

CHRONIQUE

NOUVEAUX MOYENS DE PAIEMENT, BANQUE DIGITALE ET PROTECTION DES DONNÉES



PIERRE STORRER*
Avocat au Barreau
de Paris
Kramer Levin Naftalis
& Frankel LLP



MYRIAM ROUSSILLE
Agrégee des facultés
de Droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne
Affaires-Finance

Avec la participation d'Emmanuel Jouffin et Gonzague Percie du Sert, juristes de banque.

■ À PROPOS DE L'ARRÊT BAWAG PSK BANK

Par Pierre Storrer

Nous n'aimons guère commenter les arrêts, par trop pâteux, de la Cour de Justice de l'Union européenne. Mais, enfin, celui-ci est important, rendu le 25 janvier 2017 dans l'affaire C-375/15, BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG c/ Verein für Konsumenteninformation. Car il intéresse directement la matière de la banque digitale (et de la néo-banque digitale) et, de surcroît, revêt une grande importance pratique dans la relation entre les prestataires de services de paiement et leurs clients.

En l'espèce, une clause du site Internet de banque en ligne de BAWAG prévoyait que « le client qui a souscrit à l'e-banking reçoit les communications et les messages (en particulier, les messages relatifs au compte, les extraits de compte, les relevés de cartes de crédit, les communications de modification, etc.) que la banque doit fournir au client ou mettre à la disposition de ce dernier par la poste ou au moyen d'une consultation ou d'une transmission par voie électronique dans le cadre du système e-banking de [BAWAG] ». Question préjudicielle fut alors posée à la Cour de Justice de savoir si une telle communication au moyen d'une boîte à lettres électronique intégrée au site de banque en ligne vaut fourniture d'informations, de conditions ou de modifications sur support durable au sens de la directive concernant les services de paiement¹ (DSP).

D'usage courant en droit de la consommation², la notion de support durable (« équivalent fonctionnel » du support papier³) est aussi connue de la DSP, qui la définit en son article 4, 25) comme « tout instrument permettant à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à leur finalité et reproduites à l'identique »⁴. Elle intervient aux articles 36 et 41 (information générale préalable), 43 (accès aux informations et aux conditions associées au contrat-cadre) et, par renvoi, à l'article 44 (modification des conditions du contrat-cadre)⁵; dispositions qui doivent être lues au regard des considérants 24 et 25, le premier d'entre eux surtout, aux termes duquel « les exigences en matière d'information préalable sur les contrats cadres devraient être très détaillées et ces informa-

2. L'arrêt de référence est sans doute CJUE, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, Content Services Ltd : « L'article 5, paragraphe 1, de la 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, doit être interprété en ce sens qu'une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni "fournies" par cette entreprise ni "reçues" par le consommateur, au sens de cette même disposition, et qu'un site Internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un "support durable" au sens dudit article 5, paragraphe 1. »

3. Arrêt précit., points 40 et 42.

4. Définition reprise à l'identique à l'article 4, 35) de la directive (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015, dite DSP 2.

5. On trouve ces prescriptions transcrites à l'article L. 314-13 du CMF.

* Les propos de l'auteur n'engagent que celui-ci.

1. Dir. 2007/64/CE, 13 nov. 2007.

tions devraient toujours être fournies sur support papier ou sur un autre support durable, tel que les extraits imprimés par les automates bancaires, les disquettes, les CD-ROM, les DVD et les disques durs d'ordinateurs personnels sur lesquels le courrier électronique peut être stocké, ainsi que les sites Internet, à condition que ceux-ci puissent être consultés ultérieurement pendant une période adaptée aux fins auxquelles les informations sont destinées et permettent la reproduction à l'identique des informations stockées ».

La question soumise au juge européen était en réalité double : à quelles conditions une boîte mail de banque en ligne peut-elle constituer un support durable ? une information communiquée sur une boîte mail de banque en ligne est-elle « fournie » ou seulement « mise à disposition » ? Les réponses sont positives, mais les conditions strictes. Sur le premier point, l'arrêt énonce que le site de banque en ligne doit permettre à l'utilisateur de stocker les informations qui lui ont été personnellement adressées de manière qu'il puisse y accéder et les reproduire à l'identique, pendant une durée appropriée, sans qu'aucune modification unilatérale de leur contenu par le prestataire de services de paiement ou par un autre professionnel ne soit possible. Quant à l'action de fournir une information, poursuit la Cour, « si l'utilisateur de services de paiement est obligé de consulter ledit site Internet afin de prendre connaissance desdites informations, la transmission de ces informations est accompagnée d'un comportement actif du prestataire de services de paiement destiné à porter à la connaissance de cet utilisateur l'existence et la disponibilité desdites informations sur ledit site Internet ». Étant ajouté que, dans cette hypothèse, les informations seront considérées comme « simplement mises à disposition » – et donc non fournies – lorsque leur transmission ne sera pas accompagnée

d'« un tel comportement actif » du prestataire de services de paiement⁶.

Qu'est-ce à dire concrètement ? Eh bien, d'abord, qu'il ne suffit pas de créer une boîte mail personnelle à chacun des utilisateurs des services de banque en ligne, puisque la communication d'informations sur celle-ci ne vaudrait que mise à disposition. De sorte, ensuite, que l'on s'orienterait vers un système « en deux temps », comme l'a suggéré l'Avocat général Michal Bobek au point 79 de ses conclusions : « Un système peut être mis en place qui garantit qu'un avis ou un message d'alerte est envoyé à l'adresse électronique privée du consommateur (ou un SMS sur leur téléphone personnel, ou même une simple lettre d'alerte), l'avertissant que de nouveaux messages sont disponibles dans la boîte mail de sa banque en ligne. Une telle procédure serait, selon moi, un complément approprié aux informations communiquées par une boîte mail de la banque en ligne sur un support durable, de sorte à constituer une "fourniture" d'informations »⁷. Mais à quoi bon, alors, créer une boîte mail personnelle à chacun des utilisateurs de la banque en ligne si celle-ci ne permet pas de lui « fournir » utilement les informations contractuelles ? ■

Achévé de rédiger le 11 mars 2017.

6. Comp. DSP, cons. 27 : « [...] la présente directive devrait distinguer deux modalités selon lesquelles le prestataire de services de paiement est tenu de fournir les informations : soit le prestataire de services de paiement devrait fournir, c'est-à-dire communiquer activement, les informations au moment opportun, comme requis par la présente directive, sans autre sollicitation de la part de l'utilisateur de services de paiement, soit les informations devraient être mises à la disposition de l'utilisateur de services de paiement, compte tenu de toute demande d'informations complémentaires qu'il pourrait formuler ».

7. Voir aussi le point 51 de l'arrêt lui-même.

■ L'ARRÊT BAWAG PSK BANK DE LA CJUE AU REGARD DE LA NOTION DE SUPPORT DURABLE ET SES RÉPERCUSSIONS PRATIQUES

Par Emmanuel Jouffin et Gonzague Percie du Sert

Notion de support durable en droit français. Le support durable est une alternative au support classique, le papier, tant en ce qui concerne la phase précontractuelle que le contrat en lui-même¹. Pour répondre aux nécessités technologiques, le législateur français a dû se résoudre à incorporer la notion en droit positif². Ainsi, constitue un support durable « tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement afin de pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant

un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées »³. Cette définition est fidèle à celle, avant-gardiste, issue des textes européens⁴.

Elle ne règle pas pour autant la question de savoir quels sont ces supports, autres que le papier, qui peuvent être qualifiés de durables. La lecture des textes européens donne une première liste de supports : disquettes, CD-Rom, DVD et disque dur de l'ordinateur⁵, clefs USB, carte mémoire et courriel⁶. Cette énumération n'est

3. Article L. 221-1 3° (anciennement L. 121-16 3°) du Code de la consommation.

4. Cf. notamment : article 2 f. de la directive 2002/65/CE relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès de consommateurs ; article 2 § 12 de la directive 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance ; article 3 m. de la directive 2008/48/CE relative aux contrats de crédit aux consommateurs ; article 2 § 10 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

5. Article 2, § 12, al. 2, de la directive 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance.

6. Considérant 23 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

1. Cf. notamment : article L226-1 (anciennement L121-28) du Code de la consommation ; article 5 § 1 de la directive 97/7/CE sur la vente à distance.

2. Article 9 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la Consommation, dite loi Hamon.

pas limitative : la pratique et la jurisprudence peuvent qualifier de durable d'autres supports. La question s'est ainsi posée au cas particulier des sites d'*e-banking*, ce qui nécessite au préalable de vérifier que les conditions de durabilité du support soient remplies. C'est l'un des apports de l'arrêt rendu par la CJUE dans l'affaire BAWA, le 25 janvier 2017.

Avant de s'attarder sur les critères de caractérisation du support durable, rappelons quelques principes civilistes. Tout d'abord, l'article 1119, alinéa 1, du Code civil énonce le principe selon lequel « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées ». De même, l'article 1127-1 (anciennement 1369-4), alinéa 1, de ce même code prévoit que la proposition de prestation de services par voie électronique faite à titre professionnel implique une mise à disposition des stipulations contractuelles applicables d'une manière « qui permette leur conservation et leur reproduction ».

Conditions d'équivalence entre un support papier et un support durable. Dans l'esprit des législateurs français et européen, le support durable est conçu comme un substitut au support papier, ce qui induit que les supports concernés sont « fonctionnellement équivalents ». À l'occasion d'une question préjudicielle sur l'interprétation de la directive 97/7 du 20 mai 1997 relative au contrat à distance, la CJUE a été amenée, en 2012, à affirmer que pour être équivalents et assurer la protection efficace des co-contractants, le support durable doit remplir les mêmes fonctions que le support papier, que ce soit en termes d'information, de preuve ou pour faire valoir leurs droits⁷. Elle en a déduit, par la suite, que pour être qualifié de « durable » le support doit offrir au co-contractant « la possibilité de stocker les informations qui lui ont été adressées personnellement, la garantie de l'absence d'altération de leur contenu ainsi que leur accessibilité pendant une durée appropriée, et la possibilité de les reproduire telles quelles. »⁸

Cas des informations contractuelles fournies par lien hypertexte. Dans la décision rendue en 2012⁹, la CJUE avait à préciser la notion de « support durable » dans le contexte d'un contrat, conclu à distance, de téléchargement de logiciels. La société Content Services proposait lors de la passation de commande aux internautes de cocher une case portant acceptation des CGV et renonciation au droit de rétractation. Aucune information sur le droit de rétractation n'était disponible à ce stade. Pour en obtenir, l'internaute devait cliquer sur un lien présent sur le formulaire d'inscription. Le contrat ne pouvait être conclu tant que la case n'était pas cochée par l'internaute. Une fois le contrat conclu, l'internaute recevait un *e-mail* contenant un lien vers un site Internet et des données (nom d'utilisateur et mot de passe) permettant de s'identifier

sur ledit site. Là encore, l'information sur le droit de rétractation n'apparaissait que si l'on cliquait sur un lien présent dans l'*e-mail* renvoyant à un site Internet. La question posée à la Cour était de savoir si le renvoi par un hyperlien vers un site Internet pour obtenir les informations exigées aux termes de la directive 97/7¹⁰, notamment sur le droit de rétractation, suffisait pour remplir le critère de fourniture des informations sur un « support durable ».

Les juges ont donc examiné si au cas d'espèce les informations exigées avaient été « fournies » ou « reçues » par le consommateur. Ils ont relevé que si le professionnel envoie par *e-mail* un lien au consommateur, celui-ci doit agir et cliquer sur le lien pour accéder au contenu et donc aux informations. Or, ils ont considéré que, dans un souci de protection du consommateur dans le cadre des contrats conclus à distance, la « réception » de l'information suppose un comportement passif du consommateur. Dès lors, les juges ont décidé que lorsque les informations disponibles sur le site Internet du professionnel n'étaient accessibles pour le consommateur qu'en cliquant sur un lien alors lesdites informations n'étaient ni « fournies », ni « reçues », au sens de la directive précitée.

Les juges ont ensuite examiné si le site Internet, accessible par le lien et présentant les informations exigées pouvait être considéré comme un « support durable ». Selon eux, le « support durable » doit garantir au consommateur, de manière analogue à un support papier, la possession des informations exigées, pour lui permettre de faire valoir, si besoin, ses droits¹¹. Le « support durable » doit notamment garantir l'absence de modification possible de son contenu. Ce critère faisait défaut au cas d'espèce puisqu'il était possible pour le vendeur de modifier unilatéralement le contenu des informations disponibles.

Dès lors, le site Internet litigieux, accessible par un lien, ne constituait pas un « support durable ».

Cas de l'espace Internet *e-banking* d'une banque – Intégrité. Les juridictions européennes retiennent par ailleurs qu'un site Internet peut être qualifié de « durable » dès lors qu'il remplit toutes les conditions de durabilité précédemment citées¹², ce qui les conduit à introduire une distinction. Les sites Internet « ordinaires » ne peuvent être qualifiés de durable, puisqu'ils peuvent être modifiés par leurs propriétaires¹³ et qu'ils ne remplissent donc pas la condition d'intégrité. En revanche, le site Internet qui offre une fonction équivalente à celle de coffre-fort électronique remplit les conditions de support « durable », dès lors qu'il ne permet au professionnel ni de modifier les informations qu'il contient, ni de les supprimer, quand bien même

7. CJUE 5 juillet 2012, n°C-49/11, *Content Services*, pts 41 à 43.

8. CJUE 9 novembre 2016, n°C-42/15, *Home Crédit Slovakia*, pt 35.

9. CJUE, 3^e ch., 5 juillet 2012, aff. n°C-49/11, *Content Services Ltd.*

10. Article 4 f. de la directive 97/7/CE substitué par l'article 6 §1 h. de la directive 2011/86/UE.

11. CJUE 9 novembre 2016, n°C-42/15, *Home Crédit Slovakia*, pt 35.

12. EFTA Court 27 janvier 2010, n°E-04/09, *Inconsult Anstalt* et CJUE, 25 janvier 2017, n°C-375/15, *BAWA*, pt 44.

13. EFTA Court 27 janvier 2010, n°E-04/09, *Inconsult Anstalt*, pt 63.

il l'héberge¹⁴. Tel est le cas d'un espace de banque en ligne offert par un établissement bancaire à ses clients sur lequel la banque stocke, notamment, des relevés de compte, des contrats ou des informations précontractuelles¹⁵.

Cas de l'espace Internet e-banking d'une banque – Informations adressées personnellement. Toutefois, l'apport majeur de l'arrêt BAWA¹⁶ du 25 janvier 2017 est de préciser dans quelle mesure la notion de fourniture de l'information prévue par la directive Services de paiement¹⁷ peut être réalisée par le truchement d'un site Internet durable. La Cour précise que la notion de « fourniture » exige un comportement positif de la banque vers son client. En d'autres termes, la banque doit communiquer au client les informations que les textes lui imposent de délivrer. Pour ce faire, elle doit porter à la connaissance du client l'existence et la disponibilité des informations qu'elle leur transmet par le biais de son site de banque en ligne¹⁸. Cette action peut être réalisée par l'envoi d'une lettre ou d'un courriel. Dans ce dernier cas, l'adresse choisie ne doit pas être celle octroyée par la banque au client, dans la mesure où le client ne l'utilise pas pour sa communication

habituelle avec d'autres personnes que sa banque¹⁹. À défaut, l'information n'est pas fournie au sens de la directive.

Conséquences pratiques. Lorsque la banque procède à l'information de son client par le biais exclusif d'un service de banque en ligne (espace *e-banking* ou boîte mail interne), sans recourir en parallèle à d'autre moyen pour remettre à ses clients sa documentation contractuelle et commerciale (relevés de compte, contrats...) et pour l'informer des évolutions à intervenir, deux conditions doivent être respectées. Le site doit avoir la qualité de support durable notamment au regard de l'inaltérabilité et de l'accessibilité dans le temps, et, le cas échéant, postérieurement à la fin de la relation contractuelle. Par ailleurs, pour respecter ses obligations légales en termes de « fourniture » de l'information, la banque doit informer le client, par courrier, SMS ou courriel, de la mise à disposition d'un nouveau document dans son espace e-banking. À cette fin, l'adresse électronique utilisée doit être le courriel propre au client. Sauf indication contraire du client, ce devrait être son adresse courriel personnelle et non l'adresse fournie par la banque. Les courriels adressés sur le service de messagerie interne de la banque conservent de leur intérêt pour rapporter, de façon complémentaire, la preuve de la prise en compte par le client de l'information qui lui a été adressée. ■

14. EFTA Court 27 janvier 2010, n°E-04/09, *Inconsult Anstalt*, pt 66.

15. CJUE 25 janvier 2017, n°C-375/15, BAWA, pt 44.

16. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse (BAWA).

17. Articles 36 § 1 et 41 § 1 de la Directive 2007/64/UE.

18. CJUE 25 janvier 2017, n°C-375/15, BAWA, pts 48 et 50.

19. CJUE 25 janvier 2017, n°C-375/15, BAWA, pt 51.