

Les aspects juridiques de l'e-banking

HERVÉ BOUILHOL
Responsable du droit bancaire général
Société générale



Comment le banquier peut-il respecter les contraintes légales d'identification de ses clients dans un contexte internet ? Quelles informations doit-il leur fournir et selon quelles modalités ? Peut-il réaliser indistinctement toutes opérations bancaires en ligne ? Quel est enfin le droit applicable à celles-ci ? Celui du pays dans lequel réside le client, ou celui du lieu d'établissement de la banque ? Telles sont quelques unes des principales questions que pose la pratique de l'e-banking au juriste. Elles ont été évoquées lors d'une intervention dans le cadre des matinées Banque & Droit, le 17 octobre 2000, dont le texte est ici reproduit.

La banque à distance et plus largement la vente de produits financiers en ligne sont appelées, chacun en est convaincu, à un bel avenir.

Elles ne se développeront toutefois pleinement que lorsque seront maîtrisées les difficultés juridiques qu'elles soulèvent, les règles de droit existantes pouvant se révéler difficiles à appliquer dans un contexte internet.

En voici quelques exemples parmi les plus significatifs :

I L'identification du client. L'ouverture d'un compte à distance via Internet

1. Les contraintes de vérification de l'identité et du domicile

En France, tout banquier doit, préalablement à l'ouverture d'un compte, quelle qu'en soit la nature, procéder à un certain nombre de vérifications portant sur l'identité mais aussi sur le domicile du postulant. Ces contraintes résultent :

- d'une part, de la réglementation relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux (cf. art. 12 de la loi n° 90-614 du 16 juillet 1990 et art. 3 du décret n° 91-160 du 13 février 1991) ;
- d'autre part, de l'article 33 du décret du 22 mai 1992 pris pour l'application du décret-loi du 30 octobre 1935 modifié sur le chèque.

La vérification d'identité doit, en application de ces textes, être effectuée au moyen des documents suivants :

- s'agissant d'une personne physique : un document officiel portant sa photographie ;
- pour une personne morale : l'original ou la copie certifiée conforme de tout acte ou extrait de registre officiel contenant sa dénomination, la forme juridique et le siège social, ainsi que les pouvoirs des personnes agissant au nom de la personne morale.

La même obligation de vérification d'identité pèse sur l'organisme financier dans le cas de clients occasionnels réalisant des opérations dont la nature et le montant sont précisés par le décret du 13 juin 1991 (somme supérieure à 50 000 francs, location de coffre).

De plus, si l'organisme financier suspecte que son interlocuteur pourrait ne pas agir pour son propre compte, il doit se renseigner sur l'identité du bénéficiaire ou du donneur d'ordre véritable et demander à cet effet la présentation de tout document ou justificatif nécessaire.

2. L'importance de cette question et les difficultés qu'elle soulève dans le cadre du e-banking

Il s'agit d'une question d'une particulière importance puisque toute insuffisance dans le domaine des vérifications préalables à l'ouverture d'un compte, et tout particulièrement concernant l'identification du client, est susceptible :

- d'engager la responsabilité civile de la banque à raison des fraudes qu'elle aura permis (utilisation du compte

pour encaisser des moyens de paiement frauduleusement détournés, utilisation des moyens de paiement remis au détriment de commerçants et autres bénéficiaires...);

- d'engager également sa responsabilité pénale au titre du blanchiment si le compte ouvert a servi à cet effet (1) ;
- d'altérer l'image de la banque sachant qu'une insuffisance touchant une procédure de banque à distance peut faire naturellement plus de dégâts qu'une insuffisance ponctuelle au niveau d'un guichet.

Or, dans le cas d'ouverture de compte en ligne, les vérifications nécessaires rencontrent certaines difficultés :

- lorsque le postulant est une personne physique, comment vérifier son identité sachant que les personnes physiques répugnent à se dessaisir des documents originaux dont la présentation est requise et que la présentation d'un document officiel comportant la photographie de l'intéressé implique une vérification de la concordance entre cette photographie et la physionomie du présentateur dont la présence physique s'impose donc ;
- d'autre part, la communication de photocopies de documents justifiant du domicile rend plus aisée la fraude, sur ce point, qu'une communication d'originaux ;
- enfin, comment toutes les vérifications ci-dessus peuvent-elles être correctement effectuées s'agissant de postulants étrangers non-résidents ?

3. Les solutions envisageables concernant le contrôle de l'identité et du domicile

A - La solution d'adossement à des vérifications effectuées par d'autres

Les deux pièces maîtresses de ce dispositif sont :

- d'une part, l'exigence de la remise d'un chèque tiré sur la banque actuelle du postulant. L'idée est de profiter ainsi de vérifications, en principe, déjà effectuées par la banque actuelle ;
- d'autre part, l'envoi en recommandé d'un dossier. Certes, cette solution ne vaut pas la présentation physique de l'intéressé et de l'original de sa pièce d'identité. Il n'empêche que la vérification d'identité effectuée par La Poste, même si elle n'est pas toujours fiable, a le mérite d'exister.

Au demeurant, la présentation physique de l'intéressé n'est pas toujours une garantie en pratique, d'habiles usurpateurs arrivant à se faire ouvrir des comptes.

L'envoi en recommandé marque, en outre, une supériorité en ce qui concerne la vérification du domicile par rapport à la pratique actuelle d'envoi de la lettre d'accueil sous pli simple.

Dans ce schéma, le spécimen de signature sera reçu sur le document établi par le système et rempli par le postulant.

L'ouverture du compte sera suspendue à la réalisation des vérifications à la charge de la banque, lesquelles comportent également l'interrogation du Fichier central des chèques (FCC).

Le point faible de ce dispositif est l'absence de vérification de l'identité du postulant, en sa présence, au moyen de l'original d'un document officiel comportant sa photographie.

Il faut savoir, à cet égard, que si les précautions évo-

quées paraissent de nature à limiter sensiblement les risques d'incidents, la responsabilité de la banque pourra néanmoins être recherchée pour méconnaissance des textes en cas de fraude.

B - La solution passant par une ouverture du compte en deux temps

Cette solution remédie au point faible de la précédente en combinant une demande d'ouverture de compte à distance et une régularisation obligatoire du dossier auprès d'un guichet. Ceci implique évidemment que la banque dispose d'un réseau sauf à passer par des accords avec des banques en ayant un.

Concrètement, le postulant expédie sa demande accompagnée de ses justificatifs et doit ensuite impérativement se présenter à un guichet avec sa pièce officielle d'identité dans un délai permettant à la banque d'effectuer ses vérifications (FCC notamment). C'est à ce moment que le compte est ouvert en central ou même au guichet en cause, le spécimen manuscrit de signature recueilli, les moyens de paiement remis et les originaux des justificatifs restitués.

Certes, cette procédure dégradée n'a pas totalement la modernité de la précédente, mais elle peut se recommander de la sécurité juridique et n'est pas trop contraignante lorsque la banque dispose d'une couverture territoriale permettant cette façon de faire. Le déplacement à La Poste pour rechercher le recommandé dans le cas de la première solution n'est pas moins lourd.

C - Le recours à des autorités de certification

L'idée serait de sous-traiter à ces autorités l'identification des postulants, sachant qu'elles sont amenées à effectuer la vérification d'un certain nombre d'informations concernant la personne demandant l'octroi d'un certificat de clé publique de signature électronique, notamment quant à l'identité de l'intéressé.

Cette solution permettrait aux organismes financiers sans réseau, d'ouvrir des comptes à distance, sous réserve de l'évolution de la réglementation et de l'adoption d'une politique de certification ad hoc. Probablement, l'autorité de certification devrait-elle être accréditée.

En tout état de cause, il faut, à mon avis, admettre que le contrôle de l'identité d'une personne physique puisse être délégué sous la responsabilité du délégant.

En conclusion sur ce point et dans l'attente de la mise en place d'autorités de certification accréditées susceptibles d'effectuer le contrôle de l'identité, ou même celui du domicile, seules les deux premières solutions sont actuellement utilisables. Au besoin, elles peuvent être offertes concurremment.

Afin de limiter les risques, des précautions complémentaires peuvent être mises en œuvre, telles que : la surveillance du compte dans le mois suivant l'ouverture ; des vérifications supplémentaires en cas de demande pressante de décaissement dans la foulée d'une grosse remise ; l'utilisation de logiciels de détection d'anomalies.

4. Le cas particulier de l'e-brokerage

Conscient des difficultés que peuvent représenter pour les courtiers en ligne la vérification de l'identité de

leurs clients dans un environnement Internet, le CMF a prévu des dispositions qui leur permettent de remplir leurs obligations sans rencontre physique avec les clients.

L'intermédiaire financier qui souhaite établir une relation d'affaires exclusivement au travers d'Internet avec un client nouveau doit ainsi recevoir préalablement de celui-ci :

- une photocopie d'une pièce d'identité en cours de validité (passeport, carte d'identité, permis de conduire) ;
- un relevé d'identité bancaire ou un chèque annulé ;
- un justificatif de domicile.

Il doit ensuite confirmer au nouveau client qu'il a bien reçu les documents mentionnés, ci-dessus, en lui adressant une lettre avec avis de réception.

Par cet envoi, il établit la réalité du domicile qui lui a été communiqué (art. 4 de la Décision générale du CMF n° 99-07).

Il s'agit-là d'un assouplissement de la procédure de vérification d'identité motivé par un souci de réalisme, mais dont l'excellent rapport de l'AFEI d'octobre 2000 note bien les limites, notamment au regard de la réglementation sur le blanchiment. La hiérarchie des normes est en effet en faveur de cette dernière.

Là encore, la sécurité juridique pourrait à terme venir de la certification de signature électronique.

Dans l'immédiat, les e-brokers ne souhaitent évidemment pas de modification à la procédure instituée par le CMF.

II L'information de la clientèle

Le consommateur, chacun en est convaincu, doit disposer d'une bonne connaissance des conditions de son engagement dans un environnement Internet.

C'est un élément essentiel de sa protection qui constitue une préoccupation majeure des autorités.

L'idée générale est que l'utilisation de techniques de communication à distance ne doit pas conduire à une diminution de l'information fournie au consommateur.

Par ailleurs, il convient que celui-ci reçoive, en temps utiles, et de façon à pouvoir être conservées, les informations nécessaires à la bonne exécution du contrat.

Je ne m'attacherai ici qu'aux exigences propres à la commercialisation à distance en laissant de côté ce qui pourrait concerner le produit lui-même.

En outre, je me concentrerai sur les exigences élaborées au niveau européen, le droit français n'ayant pas encore intégré le phénomène Internet en ce qui concerne les informations à fournir au consommateur, à l'exception de quelques textes CMF-COB.

1. Le contexte réglementaire européen

Contrairement au droit français, le droit européen est d'ores et déjà assez riche sur la question évoquée puisqu'elle est traitée dans plusieurs directives et projets de directives :

- il s'agit, d'une part, de textes qui concernent la vente à distance quel qu'en soit le moyen : ce sont la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (hors services financiers), et son pendant pour les services financiers, la proposition de directive sur la commerciali-

sation à distance des services financiers, qui fait aujourd'hui l'objet d'après discussions ;

- il s'agit d'autre part de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite «directive commerce électronique» qui vise spécifiquement les activités en ligne.

Déterminer les exigences à satisfaire en matière d'information de la clientèle revient à conjuguer ces textes, tout au moins dans les relations avec les consommateurs, car si la «directive commerce électronique» intéresse la clientèle en général, les autres textes précités ne concernent que les relations avec les consommateurs.

Au préalable, un mot doit être dit de la proposition de directive commercialisation à distance de services financiers.

Ce texte, qui présentait la particularité intéressante de reposer sur un principe d'harmonisation maximale de nature à éviter des distorsions de concurrence dans le domaine harmonisé, est aujourd'hui bloqué par suite de divergences entre les Etats membres sur le problème précisément du niveau d'information préalable du consommateur.

Pour débloquer la situation et avec pour objectif l'adoption de la directive avant la fin de l'année, la Présidence française vient de faire de nouvelles propositions dont je ne retiens ici que les dernières.

L'harmonisation maximale ne concernerait plus qu'une liste d'informations générales : informations relatives à l'identité et à l'activité du prestataire, la devise utilisée, la durée de validité des informations fournies, l'existence d'un système de garantie des consommateurs, le droit de rétractation, etc.

En revanche, les informations spécifiques concernant les caractéristiques du service, le prix et les commissions, les modes de paiement et d'exécution du service, devraient être fournies dans le respect de la législation communautaire régissant les services financiers et des législations nationales.

Il en irait de même des informations supplémentaires requises par la législation communautaire, une liste indicative de ces dispositions étant fournie en annexe du texte.

En conséquence de ce dispositif, le prestataire qui entendrait offrir ses services à des consommateurs ressortissants d'autres Etats membres, devrait donc se conformer à la législation des pays en cause s'agissant des informations non harmonisées comme le précise l'article 16 bis du texte proposé par la France.

Cette solution qui ne va pas précisément dans le sens du marché intérieur et ne s'inscrit pas dans la logique de la «directive commerce électronique», qui prévoit l'application de la loi du pays du prestataire pour tout ce qui est en amont du contrat, rencontre d'ores et déjà l'hostilité de certains de nos partenaires.

2. Les informations générales à fournir

Quoi qu'il en soit du débat qui précède, il convient, pour déterminer les informations générales à fournir à la clientèle, de conjuguer la «directive commerce électronique» et la proposition de directive commercialisation à distance de services financiers (voire la directive 97/7/CE précitée pour l'extra-bancaire).

Si l'on a pu se poser des problèmes de coordination entre ces textes, je n'ai pour ma part pas relevé d'incompa-

tibilité, tout au plus quelques redondances s'expliquant par le fait qu'ils n'ont pas le même champ d'application. En tout état de cause, en cas de difficulté, la directive spécifique aux services financiers devrait logiquement l'emporter :

- en permanence sur site : devront figurer les informations relatives au prestataire de service : nom, adresse ou lieu d'établissement, coordonnées, registre du commerce, autorité de surveillance compétente, le cas échéant, pour les professions réglementées, l'ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit (AFECEI), le titre professionnel et l'Etat membre dans lequel il a été octroyé, etc., les prix y compris les taxes et frais de livraisons (art. 5 «directive commerce électronique»);

- avant conclusion du contrat :

- s'agissant de services financiers : indépendamment des informations spécifiques décrivant les caractéristiques du service financier en cause, le prix et les modes de paiement qui doivent être communiqués conformément aux dispositions nationales ou communautaires pertinentes, selon le cas (art. I. bis proposition de directive commercialisation à distance de services financiers), le prestataire doit fournir lors de sa commercialisation : la devise utilisée, la durée de validité des informations fournies, l'existence ou non d'un droit de rétractation, les modes de paiement et d'exécution, une indication du degré de risque lié au service, et d'une manière générale toutes les conditions contractuelles (art. 3 bis proposition de directive précitée);

- s'agissant de services non financiers : voir directive 97/7, article 4, les informations préalables devant, en outre, être confirmées par écrit ou sur support durable (art. 5);

- d'une manière générale : les modalités techniques de conclusion du contrat, son archivage et accessibilité, les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs, les langues proposées pour la conclusion du contrat, les éventuels codes de conduite et la façon dont ils peuvent être consultés par voie électronique (art. 10 «directive commerce électronique»).

Ces exigences ne sont toutefois pas applicables à des contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou de communications individuelles équivalentes (art. 10-4 et 11-3 «directive commerce électronique»).

- lors de la conclusion d'un contrat (passation d'une commande) : le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique ; la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès, sauf en cas d'utilisation de courrier électronique ou de communications individuelles équivalentes (art. 11 «directive commerce électronique»).

- après conclusion d'un contrat : les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire (art. 10.3 «directive commerce électronique»).

3. Les informations spécifiques en matière de communications commerciales

Les communications commerciales sont définies comme étant «*toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens et des services à l'image d'une entreprise...*».

Il s'agit de la publicité, du marketing direct, des rabais, des jeux et des concours.

Elles doivent être clairement identifiables et indiquer pour le compte de qui elles sont faites.

En outre, dans les Etats membres qui autorisent l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées (*spamming*) : ces communications doivent être clairement identifiables comme telles, et les prestataires doivent consulter régulièrement les registres «*opt-out*» sur lesquels les personnes ne désirant pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire.

A noter que cette question est également traitée par les directives 97/7/CE et 97/66/CE.

Par ailleurs, la «directive commerce électronique» précise que l'utilisation de communications commerciales doit être autorisée aux professions réglementées sous réserve du respect des règles professionnelles (indépendance, dignité, loyauté, secret...).

4. Les modalités d'information de la clientèle : le recours aux liens hypertextes

A cet égard, tant la «directive commerce électronique» que la proposition de directive commercialisation à distance de services financiers, prescrivent que les informations à fournir à la clientèle soient données de manière claire, précise, et non équivoque, cela pour la lisibilité et l'intelligibilité.

Par quel moyen ? Par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, précise la proposition de directive commercialisation à distance de services financiers, la «directive commerce électronique» exigeant seulement que les informations soient aisément accessibles.

Si l'on comprend bien, les liens hypertextes qui constituent l'un des moyens les plus usités pour rechercher une information sur Internet paraissent donc pouvoir être valablement utilisés pour satisfaire aux obligations d'information de la clientèle.

En pratique, il suffit d'ailleurs de se promener sur quelques sites pour constater que de nombreuses mentions informatives, notamment les mentions légales concernant l'exploitant, empruntent aux liens hypertextes.

5. La sanction d'un manquement du prestataire à son obligation d'information

L'enjeu de l'obligation d'information n'est pas neutre puisqu'un manquement est susceptible d'entraîner, selon le cas :

- des sanctions pénales pour le prestataire (voir art. R 121.2 Code de la consommation par exemple) ;

- sa responsabilité civile au titre du préjudice subi ;
- la nullité de l'acte en cause, ou l'inopposabilité des dispositions contractuelles non communiquées ;
- ou encore un allongement du délai de rétractation (l'art. 6 de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 prévoit ainsi que le délai de 7 jours minimum est porté à 3 mois dans le cas où le fournisseur n'a pas rempli ses obligations de confirmation écrite des informations préalables).

III La réalisation d'opérations bancaires en ligne

Examinons maintenant la question de savoir s'il est dès aujourd'hui possible de réaliser en ligne n'importe quelle opération bancaire ainsi que celle du délai de rétractation dont bénéficieront les consommateurs réalisant leurs opérations bancaires à distance.

1. La possibilité de réaliser des opérations bancaires en ligne

Cette question renvoie au problème posé par les règles héritées du passé exigeant un écrit papier signé à la main dans un certain nombre de situations, notamment dans les relations avec les particuliers au-delà de 5 000 francs, à titre de preuve.

On sait que, sur ce point, on avait pu, dans le monde bancaire, s'accommoder de la situation en recourant à des conventions de preuve. Il y en a une, par exemple, dans le contrat Cartes bancaires pour ce qui concerne les enregistrements informatiques. Toutefois, la solution ne convenait plus dans un contexte nouveau dans lequel l'écrit électronique tendait à remplacer l'écrit papier et où même la première opération pouvait être dématérialisée, ne permettant plus ainsi de convention écrite sur la preuve.

L'obstacle des règles de preuve est aujourd'hui totalement levé par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique ; tout au moins le sera-t-il effectivement lorsque seront parus les décrets et arrêtés d'application.

Désormais, l'écrit électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit papier et il a la même force probante.

La réforme, qui s'inscrit dans un mouvement européen et même mondial, de reconnaissance de la validité de l'écrit électronique, est d'importance et va incontestablement autoriser une large utilisation de celui-ci.

On ne peut, à ce titre, que s'en réjouir et mesurer le chemin parcouru depuis les travaux du Conseil national du crédit et du titre sur la dématérialisation des moyens de paiement, au cours desquels la Chancellerie préconisait une timide extension de la notion de commencement de preuve par écrit.

Malheureusement, comme l'ont souligné les professeurs P.-Y. Gauthier et X. Linant de Bellefonds, «*il y a une ombre au tableau... La réforme ne met pas fin à une vieille et subtile distinction du droit français des obligations, entre l'écrit requis à titre simplement probatoire (ad probationem)... et l'écrit exigé à titre de solennité (ad validitatem ou solemnitatem), parce qu'il s'agit de protéger le consentement d'une partie*» (2).

Chacun d'entre nous a pu constater les solutions parfois absurdes auxquelles pouvait conduire cette distinction. A titre d'exemple, je pense à cette décision de la Cour de cassation d'où il ressortait que la copie d'une reconnaissance de dette pouvait être admise comme valant commencement de preuve par écrit du principal mais était dépourvue de toute valeur en ce qui concerne la clause d'intérêt, celle-ci exigeant un écrit ad validitatem (3).

Cependant, cette distinction subsiste aujourd'hui malgré l'avis de certains auteurs audacieux (4). La réforme évoquée s'inscrit en effet strictement dans le droit de la preuve, un amendement parlementaire tendant à en élargir le champ d'application aux écrits requis ad validitatem ayant été écarté lors des débats parlementaires.

On se trouve donc aujourd'hui dans la situation curieuse où les actes authentiques pourront être dressés sur support électronique dans des conditions qui seront fixées par décret, alors que certains actes sous seing privés continueront à requérir un écrit papier.

Cela n'a guère de sens, il faut en convenir, et devra être revu d'autant que la «directive commerce électronique» récemment adoptée y invite puisque son article 9 pose en principe que le système juridique des Etats membres doit rendre possible la conclusion des contrats électroniques, sauf dans quelques cas limitativement énumérés.

Il y a même urgence à engager cette révision si l'on veut que l'e-banking se développe, car le domaine bancaire est largement impacté par les exigences d'écrit ad validitatem à peine de nullité de l'acte, qu'elles émanent de la loi ou de la jurisprudence.

Il suffit de citer par exemple les offres de crédit Scrivener et d'une manière générale tous les prêts à intérêt, certains types de cautionnement ou encore le mandat de gestion de portefeuille.

On pourrait certes, comme le suggèrent certains, attendre que la solution vienne des juges, mais cela risque de prendre du temps, ce qui est incompatible avec la sécurité juridique nécessaire.

Pour bien faire, il faudra également toiletter tous les textes nécessitant une adaptation à l'écrit électronique, ceux qui, par exemple, font état d'un formulaire détachable, du verso du document, ou prévoient un envoi en recommandé.

L'inventaire de ces textes a déjà été entrepris dans le cadre de l'AFB à la demande de la Chancellerie.

Espérons que le résultat ne tardera pas trop à venir.

Dans l'attente de ces mises à jour, les professionnels de l'e-banking devront examiner, au cas par cas, si une opération peut ou non être dématérialisée totalement.

2. Le droit de rétractation du consommateur

A l'instar de la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance, sur laquelle elle est en partie calquée la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers, prévoit un droit de rétractation au bénéfice du consommateur, auquel il ne peut renoncer.

Mais le délai est ici porté à 14 jours par suite de l'intervention du Parlement européen et peut même être fixé à 30 jours par les Etats membres en matière d'assurances ou de retraites individuelles.

Le droit de rétractation ne s'applique toutefois pas dans un certain nombre de cas, notamment : aux services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier (opérations de change, titres négociables, etc.) et aux contrats exécutés intégralement à la demande expresse du consommateur avant qu'il n'exerce son droit de rétractation.

Le sentiment général est que le délai de 14 jours est beaucoup trop long, le client n'ayant nullement besoin d'un tel délai pour se raviser. Le délai de 7 jours de la directive 97/7 serait à l'évidence largement suffisant.

Curieusement, cette question ne semble aujourd'hui plus faire l'objet de débats alors même que la directive n'est pas encore adoptée, l'attention étant désormais focalisée sur les dispositions relatives à l'information préalable. Au demeurant, certains pays comme l'Allemagne auraient d'ores et déjà intégré ce délai de 14 jours dans leur législation sur le commerce électronique.

IV Le droit applicable aux obligations contractuelles

La sécurité juridique des transactions sur Internet implique également que soient clairement fixées les règles de détermination du droit applicable aux prestations de services effectuées par ce canal.

Deux conceptions s'opposent à cet égard : soit on privilégie la loi du prestataire (loi du pays d'origine), soit on privilégie celle du client (loi du pays d'accueil).

La première solution est évidemment la plus favorable au développement du marché intérieur puisqu'elle permet aux prestataires d'offrir leurs services sans avoir à se préoccuper du droit du pays de leurs clients.

Elle n'a cependant pas les faveurs des consommateurs, les organisations qui les représentent militant pour la seconde solution.

Contrairement à une idée parfois répandue, la «directive commerce électronique» n'opte pas uniformément pour la loi du pays d'origine. Elle ne retient ce principe que pour l'accès à l'activité de prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de cette activité ce qui couvre notamment la communication commerciale. La solution retenue est ici semblable à celle de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice qui prévoit que l'établissement de crédit qui bénéficie du passeport européen est soumis au droit de son pays d'origine et au contrôle de son autorité de surveillance.

En revanche, la «directive commerce électronique» écarte expressément le principe de la loi du pays d'origine dans un certain nombre de domaines, dont les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs, et précise dans son 23^e considérant 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.

C'est un renvoi clair aux règles existant en la matière, c'est-à-dire respectivement aux conventions de Rome et de Bruxelles, s'agissant de consommateurs résidant dans l'Union européenne. Pour résumer celles-ci :

a) **la Convention de Rome du 19 juin 1980**, qui a vocation à s'appliquer aux situations comportant un conflit de lois et vise l'ensemble des obligations contractuelles, à l'exception de quelques matières limitativement énumérées (état et capacité des personnes, testament, successions, régimes matrimoniaux, relations de famille, obligations nées d'effets de commerce, contrats d'assurance, etc.) consacre la loi d'autonomie, c'est-à-dire la faculté pour les parties de choisir la loi applicable au contrat.

A défaut d'un tel choix, elle précise que le contrat doit être régi par la loi du pays avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits (loi du lieu de la prestation caractéristique).

Toutefois elle dispose également que le choix des parties ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle dans certains cas, notamment si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite à son intention ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou si le fournisseur a reçu la commande du consommateur dans ce pays ;

b) **la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968** prévoit, quant à elle, que dans des cas analogues à ceux que je viens de citer, le consommateur aura le choix de s'adresser aux tribunaux de l'Etat dans lequel il est domicilié ou aux tribunaux de l'Etat de son cocontractant, alors que celui-ci ne pourra s'adresser qu'aux tribunaux du domicile du consommateur (art. 13 et 14).

L'application des dispositions impératives de la loi du consommateur au détriment de la loi choisie par les parties, de même que la compétence des tribunaux de l'Etat du consommateur, impliquent donc que celui-ci ait fait l'objet, préalablement à la conclusion du contrat, d'une sollicitation commerciale dans son pays de résidence et qu'il ait accompli, dans ce pays, les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

Il s'agit là de critères dont l'application n'est pas évidente dans le cas du commerce électronique.

Aussi, dans le souci de tenir compte du nouveau contexte technologique, la Commission a-t-elle proposé dans le cadre d'un règlement du Conseil destiné à se substituer à la Convention de Bruxelles, d'étendre au commerce électronique la règle permettant aux consommateurs de plaider devant leurs propres juridictions, cette règle étant applicable dès lors que l'opérateur «dirige» ses activités vers le pays du consommateur (art. 15).

De plus, cette modification irait de paire avec la modification de la Convention de Rome dans le même sens. Il ne s'agirait alors plus seulement de donner compétence au tribunal du domicile du consommateur, mais également de soumettre systématiquement les prestataires aux dispositions protectrices des consommateurs.

On imagine que cette orientation n'est pas du tout du goût des professionnels et qu'elle a été vivement critiquée et combattue.

Actuellement, la procédure d'adoption de la proposition de règlement du Conseil sur la compétence juridictionnelle serait suspendue mais elle a d'ores et déjà été approuvée le 21.09.2000 par le Parlement européen.

Celui-ci a maintenu la règle de compétence évoquée tout en marquant sa volonté de faire du recours judiciaire un recours ultime, la Commission devant favoriser la mise en place d'un système extrajudiciaire de règlement des litiges.

Dans un tel contexte, il apparaît clairement que tout prestataire de services financiers présentant une offre commerciale sur Internet, pouvant être considérée comme orientée vers tel ou tel pays, sera en risque au regard des dispositions protectrices du consommateur de ce pays au titre des contrats souscrits. Il pourra même être en risque en ce qui concerne les modalités de l'offre elle-même, dès lors que le juge du pays du consommateur aura tendance à appliquer très largement sa loi.

Il faut toutefois reconnaître que l'offre commerciale et les obligations contractuelles devraient logiquement être au diapason.

Dans ces conditions et en attendant une hypothétique et lointaine harmonisation des législations nationales pour ce qui concerne l'ensemble des services financiers, les établissements de crédit qui entendent avoir une offre transfrontière, ont un impérieux besoin d'en apprécier les risques, ce qui implique que soit dressé un inventaire, pays par pays, des dispositions protectrices du consommateur, et d'une manière générale des dispositions pénalement sanctionnées.

Cet inventaire, dont se préoccupe également la Commission dans l'optique d'une harmonisation ultérieure, est à l'évidence un très lourd travail.

Il semble déjà avoir été entrepris par de grands cabinets d'avocats ainsi que par les établissements disposant d'une bonne implantation internationale. C'est le cas de la Société générale. Mais on aurait pu songer à en mutualiser le coût au niveau de la profession.

Quoi qu'il en soit, il reste possible dans l'immédiat de recourir à des solutions palliatives :

- la première d'entre elle est celle du ciblage de l'offre commerciale. Elle consiste à limiter celle-ci à des pays dont la législation est bien connue ou, tout au moins, dont on est en mesure d'apprécier qu'elle présente des risques limités. Au demeurant, le ciblage de l'offre devra probablement être la règle, tant que les législations nationales comporteront des différences sensibles. On voit mal, en effet, comment une même offre pourrait satisfaire des exigences multiples ou même contradictoires.

Bien entendu, en cas de ciblage de l'offre, il conviendra de rester cohérent avec cette solution en fai-

sant en sorte de ne pas traiter avec des ressortissants de pays dont il ressort clairement qu'ils sont exclus du ciblage. Ceci implique une organisation logicielle ou autre adaptée permettant de détecter ceux-ci, lorsque c'est possible ;

- la seconde solution est d'insérer sur les écrans et dans les contrats, une clause limitative de responsabilité (*disclaimer*). Il faut toutefois savoir qu'une telle clause ne saurait constituer une sécurité absolue. Il existe en effet en droit anglo-américain, comme d'ailleurs en droit français, de nombreux domaines dans lesquels il n'est pas possible d'éviter sa propre responsabilité. A titre d'exemple, une clause limitative de responsabilité sera généralement inefficace en cas de violation d'une obligation ou d'une interdiction légale sanctionnée pénalement.

En outre, un *disclaimer* sera inefficace au regard du risque de nullité du contrat.

* *
*

En conclusion de cet exposé, on constate que l'e-banking soulève un certain nombre de difficultés et d'incertitudes juridiques qu'il convient impérativement de régler de façon appropriée si l'on veut qu'il se développe dans le cadre du marché intérieur et même au-delà.

Bien entendu, les solutions retenues devront prendre en compte les impératifs de protection du consommateur.

Celui-ci ne doit toutefois pas être systématiquement considéré comme étant en situation d'infériorité dans la relation contractuelle dans un environnement Internet.

D'abord il peut mieux comparer l'offre commerciale que dans le monde physique grâce aux commodités qu'offre Internet (possibilité de visualiser une multitude d'offres sans avoir à se déplacer, existence d'instruments de comparaison...).

Ensuite, il est sans doute mieux placé pour examiner le contrat qui lui est proposé que dans un guichet. Il a tout le loisir d'examiner celui-ci hors la présence d'un vendeur et peut, au besoin, dialoguer avec un opérateur pour se faire expliquer ce qu'il ne comprend pas. A cet égard et par comparaison, il est bien connu que lors de la souscription de produits en guichet le client ne lit souvent pas les contrats auxquels il adhère.

Enfin, le client bénéficie en cas de vente à distance, d'un délai de rétractation constituant une protection non négligeable. ■

(1) Art. 324-1 et 324-9 NCP.

(2) Pierre-Yves Gautier et Xavier Linant de Bellefonds. De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent. *JCP.E.* n° 31-34, 3 août 2000, p. 1274.

(3) Cass. civ. 14 fév. 1995. *JCP.* 1995, II, n° 22402, note Y. Charter ; *Rev. huissiers* 1996, p. 70, note DR Martin ; *D.* 1995, *Jur.* p. 36, note S. Piedelièvre.

(4) F.-G. Trébulle, La réforme du droit de la preuve et le formalisme : *Petites affiches* n° 79, 20 avril 2000, p. 10 ; L'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire. *Revue de droit bancaire et financier* 2000 n° 2 p. 114.