiel de la carte bancaire..... 200

2.Les opérations effectuées sans utilisation physique de la carte ni composition du code confidentiel 202

B.Les paiements et retraits frauduleux postérieurs à l'opposition.....202

CONCLUSION DU CHAPITRE II 203

TITRE III : LE RÈGLEMENT DES LITIGES DES TRANSACTIONS FINANCIÈRES ÉLECTRONIQUES 204

CHAPITRE I : L'ADAPTATION DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS ET DE JURIDICTIONS AU CONTEXTE ÉLECTRONIQUE 207

SECTION I : LES SERVICES FINANCIERS EN LIGNE ET COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE 210

SOUS SECTION I : LES CONTRATS FINANCIERS ÉLECTRONIQUES CONCLUS AVEC DES CONSOMMATEURS.....211

Paragraphe 1 : Le déclenchement des règles juridictionnelles protectrices des consommateurs en cas « d'activité dirigée » du professionnel.....213

A.L'activité dirigée : ''condition d'applicabilité du régime dérogatoire''.....213

B.Les contours indéfinis de la notion d' « activité dirigée » 215

Paragraphe 2 : Les limites à la protection juridictionnelle du consommateur 218

A.L'attitude active du consommateur 218

B.Le contournement de la protection par certains professionnels 218

SOUS SECTION 2 : LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE EN CAS DE CONCLUSION DE CONTRATS FINANCIERS ENTRE PROFESSIONNELS.....219

Paragraphe 1 : La présence d'une clause attributive de compétence juridictionnelle 220

A.L'insertion de la clause 220

B.La possibilité d'une clause électronique.....221

Paragraphe 2 : L'absence de la clause attributive de compétence juridictionnelle.....222

A.Le règlement des litiges contractuels 223

B.Le règlement des litiges délictuels.....225

SECTION 2 : LES INNOVATIONS DU RÈGLEMENT DE ROME I EN MATIERE DE LOI APPLICABLE.....226
SOUS SECTION 1 : LA LOI APPLICABLE EN CAS DE CHOIX DES PARTIES 227
Paragraphe 1 : Le respect par le juge saisi de la loi choisie par les parties 228
A.Le choix explicite de la loi 228
B.Le choix tacite de la loi.....230
Paragraphe 2 : Le rejet par le juge de la loi choisie par les parties 231
A.Les dispositions protectrices des consommateurs.....231
B.L'entrave à une règle impérative.....232
1.Les lois de police..... 232
2.L'ordre public du for..... 234
SOUS SECTION 2 : LA LOI APPLICABLE EN ABSENCE DE CHOIX PAR LES PARTIES.....235
Paragraphe 1 : La loi applicable dans les contrats de consommation 235
A.Les dispositions protectrices de l'article 6 du Règlement Rome I.....236
B.Exclusion de la protection accordée au consommateur.....239
Paragraphe 2 : La loi applicable aux services financiers dématérialisés 240
A.L'inadaptation des critères classiques aux services financiers électroniques.....241
B.Les critères propres à certains services financiers 241
CONCLUSION DU CHAPITRE I 244
CHAPITRE II : LE RÈGLEMENT DES LITIGES EN LIGNE 245
SECTION 1 : LA DÉMATÉRIALISATION DES MODES EXTRAJUDICIAIRES CLASSIQUES DE RÈGLEMENT DE CONFLITS.....249
SOUS SECTION 1 : LES MODES EXTRAJUDICIAIRES NON CONTRAIGNANTS 250
Paragraphe 1 : La médiation électronique 250
A.La procédure de la médiation électronique 252
B.Exemples de la médiation en ligne 254
Paragraphe 2 : La négociation électronique.....256
A.La négociation automatisée.....256
B.La négociation assistée par un ordinateur.....257
SOUS SECTION 2 : L'ARBITRAGE EN LIGNE.....257
Paragraphe 1 : La procédure d'arbitrage 259
A.La clause compromissoire électronique 259
B.La loi compétente et localisation du lieu d'arbitrage 260
Paragraphe 2 : L'exécution de la sentence arbitrale 261

A.Le caractère non contraignant de certaines sentences arbitrales en ligne.....261
B.Le refus d'exécution et les mesures de contrainte électronique : 261
SECTION 2 : LES MODES DE RÉSOLUTION EXTRAJUDICIAIRES PROPRES AUX SERVICES FINANCIERS263
SOUS SECTION 1 : LE RÉSEAU FIN-NET.....263
Paragraphe 1 : Les attributions 263
Paragraphe 2 : La procédure 264
SOUS SECTION 2 : LE CENTRE EUROPÉEN DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS FINANCIERS 265
Paragraphe 1 : La médiation des différends financiers 265
Paragraphe 2 : L'expertise des différends financiers.....266
Paragraphe 3 : L'arbitrage des différends financiers 266
CONCLUSION DU CHAPITRE II 267
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....268
DEUXIEME PARTIE : LA SÉCURITÉ DES TRANSACTIONS FINANCIÈRES EN LIGNE 269
TITRE I : LA SÉCURISATION DES PAIEMENTS EN LIGNE 271
CHAPITRE I : LA CRYPTOLOGIE 272
SECTION 1 : LA CRYPTOLOGIE COMME MOYEN DE CHIFFREMENT DES DONNÉES.....273
SOUS SECTION 1 : LES DEUX TYPES DE LA CRYPTOGRAPHIE.....273
Paragraphe 1 : La cryptographie symétrique 274
Paragraphe 2 : La cryptographie asymétrique 275
SOUS SECTION 2 : LE CERTIFICAT ÉLECTRONIQUE 276
Paragraphe 1 : Le rôle du certificat électronique dans le chiffrement des données financières ..277
Paragraphe 2 : Le certificat électronique délivré par les banques.....278
SECTION 2 : LE RÉGIME LÉGAL DE LA CRYPTOLOGIE 279
SOUS SECTION 1 : LE RÉGIME INITIAL INSTAURÉ PAR LA LOI DU 29 DÉCEMBRE 1990.....279
Paragraphe 1 : La réglementation initiale de la cryptologie 279
Paragraphe 2 : Les insuffisances sécuritaires de la réglementation.....280
SOUS SECTION 2 : LA RÉFORME DU RÉGIME LÉGAL DE LA CRYPTOLOGIE PAR LA LCEN 281
Paragraphe 1 : L'étendue de la réforme.....281
Paragraphe 2 :L'incidence de la réforme sur les établissements bancaires et financiers 283
CONCLUSION DU CHAPITRE I 284
CHAPITRE II : L'USAGE DE LA CRYPTOLOGIE DANS LA SECURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE..... 285
SECTION 1 : LES PROTOCOLES DE SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE 285
SOUS SECTION 1 : LE PROTOCOLE TLS (TRANSPORT LAYER SECURITY) 285

Paragraphe 1 : Présentation du protocole TLS 286
Paragraphe 2 : Le fondement du protocole TLS 286
SOUS SECTION 2 : LE PROTOCOLE SET (SECURE ELECTRONIC TRANSACTION) 287
Paragraphe 1 : Présentation du protocole SET 287
Paragraphe 2 : Inconvénients 288
SECTION 2 : LES SERVICES CRYPTOGRAPHIQUES DE SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE 288
SOUS SECTION 1 : LE SERVICE 3D SECURE 289
Paragraphe 1 : Le mécanisme général du système 3D Secure 290
Paragraphe 2 : La sécurité juridique du 3D Secure 291
SOUS SECTION 2 : LE SERVICE E-CARTE BLEUE 292
Paragraphe 1 : Le mécanisme de la e-carte bleue 292
Paragraphe 2 : La sécurité juridique de la e-carte bleue 293
CONCLUSION DU CHAPITRE II 294
TITRE II : LE PAIEMENT ÉLECTRONIQUE 295
CHAPITRE I : LE PAIEMENT VIA UN PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE 297
SECTION 1 : LES FORMES DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE 299
SOUS SECTION 1 : LA CARTE PRÉPAYÉE 299
Paragraphe 1 : Le mécanisme du paiement via une carte prépayée 300
Paragraphe 2 : Les aspects juridiques du paiement via un porte monnaie électronique 304
SOUS SECTION 2 : LE PORTE MONNAIE VIRTUEL 305
Paragraphe 1 : Le mécanisme du porte monnaie virtuel 306
Paragraphe 2 : Les exemples du porte monnaie virtuel 307
A.Paypal 307
B.Kwixo 308
C.Moneybookers 308
SECTION 2: LE RÉGIME JURIDIQUE DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE 309
SOUS SECTION 1 : LE PLAFONNEMENT DE LA RECHARGE : PRINCIPALE CARACTÉRISTIQUE DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE 309
Paragraphe 1 : Le montant maximum de la recharge 310
Paragraphe 2 : Les intérêts du plafonnement du crédit du porte monnaie électronique 310
SOUS SECTION 2 : LE FONCTIONNEMENT DU PORTE MONNAIE ÉLECTRONIQUE MONÉO 310
Paragraphe 1 : Présentation générale 311

Paragraphe 2 : Les conditions générales de fonctionnement du MONÉO associé à une carte bancaire 312

CONCLUSION DU CHAPITRE I 313

CHAPITRE II : LE PAIEMENT VIA UN TÉLÉPHONE MOBILE 314

SECTION 1: L'ABSENCE D'UN CADRE EUROPÉEN INTÉGRÉ DU PAIEMENT MOBILE 315

SOUS SECTION 1 : LES EFFORTS DEPLOYÉS AU NIVEAU EUROPÉEN 316

Paragraphe 1 : Le livre blanc du Conseil européen des paiements du 18 juin 2010 316

Paragraphe 2 : Le livre vert de la Commission européenne du 11 janvier 2012 316

Paragraphe 3 : Le livre blanc de SWIFT du 16 mai 2012 318

SOUS SECTION 2 : LES OBSTACLES QUI FREINENT LE DÉVELOPPEMENT DU PAIEMENT MOBILE EN EUROPE 319

Paragraphe 1 : La fragmentation et le manque d'interopérabilité 319

Paragraphe 2 : Les divergences des règles concernant les cartes bancaires 321

SECTION 2 : LE DÉVELOPPEMENT DE L'OFFRE DU SERVICE DE PAIEMENT VIA UN TÉLÉPHONE MOBILE 322

SOUS SECTION 1: LA QUALIFICATION DES OPÉRATEURS DE RÉSEAU TÉLÉPHONIQUE EN TANT QUE PRESTATAIRES DE SERVICES DE PAIEMENT 324

Paragraphe 1 : La fourniture des services de paiement 324

Paragraphe 2 : La condition de l'intermédiation dans l'opération de paiement 327

SOUS SECTION 2 : L'OFFRE DES SERVICES DE PAIEMENT PAR TÉLÉPHONE MOBILE 328

Paragraphe 1 : Le mécanisme de paiement mobile et le dispositif de sécurité associé 329

Paragraphe 2 : L'offre des paiements mobiles par les banques 331

CONCLUSION DU CHAPITRE II 332

TITRE III : LA PROTECTION DES DONNÉES NOMINATIVES NUMERISÉES DANS LE SECTEUR FINANCIER 334

CHAPITRE I : LE TRAITEMENT ET LE TRANSFERT DES DONNÉES A CARACTÈRE PERSONNEL DANS LE SECTEUR BANCAIRE ET FINANCIER 339

SECTION 1 : LE TRAITEMENT LÉGAL DES DONNÉES PERSONNELLES PAR LES ÉTABLISSEMENTS BANCAIRES 342

SOUS SECTION 1 : LES CONDITIONS D'UN TRAITEMENT LÉGAL 343

Paragraphe 1 : Le consentement préalable de la personne concernée 344

Paragraphe 2 : Le respect de la finalité du traitement 345

Paragraphe 3 : Le respect de la durée de conservation des données 347

SOUS SECTION 2 : LES RISQUES GÉNÉRÉS PAR LE TRAITEMENT DES DONNÉES PERSONNELLES 348

Paragraphe 1 : Le risque d'un traitement totalement automatisé 348

Paragraphe 2 : Le risque d'une conservation illégale des données 350

SECTION 2 : LE TRANSFERT DE DONNÉES PERSONNELLES EN MATIÈRE BANCAIRE ET FINANCIÈRE.350

SOUS SECTION 1 : LE CADRE DU TRANSFERT EN DEHORS DE L'UNION EUROPÉENNE.....353

Paragraphe 1 : Le principe de l'interdiction..... 353

Paragraphe 2 : Les dérogations au principe de l'interdiction 354

SOUS SECTION 2 : LA DIVERGENCE ENTRE LE DROIT EUROPÉEN ET LE DROIT AMERICAIN RELATIVE AU TRANSFERT DES DONNÉES PERSONNELLES.....356

Paragraphe 1 : Le transfert de données personnelles et la procédure américaine « e- Discovery » 356

Paragraphe 2 : Le transfert des données bancaires du réseau Swift vers les Etats unis d'Amérique 360

CONCLUSION DU CHAPITRE I 362

CHAPITRE II : LES MESURES DE PROTECTION DES DONNÉES NOMINATIVES DANS LE SECTEUR BANCAIRE ET FINANCIER..... 363

SECTION 1 : LES MESURES DE PROTECTION PRÉVUES PAR LA LOI DU 6 JANVIER 1978.....363

SOUS SECTION 1 : LES DROITS ACCORDÉS À LA PERSONNE PROTÉGÉE 363

Paragraphe 1 : Le droit d'accès 364

Paragraphe 2 : Le droit d'opposition 365

Paragraphe 3 : Le droit de suppression 367

SOUS SECTION 2 : LES OBLIGATIONS QUI PÈSENT SUR LE PROFESSIONNEL TRAITANT LES DONNÉES PERSONNELLES 368

Paragraphe 1 : L'obligation d'information 369

Paragraphe 2 : L'obligation de sécurité..... 370

SECTION 2 : LES MESURES DE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES PAR LE CODE PÉNAL...371

SOUS SECTION 1 : L'ACCÈS OU LE MAINTIEN FRAUDULEUX DANS UN SYSTÈME DE TRAITEMENT AUTOMATISÉ DE DONNÉES.....371

Paragraphe 1 : L'accès frauduleux dans un système automatisé de données 372

Paragraphe 2 : Le maintien frauduleux dans un système automatisé de données..... 374

SOUS SECTION 2 : LA CRÉATION DU DÉLIT D'''USURPATION D'IDENTITÉ NUMÉRIQUE'' 375

Paragraphe 1 : Les techniques d'usurpation d'identité 377

Paragraphe 2 : Les moyens de sécurisation des données relatives à l'identité 378

CONCLUSION DU CHAPITRE II 380

CONCLUSION DE LA PARTIE II.....383

CONCLUSION GÉNÉRALE 384

TABLE DES MATIERES……. 389
BIBLIOGRAPHIE..... 401

BIBLIOGRAPHIE

I. Articles de périodiques et de Jurisclasseurs

- **AUBRY H**.

  La formation du contrat de crédit après la loi portant réforme du crédit à la consommation. RLDC, septembre 2010, n°74, pp 57-62.

- **AVENEL Y**.

  Cartes prépayées, à la découverte de nouveaux marchés, Revue Banque, Juillet-Août 2009 n° 715 pp 37-39.

- **AVENEL Y.**

  La banque et le paiement en ligne préparent un Internet plus sûr, Revue Banque, février 2009, n°710, pp 47-50.

- **AYEWOUADAN A.**

  Contrôle de la validité de l'écrit électronique : l'office du juge, RLDI, 2011/69, n°2259, pp 14-16.

- **BAILLOT R.**

  Le droit de repentir, RTD civ. 1984, p 227.

- **BELLOIR P. & PENDU M.**

  L'incrimination d'accès ou de maintien frauduleux dans un système automatisé de données, RLDI, n°35, Février 2008, p 51.

- **BENSOUSSAN A.**

  Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux (colloque du 13 mai 1998), Gaz. Pal. 20 octobre 1998, p1338.

- **BLANCHETTE J.-F.**

  Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, Comm. com. électr, mars 2005, étude n°13, p 21.

- **BOUDREAU M.**

  La nouvelle définition de la preuve littérale, Gaz. Pal. Recueil janvier-février 2002, pp 4-7.

- **BOUILHOL H.**

  - Les aspects juridiques du commerce électronique, Revue Banque et Droit n°60, juillet-août 1998, pp 26-16.

  - Les aspects juridiques de l'e-banking, Revue Banque et droit n° 74, novembre-décembre 2000 p 3.

- **BRAHMI A.**

  La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ? LPA, 19 fév. 2002, n°36, pp 4-8.

- **BROUWER (de) F., MARTY C.**

  La communication de la Commission Européenne en matière de commerce électronique et des services financiers : vers un véritable marché des services financiers ? Revue Banque et droit n° 76 mars – avril 2001, pp 8-20.

- **CACHARD O.**

  Les modes électroniques de règlement des litiges (MERL), Comm. com. électr. décembre 2003, pp 22-26.

- **CAPRIOLI É. A.**

  Les flux transfrontières des données à caractère personnel en matière bancaire, RDBF n° 3, Janvier-Février 2010, p 72.

- **CAPRIOLI É. A. & PRÜM A.**

  Adoption de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000, RDBF, sept.-oct. 2000 n°5 pp 293-295.

- **CATALA P. & GAUTIER P.-Y.**

  « L'audace technologique à la Cour de cassation, vers la libération de la preuve contractuelle» JCP 1998, I, n°23 p 884-885.

- **CATHELINEAU A.**

  La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive…Droit de la consommation, dix ans de jurisprudence commentée, CCC, édit. Juris-Classeur, Hors série, décembre 2000, p 63.

- **CERVETTI P.-D.**

  Quelques perspectives d'avenir autour de la preuve par courrier électronique, RLDI 2011/67, n°2207, pp 45-50.

- **CHABERT C.**

  - Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne, Comm. com. électr, février 2006 pp 34-37.

  - Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite, Comm. com. électr, décembre 2005 pp 34-36.

- **CHAMOUX F.**

  - La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, JCP G, 1981, I, n°3008.

  - Le microfilm au regard du droit des affaires, JCP G, 1975 n° 2725.

- **CHARBONNEAU C. & PANSIER F.-J.**

  La signature électronique, signature sous surveillance (à propos du décret n°2001-272 du 30 mars 2001), LPA, 6 avril 2001, n°69, pp 3-6.

- **CONSTANS E.**

  Les progrès de la relation banques-consommateurs, Banque magazine, octobre 2004, n°662, pp 33-36.

- **COUPEZ F. & VERBIEST T.**

  Commercialisation à distance des services financiers : plan d'un nouveau cadre juridique, D. 2006, n°44, pp 3057-3068.

- **CRÉDOT F.**

  Le cadre juridique des paiements par carte bancaire, Revue droit et patrimoine avril 1995 pp 32-41.

- **CROZE H.**

  Informatique, preuve et sécurité, D. 1987, chronique pp 165- 170.

- **DAIGRE J.-J.**

  «Commerce électronique et services financiers : premières réponses du droit français »; Actes pratiques, sociétés, éditions du Juris- Classeur, mars-avril 2001, p 3.

- **DEMOULIN M.**

  La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? RED consom 4/2000 pp 361-377.

- **DE PELLEGARS L.**

  Monnaie électronique, La France en retard, Revue Banque et droit, hors-série, mars 2012 pp 120-121.

- **DE VAUPLANE H., DAIGRE J.J.**

  Critère de localisation de titres dématérialisés, Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur titres détenus auprès d'un intermédiaire, Revue Banque et droit n°87, janvier- février 2003, p 33.

- **DE WATRIGANT C.**

  L'information financière réglementée à l'heure de la communication électronique, Comm. com.électr, Mai 2008, pp 5-10.

- **DUBUISSON E.**

  « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique de l'individu dans l'échange télématique » RDIT Paris 1995/3 p 5.

- **FARTHOUAT J.-R.**

  ''Arrêt « Gebhard » : la clarification de la distinction entre établissement et prestation de services'', Gaz. Pal. 6 janvier 1996, p 18.

- **FERRIER D.**

  Comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique… ? RDC, avril 2005 p 548.

- **FRANCQ S.**

  Le Règlement « Rome I »sur la loi applicable aux obligations contractuelles, de quelques changements, JDI, Clunet, Janvier-Février-Mars 2009, n°1/2009 pp 41 -69.

- **FULCONIS- TIELENS A.**

  Protection des données personnelles, une problématique universelle, Revue Banque, n°717, octobre 2009, p 24.

- **GANDON F.**

  Cartes prépayées, « Un marché émergent qui reste à conquérir » Revue Banque, n°715, juillet-août 2009 p 40.

- **GAUDEMET-TALLON H.**

  Quel juge ? Quelle loi ? (compétence juridictionnelle et loi applicable), Dossier « protection du consommateur dans l'espace européen ». Revue Droit et patrimoine, n° 108, octobre 2002, p71.

- **GAUTIER P.-Y.**

  - Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions, LPA, 7 fév. 2000, n°26 pp 4-11.

  - Révolution internet : le dédoublement de l'écrit juridique, D. 2000, n°12, pp V-VI.

  - Formation du contrat : un code, deux régimes, RDC, avril 2005 p 589.

- **GAUTIER P-Y., De BELLEFONDS X. L.**

  De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP G, 2000, doctrine, I, 236, pp 1113-1120.

- **GAUTRAIS V., BENYEKHLEF K.et TRUDEL P.**

  " Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du ''cybertribunal'' DIT, 1998/4, p. 47.

- **GAZAGNE D., FREOA C. et BENSOUSSAN A.**

  L'évolution de la compétence des autorités des États membres en présence d'une harmonisation complète (2ème partie), Gaz. Pal, 17 et 18 octobre 2007, pp 23-24.

- **GRIGUER M.**

  La CNIL, un obstacle aux transferts de données hors Union européenne ? RLDI, n° 37, avril 2008, p 47.

- **GRIMAUX E.**

  La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique, Comm. com. électr, Avril 2004, p 14.

- **GRYNBAUM L.**
  - Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du code civil, selon la Cour de cassation), RLDI, 2011/67, n°2200, pp 33-36.
  - Un décret qui fixe le délai de conservation des contrats conclus par voie électronique, Comm. com. électr, Avril 2005, n°69, p 30.
  - Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation. D. Juillet 2003, n°26 p 1706.
- **HUET J.**

  Vous avez dit "contrats électroniques"? RDC, avril 2005 p 553.
- **IDOT L.**

  Contrats de consommation conclus par Internet, Revue Europe, février 2011, pp 47-48.
- **KENFACK H.**

  Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? JDI, Clunet, Janvier-Février-Mars 2009, n°1/2009, pp 3-39.
- **LARGUIER J.**

  La preuve d'un fait négatif, RTD civil 1953, n°1, pp 1-48.
- **LECLERCQ P. & GÉRARD Y.**

  L'évolution du droit des effets de commerce sous l'influence de l'informatique, RDBB, n° 15, septembre/octobre 1989, pp 153-157.
- **LEGRAND Th.**

  Mobile banking, les promesses du m-banking dans les pays en développement, Revue Banque, février 2009, pp 67-69.

- **LUBY M.**

  « *Sommes-nous tous des consommateurs* », dossier ''la protection du consommateur dans l'espace européen » in revue Droit et patrimoine, n° 108, octobre 2002, p 44.

- **MALECKI C.**

  Regards sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature électronique, JCP E 21 déc. 2000, n°51-52, pp 2036-2042.

- **MANARA C.**

  Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi. Recueil Dalloz, 6 janvier 2011, n°1, p5.

- **MARTIN R.**

  Le consommateur abusif, Recueil Dalloz 1987, chronique page 150.

- **MAZEAUD J.**

  ''L'acte non daté, preuve de la date entre parties'', note sous cass.civ. 1ère, 11 avril 1964, JCP 1965, Tome I, II, n°14101.

- **MÉLIN F.**

  Le règlement « Rome I » du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JCP E, n°30, 24 juillet 2008, P 3-5.

- **MESTRE J.**

  Obligations et contrats spéciaux, RTD civ. n°1, janvier-mars 1989 p 62.

- **MUENCHINGER N.E.**

  Le droit français du multimédia et des télécommunications, 1ère partie, Gaz. Pal. 1996, p 285.

- **NUYTS A.**

  «La communautarisation de la Convention de Bruxelles- Le Règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale », Journal des tribunaux du 22 décembre 2001 n° 6035.

- **OCDE**

  - « Un monde sans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial » Document de référence pour la Conférence ministérielle d'OTTOWA, 7-9 octobre 1998, volume 6, n° 98.

  - Commerce électronique : engagements existants dans le cadre de l'AGCS pour la fourniture de services en ligne, Documents de travail de l'OCDE, 2000, volume VIII, n° 100.

- **PAISANT G.**

  Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation), JCP G,I, 1993, n° 3655 p 99 à 105.

- **PARLEANI G.**

  Commercialisation à distance des services financiers : Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002, RDBF n°6, novembre-décembre2002, p 337.

- **PARLEANI G., STOUFFLET J.**

  Etablissements de monnaie électronique, RDBF, Juillet-Août 2000, n° 4, p 247.

- **PASSA J.**

  Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, Comm. com. électr, Mai 2005, p 11.

- **PATUREAU N.**

  Sécurité juridique et commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : l'ordonnance n° 2005–648, RLDA, février 2006, n°2, pp 29-35.

- **PENNARUN S.**

De Gutenberg à Bill Gates : commentaire du projet de loi relatif à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, LPA, 27 janv. 2000, n°19, pp 4-12.

- **PEROT- REBOUL C.**

Commercialisation à distance des services financiers : champ d'application de la directive, RLDA, juin 2003, n° 61, p 5.

- **PIETTE –COUDOL Th.**

Les difficultés de la vérification d'écriture et de signature électroniques, RLDI, 2006/20 n°607.

- **PIRONON V.**

L'Internet et la mondialisation, Gaz. Pal, Octobre – novembre 2007, p 11.

- **PIZZIO J.-P.**

« L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs», Dossier *''Protection du consommateur dans l'espace européen'' in* revue Droit et patrimoine, n° 108, octobre 2002, p 59.

- **PROUST O. et BURTON C.**

Le conflit de droits entre les règles américaines de *e-discovery* et le droit européen de la protection des données à caractère personnel…..entre le marteau et l'enclume, RLDI, n°46, février 2009, pp 79-84.

- **RAYMOND G.**

Droit de la consommation, dix ans de jurisprudence commentée, consommateur-notion, CCC, édit. Juris-Classeur, Hors série, décembre 2000, p 57.

- **RAYNOUARD A.**

  La loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique….ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire ! RDC, avril 2005 pp 565-579.

- **REDING V.**

  Opérations bancaires électroniques et mobiles, quelles sont les meilleures pratiques en Europe ? Revue Banque, n°717, octobre 2009, p 26.

- **RENARD I.**

  L'archivage des contrats numériques : et si on se posait les bonnes questions ? Comm. com. électr, Juin 2005, n°180, p 4.

- **SAILLARD J.-P.**

  La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies, Position de la CCI de Paris, JCP G 19 janv.2000, n°3, pp 55-56.

- **SCHWERER F.**

  De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, Association droit et commerce : Le Droit des Affaires du 21ème siècle, colloque annuel de l'association Droit et Commerce, Colloque de DAUVILLE organisé les 27 et 28 juin 2000, p 60.

- **SIMON P.**

  Oui ! l'Internet transforme l'industrie financière, Rev. éco. fin. 2002, n°69 dossier : les métiers financières face à Internet, p 11.

- **SOUSI ROUBI B.**

  - L'adaptation du droit bancaire et financier européen aux nouvelles technologies, Le droit des affaires du XXIe siècle, colloque de Deauville des 27 et 28 juin 2000, p 77.

  - Variations sur la date, RTD civ. janvier-mars 1991, pp 69-108.

- **STRUGALA C.**

  La protection de la personnalité à l'épreuve du numérique, RLDI 2010/66 n°2182 pp 49-56.

- **TRÉBULLE F.G.**

  - L'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, RDBF, mars-avril 2000 n°2 p 116.

  - La réforme du droit de la preuve et le formalisme, LPA, 20 avril 2000, n°79 pp 10-15.

- **VARILLE N.**

  Publicité sur Internet, droit et déontologie, Gaz. Pal, 22 novembre 1997, 2, doctrine, pp 1507-1510.

- **VIVANT M.**

  Le contrat plongé dans l' «économie numérique», RDC, Avril 2005 p 533.

- **ZOIA M.**

  La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (1ère partie), Gaz. Pal, juillet-août 2001, p 1129.

II. Articles électroniques

- **ABADIE A.**

  Les banques renforcent leur présence sur les réseaux sociaux, Les Echos n°21245 du 09 août 2012, p 22, disponible sur : http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/finance-marches/actu/0202138268287-les-banques-renforcent-leur-presence-sur-les-reseaux-sociaux-351706.php

- **AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF)**

  Rapport 2004 sur les agences de notation, disponible sur : www.amf-france.org/documents/general/5845_1.pdf

- **BLANCHETTE J.-F.**

  Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique, Centre d'études sur la coopération juridique internationale, Centre national de la recherche scientifique, 18 janv. 2001, p 41, disponible sur : http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/papers/teesec.pdf

- **CAPRIOLI É. A.**

  Aperçus sur le droit du commerce électronique. Document disponible en ligne sur : http://www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique-et-internet/68-apercu-droit-commerce-electronique#38

- **CAUDET S. & KOURI R.P.**

  ''Contrats entre non présents et contrats entre présents : Y a-t-il une différence ?'' disponible :http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_20/20-1-gaudetkouri.pdf

- **CECEI**

  - L'organisation du secteur bancaire et financier français et ses évolutions'' in Rapport annuel du CECEI, exercice 2006, disponible sur : http://www.banque-france.fr/fr/supervi/telechar/agrement/5_3cecei.pdf.

  - Rapport annuel du CECEI, exercice 2008, disponible sur : http://www.banque-france.fr/fr/supervi/telechar/rapports/2008/rap_cecei.pdf

- **CHASSIGNEUX C.**

  Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne, article disponible sur : http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/chassifr.htm

- **COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (CNIL)**

  - Norme simplifiée n° 12 : Délibération n° 80-022 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la tenue des comptes de la clientèle et le traitement des informations s'y rattachant par les établissements bancaires et assimilés du 19 août 1980, disponible sur : http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/163/

  - Norme simplifiée n° 13 : Délibération n° 80-23 du 8 juillet 1980, modifiée par les délibérations n° 85-14 du 30 avril 1985 et n° 88-82 du 5 juillet 1988, concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit du 8 juillet 1980, disponible sur : http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/161/

- Signaler un spam, disponible sur : http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/signal-spam/
- Le G 29, groupe européen des autorités de protection, disponible sur : http://www.cnil.fr/la-cnil/nos-defis/g29/
- L'adresse IP est une donnée à caractère personnel pour l'ensemble des CNIL européennes, 2 août 2007, disponible sur : http://www.cnil.fr/dossiers/internet-telecoms/fiches-pratiques/article/ladresse-ip-est-une-donnee-a-caractere-personnel-pour-lensemble-des-cnil-europeennes/ .
- Transfert de données à caractère personnel vers des pays non membres de l'Union européenne, juin 2008, disponible sur ; http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/international/Guide-tranfertdedonnees.pdf
- Transferts de données à caractère personnel à des pays tiers à l'Union européenne, disponible sur : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_responsabilites/Transferts/GUIDE-transferts-integral.pdf
- Nouvel accord SWIFT : les autorités de protection des données restent sceptiques, 27 juillet 2010, disponible sur : http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/nouvel-accord-swift-les-autorites-de-protection-des-donnees-restent-sceptiques/
- La protection des données personnelles, un atout pour la France et l'Europe !, 28 mars 2012, disponible sur : http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/la-protection-des-donnees-personnelles-un-atout-pour-la-france-et-leurope/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=2&cHash=c61b164e31b63e98669869fd5c44db7d

- Les conclusions de la CNIL sur le ''bug'' Facebook, 2 octobre 2012, disponible sur : http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/les-conclusions-de-la-cnil-sur-le-bug-facebook/

- **CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

  Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2O12 concernant la loi relative à la protection de l'identité, disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-652-dc/decision-n-2012-652-dc-du-22-mars-2012.105165.html

- **DELMAS - MARSALET J.**

  Rapport relatif à la commercialisation de produits financiers Présenté par en novembre 2005. Disponible sur : http://www.economie.gouv.fr/directions_services/dgtpe/epargne/rap_commercialisation.pdf

- **ETUDES Y.**

  Les nettoyeurs du Net, 23 novembre 2009, disponible sur : http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/11/23/les-nettoyeurs-du-net_1270862_651865.html

- **FEDERATION E- COMMERCE ET VENTE A DISTANCE (FEVAD)**

  - Rapport d'activité de la FEVAD au titre de l'année 2010. Disponible sur : http://www.fevad.com/images/Publications/ra2010.pdf

  - Comportements des internautes face aux services financiers, communiqué de presse du 10 mai 2011, disponible sur : http://www.fevad.com/espace-presse/comportements-des-internautes-face-aux-services-financiers

- Internet, au cœur de la relation client des services financiers, communiqué de presse du 31 mai 2012, disponible sur : http://www.fevad.com/espace-presse/etude-internet-au-coeur-de-la-relation-client-des-services-financiers

- Les internautes face aux services financiers, 5ème baromètre des comportements multicanaux des internautes pour la gestion, la recherche d'information et la souscription, en partenariat avec Mediametrie et Net Rating, 31 mai 2012, disponible sur : http://www.fevad.com/uploads/files/Etudes/autres_etudes/Etude_banques_finance_2012.pdf

- **FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET**

  Recommandation « Application du droit de la consommation au commerce électronique ». Disponible sur : http://www.foruminternet.org/IMG/pdf/synth-reco-conso-20070831.pdf

- **GAUTRAIS V., BENYEKHLEF K., TRUDEL P.**

  Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal, consultable sur : https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/61/1/0008.pdf

- **LACOUE-LABARTHE D.**

  Bâle II et IAS 39 : les nouvelles exigences en fonds propres réglementaires des banques et l'évaluation en juste valeur des instruments financiers. Disponible sur : http://lare-efi.u-bordeaux4.fr/Homepage/dll/artpdf/bale2.pdf

- **OICV (Organisation internationale de la Commission des valeurs)**

  Rapport du comité technique de l'OICV « *Principes et objectifs de la régulation financière* » de septembre 1998, disponible sur : http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82-French.pdf

- **OBSERVATOIRE DE LA SECURITE DES CARTES DE PAIEMENTS**

  Etat des lieux de la sécurisation des paiements par carte sur Internet, Rapport 2010, disponible sur : http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=3d%20secure%20banque%20de%20france&source=web&cd=2&ved=0CGgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.banque-france.fr%2Fobservatoire%2Ftelechar%2Fetat-des-lieux-rapport-annuel-2010-observatoire-securite-cartes-paiement-0711.pdf&ei=etkPUJThDMi00QW5_4GoBA&usg=AFQjCNE-WgmlwcDeSoAiOoZs5IZCFtFsnQ

- **OEILLET A.**

  MasterCard dévoile sa nouvelle génération de carte bancaire à écran LCD, article du 8 novembre 2012, disponible sur : http://www.clubic.com/technologies-d-avenir/actualite-520695-mastercard-generation-bancaire-singapour.html

- **PAULS A.**

  « Faut-il réformer le droit français des contrats ? », disponible sur : http://mainguyrespaud.over-blog.com/article-faut-il-reformer-le-droit-francais-des-contrats-47172856.html

- **TABAROT M.**

  Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°528) *pour l**a confiance** dans l'**économie numérique,** documents de l'Assemblée nationale n°608,* enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale

le 11 février 2003, Article 7 page 41. Document disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0608.pdf

- **VERBIEST Th., CUIGNET P.**

  La création d'un délit d'usurpation d'identité, 31 mars 2010, disponible sur : http://www.droit-technologie.org/actuality-1316/la-creation-d-un-delit-d-usurpation-d-identite-numerique.html

III. Ouvrages généraux

- **BONNEAU T., DRUMMOND F.**

  Droit des marchés financiers, éditions ECONOMICA, 2005.

- **CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F.**

  Droit de la consommation, précis Dalloz, 7ème édition, 2006.

- **CARBONNIER J.**

  Droit civil, les biens, les obligations. Volume II, éditions PUF 2004.

- **DOMAT J.**

  Loix civiles. Tome premier, Titre VI (des preuves, présomptions et du serment), Livre III, section II (preuves par écrit), PARIS, M. DCC. LVI.

- **FONTAINE M.**

  La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaison franco-belges, paris LGDJ 1996.

- **FRANÇOIS G.**

  Consentement et objectivation, l'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, Presses universitaires d'Aix-Marseille 2007.

- **GAVALDA C. & STOUFFLET J.**

  Droit bancaire, institutions-comptes-Opérations-Services. Editions Lexis Nexis Litec, 8ème édition 2010.

- **GAVALDA Ch., STOUFFLET J.**

  Instruments de paiement et de crédit. Editions LexisNexis Litec 2009.

- **GHESTIN J.**

  Traité de droit civil, la formation du contrat. Editions L.G.D.J 1993.

- **GUINCHARD S., DEBARD Th.**

  Lexique des termes juridiques 2011. 18ème édition, Dalloz.

- **LE TOURNEAU P.** (sous la direction de)

  Droit de la responsabilité et des contrats. Dalloz action, 2010/2011.

- **MALAURIE P., AYNÈS L., MUNCK S.**

  Les Obligations. Editions Défrénois, 3ème édition, 2007.

- **MOUSSERON J.M.**

  Technique contractuelle. Editions Francis Lefebvre 2005.

- **POTHIER R.J.**

  Œuvres de Pothier. Nouvelle édition, Tome 1, Paris Dabo Jeune, Libraire 1825.

- **RIPERT G. et BOULANGER J.**

  Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL. Tome II, les obligations et droits réels, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1957.

- **TERRÉ F., SIMLER P., et LEQUETTE Y.**

  Droit civil, Les obligations. Précis Dalloz, 10ème édition, 2009.

IV. Etudes et ouvrages spéciaux

- **ABI RIZK D. G.**

  L'Internet au service des opérations bancaires et financières. Université Panthéon Assas (Paris II) 2006.

- **ANDRE L.**

  Multimédia et droit d'auteur. AFTEL, Le droit du multimédia. De la télématique à Internet, les éditions du téléphone, 1996.

- **BENSOUSSAN A., LE ROUX Y.** (sous la direction de)

  Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques. Hermès Science publications Paris, 1999.

- **BOULEY F.**

  Moyens de paiement et monétique. Editions Eyrolles, 1990.

- **CACHARD O.**

  La régulation internationale du marché électronique, LGDJ, 2002.

- **CONSEIL D'ETAT**.

  Internet et les réseaux numériques, Paris, Doc. Fr. 1998

- **DEMOULIN M.**

  Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques *in* Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Presses universitaires de Namur, éditions BRUYLANT 2003.

- **DEVYS C.**

  Du sceau numérique à la signature électronique, sous la direction de DHENIN C., Vers une administration sans papier, Paris, La documentation Française, 1996.

- **DRAGON C., GEIBEN D., KAPLAN D., NALLARD G.**

  Les moyens de paiement, Des espèces à la monnaie électronique. Revue Banque éditeur 1997.

- **FALQUE- PIERROTIN I.**

  Internet, enjeux juridiques. Rapport du ministère délégué à la poste, aux télécommunications et à l'espace et au ministre de la culture, mission interministérielle sur l'Internet, éditions la documentation française 1997.

- **FARAGGI B.**

  Commerce électronique et moyens de paiement. Editions Dunod, Paris 1998.

- **FERAL-SCHUHL C.**

  Cyber Droit, le droit à l'épreuve de l'Internet, Editions Praxis Dalloz, 4ème édition, 2006.

- **GRANIER Th. & JAFFEUX C.**

  Internet et les transactions financières. Editions Economica Paris 2002.

- **ITEANU O.**

  Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique. Editions Eyrolles, 1996.

- **JEAN-BAPTISTE M.**

  Créer et exploiter un commerce électronique. Editions Litec 1998.

- **LACHAISE H.**

  '' La notion fiscale d'établissement stable à l'épreuve du commerce électronique, en droit fiscal français et en droit fiscal communautaire'' DEA droit des affaires de l'université Robert Schuman, année universitaire 1999-2000.

- **MAS F.**

  La conclusion des contrats du commerce électronique. LGDJ, 2005.

- **MATHIEU M-E.**

  Les services bancaires et financiers en ligne. Revue Banque Edition, 2005.

- **MIRABAIL S.**

  ''La rétractation en droit privé français'', Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A et MIRABAIL S., 1997.

- **RAYNOUARD A.**

  La dématérialisation des titres, étude sur la forme scripturale, thèse Paris II, 1998.

- **SABATIER G**.

  Le porte monnaie électronique et le porte monnaie virtuel. Presses universitaires de France, 1ère édition, 1997.

- **SCHULTZ T.**

  Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique. Editions BRUYLANT, LGDJ, 2005.

- **SINGH S.**

  Histoire des codes secrets, De l'Egypte des Pharaons à l'ordinateur quantique. Editions Jean-Claude Lattès 1999.

- **STINSON D., (traduction AVOINE G., JUNOD P., VAUDENAY S.)**

  Cryptographie, théorie et pratique. Vuibert Informatique, 2ème édition 2003.

- **THIEFFRY P.**

  Commerce électronique : droit international et européen. Editions Litec, 2002.

- **TOERING J.-P.**

  Les systèmes électroniques de paiement. Editions Eyrolles, 1991.

- **VERBIEST Th.**

  La protection juridique du cyber-consommateur. Editions Litec, 2002.

- **VIVANT M.**

  Les contrats du commerce électronique. Editions Litec, 1999.