

# La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers

## Vers un véritable marché intérieur des services financiers ?



Frédéric de Brouwer  
Conseiller juridique



Catherine Marty  
Attachée juridique

Fédération bancaire européenne

*La Commission européenne a adopté le 7 février dernier une communication très attendue en matière de commerce électronique et de services financiers. La présente contribution vise à examiner dans quelle mesure cette communication est apte à mettre en place un cadre juridique européen clair et cohérent indispensable à l'essor de la banque en ligne, et dans quelle mesure elle pourrait susciter une avancée pour la réalisation d'un véritable marché intérieur des services financiers de détail.*

La Commission européenne a adopté le 7 février dernier une communication très attendue en matière de commerce électronique et de services financiers (ci-après «la Communication») (1). A l'heure où les banques européennes se lancent dans la vente en ligne des produits et services financiers, un cadre juridique européen clair et cohérent ne voit que lentement le jour. Or, la mise en place de ce cadre juridique est indispensable à l'essor de l'offre et de la demande de ces produits et services sur Internet (2). Le manque d'harmonisation euro-

péenne des législations nationales et l'insécurité juridique qui en résulte constituent un frein au développement du commerce électronique. Les banques seront peu enclines à offrir leurs produits et services en ligne dans l'ensemble de l'Union européenne si elles doivent se conformer aux législations de quinze Etats membres différents. De leur côté, les consommateurs ne seront pas enclins à acheter en ligne s'ils sont exposés à des régimes juridiques très différents de leur propre pays et si, *in fine*, ils ne bénéficient pas d'un niveau de protection élevé. En l'occurrence, les marchés des services financiers de détail continueraient à être fragmentés, les prestataires ayant tendance à privilégier les marchés nationaux les plus importants, avec pour conséquence que les consommateurs européens seraient privés d'un véritable éventail de choix et de prix réellement compétitifs. Par ailleurs, l'Union européenne serait privée

La présente contribution n'engage que ses auteurs. Elle ne représente en aucune manière la position de la Fédération bancaire européenne. Pour dialoguer avec les auteurs : f.debrouwer@fbe.be et c.marty@fbe.be.

d'une partie importante de son potentiel en termes de croissance et d'emploi (3).

La Communication de la Commission s'inscrit dans la foulée de son Plan d'action sur les services financiers, lequel assigne comme objectif que soit mis en place un marché européen des services financiers pleinement intégré qui viendra compléter l'introduction de l'euro (4). Elle fait également suite à l'adoption, le 8 juin 2000, de la directive sur le commerce électronique qui pose les jalons d'un cadre juridique européen pour la vente de biens et de services en ligne (5).

La présente contribution a pour objet de présenter les grandes lignes de la Communication et d'examiner avec un regard critique les avancées qui pourraient en résulter pour la réalisation d'un véritable marché intérieur (6) des services financiers de détail (7). L'occasion nous est également donnée de faire le point sur l'arsenal juridique européen en cours d'élaboration en matière de commerce électronique et de services financiers.

## Les objectifs et les priorités de la Communication

Dans la perspective de 2005, échéance à laquelle les marchés des services financiers de détail devront être pleinement intégrés selon la décision arrêtée au Conseil européen de Lisbonne (8), la Commission s'assigne un triple objectif dans la Communication (9) :

- assurer une meilleure articulation entre commerce électronique et services financiers ;
- mettre un terme à la fragmentation des marchés des services financiers de détail ;
- renforcer la confiance des consommateurs.

A ce triple objectif correspondent trois priorités (10) :

- assurer la cohérence du cadre législatif et réglementaire (I) ;
- élaborer des mesures visant à assurer des mécanismes efficaces de recours et la sécurité des paiements sur Internet (II) ;
- améliorer et renforcer la coopération entre les autorités nationales de surveillance (III).

## I Le cadre législatif et réglementaire

En 1997, la Commission publiait sa première initiative en matière de commerce électronique (11). Depuis lors, plusieurs directives ont vu le jour. Il s'agit notamment de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, adoptée le 13 décembre 1999 (12), de la directive du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (13), et principalement de la directive sur le commerce électronique, adoptée le 8 juin 2000 (14).

La directive sur le commerce électronique revêt une importance centrale dans l'arsenal juridique en cours d'élaboration en ce qu'elle jette les bases de la libre prestation des services de la société de l'information dans l'ensemble de l'Union européenne.

## 1. La directive sur le commerce électronique

La directive sur le commerce électronique est une directive-cadre horizontale qui s'applique à tous les services de la société de l'information offerts par des prestataires établis sur le territoire de l'Union européenne (15). En ce qui concerne les services financiers, elle vient compléter plusieurs directives ou propositions de directives sectorielles, à savoir notamment la directive sur le crédit à la consommation (16), la directive sur les services d'investissement (DSI) (17), la directive sur les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (Opcvm) (18) et la proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (19). Il convient de noter que le niveau de protection des consommateurs existant dans ces directives n'est pas affecté par la directive sur le commerce électronique. En cas de conflit, les dispositions plus protectrices de ces directives devraient donc primer sur celles de la directive sur le commerce électronique (20).

La directive sur le commerce électronique consacre le principe fondamental de la libre prestation des services de la société de l'information dans l'ensemble de l'Union européenne sur base de la législation de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi (principe de la loi du pays d'origine). Il s'agit de la clause dite «du marché intérieur». Ce principe souffre cependant plusieurs dérogations.

### A - La clause dite «du marché intérieur»

La clause dite «du marché intérieur» est inscrite à l'article 3 de la directive sur le commerce électronique. L'article 3, § 1 stipule que «*Chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné*». Ce principe trouve son corollaire à l'article 3, § 2 qui stipule que «*Les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre*».

En pratique, cette disposition signifie que les prestataires de services de la société de l'information sont libres d'offrir leurs services dans l'ensemble de l'Union européenne à condition qu'ils respectent la législation de l'Etat membre dans lequel ils sont établis et relevant du domaine coordonné de la directive (principe de la loi du pays d'origine). Le domaine coordonné de la directive couvre les activités en ligne telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, la commercialisation en ligne, la conclusion de contrats en ligne et les pratiques du commerce en général (dont notamment les offres conjointes, l'indication des tarifs, les pratiques déloyales...) (21). En d'autres termes, il s'agit de tout ce qui se situe en amont du contrat. Sous réserve des dérogations prévues dans la directive, les Etats membres d'accueil ne peuvent donc imposer dans les domaines coordonnés de la directive d'autres mesures que celles auxquelles les prestataires doivent se conformer dans leur pays d'origine. La clause du marché intérieur est conforme à l'article 49 du Traité CE qui garantit la libre circulation des services dans la Communauté. Son importance est réaffirmée tout au long de la Communication.

L'approche de la directive sur le commerce électronique se justifie par le fait que de par sa nature même, le site web d'un prestataire est en principe automatiquement et simultanément accessible dans l'ensemble de l'Union européenne, sans réelle possibilité de contrôle dans le chef du prestataire (22). Il serait dès lors disproportionné et préjudiciable pour le développement du commerce électronique de soumettre les prestataires de services de la société de l'information aux législations de quinze Etats membres différents en ce qui concerne l'accès à l'activité de prestataire et l'exercice de cette activité (23). Par ailleurs, il est stipulé à juste titre dans la Communication que le contrôle des services on-line sera mieux exercé dans l'Etat membre où le prestataire est établi et à partir duquel il opère son site web (24).

Transposée aux services bancaires, la clause du marché intérieur ne fait en réalité que reprendre les principes de la deuxième directive de coordination bancaire, à savoir le principe du contrôle par l'autorité de surveillance de l'Etat membre d'origine (principe de la loi du pays d'origine) dans le cadre d'une harmonisation (ou une coordination) européenne minimale et son corollaire, le principe de reconnaissance mutuelle (25). Une question intéressante se pose dans le cadre de l'articulation entre la deuxième directive bancaire et la directive sur le commerce électronique : une banque qui a obtenu l'agrément dans son pays d'origine pour les activités hors ligne énumérées dans l'Annexe à la deuxième directive bancaire doit-elle obtenir un nouvel agrément si elle souhaite exercer les mêmes activités dans un cadre en ligne ? A la lecture du prescrit de l'article 4, § 1 de la directive sur le commerce électronique, la réponse est claire : aucun nouvel agrément ne sera requis (principe de non-autorisation préalable) (26). Cette solution nous paraît aller de soi si l'on considère que le commerce électronique n'est qu'un outil de distribution des produits et services financiers au même titre que tout autre outil de distribution à distance. Ainsi, le commerce électronique ne constitue pas une activité bancaire en soi qui peut fonder une obligation d'agrément préalable au sens de la deuxième directive bancaire. En revanche, une banque non encore agréée qui souhaite offrir ses services par voie électronique devra obtenir l'agrément préalable auprès de ses autorités de surveillance. Ceci ressort clairement du prescrit de l'article 4, § 2 de la directive sur le commerce électronique qui stipule que le principe de non-autorisation est «sans préjudice des régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information...». Cette obligation résulte non du fait que cette banque se lance dans une activité on-line, mais bien du fait qu'elle entend exercer des activités couvertes par la deuxième directive bancaire. La directive sur le commerce électronique est donc neutre sur cette question d'articulation avec la deuxième directive bancaire : elle se borne à prescrire que le commerce électronique ne peut à lui seul fonder une obligation d'agrément préalable (27).

Il existe également un débat sur la question de savoir si une banque qui envisage de proposer ses services sur Internet doit être soumise à l'obligation de notification préalable auprès de ses autorités de surveillance en vertu de la deuxième directive bancaire (28). En principe, la réponse est non. Certaines autorités nationales de surveillance ont cependant estimé jusqu'à présent que les éta-

blissements de crédit désireux de s'engager dans des techniques de vente à distance doivent se conformer à une formalité de notification préalable (29). Or, dans sa Communication interprétative de 1997 sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, la Commission stipulait déjà que «la fourniture de services bancaires à distance, par exemple par Internet, ne devrait pas, selon la Commission, nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client... L'article 20 (lisez «de la deuxième directive bancaire instaurant l'obligation de notification préalable») n'est, quant à lui, qu'un article de procédure à usage résiduel, qui ne doit être utilisé que par les établissements de crédit désireux de travailler **pour la première fois** en liberté de prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre» (30). En tout état de cause, cette notification préalable ne saurait être imposée aux établissements qui ont déjà notifié dans le cadre d'une activité off-line pour les pays concernés. L'article 20 de la deuxième directive bancaire (31) stipule en effet clairement que cette obligation de notification ne peut être imposée qu'aux établissements désireux de faire usage de la liberté de prestation de services **pour la première fois** dans un Etat membre. Il est regrettable que la Commission n'apporte pas d'éclaircissement sur ce point dans la Communication (32).

Il convient de ne pas se méprendre sur la portée de la clause du marché intérieur. De la même manière que la deuxième directive bancaire, la directive sur le commerce électronique ne prévoit l'application de la loi du pays d'origine qu'en ce qui concerne les dispositions nationales régissant l'accès à l'activité de prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de cette activité, dans les limites du domaine coordonné de la directive (33). En d'autres termes, la clause du marché intérieur ne couvre que les domaines qui se situent en amont du contrat. Ainsi, la directive prévoit une série de dérogations au principe de la loi du pays d'origine.

## B - Les dérogations

Il existe deux types de dérogations au principe de la loi du pays d'origine et à son corollaire, le principe de reconnaissance mutuelle : des dérogations spécifiques (dites «au cas par cas») fondées sur la notion d'intérêt général et des dérogations générales limitativement énumérées dans l'Annexe à la directive sur le commerce électronique (34).

### a) Les dérogations spécifiques (dites «au cas par cas»)

L'article 3, § 4 à 6 de la directive sur le commerce électronique permet aux Etats membres, pour des motifs justifiés par l'intérêt général, de prendre des mesures restrictives à l'égard d'un service spécifique de la société de l'information (35). La protection des consommateurs constitue un des motifs énoncés par la directive (36). Ces mesures doivent cependant répondre à des conditions et à une procédure bien précises. Pour être jugées compatibles avec le droit communautaire, elles doivent être justifiées pour des motifs d'intérêt général. Outre le test de proportionnalité rappelé dans la directive, l'on peut présumer que les mesures envisagées devront réunir les autres cri-

tères développés par la Cour européenne de justice en ce qui concerne son interprétation de la notion d'intérêt général. Ainsi, ces mesures doivent être non discriminatoires ; elles doivent être justifiées pour des raisons impérieuses d'intérêt général ; elles doivent être propres à garantir l'objectif qu'elles poursuivent ; et enfin, l'intérêt poursuivi ne doit pas être déjà sauvegardé dans le pays d'origine du prestataire de services (37).

La Cour de Justice a également régulièrement jugé que des mesures d'intérêt général ne se justifient que si elles n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation communautaire préalable (38). A ce sujet, il importe également de se référer à la Communication interprétative de la Commission de 1997 sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire (39). La Commission y est d'avis que les directives d'harmonisation définissent le niveau minimal (40) d'intérêt général communautaire. Ainsi, elle estime que dans le cadre des directives d'harmonisation, les Etats membres ne peuvent imposer aux établissements de crédit agréés dans leur pays d'origine des règles plus strictes que celles prévues par ces directives (41). Lorsque le degré d'harmonisation d'une directive est élevé ou maximal (42), cette solution paraît logique. En revanche, dans les directives d'harmonisation minimale, les choses sont moins claires. Les Etats membres y sont en effet souvent explicitement autorisés à adopter des mesures plus strictes que celles édictées dans ces directives (43). Même en l'absence de clauses minimales, la rédaction même de certaines directives permet parfois implicitement aux Etats membres de prendre ce type de mesures. Notons cependant qu'il est parfois difficile de déterminer avec précision le domaine de l'harmonisation (44). C'est donc le degré d'harmonisation qui continuera à déterminer en définitive la marge de manœuvre des Etats membres.

La Commission devrait adopter le même raisonnement dans le cadre de son évaluation des mesures d'intérêt général que les Etats membres seront autorisés à maintenir ou à mettre en place dans le cadre de l'article 3, § 4 à 6 de la directive sur le commerce électronique (voir infra). Le prescrit de l'article 1<sup>er</sup>, § 3 de la directive le laisse en tout cas présumer en ce qu'il stipule que «*la présente directive complète le droit applicable aux services de la société de l'information sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires et la législation nationale les mettant en œuvre dans la mesure où cela ne restreint pas la libre prestation de services de la société de l'information*» (45). Les directives existantes en matière de protection des consommateurs telles que la directive de 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (46) et la directive de 1987 en matière de crédit à la consommation (47) ainsi que les futures directives telles que la proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (48) fixeront donc le niveau de protection du consommateur dans le cadre du commerce électronique. En cas de conflit, les dispositions plus protectrices de ces directives devraient primer sur celles de la directive sur le commerce électronique. L'on comprend dès lors l'importance de l'approche – minimale ou maximale – de ces directives. Du choix de l'une ou l'autre approche dans le cadre de la

révision de ces directives ou dans le cadre de l'adoption de futures directives telles que la proposition concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs dépendra l'évolution de la notion d'intérêt général en droit communautaire et, par delà, l'avènement d'un véritable marché intérieur des services financiers.

A partir du 17 janvier 2002, date ultime pour la transposition de la directive sur le commerce électronique dans les législations nationales (49), les Etats membres seront tenus à une procédure systématique de notification préalable à l'Etat membre d'origine et à la Commission (sauf cas d'urgence) des mesures d'intérêt général qu'ils entendent imposer à des établissements de crédit préalablement agréés dans leur pays d'origine et désireux d'offrir leurs services sur Internet (50). Cette procédure originale pourrait permettre d'accélérer l'achèvement concret et effectif du marché intérieur (51). Elle devrait en effet permettre à la Commission d'une part, de mieux contrôler l'évolution de la notion d'intérêt général, et d'autre part, d'accélérer le processus d'harmonisation des législations nationales (52). La Commission précise par ailleurs dans la Communication qu'elle entend conduire dans le courant de l'année 2001 une pré-évaluation, révisable en 2003, des dispositions nationales que les Etats membres pourraient vouloir appliquer aux services entrants de la société de l'information (53). Ceci devrait permettre de dresser un premier inventaire des divergences existant dans les Etats membres en matière de protection des consommateurs et d'identifier par la suite dans quels domaines une harmonisation européenne est encore nécessaire.

#### b) Les dérogations générales

L'Annexe à la directive sur le commerce électronique prévoit une série de dérogations générales à la clause du marché intérieur (54). Ainsi que la Communication le rappelle, la liste des dérogations contenues dans l'Annexe est strictement limitative (55).

En pratique, cela signifie que dans tous les domaines couverts par les dérogations, les banques désireuses d'offrir leurs services en ligne devront respecter les dispositions de l'Etat membre d'accueil, à condition, bien entendu, que ces dispositions soient conformes à l'intérêt général (56). Cependant, contrairement aux mesures d'intérêt général envisagées dans le cadre des dérogations spécifiques, aucune procédure de contrôle a priori par la Commission n'est mise en place par la directive en ce qui concerne les mesures qui pourraient être prises dans le cadre des dérogations générales. Pour ces dernières, les Etats membres disposeront dès lors en pratique d'une plus grande liberté de manœuvre (57).

Une des dérogations concerne l'activité d'émission de monnaie électronique des établissements autres que des établissements de crédit qui ne bénéficient pas du régime de reconnaissance mutuelle prévu par la deuxième directive bancaire (58). Dans les cas d'absence de reconnaissance mutuelle, il était logique d'exclure l'activité d'émission de monnaie électronique de ces établissements du principe corollaire de la loi du pays d'origine.

Une autre dérogation a trait aux activités de publicité des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (Opcvm) visés par la directive du 20 décembre 1985 (59). Conformément à l'article 44, § 2 de la directive

«Opcvm», la publicité resterait dès lors soumise aux règles de l'Etat membre d'accueil. Cependant, la directive sur le commerce électronique n'a pas prévu la même dérogation pour les activités de commercialisation (marketing) des Opcvm. En ce qui concerne ces activités, la directive annihilerait-elle dès lors le principe de la loi de l'Etat membre d'accueil de l'article 44, § 1<sup>er</sup> de la directive «Opcvm» et le remplacerait-elle par le principe de la loi du pays d'origine? Il en résulterait un double régime malheureux pour des activités de publicité et de marketing parfois difficiles à distinguer. Cependant, rien n'est moins sûr. A notre avis, les Etats membres pourraient se fonder sur l'article 1, § 3 de la directive sur le commerce électronique en vertu duquel les dispositions plus protectrices du consommateur des directives sectorielles priment sur les dispositions de la directive sur le commerce électronique pour continuer à imposer aux Opcvm établis dans un autre Etat membre leurs dispositions nationales en matière de marketing (60). Il est en tout cas regrettable que cette incohérence n'ait jusqu'à présent pas été résolue dans la proposition de directive modifiant la directive «Opcvm» (61).

A cette incohérence s'en ajoute d'ailleurs une autre qui résulte du traitement différent entre les activités de publicité et de marketing on-line et les activités de publicité et de marketing off-line. Dans un cadre hors ligne, tant les activités de publicité que celles de marketing seront soumises à la loi du pays d'accueil, alors que, dans un cadre en ligne, seules les activités de publicité seraient soumises à cette loi, les activités de marketing étant soumises à la loi du pays d'origine. En fonction du mode de distribution choisi, un même opérateur pourrait dès lors être soumis à un régime légal différent.

Une dérogation mérite davantage que les autres une attention particulière dans le cadre de la présente étude. C'est le cas du droit international privé des contrats, et plus particulièrement des contrats conclus par les consommateurs.

#### ■ Le droit applicable aux obligations contractuelles conclues par les consommateurs

La directive sur le commerce électronique exclut de son champ d'application le droit international privé (article 1<sup>er</sup>, § 4) (62). Cette exclusion couvre tant le domaine des conflits de juridictions que celui des conflits de lois. Le domaine des conflits de juridictions est régi par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La Convention de Bruxelles a été modifiée récemment par un Règlement du Conseil du 22 décembre 2000 (voir infra).

Quant au domaine des conflits de lois, il est régi par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après «la Convention de Rome») (63). Les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs étant exclues du principe de la loi du pays d'origine dans l'Annexe à la directive sur le commerce électronique, c'est donc la Convention de Rome qui déterminera la loi applicable à ces obligations conclues dans un cadre on-line. Cela signifie d'une part qu'en vertu de l'article 3 de la Convention de Rome, les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur contrat et qu'à défaut de choix, la loi applicable est, en vertu de l'article 4, celle du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, c'est-à-dire le pays où la partie qui doit fournir la

prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, son administration centrale ou son principal établissement. Dans le domaine bancaire, à défaut de choix par les parties de la loi applicable, c'est la loi du pays de l'établissement bancaire avec lequel le contrat est conclu qui régira en principe le contrat. D'autre part, cela signifie qu'en vertu de l'article 5 de la Convention de Rome, ni le choix par les parties de la loi applicable ni, à défaut de choix, la détermination de la loi applicable conformément à l'article 4 – en principe la loi du pays de l'établissement principal – ne peuvent 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 (64). Cette disposition constitue le Talon d'Achille de l'achèvement du marché intérieur des services financiers. Elle porte en elle les germes d'une fragmentation des marchés des services financiers de détail. L'article 5 de la Convention de Rome permet à chaque consommateur de bénéficier de la protection des dispositions légales impératives de son pays de résidence et, parallèlement, il impose aux prestataires de services de se conformer aux dispositions légales de quinze Etats membres différents.

La protection de l'article 5 de la Convention de Rome ne va cependant pas sans conditions. D'une part, il faut que la conclusion du contrat ait été précédée dans le pays de résidence du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et, d'autre part, le consommateur doit avoir accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat (art. 5.2). Comment interpréter ces deux conditions dans le cadre du commerce électronique? Si l'on en croit certains auteurs, la condition selon laquelle le consommateur doit avoir accompli dans son pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat serait remplie relativement facilement, notamment si le consommateur complète et renvoie un formulaire ad hoc disponible sur le site web de la banque (65). N'est-ce cependant pas faire fi de la spécificité du commerce électronique, lequel est par nature sans frontières? Ainsi, un consommateur peut se connecter au site Internet d'un prestataire à partir de n'importe quel endroit de la planète, que ce soit à partir d'un ordinateur fixe, d'un ordinateur portable ou d'un téléphone mobile. Si le consommateur se connecte hors les limites territoriales de son pays de résidence, peut-on encore considérer qu'il accomplit dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat? L'on se rend bien compte de la difficulté d'appliquer au commerce électronique des concepts de rattachement territorial.

Quant à l'autre condition selon laquelle la conclusion du contrat doit avoir été précédée d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, elle est encore plus difficilement transposable au commerce électronique. La vocation d'un site Internet est par définition d'être accessible à tous sans distinction de nationalité ou de pays. Ainsi, une banque qui met en place un site web souhaite en toute logique offrir ses services à l'ensemble des consommateurs de l'Union européenne (et même du monde entier) sans un ciblage préalable (66). La condition d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité préalable ne saurait dès lors être remplie par le simple fait qu'un site Internet est accessible à tous les consommateurs européens (et même mondiaux) sans distinction. Certains auteurs considèrent qu'il faut distinguer entre l'offre active et l'offre passive de services financiers sur

Internet (67). Ainsi, lorsqu'une banque se limite à ouvrir un site universellement accessible sans effectuer parallèlement de démarchage actif d'un groupe spécifique de consommateurs (68) et qu'un consommateur décide volontairement de visiter ce site et d'y conclure une transaction, l'on ne saurait, selon ces auteurs, considérer qu'il y a eu sollicitation préalable du consommateur au sens de l'article 5.2 de la Convention de Rome. Dans ce cas, l'on se trouverait dans une situation similaire à celle du consommateur qui voyage «physiquement» au-delà des frontières de son propre pays pour y contracter avec une banque établie dans un pays étranger. Pour ces auteurs, seul le démarchage actif et spécifique par un prestataire d'un consommateur ou d'un groupe de consommateurs remplirait la condition de sollicitation préalable. L'on pense notamment aux offres et publicités non sollicitées par courrier électronique et à la technique de la bannière, laquelle apparaissant à l'écran d'un moteur de recherche, renvoie directement au site transactionnel d'un prestataire (69). La distinction opérée entre l'offre active et l'offre passive de services financiers sur Internet doit cependant être quelque peu relativisée (70). La diversité des méthodes de marketing et de publicité qu'offre en effet le commerce en ligne fait qu'à notre avis, la condition de proposition spécialement faite ou de publicité préalable sera assez aisément remplie dans de nombreux cas.

Cependant, la réunion des deux conditions précitées, à savoir que la conclusion du contrat ait été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur ait accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ne suffit pas à garantir au consommateur la protection de son pays de résidence habituelle. Il faut en outre, d'une part, que les services dus au consommateur ne soient pas fournis dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle (art. 5, § 4 b) et, d'autre part, que les dispositions nationales impératives sur lesquelles le consommateur se fonde satisfassent au test de l'intérêt général. Au nom du principe de primauté du droit communautaire, la Cour de Justice est compétente pour se prononcer sur la compatibilité avec la notion d'intérêt général de règles nationales impératives applicables en vertu de l'application des règles de conflit de la Convention de Rome (71). Dans sa Communication de 1997 sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, la Commission confirme l'absolue nécessité pour les dispositions nationales impératives applicables en vertu des règles de conflit de lois de la Convention de Rome d'être conformes au test de l'intérêt général (72).

Au risque d'être incomplet, il convient d'ajouter l'article 7 (lois de police du for) et l'article 16 (ordre public du for) de la Convention de Rome qui sont susceptibles d'être invoqués par le consommateur. Cependant, les dispositions arguées au titre de la protection des lois de police ou de l'ordre public du pays de résidence du consommateur devront également satisfaire au test de l'intérêt général (73).

L'analyse qui précède démontre que la Convention de Rome est loin d'assurer une protection systématique au consommateur. En réalité, l'application de ses dispositions, dont principalement l'article 5, est source d'insécurité juridique tant pour le consommateur qui ne bénéficie

d'aucune garantie quant à l'application des dispositions impératives de son pays de résidence que pour le prestataire de services qui doit tenir compte des dispositions de protection des consommateurs de quinze Etats membres différents (74). Cette insécurité juridique est encore plus grande dans le cadre du commerce électronique si l'on considère qu'un site web transactionnel a vocation à s'adresser à l'ensemble des consommateurs européens (et même mondiaux) sans distinction (75), et sans réelle possibilité de contrôle dans le chef du prestataire (76). L'application des dispositions de la Convention de Rome, et en particulier l'article 5, aux contrats conclus en ligne constituera sans aucun doute un frein au développement de l'Internet banking. Si elles souhaitent s'assurer un minimum de sécurité juridique, les banques n'auront d'autre choix dans ces circonstances que de cibler leur offre (77) ou de placer sur leur site web et dans les contrats des clauses limitatives de responsabilité (*disclaimers*) leur permettant d'exclure des consommateurs d'Etats membres déterminés (78). L'on ne peut dès lors que se réjouir de la volonté affichée par la Commission dans la Communication de renforcer la convergence des règles nationales de protection des consommateurs en matière d'obligations contractuelles (79). A cet égard, la Commission annonce d'ores et déjà une communication destinée à lancer le débat sur une éventuelle harmonisation européenne du droit des contrats (80).

L'on sait qu'il existe un projet de révision de la Convention de Rome auquel la Commission ne fait curieusement pas allusion dans la Communication. Une certaine logique voudrait en effet que cette révision suive celle récemment achevée de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (voir infra) (81). Cette révision, si elle a lieu, ne saurait cependant résoudre à elle seule le problème de la fragmentation des marchés des services financiers de détail induite par les divergences existantes entre les dispositions nationales protectrices des consommateurs en matière contractuelle. La seule et unique alternative viable à terme pour le marché intérieur consiste à harmoniser au niveau européen les différents droits nationaux des contrats. Il devrait s'agir d'une harmonisation maximale ou tout au moins d'une harmonisation à degré élevé. A la différence d'une harmonisation minimale, seul ce type d'harmonisation, en tant que produit du commun dénominateur entre les différentes législations nationales, est apte d'une part, à offrir au consommateur une protection identique ou quasi-identique dans toute l'Union et, d'autre part à permettre au prestataire d'offrir ses services dans des conditions égales ou presque égales dans tous les Etats membres (82).

A la lecture du considérant 56 de la directive sur le commerce électronique, l'on peut s'interroger sur la portée exacte de la dérogation relative aux obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs. Le considérant 56 stipule en effet que ces obligations «doivent être interprétées comme comprenant les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits du consommateur, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter». En d'autres termes, la dérogation ne se limiterait pas au pur champ contractuel mais inclurait également certaines obligations d'informations pré-contractuelles. Il nous

semble cependant au contraire que ce type d'informations devraient en toute logique tomber dans le champ d'application de la proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs. Le considérant 56 de la directive sur le commerce électronique crée dès lors une confusion qui n'est malheureusement pas levée dans la Communication.

## 2. La proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs

La Commission a présenté fin 1998 une proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (ci-après «la proposition de directive sur la commercialisation à distance») (83). Cette proposition était justifiée par le fait que les services financiers avaient été exclus de la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (84). La proposition de directive sur la commercialisation à distance faisait également suite au Livre Vert de la Commission intitulé «Services financiers : répondre aux attentes des consommateurs» (85).

Suite à l'adoption du Rapport du Parlement européen en première lecture (86), la Commission a présenté au cours de l'été 1999 une proposition de directive révisée (87). Cette proposition est toujours à l'examen au niveau du Conseil.

La proposition de directive sur la commercialisation à distance est une proposition de directive sectorielle. A la différence de la directive sur le commerce électronique, elle couvre tous les services financiers (88) à distance (89), et pas uniquement les services de la société de l'information (90). Outre l'Internet, sont donc visés les autres canaux plus classiques de commercialisation à distance tels que par exemple le téléphone ou le fax.

L'objectif de la proposition de directive sur la commercialisation à distance consiste à harmoniser au niveau européen les dispositions nationales de protection du consommateur en matière de services financiers à distance. L'harmonisation vise essentiellement le champ des informations pré-contractuelles et le droit de rétractation après la conclusion du contrat (91). Tant la Commission que le Parlement européen avaient opté pour l'approche de l'harmonisation maximale. Le neuvième considérant de la proposition de directive est parfaitement clair à cet égard en ce qu'il stipule que «... eu égard au niveau élevé de protection des consommateurs assuré par la présente directive, afin d'assurer la libre circulation des services financiers, les Etats membres ne peuvent prévoir d'autres dispositions que celles établies par la présente directive pour les domaines harmonisés par celle-ci» (92). Cette approche constituait une avancée essentielle pour l'avènement d'un véritable marché intérieur des services financiers de détail. Elle mettait en effet un frein aux distorsions de concurrence induites par les divergences existantes dans les législations des Etats membres en matière d'informations pré-contractuelles dues aux consommateurs et mettait en place une protec-

tion uniforme harmonisée au profit de tous les consommateurs européens. Malheureusement, il apparaît évident aujourd'hui que seul un nombre restreint d'Etats membres seraient prêts à accepter l'approche de l'harmonisation maximale. Les autres Etats souhaitent conserver la possibilité d'adopter des mesures plus protectrices des consommateurs que celles prévues par la directive (approche de l'harmonisation minimale) (93). Malgré les tentatives successives de compromis proposées par les Présidences portugaise, finlandaise et française, un accord politique n'a toujours pas été trouvé. La Présidence française avait suggéré de réduire le champ de l'harmonisation maximale, limitant celle-ci aux informations pré-contractuelles générales telles que les 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, ainsi qu'au droit de rétractation (94). En ce qui concerne les informations pré-contractuelles spécifiques telles que les caractéristiques du service, le prix et les commissions, ou encore les modes de paiement et d'exécution du service et en ce qui concerne les informations supplémentaires, il était proposé de les soumettre à un double régime : celui du droit communautaire en ce qui concerne les domaines déjà harmonisés et celui des droits nationaux pour les domaines non harmonisés (95). En l'occurrence, la Présidence française suggérait une approche d'harmonisation minimale pour ce type d'informations pré-contractuelles.

Le compromis que tente d'obtenir actuellement la Présidence suédoise va encore beaucoup plus loin. Le champ de l'harmonisation maximale de la directive serait confiné au droit de rétractation (à l'exception du droit de rétractation en matière de crédit hypothécaire). En ce qui concerne toutes les obligations d'informations pré-contractuelles, c'est l'approche de l'harmonisation minimale qui prévaudrait. L'on est donc loin de l'approche initiale que la Commission avait proposée avec le soutien du Parlement européen. L'approche de l'harmonisation minimale n'est cependant à l'avantage ni des prestataires ni des consommateurs. D'une part, les prestataires, en sus de devoir respecter un droit des contrats différent dans chaque Etat membre, devront se conformer à quinze législations différentes en matière de commercialisation. D'autre part, les consommateurs n'auront pas de sécurité juridique absolue quant à l'application des règles plus protectrices de leurs pays de résidence. Ces règles plus contraignantes devront en effet également satisfaire au test de l'intérêt général (96).

L'approche de l'harmonisation minimale irait à l'encontre du principe de la loi du pays du prestataire consacré dans la directive sur le commerce électronique. Pour ce qui concerne les services financiers, ce principe perdrait une grande partie de sa substance si cette approche était finalement retenue. L'on pourrait d'ailleurs légitimement se demander s'il ne s'agirait pas d'une dérogation supplémentaire à la clause du marché intérieur de la directive sur le commerce électronique. L'on comprend donc l'importance pour le secteur financier de l'articulation entre la directive sur le commerce électronique et la proposition de directive sur la commercialisation à distance. La Commission relève d'ailleurs dans la Communication l'interdépendance

entre le principe de la loi du pays d'origine et l'harmonisation maximale, ou à tout le moins un degré d'harmonisation élevé (97). Nous ne pouvons dès lors que nous réjouir de la volonté affichée par la Commission de mettre en œuvre une stratégie visant à atteindre un degré élevé d'harmonisation des dispositions nationales en matière de commercialisation (98). Le texte de compromis provisoire de la Présidence suédoise stipule une obligation pour les Etats membres de notifier à la Commission les mesures additionnelles plus protectrices existantes ou envisagées. Si cette disposition était adoptée, elle devrait au moins aider la Commission dans sa tâche d'identification des divergences entre les législations nationales et, au-delà, elle devrait faciliter le travail de convergence.

Il est donc essentiel que la proposition de directive sur la commercialisation à distance soit revisitée à la lumière de la clause du marché intérieur de la directive sur le commerce électronique. A défaut, la directive sur le commerce électronique risque bien de rester en grande partie lettre morte pour le secteur des services financiers de détail.

## II L'amélioration des mécanismes de recours et la sécurité des paiements sur Internet

Afin de renforcer la confiance des consommateurs dans la prestation en ligne des services financiers, la Commission préconise deux types d'action dans la Communication (99). D'une part, elle recommande l'adoption de mesures visant à assurer un accès rapide et efficace des consommateurs à des mécanismes de recours. Elle recommande d'autre part que soient prises des mesures visant à assurer la sécurité et la fiabilité des paiements sur Internet. Nous nous limiterons dans la présente contribution à l'examen de la première recommandation, à savoir l'amélioration des mécanismes de recours mis à la disposition du consommateur. Le domaine de la sécurité des paiements on-line mériterait à lui seul de faire l'objet d'une étude approfondie. Nous pensons en particulier à la question des systèmes de *chargebacks* qui peuvent être attachés à certaines cartes bancaires (100) et plus généralement à la question de la lutte préventive contre la fraude des moyens de paiement électroniques. Cette dernière question vient de faire l'objet d'une communication de la Commission (101).

### ■ Les mécanismes de recours transfrontaliers

#### A - Le droit international privé des conflits de juridictions

La matière des conflits de juridictions intra-communautaires est en principe réglée par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après «la Convention de Bruxelles») (102). La Convention de Bruxelles a été récem-

ment modifiée par un Règlement du Conseil du 22 décembre 2000 très critiqué par les milieux d'affaires européens (103) (ci-après «le Règlement») (104).

La Convention de Bruxelles et le Règlement la modifiant consacrent le principe de compétence générale des juridictions de l'Etat du domicile du défendeur (105), sous réserve notamment d'une exception de taille en matière de contrats conclus par les consommateurs. En cas de litige avec un prestataire, ces derniers peuvent en effet sous certaines conditions saisir les juridictions de l'Etat de leur domicile (106). Cependant, tandis que, de la même manière que la Convention de Rome (107), la Convention de Bruxelles requiert à cet effet que la conclusion du contrat ait été précédée dans l'Etat du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur ait accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat (art. 13), le nouveau Règlement a supprimé ces deux conditions et les a remplacées par une condition très peu appropriée dans le cadre du commerce électronique.

Le nouvel article 15.1 c) du Règlement prescrit que le consommateur a la faculté de porter le litige devant les juridictions de son domicile «*lorsque... le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou, qui, par tout moyen, dirige ses activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités*». Cette disposition vise à tenir compte de la nouvelle réalité du commerce électronique. Davantage encore que les deux conditions de l'article 13 de la Convention de Bruxelles, cette nouvelle notion d'*«activité dirigée vers»* est inappropriée dans le cadre du commerce en ligne. Elle accrédite en effet l'idée d'un choix ou d'un ciblage intentionnel préalable des consommateurs par le prestataire, ce qui est évidemment tout à fait contraire à l'essence même du commerce électronique. A notre avis, deux interprétations de la notion d'*«activité dirigée vers»* sont possibles. La première consisterait à considérer que le seul fait pour un prestataire de services d'opérer un site web transactionnel accessible dans l'ensemble de l'Union européenne (et même dans le monde entier) suffit, en cas de litige, à rendre possible la saisine par le consommateur des juridictions de l'Etat de son domicile. Rappelons qu'en principe, un site web est par définition accessible à l'échelle planétaire sans restrictions. En vertu de cette interprétation, les prestataires seraient systématiquement exposés au risque de se voir attirer devant les juridictions de quinze Etats membres différents. Une seconde interprétation consisterait à considérer au contraire que le seul fait pour un consommateur de conclure un contrat via le site accessible d'un prestataire ne suffit pas à autoriser ce consommateur à saisir les tribunaux de son domicile en cas de litige. Selon cette interprétation, le consommateur, pour pouvoir assigner le prestataire devant ses juges, devrait avoir été préalablement sollicité. L'on pense ici à la large panoplie des méthodes de marketing qu'offre le commerce électronique (108). Cette seconde interprétation devrait à notre avis prévaloir (109). La décision en reviendra à la jurisprudence. Il nous semble en tout état de cause qu'il ait mieux valu pour le marché intérieur ne pas modifier la condition de «*proposition spécialement faite ou d'une publicité préalable*» de

l'article 13 de la Convention de Bruxelles. Dans ces conditions, seule l'offre active de services financiers sur le web aurait clairement autorisé le consommateur à attirer un prestataire devant les tribunaux de son domicile. L'on a vu cependant que la diversité des moyens de marketing qu'offre Internet fait que la condition de sollicitation serait remplie assez facilement (110).

Etant donné ces incertitudes, le nouveau Règlement ne devrait pas contribuer à rassurer les banques désireuses de se lancer dans le commerce en ligne. Au contraire, il devrait les inciter à la plus grande prudence (ciblage de l'offre, mise en place de *disclaimers* sur les sites web (111)). Le nouveau droit international privé communautaire des conflits de juridictions pourrait dès lors bien constituer une entrave supplémentaire à l'avènement d'un véritable marché intérieur des services financiers de détail (112). Il est en tout cas à souhaiter que la révision de l'article 5 de la Convention de Rome, si elle a lieu, ne suive pas le même modèle que celle de l'article 13 de la Convention de Bruxelles.

Il convient de noter qu'au plan international, la Conférence de La Haye de droit international privé (ci-après «la Conférence de La Haye») prépare également un projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (ci-après «le projet de Convention») (113). Concernant les règles de conflits de juridictions en matière de contrats conclus par les consommateurs, la Conférence de La Haye semble avoir adopté une approche plus claire et plus équilibrée que celle retenue dans le Règlement modifiant la Convention de Bruxelles. L'article 7.1 du projet de Convention dispose en effet que «*le demandeur qui a conclu un contrat pour un usage étranger à son activité professionnelle ou commerciale, ci-après dénommé le consommateur, peut introduire une action devant les tribunaux de l'Etat de sa résidence habituelle, si a) la conclusion du contrat sur laquelle la demande est fondée est liée aux activités professionnelles ou commerciales que le défendeur a exercées dans cet Etat, ou dirigées vers cet Etat, en particulier en sollicitant des affaires par des moyens de publicité, et b) les démarches nécessaires à la conclusion du contrat ont été accomplies par le consommateur dans cet Etat*». Ces deux conditions – très proches de celles de l'article 13 de la Convention de Bruxelles – nous paraissent mieux assurer l'équilibre nécessaire entre les deux impératifs communautaires que constituent la protection du consommateur et la liberté de prestation de services. Le projet de Convention de la Conférence de La Haye pose en tout cas la question de la cohérence entre les règles communautaires et internationales de conflits de juridictions.

La Communication encourage dans la Communication le développement des mécanismes alternatifs de règlement des conflits (114). La section qui suit vise à examiner brièvement ce domaine en pleine évolution.

## **B - Les mécanismes alternatifs de règlement des conflits**

En cas de litige, le consommateur européen a en général recours à la saisine des tribunaux et le fait d'acheter on-line ne le prive bien entendu pas de ce droit (115). Cependant, les frais de justice et la lenteur des procédures judiciaires sont au nombre des inconvénients de nature à

dissuader le consommateur de s'adresser aux tribunaux, tout particulièrement dans le cadre d'un litige transfrontalier.

Dans son Plan d'action sur les services financiers, la Commission avait déjà constaté que l'absence de mécanismes efficaces de règlement des litiges transfrontaliers peut être considérée comme l'un des obstacles majeurs à l'avènement d'un véritable marché intérieur des services financiers (116).

La Commission a dès lors décidé de multiplier les initiatives afin d'encourager le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits (les ADR- *Alternative Dispute Resolution*) (117). Les services financiers jouent un rôle pilote à cet égard.

Au niveau des services financiers, il existe dans les Etats membres de nombreux organes de référence accessibles au consommateur (en dehors des tribunaux) en cas de différend avec une institution financière (118). Le secteur des services financiers s'est dès lors familiarisé depuis plusieurs années avec les mécanismes de résolution extrajudiciaire des conflits. Malgré qu'ils aient chacun leur spécificité propre (119), ces mécanismes poursuivent un objectif fondamental commun : offrir au consommateur mécontent la possibilité de faire appel à la médiation d'un tiers indépendant afin de résoudre un litige à moindres frais, voire sans débours, et une fois qu'ont été épuisées les voies de recours internes à l'établissement financier dont question.

Dans cette multitude, le système de type «médiateur» (ou «ombudsman») (120) est le plus largement répandu (121). Celui-ci émane en général du secteur financier lui-même ou peut avoir été créé conjointement avec les associations de consommateurs. Le médiateur a recours à la voie de la conciliation entre les parties.

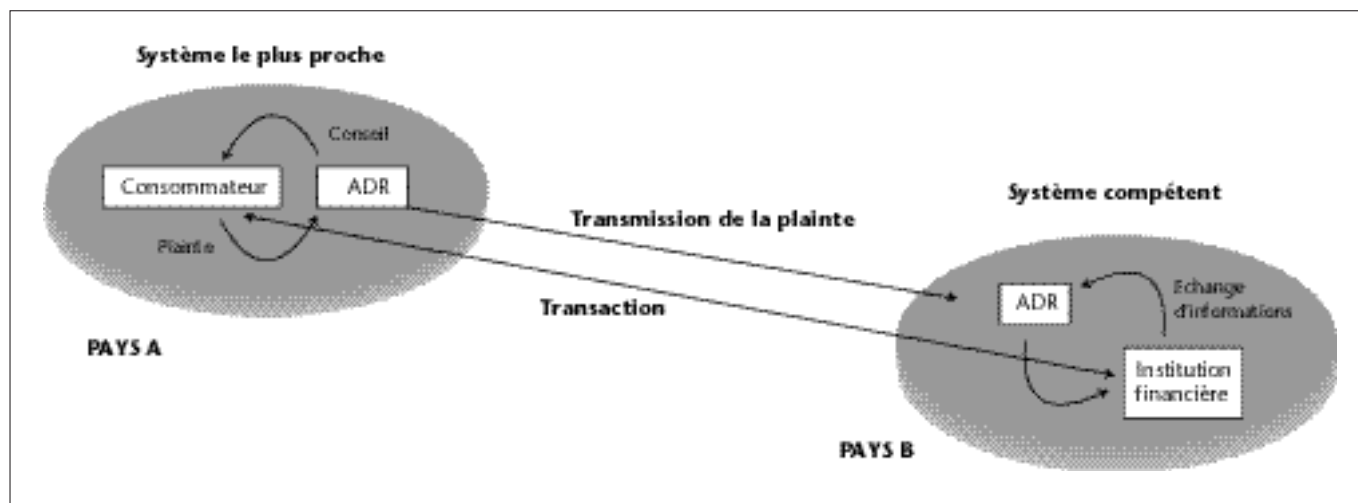
Le système des «Commissions des plaintes» est également répandu, notamment dans les pays nordiques où leur champ d'activité est relativement large. Leurs décisions revêtent la forme de recommandations qui ne lient généralement pas les parties. Dans d'autres pays, les autorités de surveillance ont un mode de fonctionnement quasiment analogue.

Les recours à l'arbitrage ne sont par contre pas très fréquents tant leur vocation est plus générale (122).

Les pouvoirs octroyés à ces organes ainsi que l'autorité de leurs décisions varient sensiblement d'un Etat à l'autre. Les décisions lient généralement les organismes financiers, rarement le consommateur. Au Portugal cependant, les décisions arrêtées ont valeur de sentence et constituent des titres exécutoires. Dans d'autres schémas, le consommateur peut être contraint de se conformer à la décision prise mais bénéficie d'une procédure d'appel auprès d'un tribunal de son choix.

Ainsi, dans la majorité des cas, les décisions prises revêtent la forme de recommandations dont l'autorité juridique n'est pas contraignante, mais néanmoins non négligeable (123).

Le Plan d'action sur les services financiers envisageait déjà la création d'un réseau communautaire de traitement des plaintes (124). C'est ainsi qu'a été lancé, le 1<sup>er</sup> février 2001, un réseau pour la résolution extrajudiciaire des litiges (particulièrement dans un contexte transnational) propre aux services financiers appelé FIN-NET (FINancial Services complaints NETwork) (125). La Commission en propose un aperçu succinct dans la Communication.



Ce réseau, recouvrant aussi bien les services on-line qu'off-line, regroupe trente-cinq organes nationaux spécialisés (tels que les médiateurs des secteurs bancaires ou des assurances) ou pas (les chambres de recours pour les consommateurs). Ceux-ci ont adhéré à un protocole d'accord volontaire <sup>(126)</sup> dont les lignes directrices font état de la procédure à suivre par le consommateur auprès de l'organe de résolution des litiges dans son pays de résidence.

Le schéma de référence tel que décrit par le protocole est le suivant (*graphique ci-dessus*) :

Dans un souci d'efficacité accrue, ce système peut être modulé selon la volonté des parties <sup>(127)</sup>.

Le Protocole stipule clairement que le «système compétent» est «l'organe de résolution des litiges compétent dans le domaine des services financiers du pays dans lequel le fournisseur est établi et à partir duquel il offre ses services». Le système ainsi décrit repose sur le principe de la compétence du pays d'origine et de la reconnaissance mutuelle des décisions prises par l'ADR du pays d'établissement de l'institution financière. Nous ne pouvons que saluer le choix d'une telle option. D'une part, elle s'inscrit dans la droite ligne de la clause du marché intérieur de la directive sur le commerce électronique. D'autre part, ce système est également favorable au consommateur qui pourra plus facilement obtenir l'exécution de la décision dans le pays d'origine de l'institution financière. Rappelons que le consommateur conserve en toutes circonstances le droit de saisir le tribunal de son choix.

Il faut se réjouir de la volonté réaffirmée par la Commission dans la Communication d'encourager le développement des mécanismes alternatifs de résolution des litiges.

### III La coopération entre les autorités nationales de surveillance

Le troisième objectif prioritaire que s'assigne la Commission dans la Communication consiste à améliorer et renforcer la coopération entre les autorités nationales de surveillance. Cette coopération s'exerce notamment en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux. A cet égard, la Commission évoque dans la Communication les

risques associés à la banque en ligne. Nous faisons brièvement le point sur cette question ci-après.

#### ■ L'identification à distance des clients en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux

La directive du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (ci-après «la première directive "blanchiment"») impose aux établissements de crédit et aux institutions financières d'identifier leurs clients au moyen d'un document probant <sup>(128)</sup>. Certains estiment qu'au vu du développement rapide de l'Internet banking et des risques accrus qu'il comporte en matière de blanchiment, les dispositions de la première directive «blanchiment» en matière d'identification de la clientèle sont dépassées et doivent être adaptées à la nouvelle réalité de l'e-banking.

Dans sa proposition de modification de la première directive «blanchiment», la Commission avait inséré une Annexe qui détaillait avec une grande précision les procédures à suivre par les établissements de crédit et les institutions financières en matière d'identification de leurs clients dans les opérations bancaires à distance <sup>(129)</sup>. Le secteur bancaire avait, quant à lui, émis de sérieuses réserves quant à l'applicabilité de cette Annexe <sup>(130)</sup>. Il est heureux que le Conseil ait décidé, lors de l'adoption de sa position commune sur la proposition de directive, de remplacer l'Annexe par une disposition générale dans la directive qui, tout en imposant aux banques de mettre en place des mesures adéquates d'identification à distance de leurs clients, leur laisse une certaine marge de manœuvre quant au choix des mesures <sup>(131)</sup>. Cette disposition devrait permettre aux banques de continuer à faire usage des moyens d'identification à distance déjà existants. L'on pense notamment à l'identification via le débit ou le crédit d'un compte ouvert au nom du client auprès d'une autre banque de l'Union européenne ou d'un pays GAFI, l'identification par une autre banque de l'Union européenne ou d'un pays GAFI, ou encore la certification par un notaire, un consulat ou une ambassade. Ces différentes techniques sont cependant rarement utilisées isolément. Les banques les combinent avec d'autres procédures de contrôle telles que la vérification par appel téléphonique ou auprès de l'employeur du client, ou telles que l'envoi d'un courrier recommandé avec accusé de réception. L'approche d'une certaine flexibilité dans le choix des moyens d'identifica-

tion à mettre en œuvre devrait également favoriser le développement de nouvelles techniques au gré de l'essor croissant des nouvelles technologies. Ainsi, la signature électronique, notamment, devrait à court ou moyen terme constituer un excellent outil d'identification à distance (132). Il s'agirait dans ce cas de déléguer à une tiers, à savoir l'autorité de certification accréditée, le contrôle de l'identité du client (133).

\* \*  
\*

En conclusion de cette étude, l'on ne peut que constater qu'un long chemin reste à parcourir pour que soit mis en place un véritable marché intérieur des services financiers de détail. Nous pouvons certes nous réjouir du fait que la Commission affirme dans la Communication le rôle central dans l'avènement de ce marché de la directive sur le commerce électronique, et en particulier de la clause du marché intérieur. L'on a vu cependant que le nombre des dérogations – existantes et potentielles – au principe de la loi du pays d'origine du prestataire sont de nature à vider la clause du marché intérieur de sa substance. En ce qui concerne les services financiers, il est donc particulièrement essentiel que l'approche d'une harmonisation maximale – ou à tout le moins d'une harmonisation à degré élevé – s'impose finalement dans la proposition de directive sur la commercialisation à distance. A défaut, ni les banques ni les consommateurs ne bénéficieront de la sécurité juridique nécessaire à

l'essor de l'Internet banking. D'une part, les banques seront réticentes à proposer leurs produits et services en ligne dans toute l'Union européenne et, d'autre part, les consommateurs seront réticents à acheter en ligne dans des pays autres que leur pays de résidence.

A terme, seul un degré élevé d'harmonisation tant des législations nationales en matière de commercialisation des produits et services financiers que des droits nationaux des contrats permettra la réalisation effective d'un grand marché européen des services financiers de détail. L'on ne peut que se féliciter de la volonté affichée par la Commission dans la Communication d'entamer sans délai cette lourde tâche de mise en convergence des droits des Etats membres à cet égard. Seule cependant une véritable volonté politique de l'ensemble des Etats membres permettra d'évoluer vers un haut degré d'harmonisation des législations nationales.

Il est regrettable, pour le surplus, que la Communication soit limitée dans son ensemble à un catalogue de bonnes intentions. L'on aurait souhaité notamment que la Commission y résolve des questions jusqu'ici restées sans réponse. Gageons cependant que d'ici à l'horizon 2005, la Commission mettra tout son poids dans la balance afin que la banque en ligne puisse libérer toutes ses potentialités. Le commerce électronique, par nature sans frontières, est une opportunité à saisir pour l'avènement d'un véritable marché intérieur des services financiers. Une chance qu'il ne faudrait pas manquer ! ■

(1) COM (2001) 66 final du 7.2.2001. La Communication est disponible à l'adresse [www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/finances/general/ecomfaq.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/general/ecomfaq.htm)

(2) Le commerce électronique constitue un canal de distribution particulièrement propice pour des produits financiers de plus en plus dématérialisés.

(3) Le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 a consacré l'importance vitale du développement du commerce électronique pour la compétitivité de l'Union (voir les conclusions de la Présidence portugaise disponibles à l'adresse [www.europa.eu.int/presid/conclusions.htm](http://www.europa.eu.int/presid/conclusions.htm)).

(4) COM (1999) 232 du 11.05.1999. Le Plan d'action sur les services financiers a été approuvé par le Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999. Le Conseil européen de Lisbonne a arrêté l'année 2005 comme échéance ultime pour la réalisation du Plan d'action (voir les conclusions de la Présidence portugaise disponibles à l'adresse [www.europa.eu.int/presid/conclusions.htm](http://www.europa.eu.int/presid/conclusions.htm)). Le Plan d'action prévoyait l'adoption d'un Livre Vert et non d'une Communication. Tant les Livres Verts que les communications sont des actes communautaires sui generis non prévus explicitement par les traités. Tandis que les Livres Verts sont en général des instruments de consultation et de débat, les communications sont souvent interprétatives d'une notion de droit communautaire. Elles revêtent plus rarement un caractère consultatif. La frontière entre les deux instruments n'est cependant pas bien délimitée. La présente Communication se situe en fait à mi-chemin entre ces deux instruments.

(5) Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), JOCE 17.07.2000, L.178/1.

(6) Il existe un débat de nature essentiellement académique sur la question de savoir quelle est la manière la plus exacte de qualifier le marché dans le contexte des libertés communautaires fondamentales. Quel est l'adjectif le plus correct : commun, unique ou intérieur ? La notion de «marché unique» rend mieux compte que la notion de «marché commun» de l'objectif d'un marché qui se substitue aux marchés nationaux (tel que cet objectif est consacré dans l'Acte Unique, adopté les 14 et 28 février 1986. Quant à la notion de «marché intérieur», elle traduit davantage l'idée d'un marché européen unifié face aux autres marchés mondiaux. Cette dernière notion est cependant à tort ou à raison de plus en plus utilisée dans le jargon communautaire des textes officiels. Nous avons dès lors délibérément choisi d'en faire usage dans la présente contribution en

lieu et place de la notion de «marché unique». Sur cette distinction entre les notions de «marché commun», «marché unique» et «marché intérieur», voir Branche Sousi-Roubi, Précis de droit bancaire européen, *Dalloz*, 1995, p. 4 (n° 7).

(7) La présente contribution sera essentiellement consacrée aux services bancaires de détail. Elle n'envisagera donc pas la question du marché des services financiers de gros montants ni des services d'investissement en général, ou de manière exclusivement sporadique. La présente contribution n'envisagera pas non plus les questions relatives au secteur des assurances.

(8) Conclusions de la Présidence portugaise, voir supra, sous annotation 3.

(9) Cf. p. 4 de la Communication.

(10) Cf. p. 5 de la Communication.

(11) COM (1997) 157 du 16.04.1997.

(12) Directive 1999/93/CE, JOCE 19.01.2000, L.13/12. Pour une excellente étude de cette directive, voir M. Antoine et D. Gobert, «La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ?», *JT Droit européen*, avril 2000, p. 73.

(13) Directive 2000/46/CE, JOCE 27.10.2000, L.275.

(14) Cf. supra, sous annotation 5.

(15) La directive n'est donc nullement limitée aux services financiers. Les services de la société de l'information sont définis comme les services au sens de l'art. 1<sup>er</sup>, § 2, de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE. Cette définition couvre tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services (voir le considérant 17 de la directive sur le commerce électronique). Cette définition englobe la vente de biens en ligne (voir le considérant 18). En revanche, elle n'englobe ni la livraison de biens en tant que telle ni la fourniture de services hors ligne (voir le même considérant 18). La vente des produits financiers est donc également visée par la directive. La problématique de la livraison de ces produits ne se pose pas vraiment puisque la plupart d'entre eux sont à présent largement dématérialisés. Les activités hors ligne ne relèvent pas du champ d'application de la directive même si elles sont en rapport direct avec des activités en ligne. Ainsi, lorsque la promotion d'un service financier est assurée on-line tandis que les autres aspects de la prestation de ce service sont effectués off-line, seules les activités de promotion seront soumises à la directive sur le commerce électronique. Les activités off-line se rattachant au même service reste-

ront régies par le droit commun. La notion d'«établissement» est définie à l'article 2 c) de la directive. Elle suppose l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation durable pour une période indéterminée. Cette définition est conforme à une jurisprudence constante de la Cour européenne de justice. Ainsi, la seule présence des supports technologiques à l'activité du prestataire ne suffira pas à caractériser le lieu d'établissement du prestataire. Dans les cas où le lieu des installations technologiques servant de support à l'activité du prestataire et le lieu effectif de l'activité économique du prestataire ne coïncident pas (par exemple en cas d'outsourcing des moyens technologiques), c'est ce dernier lieu qui déterminera le lieu d'établissement. Si le prestataire a plusieurs établissements, le lieu d'établissement, au sens de la directive, sera le lieu d'où le service est effectivement fourni ou, si cette détermination est difficile, le lieu où le prestataire a le centre de ses activités pour ce service (voir le considérant 19 de la directive). La directive ne s'applique pas aux prestataires de services établis dans des pays tiers à l'Union européenne. Cela signifie que chaque Etat membre reste maître de sa politique en matière d'accès de ces prestataires aux services de la société de l'information sur son propre territoire (sous réserve du respect des accords commerciaux internationaux tels que les accords bilatéraux conclus par l'Union européenne et le GATS). Ceci n'est évidemment pas sans risque pour la cohérence de la politique commerciale de l'Union. Ainsi que la Commission le suggère dans la Communication (p. 6), il serait hautement souhaitable que l'Union adopte une approche coordonnée à cet égard.

(16) Directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, *JOCE* 12.2.1987, L.42.

(17) Directive 93/22/CEE du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, *JOCE* 11.6.1993, L.141.

(18) Directive 85/611/CEE du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (Opvm), *JOCE* 31.12.1985, L.375. Successivement modifiée par la directive 88/220 du 22 mars 1988 et la directive 95/26 du 29 juin 1995.

(19) Proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, *JOCE* 11.12.1998, L.385 (voir la proposition modifiée sur [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)). Citons également le Code de conduite européen pour la commercialisation des prêts au logement qui a été signé le 5 mars 2001 par les organisations représentatives du secteur et les organisations de protection des consommateurs au niveau européen.

(20) Voir l'article 1<sup>er</sup>, § 3 et le considérant 11 de la directive sur le commerce électronique.

(21) Voir le considérant 21 de la directive.

(22) Nous envisageons ici l'accès automatique et simultané au plan purement technique. Il est techniquement possible de restreindre cet accès (par exemple en prévoyant des mots de passe pour tout ou partie du site, ces mots de passe n'étant communiqués qu'à des personnes faisant partie d'un/de groupe(s) cible(s)). Ce serait cependant détourner le commerce électronique de son objet à vocation universelle. Nous verrons plus loin quels sont les instruments juridiques qui permettent au prestataire de restreindre l'accès aux services proposés par un site web.

(23) Voir les explications de la Commission dans la Communication, p. 7.

(24) Voir la Communication, p. 8. Il se peut que le pays à partir duquel une société opère son site web ne coïncide pas avec le pays de l'établissement du prestataire (voir supra sous annotation 15). Dans ce cas, le contrôle par les autorités du pays d'origine du prestataire sera sans doute moins aisé.

(25) Système de l'agrément dans le pays d'origine donnant droit au passeport européen. Directive (CEE) n° 89/646 du Conseil du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, *JOCE* 30.12.1989, L.386/1 (la deuxième directive bancaire est à présent intégrée dans la directive de codification des différentes directives bancaires, à savoir la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* 26.05.2000, L.126. Cette directive de codification a été modifiée récemment pour y inclure les établissements de monnaie électronique visés par la directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000 (directive 2000/28/CE du 18 septembre 2000 modifiant la directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* 27.10.2000, L.275)). Pour des raisons de facilité et de clarté, nous continuerons à faire référence à la deuxième directive bancaire dans la présente contribution. Comme dans la deuxième directive bancaire (art. 19, §§3-4, art. de la directive de codification), la directive sur le commerce électronique prévoit des mécanismes de coopération et d'information (voir art. 19).

(26) C'est également l'avis du Professeur Blanche Sousi-Roubi, in

«Directives bancaires et commerce électronique : quelle articulation ?», *Les Echos*, 31.01.2001, p. 11.

(27) Sur cette question, voir Blanche Sousi-Roubi, *Ibidem*.

(28) Le débat n'est pas neuf.

(29) Voir par exemple la circulaire de la Commission bancaire et financière belge du 5 mai 2000 intitulée «Services financiers sur Internet : exigences prudentielles», spécialement p. 6, § 29. Cette circulaire est disponible à l'adresse [www.cbf.be](http://www.cbf.be).

(30) COM 97/C 209/04, *JOCE* 10.07.97, C209/6, p. 8.

(31) Article 21 de la directive de codification.

(32) Elle n'envisage pas clairement cette question en ce qu'elle s'y limite à préciser que «le besoin de recourir aux procédures de notification va décroître au fur et à mesure que les règles nationales convergeront» (p. 21).

(33) A ce sujet, voir Hervé Bouilhoul, «Les aspects juridiques de l'e-banking», dans la présente Revue, n° 74, novembre-décembre 2000, p. 8. Certains ont ainsi cru à tort pouvoir attribuer à la clause dite «du marché intérieur» une portée qu'elle n'a pas.

(34) Voir la Communication, p. 8-9.

(35) Il doit donc s'agir d'un service bien déterminé.

(36) Voir l'article 3, § 4 a) i) quatrième tiret. La protection des consommateurs est traditionnellement reconnue par la Cour européenne de justice comme constituant un motif d'intérêt général (voir arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, Recueil 1986, p. 3755). Par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice, le nombre des motifs impérieux admissibles au titre de l'intérêt général a été sensiblement réduit dans la directive.

(37) Voir la jurisprudence abondante de la Cour de justice sur la notion d'intérêt général (arrêt du 18 janvier 1979, aff. jointes, 110 et 111/78, Van Wesemael, Recueil 1979, p. 35 ; arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, Säger, Recueil 1991, p. I-4221 ; arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/99, Gebhard, Recueil 1995, p. I-4165).

(38) Arrêt du 18 mars 1980, affaire 52/79, Recueil 1980, p. 833 et arrêt du 25 juillet 1991, affaire C-353/89, Recueil 1991, p. I-4069.

(39) Cf. supra, annotation 30.

(40) Ce terme est malheureux car il peut laisser sous-entendre que les Etats membres peuvent adopter des mesures d'intérêt général plus strictes que celles prescrites dans les directives d'harmonisation.

(41) Voir page 17 de la Communication interprétative, cf. supra, annotation 30.

(42) En anglais, on parle de «full harmonisation». Ce terme d'«harmonisation maximale» prête parfois à confusion. Il signifie que dans un domaine déterminé, les Etats membres sont tombés d'accord sur un commun dénominateur de protection du consommateur. En principe, ce commun dénominateur doit offrir une protection égale à tous les consommateurs dans l'Union européenne. Il doit pareillement permettre aux prestataires de services d'évoluer sur un pied d'égalité dans de saines conditions de concurrence en ne les obligeant à se conformer qu'à ce seul commun dénominateur sans autres restrictions dans les différents Etats membres. En ce sens, la notion d'«harmonisation maximale» s'oppose à la notion d'«harmonisation minimale» en vertu de laquelle les Etats membres sont autorisés à adopter des mesures plus strictes de protection des consommateurs que celles prévues dans les directives d'harmonisation. Sur la distinction entre les notions d'«harmonisation maximale» et d'«harmonisation minimale», voir la Tribune de Françoise Sweerts intitulée «L'harmonisation maximale pour la protection du consommateur européen», in *Euredia* 2000/1, p. 5.

(43) La position de la Commission à l'égard de ces clauses minimales est ambiguë voire contradictoire (voir la Communication interprétative susmentionnée, p. 17). La Commission semble cependant admettre que dans le cas des directives d'harmonisation minimale, un Etat membre puisse imposer des règles plus strictes à condition que ces règles satisfassent au test de proportionnalité. Le professeur Blanche Sousi-Roubi défend quant à elle le point de vue selon lequel même dans le cas des directives d'harmonisation minimale, les Etats membres ne peuvent imposer aux établissements de crédit agréés dans leur pays d'origine des règles plus strictes que celles prévues par ces directives. A défaut, selon le même auteur, le principe même de la loi du pays d'origine dans le cadre d'une harmonisation européenne minimale, et son corollaire, le principe de reconnaissance mutuelle seraient vidés de leur substance (voir *Précis de Droit bancaire européen*, op. cit. (6), p. 146 et suiv. (n° 287 et suiv.)). Il est également généralement admis que les Etats membres sont libres d'imposer à leurs propres établissements des règles plus strictes que celles contenues dans les directives communautaires minimales (ce qui est communément appelé «la discrimination à rebours»).

(44) Il est par exemple généralement admis qu'en vertu de la deuxième directive bancaire, les conditions d'exercice de l'activité relèvent du domaine harmonisé, tandis que les modalités d'exercice de cette activité relèvent du domaine non harmonisé et sont dès lors de la compétence de l'Etat membre d'accueil (voir Blanche Sousi-Roubi, *Ibidem*).

(45) Voir également le considérant 11 de la directive.

(46) Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* 21.4.1993, L.95.

(47) Voir annotation 16.

(48) Voir annotation 19.

(49) Article 22.

(50) Voir l'article 3, § 4 à 6 de la directive sur le commerce électronique. Cette procédure de notification préalable obligatoire ne semble cependant pas suspensive de l'adoption ou de l'application des mesures concernées (voir l'art. 3, § 6). Sur ce point, voir l'opinion contraire de Françoise Sweerts in «Internet – les sites bancaires veulent s'ouvrir au consommateur européen», *Revue de la Banque*, 4/2000, p. 257. A noter que l'article 3, § 5 permet, en cas d'urgence, de déroger à cette procédure de notification préalable obligatoire. Dans ce cas, la notification doit se faire a posteriori dans les plus brefs délais.

(51) Une telle procédure de notification préalable est conforme à l'article 95 du Traité CE. Son originalité réside dans le fait qu'elle est inscrite et systématisée dans une directive. Blanche Sousi-Roubi plaide pour une généralisation de cette procédure à d'autres domaines (op. cit. in annotation 26). Une procédure relativement similaire existe cependant dans la deuxième directive bancaire (voir l'art. 20 de la deuxième directive bancaire, art. de la directive de codification). Cependant, cette procédure de notification n'est obligatoire envers la Commission qu'en cas de mesures conservatoires prises dans l'urgence (voir l'art. 20, § 7, art. de la directive de codification).

(52) L'évaluation par la Commission de la notion d'intérêt général se fera bien entendu sans préjudice du pouvoir d'interprétation de cette notion par la Cour de justice. Cette procédure de contrôle a priori permettra cependant à la Commission d'exiger de l'Etat membre concerné – au moins provisoirement jusqu'à ce que la Cour de justice éventuellement saisie d'un recours se prononce – qu'il s'abstienne de prendre les mesures envisagées ou qu'il mette fin d'urgence aux mesures en question (voir l'art. 3, § 6 de la directive sur le commerce électronique). En ce sens, cette procédure pourrait avoir un effet préventif salutaire pour l'avènement d'un véritable marché intérieur des services financiers en ligne (voir Blanche Sousi-Roubi, op. cit. in annotation 26).

(53) Communication, p. 2, 14 et 23.

(54) Voir aussi l'article 3, § 3 de la directive.

(55) Voir la Communication, p. 8. Rappelons que certains pays dont l'Italie et la Belgique souhaïtaient un plus grand nombre de dérogations à la clause du marché intérieur, plus particulièrement en matière de services d'investissement. Tant le Parlement et le Conseil ont néanmoins décidé de ne pas étendre la liste des dérogations proposées par la Commission. Ce qui peut sans doute expliquer l'abstention de la Belgique lors de l'adoption de la directive.

(56) L'exclusion du principe de la loi du pays d'origine a pour corollaire que dans les domaines couverts par les dérogations énumérées à l'Annexe à la directive, les Etats membres dans lesquels les prestataires sont établis n'ont pas d'obligation de contrôle de ces prestataires pour les services transfrontaliers de ces derniers. En conséquence, des prestataires pourraient dans certains cas être astreints à des règles plus strictes dans leur pays d'origine que dans les transactions qu'ils concluent avec des consommateurs d'autres Etats membres (voir à ce sujet l'annotation 14 de la Communication).

(57) Sous réserve évidemment du contrôle de la Cour de Justice.

(58) Il s'agit des établissements de monnaie électronique auxquels les Etats membres ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8, § 1 de la directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (*JOCE* 27.10.2000, L.275). En principe cependant, ces établissements de monnaie électronique bénéficient du régime de reconnaissance mutuelle pour leur activité d'émission de monnaie électronique (si l'une des dérogations prévues à l'art. 8 de la directive «établissements de monnaie électronique» n'est pas appliquée par les Etats membres).

(59) Voir annotation 18.

(60) Voir également le considérant 11 de la directive.

(61) Disponible à l'adresse [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

(62) Voir également le considérant 23.

(63) *JOCE* 9.10.1980, L.266/1.

(64) Cette règle n'est bien entendu valable qu'en matière de contrats conclus par les consommateurs. Entre professionnels (*business-to-business*), c'est donc la loi choisie par les parties ou, à défaut, la loi du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, son administration centrale ou son principal établissement, qui régira le contrat.

(65) Voir Laetitia Rolin Jacquemyns et Thibault Verbiest, «L'offre de services et produits financiers sur Internet», *Revue de droit des affaires internationales (RDAI)*, n° 1, 2000, p. 3.

(66) Sous réserve des possibilités de ciblage qui existent au niveau tech-

nique et juridique, mais qui dénaturent l'essence même du commerce électronique (voir supra, annotation 22).

(67) Voir Françoise Sweerts, «Internet – les sites bancaires veulent s'ouvrir au consommateur européen», op. cit., sous annotation 50, p. 262-263.

(68) L'on parle dans ce cas de ciblage.

(69) Voir Laetitia Rolin Jacquemyns et Thibault Verbiest, «L'offre de services et produits financiers sur Internet», op. cit., sous annotation 65, p. 5. Les possibilités de démarchage sur Internet sont très vastes et n'en sont probablement qu'à leur début.

(70) Voir Laetitia Rolin Jacquemyns et Thibault Verbiest, *Ibidem*.

(71) Voir la communication interprétative de 1997 sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire.

(72) Voir les p. 20-21 de la Communication (cf. supra sous annotation 30). Au sujet du test de l'intérêt général, nous renvoyons le lecteur à la p. 10 section B a) de la présente contribution.

(73) Voir la Communication interprétative de 1997 sur la liberté de prestation services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, p. 22 (cf. supra sous annotation 30).

(74) Pour les prestataires, cela signifie notamment en pratique que quinze types de contrats différents doivent être établis.

(75) Ce qui participe de l'essence même du commerce électronique.

(76) Voir cependant l'annotation 22.

(77) Il existe certaines possibilités techniques pour les prestataires de limiter leur offre sur Internet, par exemple en prévoyant des mots de passe pour tout ou partie du site web, ces mots de passe n'étant communiqués qu'à des personnes faisant partie d'un/de groupe(s) cible(s).

(78) Sur cette question, voir Mike Pullen, «Proposed amendments to the Brussels and Rome Conventions, European e-commerce industry threatened», *Commercial Communications*, August 1999, p. 11 (voir spécialement la p. 13). La solution des *disclaimers* ne présente cependant pas une sécurité absolue pour les prestataires. Ces clauses limitatives de responsabilité sont sans effet en cas de nullité du contrat. Prenons l'exemple d'un prestataire établi au Royaume-Uni qui opère un site web à partir de ce pays. Imaginons qu'un *disclaimer* stipulant que le site n'est pas ouvert aux consommateurs français a été placé en anglais sur le site. Si un consommateur français décidait d'accéder au site de ce prestataire anglais et d'y conclure avec lui une transaction et s'il décidait par la suite d'introduire une action contre ce prestataire devant les tribunaux français, il est fort probable que le juge français déclarerait la nullité de la clause limitative de responsabilité au motif qu'elle n'a pas été rédigée en français tel qu'il est cependant requis par les dispositions impératives de protection du consommateur en droit français (voir Mike Pullen, *Ibidem*, p. 13). De telles clauses sont en principe également inefficaces en cas de violation d'une obligation ou d'une interdiction légale sanctionnée pénalement. Sur cette question, voir également Hervé Bouilhol, «Les aspects juridiques de l'e-banking», op. cit. sous annotation 33, p. 9.

(79) Voir la Communication, p. 5 et 10.

(80) Voir la Communication, p. 10.

(81) Pour une argumentation contre la révision de la Convention de Rome, voir Françoise Sweerts, «Internet – les sites bancaires veulent s'ouvrir au consommateur européen», op. cit. sous annotation 50, p. 263.

(82) Sur la distinction entre harmonisation minimale et harmonisation maximale, nous renvoyons le lecteur à l'annotation 42.

(83) Proposition de directive 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 (COM (1998) 468 final).

(84) Voir l'article 3, § 1 de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE* 4.6.1997, L.144.

(85) COM (96) 209 final du 22 mai 1996.

(86) Rapport du Parlement européen du 5 mai 1999 sur la proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (document A4-0190/99). Ce document est disponible à l'adresse [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int).

(87) Disponible à l'adresse [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

(88) L'art. 2 b) de la proposition de directive modifiée définit la notion de «service financier» au sens de la directive comme suit : «*tout service bancaire, d'assurance, d'investissement et de paiement*». L'objectif de la Commission est d'assurer que tout service financier susceptible d'être proposé à un consommateur soit couvert par la directive (voir la justification de l'amendement de l'art. 2 b) dans la proposition de directive modifiée).

(89) La notion de «contrat à distance» est définie comme suit : «*tout contrat concernant des services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de service à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement des techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat*» (art. 2 a)). La notion de «technique de communication à distance» est quant à elle définie comme suit : «*tout moyen qui peut être utilisé, sans qu'il y ait présence physique et simultanée*

du fournisseur et du consommateur, pour la commercialisation à distance d'un service entre ces parties» (art. 2 e)). Au considérant 12 à la proposition de directive, il est précisé que les contrats à distance sont ceux dont l'offre, la négociation et la conclusion s'effectuent à distance.

(90) Comme le commerce électronique, les autres canaux de distribution à distance sont particulièrement appropriés pour les services financiers, lesquels sont de nature largement immatérielle.

(91) Voir les articles 3, 3 bis et 4 de la proposition de directive modifiée.

(92) Voir également l'Amendement 4 du Parlement européen à la proposition de directive (pour le texte du Rapport du Parlement, consultez le site [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int)).

(93) Sur la distinction entre harmonisation maximale et harmonisation minimale, nous renvoyons le lecteur à l'annotation 42.

(94) Sur cette question, voir Hervé Bouilhol, «Les aspects juridiques de l'e-banking», op. cit. sous annotation 33, p. 5.

(95) Sur cette question, voir également Hervé Bouilhol, *Ibidem*.

(96) Au sujet de la notion d'intérêt général, nous renvoyons le lecteur à la page 10 section B a) de la présente contribution.

(97) P. 10.

(98) Voir la Communication, p. 10.

(99) Voir la Communication, p. 17.

(100) Voir la Communication, p. 18.

(101) Communication du 9.2.2001 intitulée «Prévention de la fraude et de la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces» (COM (2001) 11 final).

(102) Pour le texte consolidé de la Convention de Bruxelles, voir *JOCE* 26.1.1998, C27, p. 1. La Convention de Bruxelles a été modifiée par les conventions relatives à l'adhésion des nouveaux Etats membres à cette convention. Les Etats membres et les Etats de l'AELE ont conclu le 16 septembre 1988 la convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, laquelle est une convention parallèle à la Convention de Bruxelles.

(103) Voir à ce sujet Mike Pullen, «Proposed amendments to the Brussels and Rome Conventions, European e-commerce industry threatened», op. cit. sous annotation 78.

(104) Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* 16.1.2001, L.12/1. Le Royaume-Uni et l'Irlande, conformément à l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, ont notifié leur souhait de participer à l'adoption et à l'application du présent règlement. Par contre, le Danemark, conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, n'a pas participé à l'adoption du présent règlement, lequel ne lie donc pas ce pays et n'est pas applicable à son égard. La Convention de Bruxelles continuera donc à s'appliquer entre le Danemark et tous les autres Etats membres.

(105) Article 2.

(106) En fait, ils ont le choix de porter le litige devant les tribunaux de l'Etat de leur domicile ou devant les tribunaux de l'Etat de l'établissement du prestataire (Voir l'art. 13 de la Convention de Bruxelles et l'art. 16 du Règlement). Quant au prestataire, il ne pourra assigner le consommateur que devant les tribunaux du domicile de ce dernier (art. 14 de la Convention de Bruxelles et art. 16.2 du Règlement).

(107) Voir l'article 5.

(108) Cf. section B b) [p. 13] de la présente contribution.

(109) La déclaration conjointe sur l'article 15 faite par le Conseil et la Commission en marge de l'adoption du Règlement tend à conforter cette seconde interprétation. Il y est en effet stipulé que la simple accessibilité d'un site Internet ne suffit pas à remplir la condition de l'Article 15. La déclaration commune fait référence à la notion de «solicitation». Elle indique également que ni la langue ni le type de devise mentionnés sur le site ou dans les contrats ne sont des facteurs déterminants pour apprécier si un prestataire a dirigé ses activités vers un ou plusieurs Etats membres déterminés.

(110) Sur cette question de l'offre active et de l'offre passive de services financiers, nous renvoyons le lecteur à ce qui a été dit sous la section consacrée à l'application des conditions de l'article 5 de la Convention de Rome.

(111) Cf. ce qui a été dit sous la section consacrée à l'application des conditions de l'art. 5 de la Convention de Rome.

(112) Sur l'ensemble de la problématique posée par le Règlement modifiant la Convention de Bruxelles, voir Françoise Sweerts, «Internet – Les sites bancaires veulent s'ouvrir au consommateur européen», op. cit. sous annotation 50, Hervé Bouilhol, «Les aspects juridiques de l'e-banking», op. cit. sous annotation 33 et Mike Pullen, «Proposed amendments to the Brussels and Rome Conventions», op. cit. sous annotation 78.

(113) Le projet de Convention est accessible à l'adresse [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (114) P. 16.

(115) Droit d'accès à la justice reconnu au consommateur à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales et réaffirmé par un arrêt de la Cour de Justice (affaire C43/95 Data Delecta & Forsberg, Recueil 1996, I-4661).

(116) Plan d'Action, p. 9 (cf. annotation 4).

(117) Voir notamment la Communication de la Commission de 1998 sur la «résolution extrajudiciaire des conflits de consommation» (COM (98) 198 final). Voir également le projet e-confiance (e-confidence) lancé en mars 2000 en marge du Conseil européen de Lisbonne ([www.econfidence.jrc.it](http://www.econfidence.jrc.it)).

(118) Tous ces organes et services ne disposent cependant pas d'un véritable dispositif chargé du traitement des plaintes au-delà de leur simple enregistrement à titre d'information.

(119) Coexistent en effet des systèmes centralisés ou décentralisés au niveau régional ou local, de droit public ou de droit privé, d'affiliation libre ou obligatoire pour les institutions financières.

(120) Cf. le modèle britannique à l'adresse suivante : [www.obo.org.uk](http://www.obo.org.uk). L'Office of Banking Ombudsman est une société anonyme qui appartient aux banques mais dont le conseil d'administration est composé en majorité de représentants des consommateurs. Le conseil d'administration nomme le médiateur et veille à son indépendance. En France, citons le médiateur à la Commission des opérations de bourse.

(121) C'est notamment le modèle de référence en Belgique, au Royaume-Uni, en Italie, en Grèce, en France et en Irlande.

(122) Les procédures arbitrales ont trait en général à des litiges commerciaux du type «business-to-business» et les sentences arbitrales ont en principe force de décision de justice. De nombreuses expériences ont été menées en matière d'arbitrage en ligne. Voir l'exemple canadien à l'adresse suivante : [www.cybertribunal.org](http://www.cybertribunal.org)

(123) Cf. les rapports annuels de plusieurs ADR indiquant que les décisions de ces autorités ont de fait une autorité juridique croissante.

(124) Voir également la Communication de 1998 sur «la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation» (cf. annotation 117).

(125) De manière plus générale, notons également le réseau EEJ-Net (European Extra-Judicial Network) qui a vu le jour sous les auspices de la Présidence portugaise à la Conférence de Lisbonne des 5 et 6 mai 2000.

(126) Dit «protocole d'accord relatif à un réseau communautaire de recours transfrontalier dans le domaine des services financiers». Celui-ci constitue une déclaration d'intention – dépourvue de force juridique contraignante – inventariant les mécanismes de coopération auxquelles les parties s'engagent à souscrire en cas de conflit. Ce protocole est disponible à l'adresse suivante : [www.europa.eu.int/comm/internal\\_market](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market)

(127) L'institution financière peut accepter par exemple la compétence du système le plus proche.

(128) Voir l'article 3 de la directive (*JOCE* 28.6.91, L.166/77).

(129) Voir également l'article 3 §2. Encore qu'il existait un faible doute sur la nature réellement contraignante de cette Annexe.

(130) Voir les Observations de la Fédération bancaire européenne sur la Proposition de directive visant à amender la directive du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ([www.fbe.be](http://www.fbe.be)).

(131) Voir l'article 3, § 10 de la position commune du Conseil du 22 novembre 2000.

(132) Sur cette question de l'identification à distance, voir Françoise Sweerts, «Internet – Les sites bancaires veulent s'ouvrir au consommateur européen», op. cit. sous annotation 50 et Laetitia Rolin Jacquemyns et Thibault Verbiest, «L'Offre de services et produits financiers sur Internet», op. cit. sous annotation 65.

(133) Voir la Directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, cf. sous annotation 12.