

Régime juridique des paiements électroniques à la lumière de la nouvelle loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds

Lætitia ROLIN JACQUEMYS¹

Introduction

Le commerce électronique a peu à peu envahi nos vies, cependant, il reste encore des freins à son développement. La question du paiement est souvent citée. En effet, beaucoup d'internautes sont encore découragés par la crainte d'une possible fraude.

Le présent article traite du régime juridique des paiements en ligne en général, et nous profiterons de cette occasion pour procéder à l'analyse de la nouvelle loi belge sur les opérations

effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds² (ci-après la loi).

Nous commencerons notre exposé par une brève présentation des instruments de transfert électronique de fonds existant (point 1). Ensuite, nous passerons en revue quelques textes européens intéressants (point 2) et enfin, nous passerons à l'analyse de la loi proprement dite (point 3).

Les instruments de transfert électronique de fonds

Il n'a pas fallu attendre l'arrivée de l'Internet pour voir apparaître des instruments de paiement électronique. Dès les années quatre-vingt, les cartes de débit faisaient leur entrée sur le marché

et permettaient déjà de faire certaines opérations électroniques.

Lorsque le commerce électronique fit ses débuts, l'un des premiers problèmes

1. Juriste.

2. Loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, M.B., 17 août 2002, pp. 35337-35343.

qui se posa, fut le paiement. Comment payer par Internet ? Envoyer un chèque, faire un virement ? Tout cela était possible mais peu adapté et lent.

La première réaction des différents acteurs de l'époque fut d'imaginer des instruments de paiement capables de transiter dans cet univers virtuel. Il fut abondamment question de porte-monnaie électronique, chèques virtuels, etc. De même que l'on tentait de réinventer l'économie, on tenta de réinventer l'argent. Des sociétés de services proposèrent des moyens de paiement innovants et se posèrent en intermédiaires³. Pourtant, ce ne furent pas ces moyens de paiement qui répondirent à l'attente

des pionniers du commerce électronique mais bien un instrument déjà connu du public: la carte de crédit. Toute l'astuce reposait dans le fait, pour le commerçant, d'accepter que la communication du seul numéro de série de la carte ainsi que de sa date d'expiration (sans signature manuscrite) ait valeur d'ordre de paiement. Cette méthode qui avait déjà fait ses preuves dans le cadre de la vente par correspondance, s'imposa tout naturellement comme le chef de file des moyens de paiement par Internet. Il y a bien quelques concurrents, comme l'instrument rechargeable ou le virement électronique, mais ils restent à bonne distance.

Le point de européen

1. Les textes concernant les paiements électroniques

Les paiements en général et les paiements électroniques en particulier n'ont pas fait l'objet de beaucoup de réglementation au niveau européen, et cette réglementation n'a pas souvent été contraignante. Le législateur européen donne l'impression d'avoir commencé à réglementer les paiements électroniques par petites touches. Le premier document européen est une recommandation de 1987⁴ portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique, rapidement suivie d'une autre recommandation concernant les systèmes de paiement et en particulier la relation entre

émetteur et titulaire⁵. Ce dernier texte vise à renforcer la confiance du consommateur en lui permettant de recevoir une information plus complète et plus claire sur les conditions des services fournis, il introduit également une limitation de responsabilité en cas de perte ou de vol. Ce texte, même s'il n'est pas contraignant aura, comme nous le verrons plus tard, une répercussion en droit belge sous la forme de l'article 61 de la loi sur le crédit à la consommation⁶.

Il faudra attendre presque une décennie pour que la Commission européenne reprenne une initiative concernant les paiements électroniques. Il s'agit une nouvelle fois d'un instrument

3. Nous rappelons à la mémoire du lecteur les sociétés First Virtual Holdings, Cybercash, Kleline, NetBill, ... aujourd'hui disparues. Pour les amateurs d'histoire, une description des ces moyens de paiement et d'autres encore, se trouve dans l'ouvrage d'O. HANCE et S. DIONNE-BALZ, *The new virtual money : law and practice*, Kluwer Law International, 1999, pp. 3-54.
4. Recommandation 87/598/CEE, J.O.C.E., 24 décembre 1987, n° L. 365/72.
5. Recommandation 88/590/CEE, J.O.C.E., 24 novembre 1988, n° L. 317.
6. Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, M.B., 9 juillet 1991. Pour un commentaire de cette recommandation en parallèle avec la loi belge sur le crédit à la consommation et en particulier l'article 61, voy. X. THUNIS et M. SCHAUS, « La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen », D.A. O.R., 1992, n° 23, pp. 63.

non contraignant, c'est-à-dire d'une recommandation⁷ qui concerne les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique (ci-après la recommandation). Elle est à nouveau axée particulièrement sur la relation entre l'émetteur et le titulaire de l'instrument avec pour objectif la protection et l'information de ce dernier.

La recommandation couvre les instruments de paiement électronique qui se divisent en deux sous-catégories, les instruments de paiement d'accès à distance et un nouveau venu, l'instrument de monnaie électronique⁸.

Les principales sections de la recommandation concernent, la transparence des conditions applicables aux opérations, les obligations et responsabilités des parties au contrat, ainsi qu'une section concernant la notification de la perte ou du vol de l'instrument et le règlement des différends.

Mais cette fois, la Commission a pris la peine de prévoir une date butoir⁹ pour que les Etats membres se mettent en conformité avec le texte¹⁰. La Commission n'a pas perdu cette échéance de vue et a commandé en 2001 une étude concernant la transposition par chaque Etat membre, des dispositions de la recommandation¹¹.

Cette étude a montré les nombreuses lacunes des législations ou pratiques européennes, par exemple en ce qui concerne la communication des informations préalables au titulaire. La Commission a aujourd'hui suffisamment d'éléments pour décider de rédiger un instrument légal plus contraignant, comme par exemple une directive. Au moment où nous écrivons ces lignes, aucun texte n'a vu le jour. Cependant, il nous semble qu'une telle initiative sera la suite logique appelée par les conclusions de l'étude.

2. Vers un cadre juridique pour un espace de paiement unique dans le marché intérieur?

Il existe en droit européen, d'autres textes qui concernent, mais de manière moins directe, la question des paiements électroniques. Nous pensons par exemple à la directive européenne sur les virements transfrontaliers¹², à la directive concernant les émetteurs de monnaie électronique¹³, ou encore à la toute récente directive sur la commercialisation à distance de services financiers¹⁴. Tous ces textes ont une incidence sur le régime juridique des paiements électroniques, et il serait peut-être utile, vu l'importance de la question des paiements, de penser un jour à coordonner ces différentes règles pour créer un cadre juridique cohérent pour les

7. Recommandation 97/489/CE de la Commission concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique et en particulier la relation entre l'émetteur et le titulaire, J.O.C.E., 8 août 1997, n° L 208, p. 52.
8. Recommandation, article 2.
9. Article 11 : « Les Etats membres sont invités à prendre les mesures nécessaires afin que les émetteurs d'instruments de paiement électronique mettent leurs activités en conformité avec les articles 1^{er} à 9 au plus tard le 31 décembre 1998. »
10. Cette échéance est à l'origine de la loi belge relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds inspirée de la recommandation européenne et dont l'analyse fait l'objet du présent article.
11. Cette étude est disponible sur Internet : http://www.droit-technologie.org/dossiers/european_study_on_recommandation_electronic_payment_RAPPORT.pdf
12. Directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers, J.O.C.E., n° L 43, 14 février 1997, p. 25.
13. Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, J.O.C.E., n° L274, 27 octobre 2000.
14. Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, J.O.C.E., n° L271, 9 octobre 2002, pp. 16-24.

paiements dans l'Union européenne. La Commission a visiblement une idée particulière sur la question car elle a publié récemment un document de travail¹⁵

qui passe en revue une série de questions pour voir pratiquement la nécessité d'une telle coordination des législations.

Le point de vue belge : la loi du 17 juillet 2002

La loi du 17 juillet 2002¹⁶ n'est pas la première initiative belge pour régler la matière des paiements électroniques. Comme nous l'avons déjà évoqué, le législateur avait introduit en 1991 une disposition (l'article 61) concernant la perte ou le vol d'une carte de crédit dans la loi sur le crédit à la consommation. Malheureusement, le champ d'application de cet article est restreint aux ouvertures de crédit ce qui ne représente qu'une faible partie des cartes en circulation et a pour effet de créer une discrimination entre les porteurs de vraies cartes de crédit¹⁷ et les porteurs de cartes à débit différé ou de débit.

Cette même matière a fait l'objet d'une autre initiative du législateur belge lorsque celui-ci a dû transposer

en droit belge la directive européenne sur la vente à distance¹⁸. Cette transposition s'est faite sous la forme d'une modification de la loi sur les pratiques du commerce en y insérant une section sur les contrats à distance¹⁹. La directive contient une disposition concernant les paiements par carte. Au lieu d'utiliser les termes mêmes de la directive, peu adaptés à une loi nationale puisqu'ils constituent plutôt une injonction²⁰ qu'une réelle disposition juridique, le législateur choisit de procéder à une transposition partielle de la recommandation²¹. Ceci permet de faire un pas supplémentaire vers la réglementation des paiements électroniques mais ce fut de nouveau dans un champ d'application restreint, celui des pratiques de commerce dans le cadre de la vente à distance.

15. Commission européenne, «Un cadre juridique envisageable pour un espace de paiement unique dans le marché intérieur», document de travail.

16. Loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, M.B., 9 juillet 1991.

17. Selon X. THUNIS et M. SCHAUS : «la carte de crédit *sensu stricto* suppose que son porteur puisse effectuer le remboursement de ses dettes de manière échelonnée, dans les limites d'un découvert préalablement déterminé, convenu avec l'émetteur » ; voy. « La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen », D.A. O.R., 1992, n° 23, p. 75, *infra*.

18. Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O.C.E., n° L144, 4 juin 1997, p. 19.

19. Loi du 14 juillet 1991 relative aux pratiques du commerce, M.B., 29 août 1991 modifiée par la loi du 25 mai 1999, M.B., 23 juin 1999, dont l'article 20 insère au chapitre VI de la loi sur les pratiques du commerce une section 9 sur les contrats à distance.

20. Article 8 de la directive : « Les Etats membres veillent à ce que les mesures appropriées existent pour que le consommateur : puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre des contrats à distance ; dans le cas d'une telle utilisation frauduleuse soit recredité des sommes versées en paiement ou se les voit restituer ».

21. En effet, seuls les éléments importants de la recommandation jugés importants se retrouvent dans cette section en particulier au § 5 de l'article 81 : l'obligation pour l'émetteur de mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour faire la notification en cas de perte ou de vol ainsi que la répartition des risques entre émetteur et titulaire en cas de perte ou de vol de l'instrument.

1. La filiation de la loi avec la recommandation de la Commission européenne

Finalement, après plus de deux ans de travail, le législateur a adopté une loi qui règle la question des paiements électroniques et qui transpose la recommandation européenne.

Si l'on prend la peine de lire en parallèle le texte européen et celui de la loi belge, on relèvera de nombreuses différences entre ceux-ci. Pourtant, la volonté du législateur est bien de transposer la recommandation européenne en droit belge²². Même si la recommandation n'est pas un instrument contraignant, on peut se demander quelles sont les raisons qui ont poussé le législateur belge à se démarquer ainsi du texte européen²³ ?

Nous pensons personnellement qu'il y a deux raisons à cela, d'une part, le texte européen était difficile à transposer tel quel, et principalement les dispositions concernant le champ d'application et les définitions. D'autre part, l'écart de temps entre la publication de la recommandation et la loi a permis aux instruments de transfert électronique de fonds de se développer et de poser de nouvelles questions que le législateur a tenu à régler tant qu'il en avait l'occasion²⁴.

Tout d'abord, la recommandation mélange champ d'application et défini-

tions. Ce texte s'ouvre, non pas avec les définitions, mais avec le champ d'application : « la présente recommandation s'applique aux opérations suivantes : (...) b) retraits d'argent liquide au moyen d'un instrument de paiement électronique et chargement (et déchargement) d'un instrument de monnaie électronique que ce soit auprès d'appareils de retrait d'espèces et de guichets automatiques ou dans les locaux de l'émetteur ou d'un établissement qui s'est contractuellement engagé à accepter l'instrument de paiement...²⁵ ». L'article 2 définit l'instrument de paiement électronique en renvoyant au champ d'application : « un instrument permettant à son titulaire d'effectuer les types d'opérations décrits à l'article 1^{er}, § 1^{er}. La présente définition couvre à la fois les instruments de paiement d'accès à distance et les instruments de monnaie électronique ». Comme nous le verrons dans l'analyse du texte de la loi belge, le législateur a fait un autre choix qui rend la lecture du texte plus aisée.

Le choix des termes juridiques est sans doute l'autre élément générateur de différences. Pour diverses raisons que nous exposerons ci-après, le législateur belge a préféré au terme instrument de paiement électronique celui d'instrument de transfert électronique de fond et à celui d'instrument de monnaie électronique celui d'instrument rechargeable.

22. Projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, exposé des motifs, *Doc. parl., Ch., sess. ord.*, 2001-2002, n° 1389/001, p. 4.

23. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs fait remarquer dans son avis que : « Étant donné que l'objectif explicite du projet est de mettre le droit interne en conformité avec la recommandation 97/489/CE, les auteurs du projet feront bien d'indiquer chaque fois clairement dans l'exposé des motifs pourquoi, le cas échéant, ils dérogent à cette recommandation ou pourquoi ils ont décidé de ne pas tenir compte de certaines de ses dispositions » (avis de la section législation du Conseil d'Etat sur un arrêté royal relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments électroniques de transfert de fonds, n° 30472/1, p. 36).

24. Nous pensons par exemple à la question de la modification des plafonds de dépense autorisés que la recommandation ne règle pas mais que la loi touche à deux reprises aux articles 4, § 1^{er}, 4^e, et 6, 6^e.

25. Recommandation, article 1^{er}, § 1^{er}, b.

2. Analyse du texte de la loi

a. Le choix d'une loi particulière

Le projet de loi initial aurait dû être inséré, comme la précédente tentative de transposition, dans la loi sur les pratiques du commerce alors que les définitions figurant dans le projet, en particulier celle du titulaire, débordaient du cadre de cette loi de protection des consommateurs.

L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat fut très clair sur la question et se prononça sans équivoque pour une loi particulière : « compte tenu de la spécificité du champ d'application matériel des dispositions en projet et de son champ d'application personnel dérogeant à la loi du 14 juillet 1991, il n'est pas recommandé d'insérer les dispositions en projet dans la loi précitée. En effet, cette dernière règle, d'une manière générale, les relations entre le vendeur et le consommateur, ce qui implique que la cohérence de la législation – et dès lors la sécurité juridique – serait mise à mal s'il était inséré dans cette loi des dispositions dont le champ d'application est à ce point spécifique et dérogatoire qu'elles devraient être considérées comme étant tout à fait inadéquates pour cette loi et être censées ignorer l'économie et la structure interne de cette loi.

Au lieu d'être insérées dans la loi du 14 juillet 1991, les dispositions en projet devraient au contraire faire l'objet d'une loi autonome reproduisant, si nécessaire, les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 afin de les rendre applicables aux opérations visées dans le projet »²⁶.

Dans l'examen du texte, le Conseil d'Etat revient sur ce point et énonce une opinion sans appel : « pour les motifs énoncés au 2 des observations générales, les auteurs du projet feront bien de renoncer à insérer les dispositions en projet dans la loi du 14 juillet 1991. Le Conseil d'Etat, section de législation, s'abstiendra donc de formuler des observations légistiques quant à la manière dont le chapitre Vbis est inséré dans la loi précitée²⁷ ».

Le législateur s'est finalement rangé à l'avis du Conseil d'Etat et a présenté au Parlement un texte de loi autonome.

b. Définitions et champ d'application

Les définitions ont dû être difficiles à écrire comme c'est souvent le cas dans une loi qui porte sur des éléments électroniques et techniques. Il fallait qu'elles conservent la plus grande neutralité technologique possible afin que les termes ne soient ni datés ni imprégnés d'une technologie particulière. C'est pourquoi, par exemple, au terme « instrument de monnaie électronique », on a préféré celui d'« instrument rechargeable » (article 2.2°).

1. L'instrument de transfert électronique de fonds

On entend par instrument de transfert électronique de fonds, « tout moyen permettant d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique, une ou plusieurs des opérations suivantes :

- a) des transferts de fonds ;
- b) des retraits et dépôts d'argent liquide ;
- c) l'accès à distance à un compte ;

26. Avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur un arrêté royal relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments électroniques de transfert de fonds, n° 30472/1, pp. 39-40.

27. *Ibidem*, p. 44.

d) le chargement et le déchargement d'un instrument rechargeable»²⁸.

Sachant que le texte de la loi transpose la recommandation de la Commission européenne sur les instruments de paiement électronique, on peut s'étonner quelque peu du terme choisi par le législateur belge. En lisant l'exposé des motifs, il apparaît que le législateur a voulu élargir la définition à des opérations telles que les libéralités ou les transferts de compte à compte²⁹. Le terme même de transfert électronique de fonds est inspiré à la fois de la législation américaine (Electronic Funds Transfers Act) ainsi que des travaux de la C.N.U.D.C.I.³⁰.

La loi belge n'a pas utilisé la technique de renvoi vers le champ d'application comme le faisait la recommandation, mais elle a développé une définition fonctionnelle qui liste les différentes opérations concernées : il y a les transferts de fonds bien sûr mais également les retraits et dépôts d'argent liquide³¹, l'accès à distance à un compte (pour en consulter le solde par exemple) et enfin, le chargement et le déchargement d'un instrument rechargeable³². Cette technique législative nous paraît plus saine et plus claire.

En ce qui concerne le champ d'application, la loi y prévoit une restriction à l'article 3, § 1^{er}, 4^o selon lequel : «les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas (...) aux trans-

ferts de fonds réalisés à la suite d'un virement, un ordre de paiement ou une domiciliation initialement effectué manuscritement ». Pour être incluse dans le champ d'application de la loi, il faudra donc que l'opération ait été initialisée électroniquement.

L'origine de cette exclusion se trouve sans doute dans l'avis donné par le Conseil d'Etat sur la loi en projet, en effet, il avait fait remarquer qu'une telle définition induisait que presque toutes les opérations de paiement étaient concernées et que si c'était bien l'intention du législateur de procéder à une telle réforme du système de paiement, il aurait dû le mentionner plus clairement³³.

Le fait que les virements soient couverts a amené le Conseil d'Etat à faire remarquer aux auteurs du projet qu'il existait une législation sur les virements transfrontaliers et qu'il fallait prendre garde à la compatibilité de ces deux textes³⁴.

Il y a deux autres exclusions au champ d'application prévues par l'article 3, § 1^{er}, 1^o et 2^o. Il s'agit des transferts de fonds « réalisés par chèques et aux fonctions de garantie des transferts de fonds réalisés par chèque » ainsi que ceux « réalisés par lettre de change ».

Ces exclusions, par contre, sont bien inspirées du texte de la recommandation.

28. Article 2, 1^o.

29. Projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 1389/001, p. 5.

30. Commission des Nations unies pour le droit du commerce international et en particulier le *Legal Guide on Electronic Funds Transfers* de 1986.

31. Le fait de mentionner les dépôts d'argent liquide peut paraître surprenant, il faut préciser que certains établissements de crédit ont mis au point des systèmes permettant de faire des dépôt via leur système de self service.

32. On remarquera à la lecture de la loi que le législateur a réservé un sort tout à fait différent au chargement et au déchargement de l'instrument rechargeable le premier se fait via l'accès à un compte alors que le second se fait sans accès au compte. Pour cette raison, un régime différent sera appliqué aux deux types d'opérations.

33. Avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur un arrêté royal relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments électroniques de transfert de fonds, n° 30472/1, pp. 44-45.

34. *Idem*.

2. L'instrument rechargeable

2.1. Le concept technique

L'instrument rechargeable est l'un des concepts originaux de la loi. En effet, si l'on se reporte aux termes de la recommandation, c'est le terme d'instrument de monnaie électronique qui aurait dû s'y retrouver. Au moment de la publication de la recommandation, ce terme était très à la mode pour désigner un moyen de paiement tout neuf qui permettait le stockage d'unités sur un support³⁵ qu'il suffisait de décharger du nombre d'unités nécessaires pour effectuer un paiement. Des sociétés comme Mondex³⁶ ou Digidash annonçaient un âge nouveau pour les paiements. L'argument le plus séduisant était alors que ces unités, qui circulaient sur Internet, seraient comme de la monnaie fiduciaire et devraient d'ailleurs, à terme, la remplacer.

Pourtant, c'est en Belgique que se développa le plus sérieusement une expérience de ce « porte-monnaie électronique » sous le nom de Proton³⁷. Le système se matérialise sous la forme d'une carte équipée d'une puce sur laquelle le titulaire peut charger des unités de valeur, moyennant l'introduction d'un code et l'accès à distance à son compte. Pour payer, le titulaire introduit sa carte dans le lecteur mis à sa disposition par le commerçant et accepte simplement la transaction, ce qui provoque le déchargement du nombre d'unités de valeurs souhaité sans qu'un accès à distance à son compte ne soit nécessaire. Cette technique rend

l'instrument bon marché par rapport aux autres cartes (de débit ou de crédit) qui nécessitent un accès à distance au compte du titulaire et donc une communication téléphonique vers un serveur central. En fin de journée, ou lorsqu'il a accumulé un certain nombre d'unités, le commerçant transfère son « encaisse électronique » vers le réseau du gestionnaire de moyen de paiement.

Une analyse plus approfondie du système révèle une réalité différente de celle défendue par les « nouveaux économistes » de l'Internet. Selon ces derniers, une fois l'argent chargé, il vit sa propre vie comme de la monnaie fiduciaire sans devoir passer par un quelconque système de clearing, ce qui signifierait que le titulaire pourrait l'utiliser non seulement pour payer un commerçant qui accepterait la carte mais également transférer de l'argent sur une autre carte grâce à un petit lecteur portable³⁸.

Le système Proton est différent. En effet, une fois la carte chargée d'unités, contrairement à la croyance du public, l'argent n'a pas quitté la banque, mais seulement le compte du titulaire, pour être transféré sur un compte de float interne à la banque. Ce n'est que lorsque le détenteur de la carte aura déchargé des unités dans le terminal du commerçant et que celui-ci les aura envoyés vers le serveur central du système que le transfert se fera entre banques, pas avant. Il n'est pas évident de déterminer la nature juridique de cette opération. Diverses théories sont proposées qui vont de la dation en paiement³⁹ à la cession de créance⁴⁰ en pas-

35. Ce support pouvait être une carte à puce mais également le disque dur d'un ordinateur ce qui ouvrait toutes sortes de possibilités pour le paiement par Internet.

36. <http://www.mondex.com>. Pour plus d'informations sur le système tel qu'il était présenté à l'époque, voy. O. HANCE et S. DIONNE-BALZ, *The new virtual Money: Law and Practice*, pp. 19-24.

37. Pour une description complète du système, voy. F. MOURLON BEERNAERT, « Les cartes à mémoire prépayées (prepaid cards) : un nouvel instrument de paiement ? », *J.T.*, 1997, pp. 378-379.

38. *Ibidem*, p. 22.

39. J.-P. BUYLE, « Le paiement sur Internet », *J.T.*, n° 6000, 2001, p. 131. Ce numéro spécial est disponible sur Internet à l'adresse <http://www.larcier.be/jt6000>.

40. F. MOURLON BEERNAERT, « Les cartes à mémoire prépayées (prepaid cards) : un nouvel instrument de paiement ? », *J.T.*, 1997, pp. 380-381.

sant par la novation par changement de créancier⁴¹.

Sans approfondir cette question qui mériterait un article à elle seule, nous avouons notre préférence pour la théorie de la dation en paiement. Vu l'explication technique que nous avons donnée du système connu en Belgique, il apparaît clairement qu'au moment du déchargement de l'instrument chez le commerçant, celui-ci ne reçoit pas réellement de l'argent, mais des unités de valeurs qu'il pourra envoyer sur le réseau du gestionnaire du moyen de paiement. C'est à ce moment seulement que les unités électroniques seront converties en une somme d'argent correspondante et quitteront la banque du titulaire, pour être créditées sur le compte du commerçant.

2.2. Le choix du terme juridique

Comme nous l'avons déjà mentionné, la recommandation utilise le terme «instrument de monnaie électronique». Pourtant, ce terme a paru impropre au législateur belge qui l'a remplacé par le terme d'«instrument rechargeable».

De nos jours, les paiements s'effectuent soit en monnaie fiduciaire, c'est-à-dire les billets et pièces qui ont cours légal en Belgique. Soit en monnaie scripturale, qui consiste en «des avoirs à vos détenus par les particuliers, les entreprises et les autres entités juridiques auprès des établissements de crédit et de l'Office des chèques

postaux»⁴². L'ensemble de la doctrine s'accorde pour dire que les différents instruments de transfert électronique de fonds permettent simplement la mobilisation d'avoirs scripturaux. Cependant, lorsque l'instrument rechargeable est apparu, un doute a surgi, n'avait-on pas là affaire à une nouvelle sorte de monnaie, une monnaie électronique?

Cette possibilité paraît difficilement acceptable du point de vue juridique. La monnaie a trois caractéristiques essentielles : c'est «un instrument de paiement indéterminé, général et immédiat»⁴³. Le critère de généralité semble particulièrement difficile à remplir. En effet, l'instrument rechargeable ne permet pas de payer n'importe qui, n'importe où, n'importe quand. Le paiement se limite aux commerçants qui possèdent un terminal adéquat et ce pendant les heures d'ouverture. Un instrument comme la carte Proton ne permet d'ailleurs pas (ou pas encore) le transfert de carte à carte et partant le transfert d'unités entre particuliers.

De nombreux auteurs se sont érigés contre cette qualification de monnaie électronique⁴⁴, mais la meilleure explication est sans doute celle donnée dans l'exposé des motifs, qui cite une argumentation de Michel CABRILLAC : «l'utilisation du terme monnaie électronique repose sur un amalgame entre la cargaison et le véhicule. Les nouveaux produits ne sont que des modes de transfert d'une monnaie qui ne perd pas pour autant sa nature de monnaie scripturale»⁴⁵.

41. A. DEL MARMOL, *Note relative aux aspects juridiques du fonctionnement du système Proton*, p. 6.

42. E. WYMEERSH, «Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement», *Rev. Banque*, 1995, p. 17.

43. Définition donnée par J.H. DAVID, *La monnaie et la politique monétaire*, *Economica*, 1987, p. 7, citée par J.-P. BUYLE, «La carte de paiement électronique», *La banque dans la vie quotidienne*, éditions du Jeune barreau, 1986, p. 457.

44. F. MOURLON BERNAERT, qui considère cette qualification comme trompeuse, *op. cit.*, p. 379. A. BRUYNEEL, considère que «cette monnaie n'existe pas, il ne s'agit que de monnaie scripturale gérée électroniquement», «Le virement», *La banque dans la vie quotidienne*, éditions du Jeune barreau, 1986, p. 352.

45. M. CABRILLAC, «Monétique et droit du paiement», *Mélanges à Michel de Juglart*, L.G.D.C., 1986, p. 86, n° 7, cité dans le projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 1389/001, p. 10.

C'est donc à raison, selon nous, que le législateur a préféré le terme d'«instrument rechargeable» qui est une sous-catégorie des instruments de transfert électronique de fonds sur lequel des unités de valeurs sont stockées électriquement⁴⁶. Pourtant, une loi transposant un autre texte européen risque de venir jeter le trouble dans les terminologies utilisées en droit belge. En effet, la Belgique a transposé en février 2003⁴⁷ la directive européenne concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique⁴⁸. La loi introduit une définition de la monnaie électronique comme étant : «une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est stockée sur un support électronique, est émise contre la remise de fonds, et est acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur»⁴⁹.

Même si ce nouveau texte règle la question de l'accès à l'activité de l'émetteur alors que la loi règle celles relatives aux relations entre émetteur et titulaire, on peut se demander si la définition de la récente loi sur les instruments de transfert électronique de fonds ne va pas subir des dommages collatéraux dus à la transposition de la directive sur l'émission de monnaie électronique ? Le législateur belge n'a en tout cas pas profité de cette dernière transposition pour procéder à une quelconque modification de la loi.

2.3. Limitations du champ d'application

L'article 3 de la loi apporte deux restrictions au champ d'application de la

loi en ce qui concerne les instruments rechargeables. Tout d'abord, l'article 3, § 1^{er}, 3^o, exclut les transferts de fonds réalisés au moyen d'instruments rechargeables, sans accès direct à un compte pour le chargement et le déchargement, et qui ne sont utilisables qu'auprès d'un seul vendeur. Ce sont par exemple des cartes de photocopies qui peuvent être rechargées au guichet du magasin moyennant la remise d'une somme correspondante. Les risques présentés par un tel système sont limités à la somme chargée sur l'instrument, il a paru excessif au législateur d'imposer aux émetteurs de tels cartes les obligations de la présente loi.

L'article 3, § 2, apporte une seconde limitation au champ d'application dans le cas particulier où l'instrument rechargeable est utilisé sans accès direct au compte du titulaire. Comme le montre la description du fonctionnement de l'instrument rechargeable tel que nous le connaissons en Belgique, le moment où l'instrument est vulnérable, est celui du chargement car il y a un accès au compte du titulaire. Toutes les dispositions de la loi s'appliquent dans ce cas car le risque est potentiellement étendu au contenu du compte du titulaire.

Par contre, dans le cas contraire, le législateur a voulu alléger les obligations qui pèsent sur l'émetteur non seulement parce que le risque est limité mais aussi parce que dans certains cas, les obligations imposées à l'émetteur ne peuvent être remplies « pour des raisons techniques inhérentes au système ».⁵⁰ Les dispositions inapplicables

46. Article 2.2^o de la loi.

47. Loi du 25 février 2003 modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut des établissements de crédit, M.B., 7 mars 2003.

48. Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance de ces établissements, J.O.C.E., 27 octobre 2000.

49. Nouveau point 7^o introduit à l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut des établissements de crédit par la loi du 25 février 2003.

50. Chambre, *Doc. parl.*, sess. 50, 1389/001, p.15.

sont les articles 5, § 1^{er}, 6, 4^o et 7^o, 7, § 1^{er}, 1^o et 2^o et 8, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o et 3^o. Nous reviendrons sur ces exceptions au fur et à mesure de notre analyse de la loi.

3. L'émetteur

Tout comme la recommandation, la loi belge définit l'émetteur comme : « toute personne qui, dans le cadre de son activité commerciale, met un instrument de transfert électronique de fonds à la disposition d'une autre personne conformément à un contrat conclu avec celle-ci »⁵¹. Cette notion est définie de manière très large. Lors de l'élaboration de l'avant-projet de loi il fut un temps question de limiter la catégorie des émetteurs pour restreindre la faculté d'émission aux établissements financiers. Finalement, le législateur a opté pour une définition très proche de celle de la recommandation.

Cependant, ce texte pourrait faire croire (à tort) que l'émission de moyens de paiement est ouverte au premier venu. Dans le cas des unités de monnaie électronique l'émission en est réservée aux établissements de crédit en vertu de l'article 5bis de la loi du 22 mars 1993 introduit pas la récente loi du 25 février 2003⁵². La définition de l'établissement de crédit a été par la même occasion élargie aux entreprises dont l'activité consiste à émettre des instruments de paiement sous la forme de monnaie électronique⁵³. Pour obtenir ce statut, une entreprise devra donc respecter les conditions établies par la loi et obtenir un agrément de l'autorité compétente.

c. Obligations d'information de l'émetteur

1. Les obligations d'information préalables

Les obligations d'information de l'émetteur sont étendues et le législateur a pris soin d'en dresser une longue liste détaillée pour limiter les équivoques. L'émetteur doit par exemple communiquer les conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds avant la conclusion du contrat relatif à sa mise à disposition et son utilisation⁵⁴. Des précisions sont données concernant le contenu minimum de ces conditions et leur forme. En outre, la preuve de l'accomplissement de cette obligation d'information incombe à l'émetteur.

Concernant les informations proprement dites⁵⁵, une catégorie particulière retient notre attention, il s'agit de celle qui concerne les plafonds de retrait et leur modification. La loi dispose que les plafonds appliqués doivent être communiqués⁵⁶ et que l'émetteur doit mentionner que le titulaire a le droit de choisir des plafonds correspondant à ses besoins propres⁵⁷ et de les modifier sous certaines conditions.

Ce type d'information ne figurait pas dans le texte de la recommandation, son insertion dans la loi trouve sans doute son origine dans les mésaventures de consommateurs qui se sont fait voler leur carte et découvrent à la lecture de leur relevé bancaire que celle-ci a permis de retirer beaucoup plus d'argent qu'ils ne le pensaient car

51. Article 2, 3^o, de la loi.

52. Voy. *supra*, note 46.

53. Article 1^{er} alinéa 2, de la loi du 22 mars 1993, tel que modifié par l'article 3, 1^o, de la loi du 25 février 2003.

54. Article 4, § 1^{er}.

55. Article 4, § 2.

56. Article 4, § 1^{er}, 3^o.

57. Article 4, § 1^{er}, 4^o.

la banque a entre-temps modifié (à leur insu) le plafond de retrait.

Avant l'adoption de la loi, l'ombudsman des banques avait déjà tranché de nombreux litiges sur cette question en enjoignant à la banque de tenir compte de la limite de débit applicable au titulaire de la carte⁵⁸. L'insertion de cette obligation d'information dans la loi permettra sans doute de mettre bon ordre dans la gestion des plafonds de retrait et de forcer les émetteurs à donner une information correcte à leurs clients.

L'information préalable du consommateur est aussi l'un des soucis majeurs du législateur européen. Dans son souci de protéger le consommateur et de renforcer sa confiance dans le commerce électronique, il a dispersé des obligations d'information dans de nombreux textes et certains intéressent notre propos puisqu'ils incluent les services financiers dans leur champ d'application. Nous pensons en particulier à la directive concernant la commercialisation à distance des services financiers⁵⁹ qui contient des dispositions concernant l'information préalable du consommateur. Il faut espérer que, lors de la transposition de cette directive, des contradictions avec le texte que nous analysons ne seront pas introduites.

2. Autres obligations d'information

La loi prévoit également une obligation d'information périodique du titu-

laire à la suite des opérations effectuées au moyen de son instrument de transfert électronique de fonds⁶⁰. Il est à noter que ces informations ne doivent pas être communiquées aux titulaires d'instruments rechargeables lorsqu'ils ont utilisé leur instrument dans sa fonction de déchargement⁶¹, par contre ce titulaire doit avoir la possibilité de vérifier au moins les cinq dernières opérations qu'il a effectuées au moyen de son instrument rechargeable⁶².

Enfin, si l'émetteur se réserve le droit de modifier unilatéralement son contrat à durée indéterminée avec le titulaire, il doit l'informer deux mois avant la mise en application de toute modification des conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument. Le titulaire disposera d'un délai de deux mois pour dénoncer le contrat sans frais, mais en l'absence d'une telle dénonciation, il sera réputé avoir accepté les conditions modifiées⁶³.

d. Obligations respectives de l'émetteur et du titulaire

1. Obligations de l'émetteur

Dans son avis, le Conseil d'Etat avait attiré l'attention du législateur sur un aspect pratique important : la détermination de l'émetteur de l'instrument de transfert électronique de fonds. En effet, le système belge a ceci de particulier que la personne qui émet l'instrument est souvent différente de celle qui le met à la disposition du titulaire⁶⁴.

58. Exemple de jurisprudence, dans le cas d'un vol de carte de débit : une plaignante avait vu son compte débité de 20 000 BEF alors que le plafond prévu dans le règlement des opérations auquel elle avait adhéré prévoyait un plafond de 10 000 BEF. Après discussion avec l'ombudsman, la banque a accepté de s'en tenir au plafond de 10 000 BEF. (avis de l'ombudsman, Recueil 2000/1, n°00.1345, p. 33).

59. Directive 2002/65/CE précitée.

60. Article 5, § 1^{er}.

61. En vertu de l'article 3, § 2, qui exclut l'application de l'article 5, § 1^{er} aux opérations de déchargement d'un instrument rechargeable sans accès au compte du titulaire.

62. Article 5, § 3.

63. Article 5, § 4, alinéas 1^{er} et 2.

64. Avis de la section législation du Conseil d'Etat sur un arrêté royal relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments électroniques de transfert de fonds, n° 30472/1, p. 51.

Laquelle de ces personnes sera soumise aux dispositions de la loi ? Le Conseil d'Etat avait suggéré au législateur de préciser ce point dans l'exposé des motifs, ce que ce dernier n'a pas manqué de faire. Il précise que : « En réponse à cette demande [du Conseil d'Etat], on peut renvoyer à l'article 1^{er}, 3^o, de la présente loi, où la notion d'émetteur est définie essentiellement comme celle de cocontractant du titulaire. Il est logique que les obligations et la responsabilité définies aux articles susmentionnés s'imposent aux cocontractant du titulaire. Le cocontractant est en effet la seule partie à laquelle le titulaire peut avoir recours en cas d'exécution défectueuse ou de non-exécution des obligations qui pèsent sur lui en vertu de la présente loi »⁶⁵.

La première obligation de l'émetteur est de garantir le secret du numéro d'identification de l'instrument⁶⁶. Il s'agit d'une véritable obligation de résultat. L'exposé des motifs mentionne l'hypothèse où l'émetteur ne connaît pas le numéro car il est créé par un serveur automatiquement et sans intervention humaine⁶⁷.

L'émetteur doit également supporter les risques de l'envoi d'un instrument et s'abstenir de fournir un instrument non sollicité ou encore conserver un relevé interne des opérations pendant une période d'au moins cinq ans à dater de l'exécution des opérations⁶⁸. Cette dernière obligation n'est pas applicable à l'instrument rechargeable quand il est utilisé dans sa fonction de déchargement. Dans ce dernier cas, seul l'instrument rechargeable et le terminal du commerçant conserveront une trace de l'opération.

Une autre obligation importante de l'émetteur est la mise en place de moyens appropriés pour permettre au titulaire qui se serait fait voler son instrument, de le notifier et de conserver de cette notification une trace qui puisse servir de preuve en cas de contestation⁶⁹. Comme nous le verrons plus tard, la notification a une grande importance dans l'évaluation des risques encourus par chaque partie. En effet, après la notification, un titulaire de bonne foi est déchargé de tout risque.

Par ailleurs, dès cette notification, l'émetteur doit empêcher toute nouvelle utilisation de l'instrument sauf s'il s'agit du déchargement d'un instrument rechargeable. Il semble en effet qu'il soit à ce jour techniquement difficile (et coûteux) de bloquer des instruments rechargeables via les terminaux des commerçants. Lors du paiement avec un tel instrument, il n'y a pas de connexion vers le réseau du gestionnaire du moyen de paiement. Il n'y a donc pas de possibilité de confronter l'instrument avec une éventuelle liste des cartes auxquelles il a été fait opposition et de la bloquer, comme c'est le cas pour les autres instruments pour lesquels il y a une communication on-line au moment du paiement. Par contre, le chargement de l'instrument se faisant via l'accès à distance à un compte, la reconnaissance de la carte perdue ou volée et son blocage devraient pouvoir se faire sans problème.

Enfin, le législateur a apporté un soin particulier aux obligations de l'émetteur qui ont trait à la preuve. La recommandation contenait déjà une disposition concernant la charge de la

65. Projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, exposé des motifs, *Doc. parl., Ch., sess. ord.* 2001-2002, n° 1389/001, p. 24.

66. Article 6, 1^o.

67. *Ibidem*.

68. Article 6, 2^o à 4^o.

69. Article 6, 5^o.

preuve : « dans tout différend avec le titulaire, l'émetteur apporte la preuve que l'opération : a été correctement enregistrée et comptabilisée ; n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre défaillance »⁷⁰. La loi belge fait également supporter la charge de la preuve par l'émetteur mais elle soumet cette obligation à une condition : il faut que la contestation ait été notifiée à l'émetteur moins de trois mois après la communication au titulaire des informations relatives à cette opération⁷¹. Cette modalisation de la charge de la preuve par une condition de délais est assez nouvelle et trouvera sans doute quelques critiques parmi les puristes. Cependant, elle a l'avantage de forcer le titulaire à faire diligence et de l'empêcher de contester indéfiniment des opérations dont il a été informé.

Outre cette clause d'attribution de la charge de la preuve, le législateur a prévu la faculté pour le Roi de modaliser deux éléments de la preuve : d'une part, il peut imposer des règles auxquelles devra satisfaire la preuve à présenter⁷² et, d'autre part, établir une distinction en fonction de la nature de l'opération et de l'instrument de transfert électronique de fonds utilisé⁷³. Cette dernière possibilité peut sembler étrange à première vue, mais en y réfléchissant bien, elle est peut-être justifiée par la nature particulière de l'instrument rechargeable.

En effet, dans le cas d'un instrument classique comme une carte de crédit ou

de débit, l'émetteur ou ses fournisseurs de services détiennent la majorité des éléments qui seront utiles pour prouver le bon fonctionnement du système. Ils ont accès aux serveurs qui contiennent les enregistrements des opérations ainsi qu'aux éventuels distributeurs automatiques de billets. Comme les opérations opérées au moyen de ces cartes se font en ligne, il y a normalement une série d'enregistrements informatiques qui pourront être utilisés. Les choses sont différentes pour ce qui concerne l'instrument rechargeable dans le cas du paiement (déchargement) puisque celui-ci se fait hors ligne. A ce moment, l'émetteur n'a pas en sa possession un élément de preuve important : la carte du titulaire sur laquelle figure les traces des dernières opérations effectuées. Il sera peut-être utile dans ce cas de préciser le rôle du titulaire et sa collaboration éventuelle à la charge de la preuve.

2. Obligations du titulaire

Les obligations du titulaire sont moins nombreuses que celles de l'émetteur. Il doit utiliser son instrument conformément aux conditions d'utilisation et notifier la perte ou le vol de son instrument⁷⁴. Il doit également notifier toute opération imputée sur son relevé sans son accord ou toute erreur ou irrégularité dans la gestion de son compte dès qu'il en a connaissance. Ces deux dernières obligations ne sont pas applicables à l'instrument rechargeable dans sa fonction de déchargement puisqu'il n'y aura pas d'accès au compte du titu-

70. Recommandation, article 7.2, e.

71. Article 6, 8°, alinéa 1^{er}.

72. Article 6, 8°, alinéa 2.

73. Article 6, 8°, alinéa 3.

74. Cette obligation de notification concerne non seulement l'instrument de transfert électronique de fonds (et donc l'instrument rechargeable) mais également les moyens qui en permettent l'utilisation. On entendra par là le code secret mais également dans le cas d'une carte de crédit, le numéro apparent de la carte ainsi que sa date d'expiration. Car si l'on prend, par exemple, le cas de l'utilisation frauduleuse par un tiers du numéro de carte de crédit pour payer sur Internet, il n'est pas nécessaire que ce tiers ait volé l'instrument, les informations figurant sur la carte suffisent pour effectuer des paiements. L'exposé des motifs mentionne, quant à lui, le vol éventuel d'une signature digitale. Projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 389/001, p. 29.

laire et donc pas de traces de ces opérations dans son relevé de compte.

Le titulaire doit prendre les précautions raisonnables pour assurer la sécurité de son instrument et des moyens qui en permettent l'utilisation⁷⁵. Ces précautions peuvent être le fait de ne pas noter son code sous une forme aisément reconnaissable.

Enfin, la loi apporte une clarification importante dans cet article : elle instaure l'irrévocabilité des instructions données au moyen d'un instrument de transfert électronique de fonds sauf lorsque le montant de la transaction n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée⁷⁶. Auparavant, l'irrévocabilité des instructions de paiement, en particulier celles faites au moyen du numéro et de la date d'expiration d'une carte de crédit, n'était pas une chose très claire, en particulier à cause du fait que cette instruction n'était pas signée par le titulaire.

e. Responsabilités de l'émetteur et du titulaire

1. Responsabilité de l'émetteur

Les responsabilités de l'émetteur sont définies à l'article 7, il est bien entendu que l'émetteur ne peut être tenu pour responsable que si le titulaire a respecté ses obligations de prudence et de diligence dont nous parlerons ci-après.

Le paragraphe premier de l'article définit l'étendue de la responsabilité ; quant au paragraphe deux, il précise l'étendue de l'obligation d'indemnisation. Le paragraphe premier n'est pas applicable à l'instrument rechargeable

utilisé dans sa fonction de déchargement.

L'émetteur est responsable de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte des opérations que le titulaire a effectuées à l'aide de son instrument et à partir de terminaux agréés par l'émetteur, que ceux-ci soient placés sous son contrôle ou non. Il est également responsable des opérations effectuées sans l'autorisation du titulaire et de toute erreur ou irrégularité dans la gestion du compte de celui-ci. Enfin, et ceci ne figurait pas dans la recommandation, l'émetteur est responsable de l'utilisation d'un instrument contrefait par un tiers.

S'il est responsable, l'émetteur devra rembourser au titulaire dans les plus brefs délais la somme qui permettra de replacer le titulaire dans la situation financière dans laquelle il se trouvait avant l'exécution incorrecte, l'inexécution ou l'utilisation d'un instrument contrefait. En outre, l'émetteur sera aussi redevable des éventuels frais exposés par le titulaire pour déterminer le dommage indemnisable⁷⁷.

Même si le paragraphe premier de l'article n'est pas applicable à l'instrument rechargeable, le législateur a tout de même prévu dans ce même article une obligation d'indemnisation dans le chef de l'émetteur dans deux cas, celui de la perte de la valeur stockée sur l'instrument ou celui d'une perte financière résultant de l'exécution incorrecte d'une opération. Il faut que l'une ou l'autre soit due à un dysfonctionnement de cet instrument, dispositif ou terminal. Il faut bien sûr que ce dysfonctionnement n'ait pas été causé par le titulaire, soit sciemment, soit en violation de ses propres obligations.

75. Article 8, § 1^{er}, alinéa 2.

76. Article 8, § 1^{er}, alinéa 3.

77. Article 7, § 2.

Le paragraphe 2 de l'article 8 contient les dispositions les plus intéressantes de la loi, celles qui concernent la répartition des risques entre l'émetteur et le titulaire. Nous parlons volontairement de risques et non de responsabilité car il n'y a pas nécessairement de faute dans le chef des parties. Tout le système est articulé autour d'un moment clé, celui de la notification. Pour que le système fonctionne de façon optimale, il faut que cette notification soit faite au plus vite, le législateur a donc voulu que l'absence de notification ait des conséquences négatives pour la partie qui doit la faire.

Jusqu'à la notification, le risque encouru par le titulaire est plafonné à 150 EUR, sauf s'il a agi avec une négligence grave ou frauduleusement, auquel cas, aucun plafond n'est applicable.

Dans une précédente transposition de la recommandation⁷⁸, le législateur avait réservé un sort différent à la négligence grave et à la fraude, en appliquant un plafond plus élevé dans le premier cas et aucun plafond dans le second cas⁷⁹. Cette distinction avait le mérite de ne pas mettre sur le même pied fraude et négligence pour éviter des amalgames malsains. Hélas, la nouvelle loi ne fait plus cette distinction; un titulaire négligent sera donc traité comme un fraudeur, avant la notification. Cette distinction conserve son sens en ce qui concerne les risques encourus après la notification; dans ce cas, le

titulaire négligent est déchargé de tout risque contrairement au fraudeur.

Le législateur a tenu à préciser dans le texte même de la loi ce qu'il entendait par négligence grave : il s'agit par exemple du fait de noter son numéro de code sur l'instrument, sur un objet ou document emporté ou conservé avec l'instrument ou le fait de ne pas avoir procédé à la notification dès qu'il en a eu connaissance⁸⁰.

A l'alinéa suivant, le législateur introduit une disposition qui risque de provoquer un revirement de jurisprudence de l'ombudsman des banques. En effet, jusqu'à l'adoption de la loi, selon une jurisprudence constante, l'ombudsman a toujours considéré que si une carte de paiement était utilisée avec un code correct, cela signifiait que son titulaire avait dû communiquer d'une façon ou d'une autre ce code au voleur et s'était donc rendu coupable de négligence grave. Dans ce cas, l'ombudsman a uniformément considéré les plaintes comme non fondées.

A présent, il faudra compter avec le texte de la loi qui dispose que : « la production par l'émetteur des enregistrements visés à l'article 6, 8^o, et l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul titulaire, ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci ». ⁸¹ Le « juge » devra donc tenir compte de l'ensemble des circonstances de fait. L'émetteur gardera la possibilité de mentionner une série d'obligations supplémentaires de prudence dans ses conditions générales, mais il ne pourra y aggraver la charge de la preuve dans le chef du

78. Sous la forme de la section 9 du chapitre VI de la loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1991.

79. Article 81, § 5, alinéa 4 : « jusqu'à la notification, le consommateur est responsable des conséquences liées à la perte, au vol ou à l'utilisation frauduleuse par un tiers, de l'instrument de transfert électronique de fonds à concurrence de 150 EUR, sauf : si le consommateur a agi avec une négligence grave, à concurrence d'un montant à fixer par le Roi ; si le consommateur a agi frauduleusement ; en ce cas, aucun plafond n'est applicable ».

80. Article 8, § 2, alinéa 2.

81. Article 8, § 2, alinéa 3.

titulaire ni alléger celle dans son propre chef⁸².

Pour l'anecdote, nous mentionnons aussi deux petites coquilles qui se sont glissées dans les dispositions de ce paragraphe. En effet, à l'article 8, § 2, alinéas 3 et 4, il est question de consommateur. Faut-il comprendre que les protections mises en place par ces dispositions ne concernent que le consommateur, ou sont-ce des restes d'un projet qui eût dû initialement figurer dans les dispositions de la loi sur les pratiques du commerce ? En tout état de cause, si l'on interprète ces dispositions sensu stricto on en arrivera à une discrimination entre les titulaires consommateurs et ceux qui ne le sont pas.

2.2. Les dérogations

La loi introduit deux dérogations à ce régime de responsabilité. La première concerne l'instrument rechargeable et dispose que l'émetteur n'est pas responsable de la perte de la valeur stockée sur l'instrument, même après la notification et pour autant que la valeur susceptible d'être stockée sur cet instrument ne dépasse pas 125 EUR.

Le sort, en cas de perte ou de vol, des unités stockées sur un instrument rechargeable sera donc très semblable à celui de la monnaie fiduciaire volée ou perdue, elles ne seront pas remboursées⁸³. Ce régime ne subsistera cependant pas si le plafond de chargement de l'instrument passait au-dessus de la barre des 125 EUR, car dans ce cas, le législateur a considéré que les sommes en jeu deviendraient suffisamment importantes pour justifier un investissement de la part des émetteurs afin de

permettre le blocage des instruments rechargeables en cas de perte ou de vol.

La deuxième dérogation risque d'avoir d'importantes conséquences sur la vente à distance en général et le commerce électronique en particulier. En effet, l'article 8, § 4, dispose que : « par dérogation aux dispositions du § 2 du présent article, la responsabilité du titulaire n'est pas engagée si l'instrument de transfert électronique de fonds a été utilisé sans présentation physique et sans identification électronique. La seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout élément d'identification similaire n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du titulaire ».

Cette dérogation est directement inspirée d'une disposition de la recommandation (article 6, § 3) mais dans le texte belge, contrairement au texte européen, les conditions d'absence de présentation physique et d'identification électronique sont devenues cumulatives. Le but de cette disposition est d'encourager les émetteurs à mettre en place des systèmes sécurisés de paiement à distance qui permettent l'identification électronique à défaut d'une présentation physique. Qu'est-ce que l'identification électronique ? Ce n'est pas un simple code secret, il faut que ce système d'identification permette de vérifier que l'instrument est authentique et qu'il fait partie du système de transfert de fonds mis en place par l'émetteur⁸⁴. La signature digitale utilisée par exemple au travers d'un lecteur de carte individuel à disposition du titulaire serait l'un des moyens pour arriver à ce résultat.

82. Article 8, § 2, alinéa 4.

83. Nous notons au passage que si l'instrument rechargeable est perdu et que les unités ne sont pas utilisées, la contre-valeur de celles-ci restera donc acquise à la banque.

84. Projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2001-2002, n° 1389/001, p. 36.

f. Dispositions diverses

La loi contient encore différentes dispositions que nous citerons pour mémoire comme par exemple la délégation aux agents commissionnés par le ministre qui a les affaires économiques dans ses attributions de pouvoirs d'investigation et de constatation des infractions prévues par la loi⁸⁵. La loi a également prévu des sanctions pénales⁸⁶ ainsi qu'une action en cessation⁸⁷.

Par ailleurs, dans ses dispositions finales, la loi abroge les diverses dispositions qui traitaient également des paiements électroniques comme l'article 61 de la loi sur le crédit à la consommation et remplace l'article 81, § 5, de la loi sur les pratiques du com-

merce par une disposition qui se veut une transposition plus fidèle de la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance : « en cas d'utilisation frauduleuse d'un instrument de transfert électronique de fonds, visé à l'article 2, 1^o, a, b, ou c, de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instrument de transfert électronique de fonds, ou d'un instrument rechargeable dont la valeur susceptible d'être stockée est supérieure au montant de l'article 8, § 3, de la même loi le consommateur peut demander l'annulation du paiement effectué, sauf s'il a lui-même agi frauduleusement. En cas d'annulation, l'émetteur lui restitue les sommes versées dans les délais les plus brefs».

Conclusion

La Belgique a enfin transposé la recommandation européenne concernant les paiements électroniques. Il est vrai qu'elle a pris quelques libertés avec le texte d'origine, mais nous considérons que c'est au bénéfice de la clarté.

Ce texte va encore renforcer la protection des titulaires d'instruments de transfert électronique de fonds sans que ceux-ci doivent nécessairement être des consommateurs, ce qui rétablit une égalité bien justifiée entre les titulaires qui se retrouvent tous égaux devant la loi.

Il reste un danger, c'est celui de la transposition d'autres textes européens que nous avons évoqués comme la directive sur la commercialisation à distance des services financiers, celle concernant les émetteurs de monnaie électronique ou encore la directive relative à certains services de la société de l'information dite directive commerce électronique. Dans leur transposition, il se pourrait que ces textes modifient directement ou indirectement les dispositions de la loi du 17 juillet 2002.

85. Chapitre VI de la loi.

86. Articles 13 à 15.

87. Articles 16 et 17.