UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Livre 1998 Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Favre-Bulle, Xavier

How to cite

FAVRE-BULLE, Xavier. Les paiements transfrontières dans un espace financier européen. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1998. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:138292

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

LES PAIEMENTS TRANSFRONTIÈRES DANS UN ESPACE FINANCIER EUROPÉEN

Xavier Favre-Bulle

Helbing & Lichtenhahn Faculté de Droit de Genève Bruylant, Bruxelles



COLLECTION GENEVOISE

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen



COLLECTION GENEVOISE



COLLECTION GENEVOISE

Xavier Favre-Bulle

Docteur en droit
Avocat

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Helbing & Lichtenhahn
Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998

Faculté de Droit de Genève

Bruylant, Bruxelles

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Favre-Bulle, Xavier:
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen / Xavier Favre-Bulle. Faculté de Droit de Genève. – Bâle ; Francfort-sur-le-Main : Helbing et Lichtenhahn ; Bruxelles : Bruylant, 1998
(Collection genevoise)
Zugl.: Genève, Univ., Diss.
ISBN 3-7190-1739-7 (Helbing et Lichtenhahn)
ISBN 2-8027-1164-4 (Bruylant)

Thèse N° 711 de la Faculté de Droit de l'Université de Genève.

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1739-7
Numéro de commande 21 01739
© 1998 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle
Conception graphique: Vischer & Vettiger, Bâle
Printed in Switzerland

A Alessandra et Eleonora

Avant-propos

Le présent ouvrage est la version mise à jour d'une thèse de doctorat en droit de l'Université de Genève défendue devant un jury le 13 février 1998. Il fait suite à une précédente publication parue sous le titre "*Le droit communautaire du paiement électronique*" (Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Etudes de droit de la consommation, vol. 2, Zurich 1992; mémoire de diplôme d'études supérieures en droit).

Ces travaux ont été dirigés par le professeur Bernd STAUDER, à qui vont mes premiers remerciements. Le professeur STAUDER aura été bien plus qu'un directeur de thèse. Il m'a communiqué sa passion pour la recherche; je lui dois des conseils, une patience et un soutien de tous les instants, l'apprentissage d'une rigueur de travail et des années d'assistanat inoubliables, sans compter l'aide indispensable du Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) qu'il a créé et qu'il dirige.

Je dois également beaucoup à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Les professeurs Herbert SCHÖNLE, Gérard HERTIG et Luc THÉVENOZ m'ont apporté leurs enseignements et ont soutenu mes travaux. Des assistants et amis, d'autres enseignants ont toujours été là pour des discussions stimulantes. Des bibliothèques de pointe comme le Centre d'études juridiques européennes (CEJE) ainsi que certains soutiens financiers sont également si précieux pour des chercheurs. Que tous en soient vivement remerciés.

L'étude des systèmes de paiement nécessite de nombreuses informations juridiques, commerciales et techniques des professionnels de la branche. Ce travail n'aurait donc pu être mené à chef si je n'avais pu bénéficier de la mine de renseignements qui m'a été fournie par certains responsables de la Commission européenne lors d'un stage à Bruxelles (Directions Générales du marché intérieur et de la politique des consommateurs), mais également par des associations bancaires nationales, des organisations de consommateurs ou encore par des opérateurs du marché.

Cette liste ne serait pas complète sans des remerciements à l'Etude LENZ & STAEHELIN à Genève, en particulier à Me Philippe DE COULON et à Me Paolo Michele PATOCCHI, qui m'ont permis d'organiser mon activité d'avocat de telle manière que je puisse achever cette thèse.

La présente publication est le résultat de l'intérêt, de la diligence et de la disponibilité des éditions HELBING & LICHTENHAHN à Bâle, en particulier de Mesdames Inge HOCHREUTENER et Marie-Luce DUMAS, et BRUYLANT à Bruxelles.

Enfin, mes pensées les plus émues vont bien entendu à mon épouse Alessandra CAMBI et à notre fille Eleonora. Selon le schéma classique, mon travail a honteusement empiété sur notre vie privée, mais en outre et surtout, Alessandra a été partie prenante dans cette aventure, non seulement en m'encourageant et en me supportant, mais également en étant une redoutable avocate lors de nombreuses discussions juridiques et pour la relecture critique du manuscrit. Ce livre est dédié à cette famille merveilleuse.

Table des matières

pages

Abréviations XVII

Introduction 1

Chapitre 1: Généralités 5

A. Présentation, définitions et délimitations 5
I. LES PAIEMENTS TRANSFRONTIÈRES 5
1. Le caractère transfrontière 5
2. Paiements à distance et face-à-face 7
3. Paiements de petits et de gros montants 8
4. Conclusion intermédiaire 10
II. LES DIFFÉRENTS MOYENS DE PAIEMENT 12
1. La monnaie 12
2. Le chèque et ses dérivés 13
3. Le virement: du papier à l'électronique 14
4. Les cartes 20
III. LA RELATION INSTITUTION FINANCIÈRE - CLIENT 23
IV. L'ESPACE FINANCIER EUROPÉEN 27

B. Le cadre juridique des paiements transfrontières 28
I. LA LOI MODÈLE DE LA CNUDCI 28
II. AUTRES INITIATIVES AU NIVEAU SUPRANATIONAL 31
III. LES SPÉCIFICITÉS DE CERTAINS DROITS NATIONAUX 34

Chapitre 2: Les paiements transfrontières dans l'Union européenne 43

A. Le droit primaire 43
I. LE CONTEXTE: LA RÉALISATION D'UN MARCHÉ UNIQUE DES SERVICES FINANCIERS 43
1. Libre circulation des capitaux et des paiements 44
2. Etablissement et prestations de services 47
a. Le rôle de l'intérêt général en relation avec la deuxième directive bancaire 47

b. Le consommateur: acteur passif ou actif? 56
3. La protection des consommateurs 59
II. L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE 62
1. Les paiements transfrontières dans le traité de Maastricht 64
2. D'une unité monétaire européenne à la monnaie unique 67
a. L'écu 67
b. L'euro 71
c. Les conséquences pour la Suisse et l'Espace économique européen 77

B. Le droit dérivé 80
I. LES ORIGINES DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DANS LE DOMAINE DES SYSTÈMES DE PAIEMENT 80
II. LA RECOMMANDATION 87/598/CEE 81
III. LA RECOMMANDATION 88/590/CEE 85
IV. LA RECOMMANDATION 90/109/CEE 89
V. LES CODES DE CONDUITE DES PROFESSIONNELS 90
VI. LES TRAVAUX EN MATIÈRE DE PAIEMENTS TRANSFRONTALIERS 91
VII. LA DIRECTIVE 97/5/CE CONCERNANT LES VIREMENTS TRANSFRONTALIERS 94
VIII. VERS UNE DIRECTIVE COMPLÉMENTAIRE VISANT À RÉDUIRE LES RISQUES SYSTÉMIQUES 99
IX. LA RECOMMANDATION 97/489/CE 101

C. Le rôle du droit de la concurrence 105
I. L'AFFAIRE EUROCHEQUE 107
II. LES SYSTÈMES DE VIREMENTS TRANSFRONTALIERS 111

Chapitre 3: Les principaux obstacles aux paiements transfrontières 114

A. L'identification des problèmes 114
I. LES VICTIMES: LES UTILISATEURS 114
II. LES TRAVAUX ET ÉTUDES DE LA COMMISSION EUROPÉENNE 117

B. Le catalogue des entraves 119
I. L'INFORMATION 119
II. LE COÛT 120
1. Les frais en général 120
2. Le "*double charging*" 121
III. LA DURÉE 124
IV. LA FIABILITÉ 124
V. DES DROITS ET OBLIGATIONS DIFFÉRENTS 125
VI. AUTRES CONTRAINTES JURIDIQUES 126
1. La protection des données 127
2. La normalisation 131
3. Les télécommunications 132
4. Le droit de la concurrence 133
5. Les formalités administratives 134

Chapitre 4: Transparence et information du consommateur 136

A. Introduction 136

B. Les éléments essentiels d'information 138
I. LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE OU PRÉCÉDANT L'EXÉCUTION D'UN PAIEMENT 140
1. Le coût 142
a. Commissions et autres frais 142
b. Dates de valeur et taux de change 145
2. Les droits et obligations 147
II. L'EXÉCUTION DU CONTRAT ET DU PAIEMENT 149
III. LA FORME ET LES SUPPORTS DE L'INFORMATION 150
IV. LES SANCTIONS 156

C. Le droit communautaire 159
I. LA DIRECTIVE 93/13/CEE CONCERNANT LES CLAUSES ABUSIVES 161
II. LES MOYENS DE PAIEMENT FACE-À-FACE 163
1. Les recommandations 87/598/CEE et 88/590/CEE 164
2. L'apport de la recommandation 97/489/CE 166
III. LES MOYENS DE PAIEMENT À DISTANCE 169
1. La recommandation 90/109/CEE 169
2. La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers 170

D. Le droit européen non harmonisé: quelle place pour des mesures de droit national ? 176
I. L'INFORMATION DU CONSOMMATEUR COMME INTÉRÊT GÉNÉRAL 177
II. LES LÉGISLATIONS NATIONALES SPÉCIFIQUES 186
III. LES DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS AU NIVEAU NATIONAL 191
1. Le "*Transparenzgebot*" (Allemagne) 191
2. Les dates de valeur (France) 197
IV. LES CODES DE CONDUITE 198

E. Le droit suisse 201
I. LA LOI SUR L'INFORMATION DES CONSOMMATEURS 202
II. LA LOI CONTRE LA CONCURRENCE DÉLOYALE ET L'ORDONNANCE SUR L'INDICATION DES PRIX 204
III. L'INFORMATION EN DROIT DES OBLIGATIONS 206
IV. LES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION FÉDÉRALE DE LA CONSOMMATION 212
V. LES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION DES CARTELS ET LEURS EFFETS SUR LES CONVENTIONS BANCAIRES 213
VI. L'AUTORÉGULATION 217

F. Bilan 219
I. LE DROIT EUROPÉEN 219
II. LE DROIT SUISSE 222

Chapitre 5: La relation contractuelle entre une institution financière et son client 225

A. La question de fond: l'équité des clauses contractuelles 226
I. LA DIRECTIVE 93/13/CEE CONCERNANT LES CLAUSES ABUSIVES 227
II. APPLICATION AUX PAIEMENTS TRANSFRONTIÈRES 231
III. UN CONTRÔLE DES FRAIS EST-IL POSSIBLE? 237

B. Les spécificités des systèmes de paiement transfrontière sans espèces 242
I. INTRODUCTION 242
II. LES DIFFÉRENTS RISQUES 243
III. LA RÉPARTITION DES RISQUES EN CAS D'INEXÉCUTION OU D'EXÉCUTION IMPARFAITE DES OPÉRATIONS 252
1. Le droit civil et ses limites 252
2. Propositions d'harmonisation 257
a. La durée 257
b. La fiabilité 260
aa. Droits à l'encontre des établissements intermédiaires 261
bb. Droits à l'encontre de l'établissement du donneur d'ordre 263
c. Le "double charging" 267
d. Le cas particulier des paiements électroniques 269
3. Le droit communautaire 273
a. Les moyens de paiement face-à-face 274
aa. De la recommandation 88/590/CEE à la recommandation 97/489/CE 274
bb. Les autres textes de référence 276
b. Les moyens de paiement à distance 278
aa. La recommandation 90/109/CEE 278
bb. La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers 279
aaa. Les délais 280
bbb. Le "double charging" 286
ex cursus : le rôle du droit de la concurrence 288
ccc. L'obligation de remboursement 288
ddd. La force majeure 295
4. Comparaison: la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux 296
IV. LA RÉPARTITION DES RISQUES EN CAS D'UTILISATION D'UN MOYEN DE PAIEMENT PAR UN TIERS NON AUTORISÉ 300
1. Le droit civil et ses limites 300
2. Propositions d'harmonisation 305

a. *La perte ou le vol d'un moyen de paiement* 308
aa. une responsabilité pour risques 308
bb. une responsabilité pour faute 311
b. *Les autres opérations non autorisées* 318
3. Le droit communautaire 321
a. *De la recommandation 88/590/CEE à la recommandation 97/489/CE* 321
aa. Perte ou vol d'un moyen de paiement: la situation juridique avant notification 322
bb. La situation juridique après notification 323
cc. Les autres opérations non autorisées 324
b. *Les autres textes de référence* 325
4. Un cas particulier: le paiement à distance par carte 326
V. LA PREUVE DANS LES SYSTÈMES ÉLECTRONIQUES DE PAIEMENT 331
1. Le problème de la dématérialisation des opérations 332
2. Les solutions proposées 335
3. Le droit communautaire 346
a. *De la recommandation 88/590/CEE à la recommandation 97/489/CE* 347
b. *Les autres textes de référence* 349
VI. LA RÉVOCATION D'UN PAIEMENT 350
1. Le problème: l'automatisation 351
2. Les solutions (ou vers une irrévocabilité partielle?) 354
3. Le droit communautaire 362
a. *Les recommandations 87/598/CEE, 88/590/CEE et 97/489/CE* 362
b. *La proposition de directive concernant le caractère définitif du règlement* 364

C. Le droit suisse 365
I. LE CODE DES OBLIGATIONS ET LES SYSTÈMES DE PAIEMENT TRANSFRONTIERE (OU LE DROIT SUPPLÉTIF ET SES LIMITES) 366
1. La qualification des contrats 367
2. L'exécution 371
3. La responsabilité contractuelle 373
a. *Une responsabilité pour faute* 374
b. *Une responsabilité pour auxiliaires* 375
4. Le rôle des établissements intermédiaires 376
a. *Droits à l'encontre de l'établissement du donneur d'ordre* 377
b. *Droits à l'encontre des intermédiaires* 380
5. Retards, pertes, "*double charging*": appréciation 385
6. La révocation d'un paiement 387
II. LES MOYENS DE LUTTE CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES 391
1. L'incorporation (ou le contrôle du consentement) 391
2. L'interprétation 393
3. Le contrôle du contenu 394
4. Le rôle du droit impératif - l'exemple des art. 100 et 101 CO 395
5. L'art. 8 LCD 398

6. Perspectives 403
III. LA PRATIQUE CONTRACTUELLE 408
1. Les différents services de paiement transfrontière 408
2. La répartition des risques en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite des opérations 411
a. Les virements non automatisés 411
b. Les moyens électroniques de paiement 413
3. La répartition des risques en cas d'utilisation d'un moyen de paiement par un tiers non autorisé 414
a. Les virements non automatisés 414
b. Les moyens électroniques de paiement 418
aa. Les clauses de légitimation 418
bb. Les clauses de répartition des risques 421
aaa. Conditions d'utilisation de la carte ec 421
bbb. Cartes de crédit et accréditives 429
ccc. Conditions du Telebanking 431
IV. COMPARAISON AVEC LE DROIT POSTAL 432

D. Bilan 436
I. LE DROIT EUROPÉEN 436
II. LE DROIT SUISSE 439

Chapitre 6: Le rôle du droit international privé 443

A. Les paiements transfrontières entre conflit de lois et conflit de juridictions 443
I. LE RECOURS INÉVITABLE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 443
II. LES LIMITES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 445
1. Des droits nationaux divergents 445
2. La complexité des relations créées par un paiement transfrontière 447
a. La qualification d'un paiement transfrontière 447
b. Les différents rapports contractuels 449
III. LES TENTATIVES D'UNIFORMISATION 453
1. La loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux 453
2. La Conférence de La Haye de droit international privé 455

B. La relation contractuelle entre une institution financière et son client 456
I. LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE 458
1. Les Conventions de Bruxelles et Lugano 458
2. La loi suisse sur le droit international privé 464
II. LE DROIT APPLICABLE 468
1. Le droit européen 468
a. La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles 468
b. Le rapport entre le droit international privé et le droit du marché intérieur 471

2. La loi suisse sur le droit international privé 477

Chapitre 7: Le règlement des litiges 481

A. Vers une alternative à la justice traditionnelle ? 481
I. LE DROIT EUROPÉEN 485
1. Le règlement des litiges de consommation en général 485
2. Les moyens de paiement 488
II. LE DROIT SUISSE 493
1. L'art. 31 *sexies* Cst. 493
2. L'Ombudsman des banques 495

B. Une particularité: la sauvegarde des intérêts du client pendant la procédure 498

Conclusion 502

Bibliographie 511

Abréviations

ABB	Association belge des banques
ABE	Association bancaire pour l'ECU
ACH	Automated Clearing House
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Annuaire de droit suisse de la consommation
AELE	Association européenne de libre-échange
AESC	Associations européennes du secteur du crédit
AFB	Association française des banques
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeine Geschäftsbedingungen du 9 Décembre 1976
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
al.	alinéa(s)
ann.	annexe(s)
art.	article(s)
ASB	Association suisse des banquiers
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse (Recueil officiel)
ATM	Automated Teller Machine
AZV	Auslandszahlungsverkehr
BACS	BACS Ltd.
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift für Recht und Wirtschaft)
BCE	Banque centrale européenne
BEUC	Bureau européen des Unions de consommateurs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch du 18 août 1896
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale - Conseil des Etats

BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale - Conseil National
BRI	Banque des Règlements Internationaux
BTX	Bildschirmtext
c.	contre
CAFE	Conditional Access For Europe
CB	Carte Bancaire (France)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CCC	Conseil consultatif des consommateurs (anciennement: Comité consultatif des consommateurs)
CCD	Comité du commerce et de la distribution
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CD	Cash Dispenser
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté(s) européenne(s)
CECG	Consumers in the European Community Group
CEE	Commmunauté économique européenne
CEJE	Centre d'études juridiques européennes
CEN	Comité européen de normalisation
CENB	Comité européen de normalisation bancaire
CENELEC	Comité européen de normalisation électrotechnique
CEPT	Conférence européenne des postes et télécommunications
CES	Comité économique et social
cf.	confer
CFR	Code of Federal Regulations
CG	Conditions générales
Ch.	Chambre
CHAPS	Clearing House Automated Payment System
CHIPS	Clearing House Interbank Payment System
CML Rev.	Common Market Law Review
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CO	Code des obligations (Loi fédérale complétant le code civil suisse) du 30 mars 1911
Consum.L.J.	Consumer Law journal
CR	Computer und Recht
Cst.	Constitution fédérale du 29 mai 1874
D	Recueil Dalloz Sirey
DAB	Distributeur(s) automatique(s) de billets

DB	Der Betrieb
DC	Droit de la construction
DCCR	Droit de la consommation / Consumentenrecht
DES	Data Encryption Standard
DG	Direction générale
DM	Deutsche Mark
DPCI	Droit et pratique du commerce international
DTA	Datenträgeraustausch
DuD	Datenschutz und Datensicherung
EAF	Elektronische Abrechnung durch Filetransfer
ec	eurochèque
EC	European Community
ECBS	European Committee for Banking Standards
ECLG	European Consumer Law Group
ECPS	European Council for Payment Systems
ECS	Electronic-Cash-System
ECSA	European Credit Sector Associations
ECU (écu)	European currency unit
éd.	édition/éditeur(s)
EDI	Electronic Data Interchange
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EEC	European Economic Community
EEE	Espace économique européen
EFT	Electronic Funds Transfer
EFTA	European Free Trade Association
E.F.T.A.	Electronic Fund Transfer Act
EFTPOS	Electronic Funds Transfer at Point of Sale
EFTS	Electronic Funds Transfer Systems
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
ELLIPS	Electronic Large-value Interbank Payment System
EUFISERV	European Savings Banks Financial Services Company
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
Fedwire	Federal Funds Wire Transfer System
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
FRC	Fédération romande des consommateurs
FS	Francs suisses

G-10	Groupe des dix
GAB	Guichet(s) automatique(s) de banque
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GIE	Groupement d'intérêt économique
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Hans.	Hanseatisch
IBOS	Interbanking On line System
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IFLR	International Financial Law Review
IME	Institut monétaire européen
INC	Institut national de la consommation
ISO	International Organisation for Standardisation
IStR	Internationales Steuerrecht. Monatsschrift für europäische Steuer- und Wirtschaftsberatung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBL	Journal of Business Law
JCE	Journal des Caisses d'Epargne
JCP	Journal of Consumer Policy
J.C.P.	Juris-Classeur périodique. La Semaine juridique
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JIBL	Journal of International Banking Law
JKR	Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JR	Juristische Rundschau
JT	Journal des Tribunaux (Suisse)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 12 décembre 1986
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987
LG	Landgericht
LIC	Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs du 5 octobre 1990

LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
lit.	littera
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992
LPO	Loi fédérale sur la poste du 30 avril 1997
LSP	Loi fédérale sur le service des postes du 2 octobre 1924
MOCOMILA	Monetary Commission of the International Law Association
NCC	National Consumer Council
NIP	Numéro d'identification personnel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift: Informationsmanagement und Büroorganisation in der juristischen Praxis
no	numéro(s)
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIP	Ordonnance sur l'indication des prix du 11 décembre 1978
OLG	Oberlandesgericht
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	opere citato
p.	page(s)
para.	paragraphe(s)
PC	Personal Computer
PIN	Personal Identification Number
PME	petite(s) ou moyenne(s) entreprise(s)
POS	Point of sale
PSTDG	Payment Systems Technical Development Group
PSULG	Payment Systems Users Liaison Group
pt.	point
PTT	Postes, téléphones et télégraphes
PVV	PIN-Verification-Value
RAE	Revue des affaires européennes
RDAI	Revue de droit des affaires internationales

RDC	Revue de droit commercial belge
RDS	Revue de droit suisse
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
réf.	référence
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJB	Revue de la Société des Juristes Bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RMC	Revue du Marché commun et de l'Union européenne (anciennement: Revue du Marché commun)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RTGS	Real-time gross settlement
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant(e)
SAGITTAIRE	Système automatique de gestion intégrée par télétransmission de transactions avec imputation de règlements "Etranger"
SAS	La société anonyme suisse
SBS	Société de Banque Suisse
SEBC	Système européen de banques centrales
SET	Secure Electronic Transaction
SIC	Swiss Interbank Clearing
SIPS	Sistema Interbancario dei Pagamenti
SIT	Système Interbancaire de Télécompensation
SJ	Semaine judiciaire
SME	Système monétaire européen
ss	suivant(e)s
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
TABAC	To Ach's By Automated Correspondent
TAN	Transaktionsnummer
TAPS	Transcontinental Automated Payment Service

TARGET	Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system
TBF	Transferts Banque de France
TEF	transfert électronique de fonds
TEFPDV	transfert électronique de fonds au point de vente
TF	Tribunal fédéral
TGI	Tribunal de grande instance
TIPA	Transferts Interbancaires de Paiement Automatisé
TPE	terminal/terminaux de paiement électronique
TPV	terminal/terminaux point(s) de vente
UBS	Union de Banques Suisses
UCC	Uniform Commercial Code
UE	Union européenne
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
US	United States
USC	United States Code
UEM	Union économique et monétaire
VSM	virements avec support mécanographique
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Introduction

1. Dans une société moderne, tournée vers l'automatisation et l'informatisation des transactions commerciales, le trafic des paiements prend toujours plus d'ampleur. L'époque où le consommateur réglait tous ses paiements en espèces, directement auprès de son fournisseur de biens et services, est révolue. On recourt aujourd'hui à toutes sortes de méthodes de paiement dématérialisées proposées par les institutions financières, du chèque au virement, des débits directs aux cartes en plastique, sans parler des porte-monnaie électroniques et de la monnaie virtuelle qui s'écoule sur Internet.

Les moyens de paiement sans espèces proposés aux consommateurs sont donc toujours plus nombreux, plus sophistiqués. Si les transactions continuaient d'être effectuées à l'échelle locale, par exemple d'un client en Suisse vers un créancier dans le même pays *via* une banque locale, la situation pourrait être relativement simple; mais ce n'est pas ce que l'on constate. Le développement des nouveaux modes de paiement sans numéraire s'accompagne en effet d'une internationalisation accrue des opérations.

2. Pendant longtemps, les paiements dits transfrontières, effectués d'un Etat à l'autre, ont surtout été l'oeuvre des banques, des grandes entreprises, qui effectuaient des règlements de gros montants. Désormais, avec la création d'un marché unique européen, avec la mondialisation de l'économie, avec des consommateurs toujours plus intéressés par les offres de biens et services à l'étranger, les paiements internationaux de petits montants se développent. Un client effectue un virement transfrontière pour payer son abonnement à une revue étrangère, il achète dans un pays éloigné des biens offerts sur le réseau Internet en payant avec sa carte de crédit, il retire de l'argent auprès d'un distributeur automatique lors de ses vacances au bout du monde, etc. A n'en pas douter, cette dynamique ira en s'accentuant. A l'échelle de l'Union européenne, on estime à 400 millions le nombre de paiements transfrontières qui ont été effectués en 1992. En l'an 2000, il devrait y en avoir plus de 1,2 milliards[1].

3. Les paiements transfrontières de détail exécutés par des consommateurs se heurtent cependant à des obstacles, obstacles qui ne sont d'ailleurs pas toujours les mêmes que pour les paiements de gros montants. Conçus à des échelles différentes, pour des volumes différents, les petits paiements de masse se pratiquent en effet dans des infrastructures commerciales et techniques souvent peu adaptées. Alors que l'on devrait idéalement avoir affaire à des systèmes entièrement automatisés et performants, comme cela est de plus en plus

---

1 Commission [UE], transferts, p. 3.

souvent le cas au niveau national, les procédures internationales restent lourdes, notamment avec l'intervention fréquente de banques correspondantes à l'étranger.

Différentes études ont été menées en Europe pour identifier les obstacles en question. Il en résulte notamment que les paiements transfrontières de détail s'effectuent dans un certain manque de transparence, pour un coût trop élevé, avec des délais trop longs et une fiabilité limitée. Pourtant, les paiements transfrontières sont importants dans une optique européenne: ils constituent un corollaire indispensable à la réalisation pleine et entière des quatre libertés de circulation du marché intérieur communautaire; ils représentent un pilier essentiel pour la création d'un véritable espace financier européen[2].

4. Afin de remédier aux obstacles rencontrés par les utilisateurs de moyens de paiement, différentes mesures ont été prises au sein de l'Union européenne et doivent être étendues aux dix-huit Etats de l'Espace économique européen. Dans un premier temps, des recommandations non contraignantes ont été appliquées à certains types de paiements, qu'ils aient ou non un caractère transfrontière. Cette politique de "*soft law*" n'a toutefois pas permis d'obtenir les résultats escomptés. Dans le domaine des virements transfrontaliers, le Conseil et le Parlement européen en sont ainsi arrivés à adopter une directive que les Etats membres devront transposer dans leur droit national. Ceci n'empêche cependant pas la Commission européenne de continuer de recourir à l'instrument de la recommandation dans d'autres domaines des moyens de paiement.

5. Confronté au niveau national à des contrats bancaires préformulés et complexes, à une législation disparate, à une jurisprudence inexistante ou fluctuante, le juriste ne peut que s'interroger: les mesures prises à l'échelle européenne sont-elles adéquates pour régler les problèmes que rencontrent les utilisateurs de moyens de paiement? Existe-t-il d'autres entraves qu'il conviendrait de lever pour favoriser le développement des paiements transfrontières en Europe dans un cadre juridique harmonisé? Que peut-on dire de la situation en droit national, au sein des Etats qui doivent reprendre les règles communautaires, mais également dans d'autres Etats européens? Voici quelques-unes des questions auxquelles il peut être intéressant de répondre aujourd'hui.

---

2 A l'occasion de l'adoption d'un programme stratégique visant à renforcer l'efficacité du marché intérieur après la date charnière du 31 décembre 1992 (COM[93] 256 final, 2.6.1993), on a pu lire dans la presse spécialisée que pour le commissaire européen en charge de ce dossier à l'époque, une des deux grandes innovations, une des deux "*révolutions*" du marché intérieur, à côté de la suppression des contrôles sur les personnes, était la question des paiements transfrontaliers: Agence Europe, Bulletin no 6070, 23.9.1993, p. 11.

6. Afin de donner une image aussi complète et claire que possible de la problématique des paiements transfrontières en Europe, nous commencerons par tenter de définir ce que sont exactement ces paiements et dans quel cadre juridique ils s'intègrent (chapitre 1), en particulier au sein de l'Union européenne (chapitre 2). Dans un deuxième temps, nous montrerons à quels obstacles précis se heurtent les paiements transfrontières (chapitre 3). Il restera alors à examiner de manière détaillée ces principaux obstacles que les utilisateurs rencontrent, en matière de transparence et d'information (chapitre 4), dans le domaine contractuel - en particulier s'agissant de la répartition de certains risques entre les institutions financières et leurs clients - (chapitre 5), en droit international privé (chapitre 6) et en ce qui concerne le règlement des litiges (chapitre 7).

Nous analyserons les différentes actions qui ont été menées dans ces domaines et, sur la base des expériences recensées jusqu'à présent, à la lumière de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine de différents Etats européens, nous formulerons quelques propositions destinées notamment à mieux tenir compte des intérêts économiques et juridiques des consommateurs utilisateurs de moyens de paiement transfrontière. Nous mettrons en particulier l'accent sur les problèmes contractuels, qui présentent plusieurs facettes: un client peut en effet être victime d'une erreur ou d'une fraude dans l'exécution d'un paiement, il peut être confronté à des problèmes de preuve, le contrat peut contenir des clauses abusives, etc.

7. Notre étude sera avant tout menée en droit communautaire et de l'Espace économique européen, tant *de lege lata* que *de lege ferenda*. Le droit national de certains Etats membres sera également abordé, mais uniquement à titre de référence pour des aspects très ponctuels. Le droit suisse fera lui en revanche l'objet d'une étude plus spécifique. Nous examinerons d'une part, de manière autonome, le cadre juridique actuel applicable aux paiements transfrontières en droit suisse. Ce droit national nous servira d'exemple de régime juridique non encore touché par les règles européennes. Nous verrons d'autre part incidemment, c'est-à-dire sans procéder à un examen systématique d'eurocompatibilité, quelles sont les mesures qui devraient être prises, les lacunes qu'il conviendrait de combler, si la Suisse devait un jour adapter son droit des paiements dans la perspective d'un hypothétique rapprochement avec l'Union européenne et/ou l'EEE.

Nous ne procéderons pas à une étude de droit comparé au sens strict du terme. Les références à des législations et jurisprudences nationales, à des textes internationaux, les citations de doctrine étrangère ne représentent que des illustrations ou même de simples sources d'inspiration dans le cadre de la recherche de solutions qui devraient permettre d'aboutir à une harmonisation efficace du droit des paiements transfrontières en Europe.

L'appareil critique englobe les documents publiés (textes officiels, doctrine, jurisprudence) jusqu'au **31 décembre 1997**. Il a également été tenu compte dans la mesure du possible de publications plus récentes. Le champ d'étude touchant au droit international, au droit communautaire et à plusieurs droits nationaux, tels que le droit suisse, le droit allemand ou le droit français, nous ne pouvons cependant prétendre à l'exhaustivité des références.

Chapitre 1: Généralités

8. Avant de traiter des problèmes posés par les paiements transfrontières en Europe, il convient de définir ce que représentent de telles opérations. En outre, nous devrons procéder à un certain nombre de délimitations qui nous conduiront à nous focaliser plus particulièrement sur certaines questions, touchant aux paiements de détail et surtout à la seule relation contractuelle entre un client et l'institution financière qui met un ou des moyens de paiement à sa disposition.

A. Présentation, définitions et délimitations

9. Nous nous intéresserons aux paiements, notion que nous prenons ici dans un sens très large comme toute opération de trafic des paiements, sans se limiter à la seule exécution d'une obligation qui a pour objet une prestation pécuniaire (dette d'argent entre un débiteur et un créancier). Sont donc également visés les transferts d'un compte à un autre d'une même personne et les retraits de billets auprès d'automates[3].

I. Les paiements transfrontières

1. Le caractère transfrontière

10. Littéralement, on peut qualifier de paiements transfrontières tous les paiements qui "franchissent" une frontière géographique, soit des paiements internationaux par opposition aux paiements domestiques[4]. Il n'existe cependant pas de définition précise, légalement consacrée de cette expression. Celle-ci découle en fait des termes voisins de "*paiements transfrontaliers*", que les institutions de l'Union européenne - et surtout la Commission - utilisent le plus souvent pour exprimer en langue française les termes de "*cross-border payments*", "*grenzüberschreitende Zahlungen*"[5].

---

3 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 8.

4 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 344.

5 Cf. notamment recommandation de la Commission européenne no 90/109/CEE du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières; document de travail de la Commission de mars 1992, Faciliter les paiements transfrontaliers: éliminer les barrières; résolution du Parlement européen du 12 février 1993 sur les mesures facilitant les paiements transfrontaliers dans le marché intérieur; directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers.

11. Au niveau sémantique, la notion de "*transfrontalier*" ne reflète pas d'une manière exacte le sens qui nous intéresse ici[6]. L'utilisation du mot "*transfrontière*" paraît préférable. Certes, si l'on se réfère aux dictionnaires de langue française les plus récents, il apparaît que l'expression transfrontalier est désormais consacrée et que tel n'est pas encore le cas pour celle de transfrontière[7]. Si nous devons cependant choisir la dénomination linguistique qui exprime le mieux la notion de paiement allant au-delà des frontières, quel que soit le degré d'éloignement du lieu de destination, la conjugaison du préfixe latin "*trans*" et du terme "*frontière*" paraît plus pertinente que le recours à la locution plus restrictive de "*frontalière*", qui se rapporte en principe à la seule région frontière[8].

Une telle création linguistique ne se révèle d'ailleurs pas si audacieuse puisque la notion de transfrontière trouve de plus en plus d'écho dans la littérature juridique[9]. Nous devrons malgré tout faire référence aux paiements transfrontaliers dans certains cas, afin de respecter la terminologie du droit communautaire. Le lecteur nous pardonnera donc cette dualité de langage pour des termes d'acception différente qu'il faut par la force des choses considérer comme synonymes.

---

6 Au sein de l'Union européenne, le Comité économique et social, transferts, para. 3.2 s., a pris position sur cette question terminologique et s'est prononcé plutôt en faveur de termes tels que "*intracommunautaire*", voire tout simplement "*international*".

7 Le nouveau Petit Robert, Paris 1995 ("*transfrontalier: qui concerne les deux côtés d'une frontière*"); Le Petit Larousse 1998, Paris 1997 ("*transfrontalier: qui concerne le franchissement d'une frontière, les relations entre pays de part et d'autre d'une frontière*").

8 Comité économique et social [UE], transferts, para. 3.2: "*L'adjectif «transfrontalier» est peut-être une innovation linguistique acceptable, mais dans son acception courante, il se réfère à deux régions limitrophes et limitées, séparées par une frontière d'Etat*".

9 Voir par exemple dans notre bibliographie les publications de ALLIX, Consommateurs et paiements électroniques transfrontières; SCHWERER, Les virements transfrontières: un marché ou un système?; MUNIER, Les paiements transfrontières de petits montants, notamment p. 16; SIOUFFI, Utilisation transfrontière des moyens de paiement scripturaux; Comité consultatif [France], Rapport 1992-1993, p. 119 ss, et Rapport 1993-1994, p. 127 ss. Pour ALLIX, carte de paiement, note 10: "*De nombreux travaux communautaires concernant les paiements «crossborder» ont été réalisés en anglais. Crossborder a été traduit dans le jargon communautaire par transfrontalier car c'est le seul adjectif disponible. Néanmoins c'est un faux sens. L'anglais ne connaît pas le terme frontalier (limitrophe de la frontière). Il est plus clair d'utiliser l'adjectif (qui n'existe pas) transfrontière. Un paiement de Bruxelles à Madrid n'est pas transfrontalier, il est transfrontière. Un paiement de Bruxelles à Lille est transfrontalier*". Voir aussi l'avis de SOUSI-ROUBI, Droit bancaire, p. 2 note 5, et Actualités, p. 21; Institutions Européennes & Finance, no 21, janv./fév. 1995, p. 5; Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 120.

2. Paiements à distance et face-à-face

12. En pratique, et selon la terminologie consacrée, on distingue généralement deux types de paiements transfrontières.

D'une part les "*paiements à distance*", impliquant que seul le paiement traverse la frontière[10]. Le cas usuel est celui où le donneur d'ordre et le bénéficiaire du paiement se trouvent dans des Etats différents. On doit cependant également qualifier de paiement à distance le paiement effectué entre deux personnes qui ont leur compte auprès d'institutions financières situées dans des Etats différents[11].

D'autre part les "*paiements face-à-face*"[12], ou paiements de proximité[13]. Il s'agit là de tous les cas où le client désirant effectuer un paiement est momentanément dans un autre Etat que l'Etat dans lequel il réside. Il se trouve donc physiquement présent sur le lieu du paiement[14]. De telles hypothèses se produisent typiquement lors de voyages d'affaires ou d'agrément ou dans les zones frontalières.

13. La doctrine a par ailleurs mis en évidence d'autres cas hybrides qui pourraient entrer dans la notion de paiement transfrontière ou international. Par exemple, lorsqu'un client X effectue un paiement à l'ordre d'un bénéficiaire Y, les deux résidant dans le même Etat, mais par l'intermédiaire d'une banque Z située dans un autre Etat. De même, lorsque banques et clients se trouvent dans le même Etat, mais que le paiement est effectué dans une monnaie étrangère[15]. Dans le cadre des travaux de la Commission européenne, une définition très large avait d'ailleurs été imaginée, mais elle n'a finalement pas été reprise: il

---

10 Cf. notamment Commission [UE], PSULG, para. 5; PSTDG, para. 2 et annexe 1 (Terminologie), p. 3; WORTHINGTON/MITCHELL, p. 100; Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 40 ss, 43.

11 VASSEUR, transferts, p. 193. Les Lignes directrices du secteur bancaire européen pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers (cf. *infra* note 409) prévoyaient par exemple que le "*paiement à distance transfrontalier*" soit défini "*comme étant un transfert de fonds entre un client d'un établissement de crédit d'un pays A et un établissement dans un pays B, qui peut être ou non une filiale de l'établissement d'origine, à destination d'un bénéficiaire dans le pays B*".

12 Cf. notamment Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 37; PSULG, para. 4; PSTDG, annexe 1 (Terminologie), p. 3; WORTHINGTON/MITCHELL, p. 99.

13 Petits paiements transfrontières, in: bancatique, no 85, septembre 1992, p. 436 ss, 437; Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 35 ss, 43.

14 Cf. Commission [UE], concurrence, para. 8 lit. e: "*Un paiement transfrontalier peut être face à face ou à distance, selon que le donneur d'ordre et le bénéficiaire se rencontrent physiquement ou non au moment où débute le paiement*".

15 Voir les réflexions de VASSEUR, CNUDCI, p. 163 ss; DELIERNEUX, p. 988 ss (pour une description du mécanisme de paiement en devise); IANNUCCI, information, p. 4; BERGSTEN, Transfers, p. 653 ss; MADUEGBUNA, p. 351.

s'agissait de qualifier de transfrontières tous les paiements soumis au droit d'au moins deux Etats.

Force est donc de constater que la notion de paiements transfrontières peut être perçue de manière plus ou moins large[16], ce d'autant plus que les montants en jeu peuvent être très différents, entre des paiements de consommation et des opérations à caractère professionnel.

3. Paiements de petits et de gros montants

14. La dernière caractéristique importante à relever concerne les personnes qui sont à l'origine des paiements transfrontières. Dans certains cas, les paiements peuvent porter sur de gros montants, par exemple en cas de virements interbancaires ou entre grandes entreprises. Il peut s'agir également de montants relativement peu élevés, lorsque ce sont les consommateurs ou les petites et moyennes entreprises (PME) qui opèrent. On oppose ainsi généralement les paiements dits "*de détail*"[17] aux grands transferts de fonds entre professionnels ("*retail and large-value / wholesale payments*")[18].

15. S'agissant de la différence quantitative entre petits et gros paiements, une frontière formelle n'est cependant pas facile à tracer. On ne peut pas dire en effet

---

16 Au sein de l'Union européenne, des études ont montré que les paiements face-à-face sont bien plus nombreux que les paiements à distance puisqu'ils représentent les trois quarts de l'ensemble des paiements transfrontières de détail, le règlement par carte prenant à cet égard une place toujours plus importante. Cf. Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 37 s.; PSTDG, para. 14 ss; "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 34 ss. Voir aussi VASSEUR, CNUDCI, no 46; Conseil économique et social [France], Rapport, p. 67 ss.

17 Selon des chiffres publiés par la Commission européenne pour les années 1989 à 1991 (la situation a donc dû évoluer sensiblement depuis lors), sur l'ensemble des paiements transfrontières au sein de l'Union, ce qui représentait environ quatre cent millions d'opérations effectuées par année, près de la moitié étaient des paiements de détail. Les virements transfrontaliers dans la Communauté représentaient à eux seuls en 1991 117,6 millions d'opérations et, avec un fort taux de croissance, ce sont bien plus de 350 millions de virements par an qui devraient être effectués vers la fin du siècle (Commission [UE], transferts, p. 3). Cependant, les paiements transfrontières de détail se caractérisent encore par un faible volume: ils ne représentent qu'à peine plus de 1% du total des paiements effectués dans les Etats membres de l'Union européenne. Les transactions, portant aussi bien sur des grands montants que sur des paiements de détail, devraient tout de même augmenter progressivement au vu des nouvelles opportunités offertes par la réalisation du marché unique et ses quatre libertés ainsi que par la perspective de l'Union économique et monétaire (Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 59 et 81). On attend surtout des changements marquants quant au volume des paiements à distance, mais l'augmentation des paiements face-à-face devrait également être sensible de par le développement du tourisme et des voyages d'affaires au-delà des frontières.

18 Commission [UE], Les paiements, para. 5; paiements transfrontaliers, para. 37; PSULG, para. 6.

que la situation juridique change du tout au tout pour les paiements dépassant un certain montant. Ainsi, si la politique communautaire en matière de systèmes de paiement tend par exemple à se focaliser sur les paiements de détail, le seuil de ceux-ci est fixé d'une manière très souple. La Commission européenne a initialement plafonné les paiements de petits montants à un maximum situé entre 2'500 et 10'000 écus[19]. Aujourd'hui, la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers s'applique aux virements jusqu'à concurrence d'une contre-valeur de 50'000 écus[20]. Du côté du secteur bancaire, c'est un montant de 2'500 écus qui a été proposé pour définir les virements de faible montant[21]. On constate qu'il n'y a pas de critère objectif et qu'il s'agit donc d'un problème plus politique que juridique. La détermination du montant précis pouvant séparer paiements de détail et paiements de gros montants ne paraît donc pas capitale dans l'optique d'une étude scientifique.

16. Il n'en reste pas moins que pour des transactions dites de consommation, que l'on peut qualifier d'opérations effectuées par des personnes physiques à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle[22], ainsi

---

19 Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 36. Selon REHM, Gestaltung, p. 573, cette limite se situerait pour les Etats de l'Union européenne entre 1'400 et 2'500 écus.

20 Art. 1. Dans sa proposition de directive de 1994, la Commission avait étendu le champ d'application à tous les virements intra-européens, quel que soit leur montant (art. 1 para. 2; sous réserve de la question de l'obligation de remboursement en cas de paiement non mené à bonne fin [cf. *infra* no 438 ss], à laquelle les Etats auraient pu déroger pour des virements supérieurs à 10'000 écus: art. 7 para. 3). De son côté, le Parlement européen avait souhaité, en première lecture, limiter l'application de la directive aux virements jusqu'à concurrence de l'équivalent de 50'000 écus. Quant à l'Institut monétaire européen, il demandait plus largement que la directive ne s'applique pas aux paiements de gros montants (Institutions Européennes & Finance, no 22, 27.3.1995, p. 6). La Commission rejeta l'amendement du Parlement européen afin de mieux tenir compte de la protection des consommateurs et des PME; elle conserva ainsi la teneur initiale de l'art. 1 para. 2 dans sa proposition modifiée de directive de 1995. Devant le Conseil, un accord politique ne put être trouvé que moyennant limitation du champ d'application de la directive aux virements transfrontaliers inférieurs à un certain montant, montant qui fut finalement fixé à 25'000 écus dans la position commune publiée fin 1995, avec extension prévue à 30'000 deux ans plus tard. En deuxième lecture, le Parlement européen adopta un nouvel amendement pour revenir à sa limite de 50'000 écus. Dans sa dernière proposition modifiée d'avril 1996, la Commission accepta cet amendement et donc l'idée que seuls les virements inférieurs à un montant donné devaient être réglementés. La discussion a ensuite été âpre dans le cadre de la procédure de conciliation entre la position commune du Conseil et les amendements du Parlement européen repris par la Commission. C'est finalement le plafond de 50'000 écus qui l'a emporté, mais moyenant un compromis sur le montant de l'obligation de remboursement en cas de paiement non mené à bonne fin (cf. *infra* no 439). Critique par STAUDER, Richtlinie, p. 588.

21 IANNUCI, directive, p. 13 s.

22 Nous n'avons pas la prétention dans la présente étude d'apporter une définition précise et définitive de la notion de consommateur, qui reste encore controversée en doctrine (pour une présentation du problème, cf. notamment avec références FAVRE-BULLE, paiement, p. 85 et note 187; REICH, Verbraucherrecht, no 15c; CHAZAL Jean-Pascal, Le consommateur existe-t-il?, in: D 1997, Chronique, p. 260 ss; MAYALI Jean-Charles, La

que pour les petits paiements faits par des PME, des problèmes particuliers surgissent de par le faible poids économique de ces parties par rapport aux institutions financières qui offrent des moyens de paiement. Les clauses contractuelles ne peuvent être négociées sur un pied d'égalité et les consommateurs se retrouvent le plus souvent confrontés à des conditions générales rédigées unilatéralement par les professionnels, les frais encourus pour des paiements transfrontières peuvent s'avérer très élevés par rapport au montant des transactions, la fiabilité des systèmes peut être moins bonne pour des petits paiements faits en masse que pour des transferts de fonds importants, le régime de répartition des risques peut être très défavorable aux clients et porter ainsi atteinte à leurs intérêts économiques, etc[23].

C'est la raison pour laquelle nous ne traiterons que des paiements transfrontières de détail, à l'exclusion des paiements internationaux de gros montants. Entreront donc dans notre champ d'application toutes les opérations d'un ordre de grandeur correspondant aux paiements faits usuellement par un consommateur.

4. Conclusion intermédiaire

17. Au vu de ce qui précède, nous éviterons de nous limiter à une définition trop rigide de la notion de paiement transfrontière. Dans l'optique d'un travail qui se veut concentré sur les seuls paiements transfrontières effectués par des consommateurs, il ne nous apparaît pas opportun de définir de manière immuable le caractère transfrontière pour toutes les catégories de paiement confondues, à distance et face-à-face, petits paiements et virements interbancaires, avec ou sans intermédiaires, en fonction de la devise du paiement, etc.

---

notion de consommateur (A la lumière du droit comparé), thèse Montpellier 1993; REHBINDER Manfred, Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, in: Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1995, p. 59 ss; WEBER-STECHER, notamment p. 53 ss et p. 75 ss). Nous citons ici pour exemple - sans pour autant y adhérer sans réserve - une définition qui a tendance à se généraliser dans les textes communautaires et qui revêt donc une certaine importance pour nos travaux (voir notamment l'art. 2 de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, citée dans notre bibliographie; l'art. 2 de la directive du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, in: JOCE L 372 du 31.12.1985, p. 31 ss; l'art. 1 para. 2 de la directive du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, in: JOCE L 42 du 12.2.1987, p. 48 ss; l'art. 13 des Conventions de Bruxelles et Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (cf. *infra* no 745 ss); l'art. 5 para. 1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (cf. *infra* no 767 ss); cf. également en droit suisse l'art. 120 al. 1 LDIP).

23 Toutes ces questions seront examinées plus en détail dans les chapitres ultérieurs.

18. Pour certains moyens de paiement, des définitions ont certes vu le jour. Ainsi, la directive européenne 97/5/CE qualifie un virement transfrontalier au sein de l'Union européenne d'"*opération effectuée à l'initiative d'un donneur d'ordre via un établissement, ou une succursale d'établissement, situé dans un Etat membre, en vue de mettre une somme d'argent à la disposition d'un bénéficiaire dans un établissement, ou une succursale d'établissement, situé dans un autre Etat membre; le donneur d'ordre et le bénéficiaire peuvent être une seule et même personne*"[24]. Quant à la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, elle "*s'applique à un virement lorsqu'une banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des Etats différents*"[25]. De telles définitions, bien que limitées aux seuls virements, suscitent toutefois déjà des discussions[26].

19. Nous laisserons donc ouverte la question de la meilleure définition possible des paiements transfrontières, pour nous intéresser très largement à tous les cas de figure dans lesquels un paiement à distance ou un paiement face-à-face fait intervenir des institutions financières sises dans des Etats différents, c'est-à-dire que la chaîne d'instructions liée au paiement initié par le consommateur passe - en quelque sorte - au moins une frontière pour être complètement exécutée et que cela peut théoriquement avoir des conséquences pour ledit consommateur.

Dans l'absolu, nous verrons d'ailleurs que dans l'optique du client, l'exécution des paiements transfrontières de détail ne devrait pas être différente de celle des paiements nationaux dans un véritable espace financier européen intégré. Il serait dès lors vain de chercher une parfaite définition de la notion transfrontière dans la mesure où le but ultime d'une révision du droit des moyens de paiement grand public devrait tendre à un rééquilibrage de la relation contractuelle client-institution financière, quel que soit le type de paiement, interne ou international.

---

24 Art. 2 lit. f (définitions). VEREECKEN/TROBERG, p. 148 s.; STAUDER, Richtlinie, p. 587; MATUSCHE, p. 131 s.; SOUSI, Actualités, p. 22 s.

25 Art. 1 para. 1. Sur cette loi type et la directive précitée, cf. *infra* no 46 ss et 137 ss.

26 Pour la loi modèle CNUDCI: VASSEUR, transferts, p. 191 ss, CNUDCI, p. 163 ss, et Informations, p. 62; BISCHOFF, UNCITRAL, p. 292, et Kurzporträt, p. 218; GENNER, UNCITRAL, p. 64 ss; SCHNEIDER, Regelung, p. 499, et UNCITRAL, p. 288; BERGSTEN, Payments, p. 438 ss. Pour la directive européenne (au stade de la proposition): GENNER, UNCITRAL, p. 179; BØJER, p. 224; SCHNEIDER, Entwurf, p. 480.

II. Les différents moyens de paiement

20. Il existe aujourd'hui une multitude de moyens de paiement pouvant servir à des transactions transfrontières[27]. Nous ne pouvons en faire ici une présentation complète et détaillée, mais il est tout de même important de donner quelques indications à leur sujet, car les problèmes juridiques posés peuvent être tout à fait différents d'un moyen de paiement à un autre, du fait de leurs caractéristiques propres[28].

1. La monnaie

21. Tout d'abord, le mode de paiement traditionnel, mais pour des montants somme toute peu élevés[29], reste bien évidemment la monnaie fiduciaire légale (pièces et billets)[30]. Les espèces peuvent être utilisées tant pour des paiements à distance, en particulier lorsque de l'argent est envoyé par la poste (par mandat ou tout simplement dans une enveloppe), que pour des paiements face-à-face, lorsque le débiteur en déplacement à l'étranger paie son créancier de la main à la main.

22. De telles transferts transfrontières impliquent le plus souvent aujourd'hui une opération de change, dans l'Etat de provenance du débiteur ou dans l'Etat de destination. Avec l'adoption d'une monnaie unique au sein de l'Union européenne, la nécessité du change disparaîtra entre les Etats membres et l'utilisation des pièces et billets traditionnels (libellés en euros) au-delà des frontières nationales devrait s'en trouver facilitée et donc renforcée[31].

---

27 Pour la Commission européenne, concurrence, para. 8 lit. e, un "*instrument de paiement transfrontalier*" est: "*tout moyen de paiement (y compris virement, carte de paiement ou chèque) qui peut être utilisé pour effectuer un paiement transfrontalier*".

28 Voir aussi la présentation de MITCHELL, Banker's, p. 74 ss; VASSEUR, transferts, p. 129 ss; CRANSTON, Payment, p. 242 ss; HADDING, Entwicklung, p. 42 ss; MEDER, Zahlungsverkehr, p. 89 ss; REHM/HARBEKE, p. 295 ss; Commission [UE], Les paiements, para. 27 ss; BRI, Payment Systems, p. 477 ss; IME, "*Blue Book*" [2], p. 663 ss; "Groupe PADOA-SCHIOPPA", "*Blue Book*" [1], p. 285 ss, ainsi que le rapport de la Banque de France, Obstacles d'ordre juridique (annexe 4 au rapport du PSTDG), p. 3 ss. Pour une description des systèmes de paiement au niveau national: BRI, Payment Systems; PERDRIX, no 131 ss. Pour les Etats membres de l'Union européenne, voir aussi les "*Blue Book*" [1 et 2].

29 "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 9.

30 Sur le rôle des espèces dans les paiements transfrontières, cf. TROSIEN, p. 3 ss.

31 Ces aspects seront brièvement abordés dans notre chapitre sur le rôle de l'Union économique et monétaire et de la monnaie unique, *infra* no 111 ss.

2. Le chèque et ses dérivés

23. Dans le domaine des paiements transfrontières sans numéraire, c'est incontestablement le chèque qui se rapproche fonctionnellement le plus du paiement en espèces puisqu'il peut aussi bien être envoyé à l'étranger (paiement à distance) que remis sur place au créancier (paiement face-à-face).

24. Le chèque, qui a eu longtemps une grande importance en matière de trafic des paiements, va cependant jouer un rôle de plus en plus marginal pour les petits paiements courants[32], vu les coûts de traitement trop importants que représente un tel support papier pour les institutions financières, surtout pour des transactions transfrontières[33]. Ce moyen de paiement aura tout de même connu des innovations importantes avec le développement des eurochèques et des postchèques uniformisés, couplé avec l'utilisation d'une carte de garantie, ce qui aura permis de faciliter grandement les opérations transfrontières[34].

25. Un autre mode de paiement sur support papier également beaucoup utilisé pour l'heure par les voyageurs, pour éviter les risques de perte ou de vol que représente la monnaie fiduciaire légale, est le chèque de voyage ("*travellers' cheque*")[35]. Compte tenu de son mode d'utilisation (signature du chèque devant le prestataire acceptant ce type de paiement), le chèque de voyage ne peut être utilisé que pour des paiements transfrontières face-à-face.

---

32 "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 10; Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 34 et 53; MITCHELL, Banker's, p. 77; L'Hebdo, 3.6.1993, p. 29 et 31.

33 Selon la dernière étude menée au niveau européen, le chèque représente encore en moyenne un peu plus d'un quart (26,9 %) du nombre total de paiements sans espèce, mais ce chiffre est en constante regression. Tous les Etats de l'Union européenne voient leur pourcentage d'utilisation du chèque baisser d'une année à l'autre, souvent de manière très conséquente (si le pourcentage de transactions par chèques était de 30% en Espagne en 1990, il n'était plus que de 14,7 % en 1994; de même au Portugal: de 81% en 1990 à 56,1% en 1994). Dans des pays comme l'Allemagne, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Autriche, les chèques représentent moins de 8% des transactions sans espèces. En Finlande, le pourcentage était même de seulement 0,9% en 1994. Pour tous ces chiffres, voir les tableaux comparatifs: IME, "*Blue Book*" [2], p. 729; "Groupe PADOA-SCHIOPPA", "*Blue Book*" [1], p. 317.

34 Sur le chèque, la carte-garantie de chèque et leur utilisation transfrontière, cf. notamment CRANSTON, Cheques, p. 29 ss; BRIEN, p. 41 ss. En Suisse, voir par exemple: PETITPIERRE-SAUVAIN; EMCH [ET AL.], p. 313 ss; DALLÈVES Louis, La carte-garantie de chèque - Fonction et nature juridique, in: RDS 1974 I, p. 145 ss.

35 Sur le chèque de voyage, voir notamment en Suisse: JEANDIN Nicolas, Le chèque de voyage, Bâle 1994; BÖSCH René, Der Reisecheck, Zurich 1987. Cf. aussi récemment: HAUKE Bernd, Praxis und Recht des Reisechecks, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 53 ss.

3. Le virement: du papier à l'électronique

26. Le moyen de paiement qui devrait connaître un essor certain dans un espace financier européen libéralisé, qu'il s'agisse de petits ou gros montants, est le virement[36]. C'est d'ailleurs sur lui qu'ont porté d'importants travaux menés au niveau international, qu'il s'agisse par exemple de la loi type proposée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[37] ou, au sein de l'Union européenne, de la recommandation 90/109/CEE[38] et de la directive concernant les virements transfrontaliers[39].

27. On peut définir le virement comme un transfert de fonds d'un compte à un autre, par voie scripturale (jeu d'écritures de débit et crédit), soit sans mouvement d'espèces[40]. Le virement, bancaire ou postal, constitue le principal moyen d'effectuer des paiements transfrontières à distance, le plus souvent pour acquitter le prix de biens ou de services, mais également pour verser des salaires ou des pensions[41].

28. Du point de vue du consommateur, le virement peut être initié de diverses manières. Traditionnellement, le donneur d'ordre transmet à sa banque un document papier contenant les informations nécessaires au virement (montant, bénéficiaire, date d'exécution, etc.). L'évolution de la technologie a cependant quelque peu bouleversé ces règles puisque le donneur d'ordre a la possibilité aujourd'hui d'initier lui-même électroniquement un virement, par le biais d'un terminal de banque (ou de poste) à domicile (Telebanking), d'un guichet automatique de banque (ou de poste) (ATM), d'un terminal de paiement installé

---

36 A ce jour, l'utilisation du virement reste cependant très variable selon les Etats. Dans les Etats du nord de l'Europe, le pourcentage par rapport à d'autres moyens de paiement sans numéraire est généralement supérieur à 50% (il atteint même 82,3% des transactions en Suède), alors qu'il peut être très faible dans d'autres parties de l'Union européenne (seulement 6,0% en Espagne). En moyenne, le virement constitue malgré tout le moyen de paiement sans espèces le plus utilisé dans les pays de l'Union européenne (35,6% en 1994). Cf. IME, "*Blue Book*" [2], p. 729.

37 Cf. *infra* no 46 ss.

38 Cf. *infra* no 131.

39 Cf. *infra* no 137 ss.

40 CABRILLAC, no 1: "*Le virement est l'opération par laquelle un transfert de fonds ou de valeurs est effectué sans déplacement matériel par la seule inscription d'une écriture au débit d'un compte et de l'écriture corrélative au crédit d'un autre compte*"; BILLOTTE-TONGUE, no 16 ss; THUNIS, automatisation, no 59; GÖSSMANN, p. 26 ss. Dans le cadre de la CNUDCI, le virement a été défini comme "*la série d'opérations, commençant par l'ordre de paiement du donneur d'ordre, effectuées dans le but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire*" (Loi type sur les virements internationaux, art. 2 lit. a), définition toutefois critiquée par VASSEUR, transferts, p. 181 ss, et CNUDCI, p. 165 s., qui voit là une conception atomisée, non unitaire du virement (segmentation de la transaction), trop inspirée par le droit américain et ne correspondant pas à la conception de la plupart des pays d'Europe.

41 Cf. Commission [UE], Les paiements, para. 7; paiements transfrontaliers, para. 37.

au point de vente (TPV, EFTPOS), par échange de supports électroniques de données, voire même par téléphone. Ces systèmes permettent de déclencher ce que l'on appelle des transferts électroniques de fonds[42].

29. Au niveau national, ces moyens de paiement grand public, qui permettent aux particuliers d'initier eux-mêmes leurs ordres, sont reliés à des systèmes de transfert de fonds interbancaires plus importants, qui permettent quant à eux le règlement entre institutions financières. Certains systèmes nationaux sont spécifiquement destinés aux paiements de détail ("*retail systems*")[43] alors que d'autres, le plus souvent gérés par la banque centrale nationale, traitent également des paiements de montants importants[44] [45].

---

42 Selon THUNIS, responsabilité, p. 947 (qui s'inspire lui-même de VASSEUR, paiement, no 7; cf. aussi THUNIS, automatisation, no 2), les transferts électroniques de fonds peuvent être définis comme "*l'ensemble des techniques de virement qui ont pour effet, d'une part, d'éliminer totalement ou partiellement le recours à des documents papier signés pour émettre ou exécuter des ordres de paiement; d'autre part, de remplacer ces documents papier par des impulsions électroniques susceptibles d'être traitées directement par ordinateur*"; cf. aussi OBERSON, p. 44 ss; BERGSTEN, Transfers, p. 652 s. Pour une présentation de toute cette panoplie de systèmes électroniques de paiement, voir FAVRE-BULLE, paiement, avec références, p. 3 ss. Lesdits systèmes peuvent fonctionner selon des modes différents, que l'on qualifie de "*off line*" ou "*on line*". Comme le choix de telle ou telle technique peut avoir des conséquences juridiques importantes au niveau de la répartition des risques, conséquences dont il sera question dans les chapitres suivants, nous renvoyons pour de plus amples explications à nos développements en matière de technologie des systèmes électroniques de paiement in FAVRE-BULLE, paiement, p. 22 ss.

43 Par exemple: SIT en France, BACS au Royaume-Uni ou les traditionnelles chambres de compensation, automatisées ou non, dans d'autres pays européens.

44 Par exemple: SIC en Suisse, le "*système le plus moderne au monde de clearing en temps réel pour le traitement des opérations du trafic des paiements entre banques*" (ASB, Rapport 1994/95, p. 73; également: HESS, SIC, p. 107 ss, ainsi que les contributions dans le numéro spécial de Wirtschaft und Recht, no 1/1988, Elektronischer Interbank-Zahlungsverkehr in der Schweiz). Cf. aussi IME, "*Blue Book*" [2], p. 725 s.

45 La plupart des Etats ont aujourd'hui développé des systèmes sophistiqués de transfert électronique de fonds interbancaires uniquement destinés aux paiements de gros montants ("*large-value systems*"), par exemple: SAGITTAIRE en France (en voie d'être remplacé), CHAPS au Royaume-Uni ou ELLIPS en Belgique. Ces systèmes, souvent gérés par les banques centrales, parfois par les banques elles-mêmes, fonctionnent de plus en plus en temps réel, selon le procédé du règlement brut (RTGS = "*real-time gross settlement*"; cf. VITAL Christian, The Architecture of Real Time Gross Settlement Systems, in: Monnaie et conjoncture [Bulletin trimestriel de la Banque Nationale Suisse] 1997, p. 319 ss) afin de prévenir les risques systémiques. Le risque systémique est le risque que la faillite ou la défaillance d'un participant à un système de paiement rende ledit participant incapable de remplir ses obligations aux échéances fixées et cause par là l'insolvabilité en cascade d'autres institutions financières participantes (effet domino) (cf. THEVENOZ, banquier, p. 26 s. et ses références; Agence Europe, Bulletin no 6741, 5.6.1996, p. 7). Certains systèmes travaillent cependant encore en règlement net (netting bilatéral ou multilatéral). Sur ces notions, cf. "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 19 ss; GIOVANOLI, Payment, p. 215 ss. Le Comité des Gouverneurs des Banques Centrales des Etats Membres de la Communauté Economique Européenne ("Groupe PADOA-SCHIOPPA", Domestic Payment, p. 18 ss) recommande la mise en place dès que possible

30. Dans la perspective de paiements transfrontières, l'électronique a également apporté de profondes modifications dans les procédures d'exécution[46]. Alors que les institutions financières ont pendant longtemps transmis les ordres de paiement par des moyens de télécommunication traditionnels (télex par exemple), la majeure partie des virements internationaux transitent aujourd'hui à travers un système électronique de communication interbancaire appelé SWIFT[47]. Nombre d'Etats ont même développé des systèmes spéciaux pour traiter automatiquement à l'arrivée, au niveau national, les transferts provenant de transactions transfrontières[48].

31. Quant au règlement entre institutions financières des montants dus, il s'est effectué la plupart du temps jusqu'à présent par le jeu des banques correspondantes, soit au moyen de procédures assez lourdes et coûteuses car non automatisées[49]. Aujourd'hui, on voit cependant apparaître de nouveaux systèmes électroniques qui permettent, grâce notamment au regroupement et à

---

de systèmes à règlement brut en temps réel pour les paiements de montants élevés, afin de minimiser et si possible d'éliminer les risques systémiques que représentent les systèmes de règlement net, avec compensation et règlement seulement en fin de journée. En France, par exemple, les transferts de gros montants vont transiter par un nouveau système "RTGS" nommé TBF, qui absorbera SAGITTAIRE, les opérations de masse de petits montants continuant elles d'être échangées en règlement net par l'intermédiaire du système interbancaire de télécompensation SIT (VASSEUR, transferts, p. 156 et 384; IME, "*Blue Book*" [2], p. 238 ss). Au niveau de l'Union européenne, l'écu fait lui aussi l'objet d'un système électronique spécifique de compensation et de règlement, géré par l'Association bancaire pour l'ECU (ABE) (BRI, Payment Systems, p. 498 ss; Commission [UE], Les paiements, annexe 9; Association bancaire pour l'ECU, The ECU Clearing System, juin 1992).

46 Cf. "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payments Systems, p. 15 ss; BERGSTEN, Transfers, p. 649 et 656 ss.

47 SWIFT est selon VASSEUR, transferts, p. 143 (ss), "*la poste-éclair électronique*", soit un transporteur privé de messages, la compensation et le règlement des ordres de paiement ainsi transmis devant ensuite être organisés indépendamment. Cf. aussi BRI, Payment Systems, p. 482 ss; IME, "*Blue Book*" [2], p. 672 ss; ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 1 ss, et S.W.I.F.T., p. 460 ss; Banque de France, S.W.I.F.T. - Réseau de télétransmission interbancaire international, Note d'information no 61, mars 1984; NEWMAN Samuel, Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), in: EFFROS R. (éd.), Payment Systems of the World, New York [etc.] 1994, p. 371-405.

48 Cf. "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payments Systems, p. 17. Exemples: EAF en Allemagne, SIPS en Italie, SAGITTAIRE en France (VASSEUR, transferts, p. 152 ss; Banque de France, S.A.G.I.T.T.A.I.R.E. - Système interbancaire de règlement en francs par télétransmission, Note d'information no 63, novembre 1984. SIT également pour certains paiements de détail, cf. L'interbancarité au secours des paiements transfrontières, in: Actualité bancaire, no 239, 24.10.1994, p. 1 ss, 2). En Allemagne, un système a été développé pour l'envoi et la réception de paiements transfrontières dans le format SWIFT: AZV (IME, "*Blue Book*" [2], p. 92).

49 Sur les différents intervenants dans un paiement transfrontière et le rôle du système des correspondants (et ses inconvénients), cf. Commission [UE], Les paiements, para. 41 ss; PLEYER/WALLACH, p. 172 s.; dans l'optique suisse: BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 346 s.

l'automatisation des ordres de paiement, de simplifier l'exécution des paiements transfrontières à distance de petits montants[50], en accélérant les opérations et en diminuant leur coût[51].

Parmi les systèmes bancaires, on peut citer comme exemples le réseau TIPA mis en place par les banques populaires et coopératives (et inspiré du projet français TABAC)[52] , EUFISERV développé par les caisses d'épargne[53], le système TAPS de la Bank of Scotland[54] ou encore le système IBOS regroupant plusieurs banques dans divers pays[55]. Du côté des administrations postales a été créé le réseau EUROGIRO, qui regroupe une quinzaine d'organisations de comptes de chèques postaux et bancaires[56]. D'autres solutions sont examinées et des projets mis en cours, comme l'accès direct des établissements de crédit aux chambres de compensation informatisées d'autres Etats ou même des liaisons entre les différentes chambres de compensation nationales[57].

Pour les paiements transfrontières de gros montants, le projet le plus ambitieux sur ce dernier plan est le système TARGET. Créé par décision du conseil de l'Institut monétaire européen en mai 1995 et destiné à être opérationnel lors de la 3ème phase de l'Union économique et monétaire[58], TARGET relira les différents systèmes de paiement domestique "RTGS" (à règlement brut en temps réel) des Etats de l'Union européenne[59].

---

50 Sur les systèmes de paiement interbancaires transfrontières de gros montants, cf. BRI, Payment Systems, p. 497 ss; IME, "*Blue Book*" [2], p. 688 ss.

51 Cf. "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 37 ss; IME, "*Blue Book*" [2], p. 686 s.; KOCH, p. 70.

52 Interconnexion *via* un système de "*correspondent banking*" amélioré. VASSEUR, transferts, p. 161 ss; BRI, Payment Systems, p. 495.

53 BRI, Payment Systems, p. 495; MÜLLER, p. 206 ss.

54 Sur TAPS et TIPA, cf. Commission [UE], PSTDG, para. 28. Pour TAPS: FARQUHARSON, p. 229 ss.

55 Premier système européen de communication complet en temps réel entre ordinateurs de banques (interconnexion par réseaux internationaux de satellites). VASSEUR, transferts, p. 163 s.

56 Cf. Agence Europe, Bulletin no 5915, 8/9.2.1993, p. 16; BRI, Payment Systems, p. 495 s.

57 BRI, Payment Systems, p. 496; IME, "*Blue Book*" [2], p. 687.

58 Cf. *infra* no 101 et note 291.

59 Dès le démarrage de la phase finale de l'Union économique et monétaire, les paiements de gros montants associés à l'accomplissement de la politique monétaire unique en euros, ainsi que d'autres paiements interbancaires, s'effectueront au travers de ce système d'interconnexion TARGET. Cf. IME, "*Blue Book*" [2], p. 688 ss; LACHAND, p. 97 ss; PADOA-SCHIOPPA, no 17 ss; HARTMANN, Währungsunion, p. 776 ss; Institutions Européennes & Finance, no 24, 31.5.1995, p. 5; ainsi que les contributions contenues dans le numéro 13-97 du Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen consacré à: Die Zukunft des Zahlungsverkehrs - Realitäten und Visionen für Europa.

En Suisse également, des efforts sont menés et des accords de partenariat conclus avec des établissements bancaires à l'étranger afin d'améliorer l'efficacité des paiements transfrontières. Ainsi, par exemple, l'Union de Banques Suisses a développé un nouvel ordre de virement pour des paiements en Europe et outre-mer, baptisé "UBS-Euro*plus*". Dans quatorze pays européens, aux Etats-Unis et au Canada, jusqu'à un certain montant dépendant de la monnaie concernée, le paiement est effectué dans un délai donné (six jours maximum), avec un prix uniforme (FS 7.50) et sans commissions prélevées par les banques correspondantes.

Si ces différents systèmes permettent d'améliorer l'efficacité de certains paiements transfrontières à distance, tous les problèmes ne sont pas réglés pour autant[60] et c'est donc essentiellement à ce niveau que l'on attend encore des progrès techniques de la part des professionnels, surtout pour les paiements de détail.

32. Si le virement de crédit ("*credit transfer*"), dont nous venons de parler, représente la principale catégorie de paiements entre banques, il existe un autre mode de paiement à distance qui pourrait être amené à terme à se développer au niveau du grand public pour des transactions internationales: le virement de débit ("*debit transfer*")[61], dont l'exemple le plus courant est le débit direct[62], ou recouvrement selon la terminologie suisse[63]. Il s'agit là d'une forme de virement, non plus initié par le donneur d'ordre mais par le bénéficiaire: généralement, le donneur d'ordre autorise ce dernier à prélever sur son compte les paiements dus (essentiellement des factures périodiques: loyer, gaz/électricité, téléphone, etc.), le prélèvement lui-même étant fait par la banque du bénéficiaire, sur ordre de celui-ci[64].

---

60 Cf. *infra* no 159 ss.

61 GENNER, UNCITRAL, p. 2 et 45 ss; GEVA, p. 1 ss; THÉVENOZ, Transfers, p. 22.

62 Cf. Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 45; PSULG, para. 5.

63 La terminologie pour décrire ce type d'opération est très variable d'un ordre juridique à l'autre. Si l'on parle généralement de "*recouvrement*" en Suisse romande, de "*Lastschriftverfahren*" en langue allemande, d'"*avis de prélèvement*" en France (sans compter les nouvelles formes de prélèvements: le titre interbancaire de paiement et le titre électronique de paiement; cf. Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 41 s.), on trouve parfois également d'autres termes tels que: "*ordre de débit*", "*prélèvement direct*", "*paiement préautorisé au débit*", l'expression consacrée au niveau communautaire étant plutôt celle de "*débit direct*". Il semblerait par ailleurs que le débit direct ait des caractéristiques assez différentes d'un Etat à l'autre, tant sur le plan pratique que juridique (débit direct avec autorisation préalable ou sans pré-autorisation, paiements de consommateur à commerçant ou paiements d'entreprise à entreprise, etc.).

64 BILLOTTE-TONGUE, no 43; CANARIS, no 528 ss; GÖSSMANN, p. 75 ss; L'HEUREUX, droit bancaire, p. 407 ss; Commission [UE], PSTDG, para. 151. A noter que le débit direct représentait déjà en 1994 près du quart (23,4%) de tous les paiements sans espèces au sein de l'Union européenne. Ce mode de paiement était quasiment inexistant dans certains Etats (2,6% en Finlande), mais pouvait être largement prédominant ailleurs (53,4% en Espagne) (cf. IME, "*Blue Book*" [2], p. 729).

33. En marge du virement, une dernière catégorie de paiement à distance qui pourrait constituer une révolution des habitudes de règlement d'ici quelques années est un mode que l'on pourrait qualifier de "*cybernétique*". D'aucuns appellent en effet paiements cybernétiques[65] les paiements qui seront amenés à se développer sur les réseaux informatiques tels qu'Internet. L'on ne vise pas là la simple transmission d'un numéro de carte de paiement (système encore peu sûr actuellement, faute le plus souvent de clés de sécurité)[66] ou des systèmes de banque à domicile dont le moyen de transmission n'est plus une ligne téléphonique et un modem mais le réseau Internet (un tel mode de Telebanking reste en effet caractérisé par des ordres de virement électroniques de compte à compte, par un jeu d'écritures au débit et crédit)[67]. Il s'agit bien plutôt de techniques nouvelles en plein développement pour créer une sorte de "monnaie électronique"[68], des porte-monnaie virtuels pour chaque utilisateur avec paiement instantané. Différents systèmes sont à l'étude ou déjà opérationnels pour créer ces unités d'information à valeur monétaire qui transiteront sur Internet dans le cadre du commerce électronique du futur[69].

---

65 Cf. Commission [UE], Services financiers, p. 11.

66 ESCHER, p. 1175, 1178 et 1185; BUYLE/POELMANS, p. 91 ss; WALDEN, p. 234; FIEGE, p. 42. Cf. *infra* no 370.

67 ESCHER, p. 1174, 1178 et 1185; BUYLE/POELMANS, p. 96 ss. Cf. *infra* no 370.

68 Nous n'examinerons pas ici le statut juridique de cette forme de monnaie, qu'il s'agisse d'unités de valeur transitant sur Internet ou chargées sur des supports comme les porte-monnaie électroniques (que nous présenterons *infra* no 37). La doctrine naissante en la matière tend cependant à considérer que la monnaie électronique reste une forme de monnaie scripturale: SIMON, monnaie, p. 62 s.; THUNIS, automatisation, no 58. Contra: DE NAYER, p. 15 note 25. Sur la nature juridique du "*Cybergeld*" ou "*Netzgeld*" en droit allemand: ESCHER, p. 1180 ss; ETZKORN Jörg, Bankrechtstag 1997 der Bankrechtlichen Vereinigung e. V. am 27. Juni 1997 in Basel, in: ZBB 1997, p. 280 ss, 285 (au sujet du rapport de HOEREN), et tout récemment: KÜMPEL Siegfried, Rechtliche Aspekte des elektronischen Netzgeldes (Cybergeld), in: WM 1998, p. 365 ss. Sur les travaux à l'échelle internationale au sujet de la monnaie électronique, cf. *infra* note 75.

69 Cf. notamment MINUZ, p. 15 ss; Schweizer Bank, no 6/1996, p. 32; L'Hebdo, 6.2.1997; CZURDA Henrik, Wie sicher ist E-Cash, in: Schweizer Bank, no 7/1996, p. 16 ss, et L'argent électronique, in: BancAssurance, juillet/août 1997, p. 25 ss; BILAND Hans Peter, Cyberbucks sorgen für Sprengstoff, in: Schweizer Bank, no 2/1997, p. 50 ss; CROCKER Thomas, Electronic cash tests regulatory framework, in: International Financial Law Review, août 1996, p. 15 ss; WORTHY John / CALOW Duncan, The UK begins to face the challenge of new technology, in: International Financial Law Review, août 1996, p. 25 ss; WALDEN, p. 234 ss; WIDMER/BÄHLER, p. 346 s.; FIEGE, p. 43 s.; CAPRIOLI, p. 71; BUYLE/POELMANS, p. 100 ss; et surtout l'analyse de ESCHER sous l'angle du droit allemand ainsi que l'ouvrage de FURCHE/WRIGHTSON (en particulier p. 63 ss) pour des aspects plus techniques. Sur Internet, voir par exemple: http://www.digicash.com. Sur le "*porte-monnaie virtuel*", cf. Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 58. Pour les définitions consacrées dans la pratique de "*Electronic money*" ou "*ECash*" (marque déposée par Digicash): CCI, p. 83 s. Voir aussi *infra* no 38. Nous ne pouvons citer ici les publications de plus en plus abondantes consacrées au commerce électronique en général, qui ne traitent des paiements sur Internet que de manière incidente (notamment pour les questions de sécurité; cf. à cet égard *infra* no 370).

34. Tous ces développements en matière de systèmes de paiement ne se font pas sans normalisation. Plusieurs organisations internationales et autres comités bancaires traitent de ces questions depuis longtemps et ont adopté des standards communs pour nombre de problèmes (format de certains virements transfrontières, normes des cartes, pistes magnétiques et micro-processeurs, etc.). Sont notamment à signaler: les nouvelles normes EDIFACT pour l'échange électronique de données entre partenaires commerciaux, développées par l'Organisation des Nations Unies et également utilisées dans le domaine du trafic des paiements[70], ainsi que la création par les banques européennes du "*European Committee for Banking Standards*" (ECBS = Comité européen de normalisation bancaire), qui propose désormais ses propres standards dans certains domaines et collabore avec les organisations de normalisation telles qu'ISO et CEN[71].

4. Les cartes

35. Dans la catégorie des paiements face-à-face, le mode de règlement qui est en passe de supplanter le chèque, voire même les espèces dans une certaine mesure, est le paiement par carte en plastique. Le monde des cartes est très hétérogène et l'on peut procéder à différentes classifications en fonction des critères de l'émetteur, de l'utilisateur, de la fonction, de la technique de déclenchement de l'opération, de la technique d'exécution de l'opération et de la technique du support[72]. Nous avons eu l'occasion de nous arrêter ailleurs sur les divers types de cartes existant, selon que celles-ci permettent d'initier un paiement électronique (avec code d'identification personnel) ou nécessitent un support papier (facturette)[73]. Nous ne reviendrons donc pas ici en détail sur cette question.

36. Les paiements transfrontières face-à-face sont surtout effectués aujourd'hui au moyen de cartes de crédit, de cartes accréditives et de cartes de débit[74], émises le plus souvent par des banques ou autres institutions

---

70 Cf. WERNER, EDIFACT, p. 1901 ss; GNEHM Urs V., EDI/EDIFACT - die neue Art der Kundenbeziehung, in: Schweizer Bank, no 6/1992, p. 53 s.; ASB, Rapport 1996/97, p. 55. L'EDI (Echange de données informatisé) est défini par les Nations Unies comme "*la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard)*" (cf. Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 99).

71 ASB, Rapport 1994/95, p. 81 ss; Commission [UE], PSTDG, para. 40. En détail: WRIGHT, normalisation, p. 34 ss.

72 Intéressantes distinctions faites par THUNIS/SCHAUSS, paiement, p. 8 ss; cf. aussi OBERSON, p. 53 ss.

73 FAVRE-BULLE, paiement, p. 8 ss.

74 Ces cartes - surtout les cartes de débit - sont également souvent appelées cartes de paiement (cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 9 et note 41, avec références).

financières, mais également par des administrations postales dans certains cas. Ces cartes permettent avant tout de payer des commerçants et des prestataires de services, parfois selon des procédés manuels, parfois auprès de terminaux points de vente engendrant des transferts électroniques de fonds, mais également de prélever des espèces auprès de distributeurs automatiques de billets et de guichets automatiques de banque, ou encore d'initier des ordres de virement électroniques auprès de tels appareils. D'autres cartes, dites "*privatives*" sont émises par des commerçants / prestataires de services et ne peuvent être utilisées qu'auprès de ceux-ci.

37. Il existe enfin un autre type de carte qui pourra à terme être utilisé par-delà les frontières, surtout au sein de l'Union européenne après l'introduction d'une monnaie unique, et qui pourrait devenir le moyen de paiement du 21ème siècle pour toutes les petites dépenses: il s'agit de la carte prépayée[75] (ou dite à prépaiement ou carte valeur ou encore porte-monnaie électronique[76]). A l'origine, ces cartes ont été utilisées au niveau national pour des petites transactions déterminées auprès d'un seul prestataire: carte de téléphone, de photocopies, etc. Aujourd'hui, elles tendent à devenir de véritables porte-monnaie électroniques, souvent équipés d'un micro-processeur (carte à puce) bien plus performant que la piste magnétique traditionnelle: chargées d'un certain montant et pouvant être, dans certains systèmes, très facilement rechargées par

---

75 Commission [UE], transferts, p. 10 s.; IME, "*Blue Book*" [2], p. 682 ss; Comité consultatif [France], Rapport 1991-1992, p. 137 ss; FURCHE/WRIGHTSON, p. 77 ss; OBERSON, p. 89 ss; WEBER [ET AL.], p. 3 ss; ALLIX, carte de paiement, p. 61 s.; JACQUET, p. 53 ss; PFEIFFER, p. 1036 ss; KÜMPEL, p. 1037 ss; HARROP Peter, Prepayment Cards, The electronic purse becomes big business, Financial Times Management Report, octobre 1991; RICH Motoko / GRAHAM George, A world that turns on plastic, Financial Times, 23.8.1996. Des publications consacrées à la monnaie électronique ont de plus en plus tendance à traiter à la fois des cartes avec support de valeurs et des paiements cybernétiques sur réseaux informatiques (par exemple: Electronic Cash and Payment Schemes: Digitising the Future, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1997, p. 103 ss; ABRAHAMSON J. A., The Digital Future of Money: A US Perspective, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1997, p. 416 ss). Le sujet le plus examiné actuellement en matière de cartes prépayées est la question de savoir s'il convient de légiférer pour assurer une surveillance des émetteurs de tels supports de valeurs monétaires: un projet de loi a été proposé en ce sens en Finlande (International Financial Law Review 1997, p. 59), des rapports ont été préparés à l'échelon européen et international par divers groupes de travail (cf. notamment *infra* note 123), la Communauté européenne envisage d'adopter une directive (Institutions Européennes & Finance, no 49, 30.9.1997, p. 9; cf. *infra* no 130) et la doctrine s'interroge sur les applications réglementaires *de lege lata* et *de lege ferenda* (par exemple au Royaume-Uni: TETHER Trystan C G, Electronic Cash - The Regulatory Issues, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1997, p. 202 ss; PLOTKIN Mark E. / ALBERT E. Jason, Smart Cards - Why Regulation is Premature, in: JIBL 1997, p. 459 ss).

76 La qualification de porte-monnaie électronique devrait être réservée aux seules cartes prépayées multi-prestataires ayant vocation à être acceptées de manière quasi générale au sein d'un pays: Comité consultatif [France], Rapport 1991-1992, p. 143 (+ p. 159, annexe 2: Rapport au Conseil de l'Institut monétaire européen sur les cartes prépayées).

l'entremise d'un compte bancaire ou postal, ces cartes ne sont pas des moyens d'accès à un compte bancaire ou postal mais elles permettent un "*transfert de pouvoir d'achat*"[77]. Elles vont pouvoir être utilisées dans de plus en plus d'endroits, pour des paiements de biens et services les plus divers (magasins, distributeurs, parkings, transports publics, etc.), et bientôt même à l'étranger, lorsqu'elles pourront être chargées avec plusieurs monnaies[78]. Ces systèmes requièrent cependant l'installation de terminaux spéciaux et leur potentiel d'utilisation varie encore considérablement d'un pays à l'autre[79].

38. Certains paiements transfrontières par carte ne doivent pas être considérés comme des paiements face-à-face, mais bien comme des paiements à

---

77 Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 56.

78 Sur les perspectives transfrontières de la monnaie électronique, voir le rapport du Groupe des Dix, Electronic Money, p. 24 ss.

79 Au Danemark, à fin juin 1995, la carte prépayée Danmont était disponible dans 49 villes, utilisable pour plus de 500 services et quelque 308'000 cartes avaient déjà été émises (IME, "*Blue Book*" [2], p. 60 s.; cf. aussi INFO-C, août 1993, p. 12 ss). Voir aussi les cartes Proton en Belgique (IME, "*Blue Book*" [2], p. 16 s.; Institutions Européennes & Finance, no 29, 30.11.1995, p. 13, et no 35, 29.5.1996, p. 3), ainsi que les expériences pilotes de porte-monnaie électronique VISA Cash aux Jeux Olympiques d'Atlanta, dans plusieurs pays du globe (Etats-Unis, Australie, Colombie, etc.) et surtout en Espagne où quelque un million de cartes rechargeables devaient être émises en 1996 (IME, "*Blue Book*" [2], p. 682; Institutions Européennes & Finance, no 29, 30.11.1995, p. 12, et no 30, 27.12.1995, p. 11). Les développements sont très rapides et des cartes à puce prépayées rechargeables ont entre-temps été lancées à l'échelle nationale dans des pays comme l'Allemagne ("*GeldKarte*": PFEIFFER, p. 1036 ss; KÜMPEL, p. 1037 ss), l'Autriche et le Portugal: SIMON, monnaie, p. 63. En Suisse également, les banques puis la poste ont décidé de proposer de nouvelles cartes à puce, avec une fonction porte-monnaie électronique (systèmes "CASH". Voir par exemple ASB, Rapport 1995/96, p. 76 s., et Rapport 1996/97, p. 48 s.; L'Hebdo, 15.8.1996, p. 38; PTTexpress, no 2/96, p. 8; Journal de Genève, 30.1.1997; Le Nouveau Quotidien, 8.11.1996 et 18.2.1997; BancAssurance, octobre/novembre 1997, p. 48 s. Cf. aussi *infra* no 637). Au niveau d'une utilisation transfrontière, de nouveaux systèmes sont en préparation chez VISA et Europay (sur le porte-monnaie électronique multi-devises "CLIP" de Europay: Institutions Européennes & Finance, no 36, 29.6.1996, p. 12), un porte-monnaie multi-devises nommé Mondex est développé au Royaume-Uni (Financial Times, 8.11.1996; FINLAYSON-BROWN Jane, Mondex: Structure of a New Payment Scheme, in: JIBL 1997, p. 362 ss; Mondex-«Moneten» mischen den Markt auf, in: Schweizer Bank, no 8/1996, p. 26 s.) et de son côté la Commission européenne teste dans certains de ses locaux le projet CAFE, soit une nouvelle technique de paiement électronique cryptée en différentes monnaies, au moyen d'une carte à puce prépayée à introduire dans le système ou même d'un petit appareil personnel qui effectue le paiement à distance toujours selon le procédé du porte-monnaie électronique (IME, "*Blue Book*" [2], p. 684 s.; Neues Zahlungsverfahren für Europa, in: à la Card Aktuell, mai 1994, p. 13-19; pour la Suisse: cf. aussi Bulletin Crédit Suisse no 7-8/1994, p. 17). Pour des exemples extra-européens: BEATTY Andrea / HAMMOND Greg, Smart Cards: An Australian Perspective, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1997, p. 309 ss; The Task Force on Stored-Value Cards, A Commercial Lawyer's Take on the Electronic Purse: An Analysis of Commercial Law Issues Associated with Stored-Value Cards and Electronic Money, in: The Business Lawyer 1997, p. 653 ss; ADAMS Lee S. / MARTZ David J., Developments in Stored-Value Cards and Cyberbanking, in: The Business Lawyer 1997, p. 1149 ss.

distance: c'est le cas des ordres donnés par téléphone en matière de vente par correspondance, de téléachat, de services télématiques, etc., lorsque le débiteur donne le numéro de sa carte de paiement à son créancier[80]. De même, pourraient être qualifiés de paiements à distance des paiements cybernétiques[81] qui seraient effectués au moyen de cartes porte-monnaie électronique *via* des lecteurs reliés au réseau Internet. Les informations qui circuleraient alors sur Internet ne seraient pas de simples données pour débiter et créditer des comptes, comme aujourd'hui avec les virements, mais bien des unités de valeur monétaire[82]. Il s'agit là cependant plus de projets que de véritables modes opérationnels[83].

39. A l'inverse de ce qui se passe pour les paiements à distance, les paiements transfrontières face-à-face sont exécutés par des systèmes de compensation et de règlement assez efficaces, qui posent beaucoup moins de problèmes de coût et de fiabilité[84]. Ceci provient en particulier du fait que certaines sociétés ont organisé un réseau mondial de traitement des paiements par carte, ce qui manque précisément à des moyens de paiement à distance comme le virement, pour lesquels le système du "*correspondent banking*" est encore trop lourd. Les deux plus grandes organisations de cartes actives au niveau européen sont Europay International et VISA International[85].

III. La relation institution financière - client

40. Parmi les différentes relations juridiques créées par tous les moyens de paiement transfrontières décrits plus haut, nous avons choisi de nous en tenir à la seule relation institution financière / client. Les débats qui ont eu lieu ces dernières années, tant dans l'enceinte de certains organismes qu'en doctrine, ont

---

80 Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 40.

81 Sur cette notion, cf. *supra* no 33.

82 Voir toutefois *supra* note 68 sur le statut de "monnaie électronique".

83 ESCHER, p. 1175 s. En tout état, VISA et MasterCard ont développé une norme commune (SET = Secure Electronic Transaction) pour sécuriser les transactions par carte sur Internet, tandis que d'autres sociétés travaillent sur différents systèmes de paiement virtuel sécurisé: Institutions Européennes & Finance, no 28, 31.10.1995, p. 9 s.; no 32, 29.2.1996, p. 3, et no 42, 31.1.1997; L'Agefi, 7.11.1997.

84 "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 37.

85 Cf. BRI, Payment Systems, p. 488 ss; IME, "*Blue Book*" [2], p. 677 ss. Europay, partenaire de MasterCard, a été créée en 1992 et résulte de la fusion entre Eurocard International et Eurocheque International (ASB, Rapport 1991/92, p. 157, et Rapport 1992/93, p. 156). Europay propose aujourd'hui en Europe des services de paiement sans espèces selon un triple concept: "*pay before*", il s'agit de travellers' cheques; "*pay now*", soit les chèques et leur carte de garantie, les cartes de retrait aux distributeurs automatiques de billets et les cartes de débit, avec le nouveau service de paiement au point de vente (EFTPOS) edc/Maestro; "*pay later*", au moyen de cartes de crédit ou accréditives. De son côté, VISA International propose également plusieurs services, dont le plus connu est représenté par les cartes de crédit émises par les banques membres du réseau.

mis en évidence combien cette relation juridique méritait une attention toute particulière en raison des enjeux que représente l'évolution des systèmes de paiement et la position bien souvent précaire qui en résulte pour le consommateur. Nous tenterons ainsi de montrer dans quels domaines et pour quelles raisons il paraît important d'assurer une meilleure protection du consommateur de services financiers, partie faible de la relation contractuelle.

41. Les autres rapports juridiques propres aux divers modes de paiement transfrontière posent des questions différentes[86], qui ne seront abordées que dans la mesure où elles ont ou peuvent avoir une incidence sur la relation entre le client et son établissement.

La relation de base entre le débiteur et le créancier du paiement nous ramène essentiellement à la théorie générale du droit des obligations, bien qu'elle puisse présenter il est vrai quelques particularités dans le cas de paiements transfrontières (questions de droit international privé et de cours légal de la monnaie par exemple)[87].

Quant aux relations entre institutions financières, pour le paiement et la compensation des chèques, l'exécution et le règlement de virements internationaux, etc., qu'il s'agisse de rapports directs entre banques, entre administrations postales ou *via* des systèmes de transfert électronique de fonds interbancaires, les questions posées sont nombreuses et complexes. Elles peuvent tant concerner la stabilité des systèmes dans leur ensemble (normes visant à éviter les risques systémiques[88]) que se rapporter aux problèmes traditionnels de droit des obligations (moment du paiement, révocation, régime de responsabilité, etc.), ceux-ci devant être appréhendés différemment que pour les relations faisant intervenir des consommateurs, dans la mesure où les professionnels sont en principe de force égale dans la négociation contractuelle[89].

S'agissant enfin des relations entre institutions financières et commerçants / prestataires de services, dans le cadre des systèmes de paiement par carte au point de vente, elles posent d'autres problèmes contractuels encore, souvent d'ordre technique, et elles touchent également à d'autres domaines, tels que le droit de la concurrence ou la protection des données. Nous n'aborderons pas ces problèmes en détail, mais il sera tout de même fait mention des questions qui intéressent les consommateurs (acceptabilité des cartes auprès des commerçants, tarification différenciée en cas de paiement sans numéraire). Relevons encore que le commerçant, et plus généralement tout bénéficiaire d'un

86 CRANSTON, Payment, p. 246 ss.
87 Voir notamment: BÜLOW, p. 430 ss.
88 Cf. *supra* note 45.
89 Voir notamment: HOLZWARTH, p. 101 ss; GEVA, p. 1 ss.

paiement, peut aussi se trouver, à l'instar du consommateur, dans une position d'infériorité à l'égard de l'institution financière qui gère son compte. Certains développements que nous ferons dans l'optique des clients donneurs d'ordre quant au problème de l'égalité des parties en matière de paiements transfrontières peuvent donc s'appliquer *mutatis mutandis* aux bénéficiaires.

42. Dans l'optique du rapport contractuel entre un client et son établissement, nous accorderons une place particulière aux nouveaux systèmes électroniques de paiement grand public. Qu'il s'agisse de paiements face-à-face (distributeurs automatiques de billets, guichets automatiques de banque, terminaux aux points de vente, au moyen de différentes cartes en plastique) ou de paiements à distance (banque à domicile), ces systèmes, développés pour des utilisations d'abord nationales mais qui tendent à devenir transfrontières, posent de nouveaux problèmes juridiques fort intéressants de par la dématérialisation des opérations et le passage à des procédés entièrement électroniques basés sur des codes confidentiels.

Dans ce cadre, l'analyse juridique nous conduira à aborder en partie le droit du virement. Indépendamment du caractère électronique ou non des opérations, le virement fera de toute manière l'objet d'un certain nombre de développements car il constitue aujourd'hui le principal moyen de paiement transfrontalier à distance[90], pour lequel des problèmes sérieux et spécifiques ont été constatés[91].

En revanche, les spécificités du débit direct ou recouvrement ne seront pas traitées. D'une part, le débit direct semble être encore très peu utilisé en pratique comme mode de paiement transfrontière[92]. D'autre part, les principes développés pour le virement pourront lui être applicables dans de nombreux cas.

Quant aux problèmes des paiements transfrontières en espèces et surtout le droit du chèque, ils ne seront examinés que tout à fait incidemment. Ces méthodes traditionnelles de paiement semblent avoir de la peine à résister à la révolution de l'informatique et de la monétique, de sorte que, dans une certaine mesure, surtout pour le chèque, ils appartiendront bientôt au passé[93].

---

90 *Supra* no 26.

91 Cf. *infra* no 167 ss.

92 Voir sur ce sujet WAND Lothar, Die grenzüberschreitende Lastschrift, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 117 ss; VOLLRATH, p. 31 ss.

93 Seront par ailleurs exclues de notre étude les opérations commerciales internationales qui comprennent un paiement mais qui ne correspondent pas à la définition traditionnelle du trafic des paiements, comme les crédits documentaires, les lettres de crédit, les garanties bancaires, etc., de même que les effets de commerce ou effets de change (lettres de change

43. Selon les cas et en particulier pour les cartes, nous appellerons "*émetteur*" toute institution financière qui propose, dans le cadre d'une relation contractuelle, un ou des moyens de paiement à un consommateur. L'expression d'"*institution financière*" doit être comprise dans un sens très large: il peut s'agir bien sûr d'un établissement de crédit (banque, caisse d'épargne, etc.), de tout autre professionnel proposant des services de paiements transfrontières (organisation de cartes accréditives, commerçant émetteur de cartes privatives, etc.), mais aussi d'une administration ou banque postale[94]. Par souci de simplification terminologique et pour mettre l'accent sur la relation entre un émetteur et son client, nous engloberons généralement dans la notion d'"*intermédiaires*" toutes les institutions financières autres que l'établissement du donneur d'ordre qui peuvent intervenir dans un paiement transfrontière jusqu'à achèvement complet en faveur du bénéficiaire, donc y compris l'établissement du bénéficiaire[95].

Pour ce qui est de l'utilisateur de moyens de paiement transfrontière, nous emploierons indifféremment les termes de consommateur, titulaire d'un moyen de paiement, client, porteur de carte, ou encore donneur d'ordre. Dans la mesure où les petites et moyennes entreprises procèdent à des paiements transfrontières entrant encore dans la catégorie des petits paiements de détail que peuvent effectuer des personnes physiques, nos développements relatifs aux consommateurs valent *mutatis mutandis* également à leur égard dans de nombreux cas.

Quant au bénéficiaire du paiement, nous utiliserons, lorsqu'il s'agit plus spécialement d'un paiement au point de vente, les termes de commerçant ou prestataire, ce qui là encore doit être entendu dans un sens large comme toute personne envers qui le consommateur a une dette d'argent pour la fourniture d'un bien ou la prestation d'un service.

---

et billets à ordre) qui sont eux trop éloignés de la notion de moyens de paiement grand public et qui impliquent un élément de crédit qui ne nous intéresse pas ici. Ces instruments ne sont d'ailleurs pas du tout traités dans les travaux menés au niveau européen sur les paiements transfrontaliers.

94 Sur le rôle des organisations postales en matière de systèmes de paiement, cf. GORMANNS, p. 212 ss; "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payments Systems, p. 14.

95 Généralement, on distingue plutôt l'établissement du donneur d'ordre, l'établissement du bénéficiaire et les "*intermédiaires*", qui, dans le cadre d'un virement international, sont en principe surtout les banques correspondantes. Voir par exemple la définition de l'art. 2 lit. g de la loi type de la CNUDCI. BILLOTTE-TONGUE, no 17. Nous serons amenés dans certains cas à faire une différence entre l'établissement du bénéficiaire et d'autres intermédiaires (par exemple *infra* no 396).

IV. L'Espace financier européen

44. Il nous reste à définir notre champ d'application territorial et à expliquer la signification des termes "*espace financier européen*" qui apparaissent dans le titre de la présente étude.

Avant tout, notre réflexion portera sur le droit communautaire, qui revêt une importance majeure en matière de paiements transfrontières puisqu'il tend à les développer tout en remédiant aux problèmes qu'ils peuvent poser, par le biais de divers processus d'harmonisation des règles. En parallèle, nous examinerons quelle est la situation en droit suisse, de manière à voir quel pourrait être le degré de compatibilité des normes juridiques applicables aux paiements transfrontières dans une perspective d'intégration européenne.

Si l'essentiel de nos propos restera donc axé sur le droit communautaire et le droit suisse, nous étendrons toutefois notre étude sur certains points à toute une zone géographique dans laquelle les paiements transfrontières devraient se développer considérablement de par la libéralisation des marchés, soit un espace financier européen regroupant les Etats membres de l'Union européenne et les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE), membres de l'Espace économique européen (EEE)[96]. Référence sera ainsi faite à certaines particularités que l'on peut trouver dans divers ordres juridiques nationaux ou au niveau international en Europe.

Si l'espace financier européen n'est pas une entité institutionnelle existante, il n'en est pas moins une image utilisée par la doctrine et les institutions communautaires pour décrire le thème général auquel nous rattachons notre étude, à savoir la zone européenne libéralisée dans laquelle circulent offrants et destinataires de services bancaires et financiers. Dans la mesure où la Suisse ne fait partie ni de l'Union européenne ni de l'Espace économique européen, mais qu'elle participe activement à la libéralisation du marché bancaire européen, tant par l'intermédiaire de son secteur bancaire présent à l'étranger que par sa politique d'intégration dans ce domaine (recherche d'une eurocompatibilité), le recours au symbole d'un espace financier nous permet de rattacher un tant soit peu la Confédération de ses voisins européens.

---

96 Comme l'a précisé le Comité économique et social des Communautés européennes, paiements, para. 1.6, "*Tout développement des systèmes de paiement devrait notamment inclure les pays de l'Association européenne de libre-échange, afin de faire bénéficier partout les citoyens d'un niveau de services homogènes, tel que peut l'offrir un marché de dimension européenne. Cela stimulerait les efforts en vue de la construction d'un Espace économique européen (EEE)*". Des études ont d'ailleurs montré que le volume des paiements transfrontières de détail entre la Communauté européenne et les autres Etats de l'Espace économique européen est important: Commission [UE], PSTDG, para. 20 (peut-être un peu moins cependant depuis que trois Etats de l'AELE - l'Autriche, la Suède et la Finlande - ont rejoint l'Union européenne).

B. Le cadre juridique des paiements transfrontières

45. Compte tenu de leur caractère international, le cadre juridique théoriquement le mieux adapté aux paiements transfrontières serait une convention internationale de droit uniforme[97]. Une telle convention permettrait en effet d'éviter des divergences de réglementation selon le droit national applicable. Il n'existe cependant aucun texte régissant de la sorte tous les paiements internationaux[98]. Le cadre juridique des paiements transfrontières se caractérise par une approche paradoxalement assez nationale et par trop sectorielle[99].

I. La loi modèle de la CNUDCI

46. Au niveau international, l'initiative de loin la plus significative est venue de l'Organisation des Nations Unies. Cette volonté d'harmonisation aurait même pu conduire théoriquement à l'adoption d'une convention internationale portant droit uniforme, mais finalement ce n'est qu'un texte non contraignant qui a été préféré par les Etats membres, sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

A l'origine des travaux onusiens dans le domaine des systèmes de paiement[100], on trouve un rapport du Secrétaire général de la CNUDCI de 1982, destiné à donner un premier aperçu des questions posées par les transferts électroniques de fonds[101]. Par la suite, le Secrétariat de la CNUDCI a préparé un "*Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds*", qui a été publié en 1987 à l'intention des législateurs et des juristes chargés d'étudier les problèmes posés dans ce domaine particulier des systèmes de paiement. Enfin, le groupe de travail des paiements internationaux de cette même CNUDCI a commencé des travaux en vue de l'élaboration de règles modèles concernant les transferts électroniques de fonds, qui finalement se sont étendues à tous les types de virements internationaux.

---

97 En matière de chèque par exemple, les Conventions de Genève du 19 mars 1931 ont ainsi permis d'uniformiser une partie du droit cambiaire à l'échelle internationale.

98 ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 137.

99 La plupart des rapports et autres documents officiels auxquels il sera fait référence dans ce chapitre sont cités de manière complète dans la bibliographie et ne seront donc mentionnés ci-après que de manière abrégée.

100 VASSEUR, transferts, p. 166 ss; GENNER, UNCITRAL, p. 16 ss.

101 Electronic Funds Transfer, Report of the Secretary-General.

47. C'est ainsi qu'a pu être adoptée le 15 mai 1992, après plusieurs années de discussion, la "*Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux*"[102]. Ce texte comprend dix-neuf articles[103]. Il ne s'applique qu'aux seuls virements[104], dès lors qu'ils ont un caractère transfrontière[105], qu'ils soient électroniques ou sur support papier[106]. La loi modèle de la CNUDCI ne se veut pas un texte spécialement destiné à protéger les consommateurs, comme le précise une note accompagnant le premier article[107]. Son but est de régir les questions juridiques posées par les virements internationaux et de nombreuses dispositions traitent par exemple des rapports entre banques. Toutefois, le texte ne contient aucune restriction expresse quant à son champ d'application personnel. On peut donc dire qu'il s'étend aussi bien à des opérations de paiement de petits montants faites par des consommateurs qu'à d'importants transferts de fonds entre professionnels[108], le concept retenu étant simplement celui de "*donneur d'ordre*"[109]. Théoriquement, la loi modèle représente dès lors un intérêt non négligeable pour une étude consacrée aux paiements transfrontières de détail.

48. Sur le plan de l'importance normative de la loi type, celle-ci a de particulier qu'elle n'est pas contraignante. En effet, la CNUDCI se contente de recommander "*à tous les Etats de prendre dûment en considération la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leurs lois, étant donné la nécessité d'uniformiser le droit applicable aux virements internationaux*"[110]. De son côté, l'Assemblée générale des

---

102 Pour une analyse approfondie, voir notamment: VASSEUR, transferts, p. 173 ss; GENNER, UNCITRAL, p. 16 ss; SCHNEIDER, Regelung, p. 492 ss; BISCHOFF, UNCITRAL, p. 286 ss; Note du Secrétariat de la CNUDCI (Annuaire 1994), p. 259 ss; BERGSTEN, Payments, p. 409 ss; ainsi que les références de HEINRICH, Harmonisation, p. 247 ss. Au stade des projets: THÉVENOZ, Transfers, p. 17 ss; BERGSTEN, Draft, p. 40 ss, et UNCITRAL, p. 276 ss; SCHNEIDER, UNCITRAL, p. 287 ss; HEINRICH, UNCITRAL, p. 4 ss; CRAWFORD, p. 25 ss; SCHINNERER, Entwurf, p. 226 ss; VASSEUR, Informations, p. 62 ss; Commission [UE], Les paiements, ann. 7. Tout récemment: WULFF Oliver, Das UNCITRAL-Modellgesetz über den grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr, Bielefeld 1998.

103 Relatifs au champ d'application, définitions, obligations des parties, responsabilité, moment et révocation du virement, etc. Sans compter l'art. Y sur les conflits de lois, qui est seulement suggéré par la CNUDCI à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter (cf. *infra* no 734). GENNER, UNCITRAL, p. 32 s.

104 Définition *supra* note 40.

105 Définition *supra* no 18.

106 VASSEUR, transferts, p. 187 s.; GENNER, UNCITRAL, p. 47 ss; BERGSTEN, Payments, p. 428.

107 "*La présente loi ne traite pas des questions relatives à la protection du consommateur*". Ces questions sont donc entièrement laissées aux droits nationaux.

108 VASSEUR, transferts, p. 189 s., et CNUDCI, p. 164; GENNER, UNCITRAL, p. 54 ss; SCHNEIDER, Regelung, p. 496; BERGSTEN, Payments, p. 432 s.

109 Soit "*l'émetteur du premier ordre de paiement dans un virement*": art. 2 lit. c.

110 Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session (4-22 mai 1992), p. 22.

Nations Unies n'a pas été plus loin puisque, par résolution du 15 novembre 1992, elle s'est également limitée à recommander "*à tous les Etats, du fait qu'il est nécessaire d'uniformiser le droit applicable aux virements internationaux, d'envisager une législation s'inspirant de la loi type*"[111]. Il n'y a donc aucune obligation internationale d'adoption de ce qui n'est qu'une "*model law*"[112]. Comme nous le verrons, un tel texte a même moins de force qu'une recommandation communautaire basée sur l'art. 189 du traité CE[113]. Cette forme juridique de la loi modèle est en fait utilisée par la CNUDCI lorsqu'il apparaît que les Etats n'accepteront pas de s'engager dans le cadre d'une convention internationale, et elle permet dans le cas présent de tenir compte notamment de l'évolution des technologies en matière de virements qui nécessite que la situation juridique ne soit pas figée par des règles intangibles[114].

Si la loi type était appliquée, elle le serait ainsi uniquement de par sa transposition dans les législations des Etats concernés, puisqu'elle ne constitue pas elle-même une loi uniforme. Il est donc assez paradoxal que le seul texte d'importance à caractère véritablement international, régissant une certaine catégorie de paiements transfrontières, ne "vive" qu'au travers du droit national.

49. Dans l'hypothèse où des Etats adopteraient la loi type, celle-ci consacre le plus souvent le principe de la liberté contractuelle[115]. Il est en effet prévu à l'art 4 que: "*Sauf disposition contraire de la présente loi, les parties à un virement peuvent convenir de modifier leurs droits et obligations*". Même si certaines dispositions importantes énoncent leur caractère impératif[116], c'est dire malgré tout que dans l'optique de paiements transfrontières de détail effectués par des consommateurs, les institutions financières auront tout loisir dans de nombreuses hypothèses de déroger à la réglementation par des conditions générales préformulées et d'opter pour des dispositions contractuelles qui leur seront plus favorables.

50. Dans la mesure où plusieurs Etats, notamment européens, de même que certaines associations et autres organisations ont marqué une opposition au contenu de certaines des dispositions onusiennes[117], force est de constater que

---

111 Référence in VASSEUR, transferts, p. 166.

112 BISCHOFF, UNCITRAL, p. 289; BERGSTEN, Payments, p. 499.

113 *Infra* no 127. VASSEUR, transferts, p. 173 et 331.

114 VASSEUR, transferts, p. 173 s.; GENNER, UNCITRAL, p. 26 ss.

115 VASSEUR, transferts, p. 175 ss; GENNER, UNCITRAL, p. 69 ss.

116 Art. 5 para. 3, art. 14 para. 2, art. 17 para. 7. Note du Secrétariat de la CNUDCI (Annuaire 1994), p. 261 s.

117 OBERSON, p. 217 s.; VASSEUR, transferts, p. 174 s. et 329 ss. Dans son rapport annuel 1992/93, p. 127 s., l'Association suisse des banquiers écrivait ainsi par exemple: "*Des normes internationales ne sont judicieuses que si elles sont reprises par une grande majorité des Etats concernés et transposées dans leur droit national. Nous considérons que la loi-type n'offre pas de solutions convaincantes et utilisables en pratique (...)*".

l'importance pratique de la loi modèle doit être largement relativisée[118]. Il est en revanche erroné de parler de texte mort-né, comme d'aucuns l'ont fait[119]. La loi modèle a finalement été adoptée, alors qu'elle aurait pu ne pas l'être. Elle est formellement proposée aux Etats concernés. Elle doit donc être prise en considération.

51. Aux fins de notre étude, le texte de la CNUDCI ne sera pas mis au premier plan. Une place plus importante sera consacrée aux textes ayant une portée normative plus conséquente et qui traitent plus spécifiquement des questions touchant aux paiements de petits montants effectués par des consommateurs, comme c'est le cas en droit communautaire. Si la loi type ne sera pas analysée en détail, il n'en reste pas moins que son approche reste extrêmement intéressante sur certains points (la question de la "*money-back guarantee*" notamment[120]) et qu'elle a indéniablement influencé les travaux de la Commission européenne. En effet, si l'Union européenne n'a pas repris formellement la teneur de la loi type, il n'est pas contesté qu'elle s'en est inspirée pour élaborer la directive sur les virements transfrontaliers[121]. Partant, dans le cadre d'une analyse scientifique consacrée aux paiements internationaux de détail, la loi type de la CNUDCI aura à nos yeux la finalité d'un texte de référence en droit comparé, qui nous permettra de confronter et donc de mieux apprécier les solutions proposées à différents échelons et en particulier en droit communautaire.

II. Autres initiatives au niveau supranational

52. A côté de la loi modèle de la CNUDCI , les travaux les plus importants en matière de paiements transfrontières de petits montants sont ceux menés par la Communauté européenne. De recommandations non contraignantes à des directives, en passant par d'innombrables rapports, études ou autres résolutions, les institutions européennes mènent une politique pour le moins active dans le

---

118 Les Etats qui sont critiques à l'égard de la loi type ne vont vraisemblablement jamais la transposer en droit national (voir par exemple pour les difficultés posées aux Etats-Unis, SCHNEIDER, Regelung, p. 515; GENNER, Europa, p. 65). Plus nuancés: BØJER, p. 223; GENNER, Europa, p. 65 s., et UNCITRAL, p. 194 s., qui relève notamment que le Japon serait en train d'examiner une transposition de la loi type.

119 "*La Loi type de la CNUDCI est mort-née*": OBERSON, p. 217. On ne comprend pas non plus le choix chez le même auteur d'expressions telles que: "*travaux défunts*", "*ex-projet de loi type*" (OBERSON, p. 199, publication pourtant de 1994, soit deux ans après l'adoption de la loi modèle).

120 Cf. *infra* no 450 s.

121 Cf. *infra* no 142. Pour certains auteurs, la loi type n'aurait eu une véritable importance pratique que si elle avait été directement reprise par la Communauté européenne, ce qui avait été envisagé. BISCHOFF, UNCITRAL, p. 311, et Kurzporträt, p. 222; SCHNEIDER, Regelung, p. 515; VASSEUR, CNUDCI, p. 195 s.

domaine très large des systèmes de paiement. Les Etats membres seront amenés à transposer des directives dans leur droit national, les professionnels à respecter certaines règles de conduite et les Etats tiers, tels que la Suisse, peut-être obligés de suivre un tel processus d'harmonisation incontournable. Ce volet communautaire est donc primordial. Il constituera le coeur de nos développements; nous y consacrerons notamment l'ensemble du chapitre 2.

A noter au sujet du cadre juridique des paiements transfrontières que si la politique communautaire en la matière est très dense, c'est finalement le plus souvent le droit national transposé, et non un texte à caractère international, qui sera formellement et directement applicable aux paiements transfrontières[122], à l'instar de ce qui a été dit pour la loi type de la CNUDCI. Nous soulignons ainsi encore une fois que, malgré leur caractère international, les paiements transfrontières ne sont à ce jour régis par aucun texte à vocation internationale directement applicable[123].

---

122 Cf. *infra* no 141.

123 Si l'Union européenne focalise plus ses travaux sur les paiements de détail, les paiements de gros montants sont eux examinés par les banques centrales (HEINRICH, Harmonisation, p. 233 note 1, ainsi que ses références p. 252 ss). Plusieurs rapports et autres recommandations ont été publiés à l'échelon international ces dernières années, mais ces textes n'ont aucune force contraignante. Notre étude étant consacrée aux seuls paiements de consommateurs, nous ne nous arrêterons pas en détail sur les activités des banques centrales. Nous nous contenterons d'indiquer ici les principaux textes à prendre en considération.
Le Comité des Gouverneurs des Banques Centrales des Etats membres de la Communauté Economique Européenne a créé en 1991 un "*Ad Hoc Working Group on EC Payment Systems*". Sous l'égide de ce groupe, communément appelé "*Groupe PADOA-SCHIOPPA*" - du nom de son président en fonction jusqu'en 1995 -, a notamment été publiée en 1992 la première édition de ce que l'on nomme le "*Blue Book*" (compte tenu de sa couleur; CCI, p. 57), soit un important rapport décrivant les différents systèmes de paiement dans les Etats membres de la Communauté européenne et au niveau transfrontière. Une seconde édition du "*Blue Book*" est parue en 1996, pour tenir compte notamment du passage de douze à quinze du nombre d'Etats membres de l'Union européenne, mais elle est l'oeuvre cette fois-ci de l'Institut monétaire européen. Le groupe PADOA-SCHIOPPA est également à l'origine de deux autres rapports importants publiés en 1992 et 1993 sur la politique à mener par les banques centrales en matière de systèmes de paiement: Issues of Common Concern to EC Central Banks in the Field of Payment Systems (1992); Report to the Committee of Governors of the Central Banks of the Member States of the European Economic Community on Minimum Common Features for Domestic Payment Systems, Action 2 of the Report on Issues of Common Concern to EC Central Banks in the Field of Payment Systems (1993). Dix principes y sont notamment développés.
Parallèlement, les banques centrales du Groupe des Dix - soit plus précisément son "*Group of Experts on Payment Systems*" créé en 1980, remplacé ensuite par le "*Committee on Payment and Settlement Systems*", lui même issu du "*Committe on Interbank Netting Schemes*" ("*Comité Lamfalussy*", du nom de son président) (cf. notamment "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payments Systems, p. 30 s.) - , en collaboration avec la Banque des Règlements Internationaux (BRI), ont également publié plusieurs rapports au sujet des systèmes de paiement (le pendant du "*Blue Book*" communautaire est le "*Red Book*" - toujours compte tenu de sa couleur; CCI, p. 75 -, consacré pendant plusieurs éditions aux systèmes de paiement dans onze pays développés, puis paru la dernière fois en 1993 sous le titre: Payment Systems in the Group of Ten

53. Toujours au niveau international, d'autres organismes se sont plus particulièrement penchés sur les problèmes posés aux consommateurs par les nouveaux moyens électroniques de paiement, notamment l'OCDE et son Comité de la politique à l'égard des consommateurs[124], le Conseil de l'Europe[125] ou encore l'AELE et son Sub-Committee on Consumer Policy Affairs[126].

54. Dans certains domaines, ce sont des organisations non gouvernementales qui émettent des recommandations. L'International Law Association et son Comité de droit monétaire (MOCOMILA) ont par exemple mené des travaux en matière d'harmonisation des dispositions légales nationales et des conventions internationales régissant le moment de l'exécution d'une dette d'argent (temps de paiement), travaux qui ont conduit à l'adoption de règles modèles, qui tiennent compte des particularités des moyens de paiement scripturaux[127]. Quant au

---

Countries, Prepared by the Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries), plus particulièrement de gros montants (Large-Value Funds Transfer Systems in the Group of Ten Countries, prepared by the Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten countries [1990; *"Pink Book"*]; Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries [1990]; Central Bank Payment and Settlement Services with Respect to Cross-border and Multi-currency Transactions, Report prepared by the Committee on Payment and Settlement Systems of the Central Banks of the Group of Ten Countries [1993]).
Plus récemment, le G-10 s'est penché sur la monnaie électronique (cartes porte-monnaie électroniques et paiements sur réseaux informatiques) et les différents problèmes qu'elle peut poser (Group of Ten: Electronic Money, Report of the working party on electronic money [cf. bibliographie; références d'autres travaux menés à l'échelle internationale au sujet de la monnaie électronique, notamment au sein de l'Institut monétaire européen, p. 3 note 4 du rapport]; Journal de Genève, 10/11.5.1997). Il s'agit de réflexions assez générales sur certains problèmes et les solutions qu'il conviendrait de trouver en matière de protection des consommateurs, de droit pénal, de surveillance des émetteurs, les aspects transfrontières y compris.

124 Un rapport, intitulé: Les transferts de fonds électroniques - Les cartes de paiement et le consommateur, a été publié en 1989. L'OCDE avait d'ailleurs déjà publié auparavant une monographie de J.R.S. REVELL, Les banques et les transferts électroniques de fonds (1983). En 1992, le Comité de la politique à l'égard des consommateurs a encore publié un nouveau rapport consacré à l'information des consommateurs sur les services financiers, qui concerne également les moyens de paiement.

125 Sous l'égide du Conseil de l'Europe a eu lieu notamment une Conférence des Ministres européens de la Justice en juin 1989 sur le thème: Les problèmes juridiques relatifs aux systèmes modernes de paiement: Responsabilité et preuve en cas de transfert électronique de fonds à l'initiative du consommateur. En outre, le Comité des Ministres a adopté des recommandations en rapport avec les problèmes posés par le paiement électronique, en particulier la Recommandation no R(83) 9 aux Etats membres sur l'automatisation et l'utilisation des ordinateurs dans la distribution, adoptée le 16.9.1983. Pour les actions dans le domaine spécifique de la protection des données, cf. *infra* no 180.

126 Ce Comité consultatif a adopté en 1990 des: Guidelines for Regulation of Electronic Funds Transfer Systems. Cf. REED, p. 456.

127 Cf. International Law Association - Committee on International Monetary Law: Draft Resolution of the Committee, Report of the 61st Conference held at Paris, 1984, avec commentaire de SCHÖNLE, ainsi que les rapports suivants, cités par HEINRICH, Harmonisation, p. 238. Egalement: BLAUROCK/RENNPFERDT, p. 521 ss; ETZKORN,

European Consumer Law Group, il a publié de son côté deux rapports et formulé des recommandations dans le domaine des nouveaux moyens électroniques de paiement orientés vers le consommateur[128].

55. Parfois, certaines initiatives n'aboutissent pas. Ainsi, par exemple, la Commission de Technique et Pratiques Bancaires de la Chambre de Commerce Internationale a rédigé en 1988 un projet de Principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds et pour l'indemnisation[129], mais ce projet a par la suite été abandonné. De son côté, la Conférence de La Haye de droit international privé a également renoncé pour l'heure à entreprendre des travaux dans le domaine des virements internationaux[130].

56. Il reste enfin à signaler que d'autres actions sont menées dans des domaines périphériques aux paiements transfrontières, qu'il s'agisse d'échange électronique de données (EDI), de normalisation, de protection des données, etc[131]. Les banques et les postes elles-mêmes ont créé des groupes de travail dans divers domaines et contribuent par des accords, des recommandations et autres directives, non seulement au développement technique des systèmes de paiement, mais également à leur encadrement juridique[132]. Nous ne pouvons nous étendre ici sur toutes ces mesures. Il sera fait référence à quelques unes d'entre elles en marge de certains chapitres[133].

III. Les spécificités de certains droits nationaux

57. La loi type de la CNUDCI, les textes communautaires et d'autres initiatives internationales n'ont à ce jour pas donné lieu à l'adoption dans un droit national européen d'une loi, règlement ou autre texte officiel spécifiquement consacré aux paiements transfrontières. Ceux-ci ne sont abordés qu'à la suite d'initiatives privées, par des organisations de consommateurs ou

---

Zahlungsverkehr, p. 138 s.; BERGSTEN, Transfers, p. 664 ss. Pour une étude approfondie et critique des différentes initiatives internationales visant à harmoniser le droit de l'exécution des dettes d'argent, voir l'ouvrage de RENNPFERDT, notamment p. 93 ss (p. 123 ss pour les travaux du MOCOMILA). Cf. aussi la synthèse de BALENSI, p. 17 ss.

128 New Electronic Means of Payment. Arguments in favour of consumer protection with regard to the contractual aspects (ECLG/90/88), octobre 1988; EFTPOS Systems and Consumer Protection (ECLG/193/89), octobre 1989.

129 HEINRICH, Harmonisation, p. 245 s.

130 Cf. *infra* no 740.

131 HEINRICH, Harmonisation, p. 236 ss, et Initiatives, p. 316 ss; BLAUROCK/RENNPFERDT, p. 518 ss; GENNER, UNCITRAL, p. 11; BERGSTEN, Transfers, p. 649 ss.

132 BLAUROCK/RENNPFERDT, p. 541 ss; FAVRE-BULLE, paiement, p. 52 ss; ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 140.

133 Pour la protection des données, cf. par exemple *infra* no 180 ss.

des institutions financières, dans de simples brochures ou au mieux dans un code de conduite[134]. Parfois, il est vrai, certains organismes étatiques se sont penchés sur la question, mais sans que cela conduise à des mesures législatives ou réglementaires[135].

Cela étant, certains Etats sont tout de même intervenus pour régir tel ou tel système de paiement au niveau national. Nous verrons dès lors que certaines de ces règles, même si elles ne traitent pas des problèmes transfrontières, représentent un grand intérêt dans la mesure où de nombreuses questions qui surgissent au niveau national, pour certains moyens de paiement, se retrouvent également lors de paiements internationaux.

58. Au niveau national, donc, et s'agissant plus particulièrement des moyens de paiement mis à la disposition du grand public, aucun Etat européen - à l'exception du Danemark dans une certaine mesure - n'a toutefois adopté de législation réglant l'ensemble des questions techniques et juridiques qui se posent[136]. Il existe fréquemment, il est vrai, des réglementations spécifiques dans certains domaines traditionnels tels que le droit du chèque ou pour définir la monnaie ayant cours légal, mais pour les autres modes de paiement, on devra le plus souvent se référer aux normes générales du droit civil, qui varient dès lors sensiblement d'un ordre juridique à l'autre. Si l'application des règles générales du droit des obligations ne pose pas toujours de problèmes considérables pour des instruments utilisés de longue date, comme les virements, il n'en est pas de même en revanche pour les nouveaux moyens de paiement grand public qui posent des questions délicates en raison du recours à de nouvelles techniques telles que l'utilisation de cartes en plastique ou surtout de procédés électroniques.

59. Des voix se sont ainsi parfois élevées pour constater ou même dénoncer le "*vide juridique*" dans lequel se sont généralement développés les moyens électroniques de paiement[137]. Cette appréciation nous paraît cependant en partie inexacte puisque les opérations peuvent généralement être rattachées à des formes contractuelles connues du droit des obligations. C'est le cas en droit suisse par exemple[138]. Il n'y a pas à proprement parler de vide juridique puisque même en l'absence de mesures législatives, c'est la loi des parties qui

---

134 Par exemple le "*Banking Code*" anglais. Cf. *infra* no 64.

135 Exemple *infra* no 66.

136 Cf. OCDE, cartes, p. 57 ss. Pour les Etats de l'Union européenne, cf. "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 12.

137 Voir la discussion in FAVRE-BULLE, paiement, p. 45 s.

138 Pour les paiements transfrontières, voir en détail: BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 349 ss. Pour les moyens électroniques de paiement grand public en général, voir notamment: OBERSON, p. 125 ss.

s'appliquera, en conformité avec les principes généraux du droit civil[139]. Le développement de la jurisprudence dans plusieurs Etats européens dans le domaine des nouveaux moyens de paiement grand public en témoigne. Toutefois, la liberté contractuelle peut s'avérer préjudiciable aux intérêts des titulaires de moyens de paiement si les professionnels profitent de leur position pour imposer des clauses contractuelles abusives, faisant ainsi supporter les risques d'une technique nouvelle aux seuls utilisateurs des systèmes[140]. Comme le relève SCHÖNLE, le problème n'est pas tant le "*vacuum légal*" invoqué par certains, mais bien plutôt le "*fait que les banques, en se référant à la liberté contractuelle et au principe du respect des contrats, cherchent à altérer la situation juridique résultant du droit dispositif par des conditions générales uniformes*"[141].

60. Quelques Etats ont cependant tenu compte de l'évolution technologique des systèmes de paiement et ont adopté en conséquence des règles modernes, traitant par exemple des problèmes posés par les cartes[142].

61. En Europe, il s'agit avant tout du Danemark, qui a adopté en 1984 une loi relative aux cartes de paiement, modifiée en 1988, 1989, 1992 et 1994. Initialement, ce texte de protection des consommateurs visait les cartes de débit, de crédit et d'achat utilisées pour des paiements permettant à leurs titulaires d'acquérir des biens ou des services et de procéder à des transferts de fonds[143]. Dans sa version actuelle[144], la loi s'applique également aux cartes de retrait d'argent, aux cartes prépayées et à tous les systèmes de paiement électronique sans carte, fonctionnant avec un code ou d'autres moyens d'identification (home banking par exemple), dès lors qu'il ne s'agit pas d'un usage exclusivement commercial[145]. La plupart des moyens de paiement grand public d'aujourd'hui et de demain sont donc maintenant régis légalement au Danemark[146].

62. Une autre initiative législative a été prise en France, avec l'adoption de la loi no 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des

---

139 Cf. aussi FOY, cartes, p. 85, qui estime qu'il ne faut pas confondre "*vide législatif*" et "*vide juridique*".

140 L'HEUREUX, droit bancaire, p. 415 et 430; STAUDER, contrat, p. 221 et 226; MITCHELL, Electronic Banking, p. 16 s.

141 SCHÖNLE, responsabilité, p. 93.

142 OCDE, cartes, p. 60; THUNIS, paiement, p. 340 ss; KNOBBOUT-BETHLEM, electronic funds transfer, p. 281 ss; L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 5 ss; MITCHELL/THOMAS, p. 12 ss; REED, p. 455 ss.

143 STORM [MULVAD], Denmark, p. 132 ss; JORGENSEN, p. 12 s.; OBERSON, p. 165 ss.

144 Consolidated Payment Cards etc. Act. Nous l'appellerons donc ci-après: loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc.

145 STORM, paiement, p. 158 ss.

146 Restent encore non réglementés des domaines tels que les aspects techniques et organisationnels: IME, "*Blue Book*" [2], p. 52.

cartes de paiement[147]. Mis à part le volet principal traitant des chèques sans provision, la particularité de ce texte est de définir ce que sont les cartes de paiement et de retrait[148]. En outre, la loi no 91-1382 intègre une norme qui a déjà eu beaucoup d'importance par le passé, puisqu'elle instaurait l'irrévocabilité du paiement par carte[149].

63. D'autres textes législatifs ont été projetés notamment en Islande ("*The payment card activities bill*", calqué sur la loi danoise de 1984) et en Italie ("*Proposta di Legge presentata il 14 giugno 1989: Norme sull'emissione e l'utilizzazione di carte di debito e di credito*")[150], mais ils ont rencontré des oppositions et n'ont à notre connaissance jamais été adoptés.

64. Au Royaume-Uni, un comité d'experts ("*Jack Committee*"), constitué en 1987 pour réaliser une importante étude sur la révision du droit des services bancaires, a rendu un rapport en 1989[151] et proposé l'adoption d'un code de bonne conduite ainsi que de nouvelles législations[152]. Le gouvernement a publié sa réponse en mars 1990 dans un Livre blanc par lequel il encourageait l'adoption d'un code de conduite et des mesures législatives, mais aucun projet de loi n'a à ce jour été proposé[153]. Un groupe de travail constitué de représentants de la communauté bancaire[154] a ensuite présenté en décembre

147 JO 1er janvier 1992, p. 12. Comité consultatif [France], Rapport 1991-1992, p. 15 ss; GAVALDA/STOUFFLET, Commentaire, p. 89 s.; CHAPUT, p. 102 et 108; BOUILHOL, p. 681; MADRANGES E., La loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement. Vers un désengorgement des Tribunaux? La nouvelle pénalité libératoire, in: Gazette du palais, 1-2 avril 1992, p. 2-4.

148 Art. 2 (portant création d'un art. 57-1 du décret du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques, décret aujourd'hui également relatif aux cartes de paiement): "*Constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit ou par une institution ou un service mentionné à l'article 8 de la loi no 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds. Constitue une carte de retrait toute carte émise par un établissement, une institution ou un service visé au premier alinéa et permettant exclusivement à son titulaire de retirer des fonds*".

149 Aux termes de l'art. 2 (portant création d'un art. 57-2 du décret du 30 octobre 1935 cité à la note précédente), qui abroge ainsi (cf. art. 20) le célèbre art. 22 de la loi no 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (référence et commentaire in FAVRE-BULLE, paiement, p. 205 note 687), "*L'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte ou de vol de la carte, de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire*". Critique par MARTIN, loi, p. 279. Cf. aussi *infra* no 544.

150 Publication de la Chambre des Députés, no 4033, p. 1 ss. Egalement in: Banca, borsa e titoli di credito 1991, p. 100 s.

151 Banking Services: Law and Practice. Cf. STOCKWELL/PETKOVIC, p. 134 ss; KAISER, Banking, p. 26 ss.

152 Notamment: The Banking Services Act.

153 REED, p. 458.

154 Association for Payment Clearing Services, British Bankers' Association, The Building Societies Association.

1990 un "*Draft Code of Banking Practice*"[155], dont la version finale intitulée "*Good Banking*" a été publiée en décembre 1991 pour entrer en vigueur le 16 mars 1992[156]. Le code a par la suite été révisé. La seconde édition ("*Good Banking*") a pris effet le 28 mars 1994[157]. Quant à la dernière version - la troisième édition -, elle date de mars 1997 et est entrée en vigueur le 1er juillet 1997 sous le titre "*The Banking Code*", avec de nombreuses modifications par rapports aux textes précédents.

Ce code de conduite a la particularité d'être, à notre connaissance, le seul texte d'autorégulation, de "*soft law*" traitant expressément au niveau national des paiements transfrontières. Les dispositions en la matière sont toutefois pour le moins lapidaires[158]. Pour le surplus, le "*Banking Code*" traite des relations entre les clients et leur banque, pour ce qui est notamment de l'information, des clauses contractuelles, des frais, de la publicité, de la gestion des moyens de paiement (chèques, cartes et codes NIP, etc.), de la confidentialité, de la sécurité à observer et des règles de responsabilité en cas de dommage ou encore du traitement des plaintes.

65. On peut aussi mentionner qu'il existe au niveau national certains textes législatifs visant plus spécifiquement les cartes de crédit, en particulier, pour les Etats de l'Union européenne afin de donner suite à la directive communautaire sur le crédit à la consommation[159]. Les questions liées au crédit mises à part, ces textes peuvent avoir une importance pour des problèmes qui se posent lors de paiements transfrontières ou locaux avec carte. Ainsi en Belgique par exemple, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (complétée

---

155 DEHN/CRANSTON, p. 142 ss; DUXBURY, p. 116 ss; SHURMAN, p. 5 ss; REDC 1992, p. 54 s. (ERVINE C.); WHEATLEY D., The new code of banking practice - or banking for beginners, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1991, p. 151 s.

156 Publié in: CRANSTON Ross (éd.), European Banking Law: The Banker-Customer Relationship, Londres 1993, p. 303 ss (annexe 2). Cf. également Comité consultatif [France], Rapport 1991-1992, p. 149 ss (avec traduction française); HESBERT, britannique, p. 32 ss.

157 CAMPBELL, Revised, p. 171 ss; VORPEIL, p. 559 ss; ROBERTS, p. 386 ss; JIBL 1994, N-129 s. (WHITEHEAD S.); The Times, 9.2.1994.

158 *Infra* no 292.

159 Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, in: JOCE L 42 du 12.2.1987, p. 48 ss, complétée par la directive sur la méthode de calcul du taux annuel effectif global d'un crédit du 22 février 1990, in: JOCE L 61 du 10.3.1990, p. 14 ss, et récemment modifiée par la directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998, in: JOCE L 101 du 1.4.1998, p. 17 ss. Pour d'autres Etats non communautaires, la Norvège par exemple, cf. OCDE, cartes, p. 61.

par un arrêté royal du 24 février 1992) contient un article 61 qui traite de la répartition des risques en cas de perte ou de vol de la carte[160].

66. Il faut souligner également que dans certains Etats, des organismes officiels se sont penchés sur les questions posées par les nouveaux moyens de paiement grand public et ont même parfois abordé la problématique des paiements transfrontières. Sans pour autant proposer forcément l'adoption d'une législation ou d'un code de conduite, certains sont tout de même arrivés à la conclusion que le rapport contractuel entre l'émetteur et le consommateur devait être rééquilibré, en particulier par la modification de certaines clauses des contrats pratiqués par les institutions financières. Cela a notamment été le cas en France à plusieurs niveaux, qu'il s'agisse des différents groupes de travail créés par le Conseil national du crédit[161], du comité consultatif (dit "*comité des usagers*")[162] ou d'autres organismes encore tels que le Conseil économique et social[163]. En Suisse, la Commission fédérale de la consommation a publié en février 1986 des recommandations au sujet de la monnaie de plastique (cartes de crédit et de débit et autres formes du trafic des paiements sans espèces)[164].

67. De leur côté, les organisations de consommateurs sont également très actives, tant au niveau national qu'au niveau international. A l'échelle internationale, une organisation comme le Bureau Européen des Unions de

---

160 Présentation et critiques par THUNIS, paiement, p. 380 ss; MEYSMANS/THUNIS, p. 143 ss. Un des problèmes principaux tient au champ d'application de la loi: selon l'Ombudsman des banques belges, une carte de paiement, une carte de débit n'est pas une carte de crédit, un consommateur ne peut donc invoquer l'art. 61 de la loi relative au crédit à la consommation pour régler les conséquences du vol et de l'utilisation non autorisée de sa carte eurochèque (ABB, Avis de l'Ombudsman [1.9.1993-31.12.1994], p. 431 s. no 94.390; Avis de l'Ombudsman [1.1.1995-30.6.1995], p. 58 s. no 95.107).

161 Rapport du groupe de travail sur les aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement (juillet 1986); rapport du groupe de travail aspects européens et internationaux des cartes de paiement (mars 1988); rapport du groupe de travail cartes à microcircuit, télétransactions et nouveaux services (mars 1988); rapport du groupe de travail bilan et perspectives des moyens de paiement en France (février 1996). Voir aussi: rapport sur les organisations interbancaires en Europe - Moyens et systèmes de paiement (novembre 1995); évaluation technologique du système financier français (octobre 1991).

162 Institué par la loi no 84-46 du 24.1.1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, ce comité est "*chargé d'étudier les problèmes liés aux relations entre les établissements de crédit et leur clientèle et de proposer toutes les mesures appropriées dans ce domaine*" (art. 59). Le comité comprend vingt membres dont huit représentants des établissements de crédit et huit représentants de la clientèle. Il publie un rapport annuel à l'intention du Conseil national du crédit. Le comité consultatif a également publié d'autre rapports en matière de systèmes de paiement: Nouveaux travaux sur les cartes de paiement (octobre 1990); Aspects juridiques de la banque à domicile et du télépaiement (novembre 1991). Pour les paiements transfrontières, cf. Rapport 1993-1994, p. 127 ss; Rapport 1992-1993, p. 119 ss.

163 Avis sur la modernisation des moyens de paiement (14.10.1992). Pour les paiements transfrontaliers, voir spécialement le rapport présenté au nom du Conseil économique et social par M. Jacques VANDIER, p. 67 ss.

164 Références in bibliographie. OBERSON, p. 128 ss.

Consommateurs (BEUC) a réalisé plusieurs études et publié plusieurs rapports en matière de systèmes de paiement[165], certains étant même spécifiquement consacrés aux paiements transfrontières, nous y reviendrons[166]. Au niveau national, mis à part de nombreux articles sur les différents moyens de paiement grand public, on signalera également des études menées pour examiner la compatibilité des contrats avec certaines règles communautaires[167].

68. Quant aux professionnels, il arrive parfois qu'à la suite de rapports et autres études officiels, ou après concertation avec les organisations de consommateurs, il remanient leurs contrats. Des changements importants sont ainsi intervenus par exemple en France[168] et en Allemagne[169] dans les conditions générales de certains contrats clients-émetteurs, mais pas toujours en faveur desdits clients. Il se peut ainsi qu'une intervention de l'Etat soit nécessaire pour assurer un équilibre équitable de cette relation contractuelle. En France a par exemple été adoptée en 1991 et publiée en 1994 (!) une recommandation de la Commission des clauses abusives no 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit[170].

69. A noter enfin qu'au-delà du continent européen, on trouve dans certains Etats plusieurs textes de première importance spécifiquement destinés à régir le

---

165 En particulier: Transferts d'argent à l'intérieur de la C.E.E (1988); Holiday Money (juin 1992); Home Banking in the EC (août 1992); Cost Transparency in Cross-Border Financial Transfers (août 1992).

166 *Infra* no 161 s.

167 KNOBBOUT-BETHLEM, Survey; MUNIER, cartes; BUESO GUILLEN / SANTOS RUIZ DE EGUILAZ. Cf. *infra* note 389.

168 Le contrat porteur modèle "CB" (Groupement Cartes Bancaires) a régulièrement été révisé ces dernières années. CAMELOT, p. 1166; Comité consultatif [France], cartes, p. 55 ss, et Rapport 1993-1994, p. 135 ss. En pratique, les établissements de crédit français peuvent cependant s'écarter de ce contrat type et on rencontre donc fréquemment de petites différences de contenu selon l'émetteur (cf. le rapport de MUNIER, cartes).

169 Nouvelles conditions de la carte ec dès le 1er janvier 1995; encore modifiées au 1.10.1996 pour introduire des dispositions relatives à la nouvelle fonction porte-monnaie électronique de la carte ec - "*GeldKarte*" (conditions reproduites in: WM 1996, p. 2356 ss et qui semblent unifier désormais les conditions ec, tant pour les clients des banques commerciales et de la banque postale que pour les clients des caisses d'épargne et des banques coopératives, à la suite d'un accord intervenu entre tous ces établissements, accord également publié in WM 1996, p. 2353 ss. C'est sur cette version que nous nous baserons par la suite lorsque nous parlerons des conditions ec allemandes). Ce qui a fait dire à certains: LÖWE, "*Weniger Verbraucherschutz durch ec-Bedingungen*", "*Die Änderungen gereichen dem Kunden zum Nachteil*", p. 259. Sur ces modifications (version 1995), voir aussi: HOEREN, ec-Service, p. 2473 ss; WAND, Bedingungen, p. 214 ss; AHLERS, p. 601 ss; SCHRÖTER, p. 395 ss; REIFNER, ec-Bedingungen, p. 93 ss; HARBEKE, Bedingungen, p. 250 ss.

170 Références in bibliographie. Cf. HUET Jérôme, Brèves remarques sur la recommandation no 94-02 de la Commission des clauses abusives sur les contrats proposés aux porteurs de cartes de paiement, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1997/2, p. 62 s.; INC Hebdo, no 873, 7.10.1994, p. 11.

domaine des nouveaux systèmes de paiement et à assurer la protection des consommateurs.

Au niveau des textes réglementaires contraignants, on peut citer les Etats-Unis, qui ont promulgué en 1978 une loi sur les transferts électroniques de fonds ("*Electronic Fund Transfer Act*"[171]), complétée en 1980 par la "*Regulation E*" du Board of Governors of the Federal Reserve System, dont la finalité est la protection des consommateurs utilisant des moyens électroniques de paiement[172]. Israël a de son côté adopté une loi sur les cartes de débit en 1986[173].

Le pendant commercial de l'EFT Act aux Etats-Unis est l'Article 4A du Code de commerce uniforme (UCC). Ce texte ne trouve pas sa source en droit fédéral, puisqu'à l'instar des autres dispositions du UCC, l'Article 4A a été préparé puis adopté en 1989 par des organismes privés (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws et The American Law Institute) pour être proposé aux législateurs des Etats membres des USA, qui sont invités à le transposer dans leur droit. Ce corps de règles régit tous les transferts[174] non soumis à l'EFT Act, soit plus particulièrement les transferts électroniques interbancaires de gros montants[175]. L'Article 4A a d'ailleurs grandement influencé les travaux de la CNUDCI et donc le contenu de la loi type sur les virements internationaux[176].

Quant à l'autoréglementation, elle est assez marquée dans les pays du Commonwealth puisque tant l'Australie que la Nouvelle-Zélande connaissent des code de conduite en matière de transferts électroniques de fonds grand public[177].

---

171 Ci-après: E.F.T.A.

172 OCDE, cartes, p. 61; SCHNEIDER, Recht, p. 57 ss; SYX, mouvement, p. 91 ss; OBERSON, p. 171 ss; BALLEN R. / TEITELBAUM / FALLON K., United States Retail Electronic Payment Systems, in: EFFROS R. (éd.), Payment Systems of the World, New York [etc.] 1994, p. 51-96.

173 BERTRAND/LE CLECH, p. 189 s.

174 De crédit et non de débit, soit les virements, qu'ils soient nationaux ou internationaux.

175 THÉVENOZ, Transfers, p. 13 ss (avec reproduction de l'Art. 4A p. 89 ss); OBERSON, p. 179 ss; FELSENFELD Carl, Art. 4 A des amerikanischen Uniform Commercial Code, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 371-388; PATRIKIS Ernest / BHALA Raj K. / FOIS Michael T., An Overview of United States Funds Transfer Law, in: EFFROS R. (éd.), Payment Systems of the World, New York [etc.] 1994, p. 1-50 (reproduction de l'Art. 4A p. 501 ss, Appendix A); ainsi que les auteurs cités par GENNER, Europa, p. 61 note 2.

176 Cf. VASSEUR, transferts, p. 168 ss; GENNER, UNCITRAL, p. 20 ss; KARAGORGIOU, p. 119.

177 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 41 ss, avec références. Voir aussi en Australie, pour une initiative globale plus récente, dans la lignée du "*Banking Code*" anglais (*supra* no 64): GOSS Jeffrey / LOMBARD Carla, The Australian Code of Banking Practice, in: JIBL 1994, p. 159 ss.

Compte tenu du champ d'application de notre travail, nous ne nous arrêterons par la suite que sur les textes purement européens (la loi type CNUDCI mise à part). Nous ferons simplement référence à quelques reprises à l'EFT Act américain car il s'agit là d'un texte incontournable lorsque l'on se penche sur les relations entre banques et clients en matière de moyens électroniques de paiement. Notre propos étant avant tout celui des aspects transfrontières, il convient maintenant de s'arrêter tout particulièrement sur le complexe de règles le plus important en Europe dans ce domaine: le droit communautaire.

Chapitre 2: Les paiements transfrontières dans l'Union européenne

70. Le droit communautaire des paiements transfrontières est protéiforme. De nombreux textes de droit dérivé ou secondaire, contraignants (directive) ou non (recommandation), se sont succédé depuis une dizaine d'années dans le cadre de ce que l'on peut considérer comme une véritable politique communautaire en matière de systèmes de paiement en général, même si elle n'est pas officiellement qualifiée comme telle. Directement ou indirectement, ces textes sont amenés à régir certains aspects des paiements internationaux.

Avant d'examiner de manière chronologique ce droit dérivé adopté par la Communauté, les sources "constitutionnelles" doivent être présentées. Différents volets du droit communautaire primaire peuvent entrer en ligne de compte, qu'il s'agisse de normes sur la réalisation du marché intérieur, la protection des consommateurs ou la future Union économique et monétaire portant création d'une monnaie unique.

A. Le droit primaire

71. Avant tout, la problématique des paiements transfrontières dans la Communauté européenne s'intègre dans le contexte plus général de l'achèvement du marché unique[178].

I. Le contexte: la réalisation d'un marché unique des services financiers

72. En adoptant l'Acte unique européen en 1986, les Etats membres de la Communauté européenne ont eu l'ambition d'achever jusqu'au 31 décembre 1992 la réalisation d'un marché intérieur comportant un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux serait assurée selon les dispositions du traité de Rome[179]. Dès le départ, il est apparu que le secteur des services financiers serait

178 Cf. notamment "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 32 ss; ALLIX, Payer, p. 149 s.; CRANSTON, Payment, p. 250 ss; DEJEMEPPE, p. 20 ss; KNOBBOUT-BETHLEM, electronic funds transfer, p. 279 s.; MITCHELL, Banker's, p. 16 ss; STAUDER, Droit de la consommation, p. 205 ss; WERNICKE, p. 135 ss.

179 Art. 8 A du traité CEE. Cette disposition est devenue l'art. 7 A avec l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne (traité de Maastricht) le 1er novembre 1993. La

très important pour la réalisation du marché unique puisqu'il sous-tend nombre d'activités économiques pouvant bénéficier des libertés fondamentales précitées. En particulier, comme d'aucuns l'ont souligné, les moyens de paiement doivent être vus comme un corollaire indispensable aux quatre grandes libertés[180].

1. Libre circulation des capitaux et des paiements

73. Dans le domaine de la libre circulation des capitaux, les dispositions nationales restreignant les mouvements de capitaux effectués par des personnes résidant dans les Etats membres ont été progressivement supprimées sur la base de l'art. 67 du traité CEE. Le processus de libéralisation s'est achevé il y a peu, à la suite de l'adoption par le Conseil de la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'art. 67 du traité[181], qui est aujourd'hui transposée dans tous les Etats membres.

74. Contrairement à ce que l'on peut penser, la question des paiements transfrontaliers de détail ne repose cependant pas directement sur la libre circulation des capitaux. En effet, on entend par mouvements de capitaux les opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement d'une somme d'argent et non la rémunération d'une prestation, soit des transactions à caractère autonome par opposition à une opération corollaire d'une autre. Les paiements transfrontières peuvent eux être assimilés à des paiements courants, soit des transferts de fonds qui constituent une contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente[182]. Comme le traité ne définit pas la notion de capitaux dont les mouvements doivent être libérés[183], c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui a procédé à cette distinction

---

numérotation de toutes les dispositions du traité sera encore modifiée (l'art. 7 A du traité CE deviendra par exemple l'art. 14) avec le traité d'Amsterdam de 1997, qui doit encore être ratifié avant d'entrer en vigueur (cf. *infra* no 96).

180 ALLIX, moyens de paiement, p. 69; Commission [UE], atout, para. 4.1. Certains parlent même de la liberté des paiements comme d'une "*cinquième liberté*" du marché unique: cf. HAHN/FOLLAK, no 94, avec références note 186; HOFFMANN, p. 23 et 31; SMITS, no 1 ss; RESS/UKROW, no 68 ad Art. 73b EGV. En revanche, pour REICH, Verbraucherrecht, no 45: "*Die Dienstleistungsfreiheit umfasst die Freiheit des Zahlungsverkehrs*". Sur cette controverse, sans portée pratique: WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, no 6 ad Art. 73b; ZÄCH/WEBER, p. 407.

181 JOCE L 178 du 8.7.1988, p. 5 ss. Cette directive a été précédée de quatre autres directives (dont deux importantes de 1960 et 1986) qui avaient déjà permis de supprimer certaines restrictions aux mouvements de capitaux (références in Commentaire MEGRET, p. 165).

182 SERVAIS, p. 33; HOFFMANN, p. 25 et 41.

183 Commentaire MEGRET, p. 159; HAHN/FOLLAK, no 6; WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, no 4 ad Art. 73b; RESS/UKROW, no 7 ad Art. 73b EGV. Les directives adoptées en matière de libre circulation des capitaux (cf. *supra* note 181) ne fournissent pas non plus de définition des mouvements de capitaux, elles contiennent simplement une nomenclature de ceux-ci.

importante dans son arrêt *Luisi et Carbone*[184]. Elle en concluait que "*les paiements à des fins de tourisme, de voyages d'affaires ou d'études et de soins médicaux ne sauraient être qualifiés de mouvements de capitaux, même lorsqu'ils sont effectués par le transfert matériel de billets de banque*"[185]. Ce n'est donc pas dans le chapitre du traité de Rome de 1957 sur les capitaux que l'on trouvait la base juridique appropriée pour la levée des obstacles aux paiements courants[186], mais dans le chapitre sur la balance des paiements, à l'art. 106[187].

75. Cependant, avec l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne (traité de Maastricht), toutes ces dispositions ont été remaniées. L'ancien chapitre 4 du traité CEE qui traitait des seuls capitaux porte désormais le titre: "*Les capitaux et les paiements*"[188]. Dès le 1er janvier 1994, les art. 67 à 73 ont été remplacés par les art. 73 B à 73 G[189]. Quant à l'art. 106, il s'intègre aujourd'hui dans le chapitre sur la politique monétaire et traite du Système européen de banques centrales (SEBC). Il n'a donc plus rien à voir avec la question des paiements, question qui est réglée au nouvel art. 73 B para. 2, qui prévoit que "*Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux paiements entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites*"[190]. C'est dire qu'au sein de l'Union européenne, la

---

184 Arrêt du 31.1.1984, affaires jointes 286/82 et 26/83, Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro, in: Rec. 1984, p. 377 ss, attendu no 21. VIGNERON/STEINFELD, union, p. 20; DASSESSE/ISAACS/PENN, p. 226.

185 Attendu no 23.

186 Voir toutefois l'art. 67 para. 2 pour les paiements courants afférents aux mouvements de capitaux.

187 Art. 106 para. 1 al. 1 du traité CEE: "*Chaque Etat membre s'engage à autoriser, dans la monnaie de l'Etat membre dans lequel réside le créancier ou le bénéficiaire, les paiements afférents aux échanges de marchandises, de services et de capitaux, ainsi que les transferts de capitaux et de salaires, dans la mesure où la circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes est libérée entre les Etats membres en application du présent traité*". A noter que les moyens de paiement ne peuvent pas non plus être considérés comme des marchandises au sens des art. 30 ss et bénéficier de la libre circulation sur cette base. La Cour en a ainsi jugé dans son arrêt du 23.11.1978, affaire 7/78, Regina c. Ernest George Thompson, etc., in: Rec. 1978, p. 2247 ss, attendu no 25, dans lequel elle rappelle l'importance de l'art. 106 pour assurer les transferts monétaires nécessaires à la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux (attendus no 22 à 24). Cf. aussi USHER, p. 2; WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, no 6 ad Vorbemerkung zu Art. 67-73h.

188 Le traité lui-même doit désormais être qualifié de "*traité instituant la Communauté européenne*" (ou ci-après: traité CE) puisque les termes de "*Communauté économique européenne*" ont été remplacés dans tout le traité par les termes "*Communauté européenne*" (modification apportée par l'art. G lit. A du traité sur l'Union européenne).

189 Art. 73 A. DASSESSE, Capital, p. 240.

190 WEBER Rolf H., Kapitalmarktrecht, p. 99; ZÄCH/WEBER, p. 407 et note 3; VIGNERON/STEINFELD, dispositions, p. 404 ss. Le contenu de l'art. 106 du traité CEE a d'abord été repris à l'art. 73 H du traité de Maastricht, mais cette disposition n'a été applicable que jusqu'au 1er janvier 1994 (DASSESSE, Capital, p. 240). Dès cette date, c'est l'art. 73 B qui fait foi.

liberté des paiements transfrontières est désormais totalement consacrée[191], et cela quel que soit le moyen de paiement utilisé[192].

76. Les restrictions ont également été abolies vis-à-vis des Etats de l'AELE parties à l'Espace économique européen, puisque, dans la logique de la reprise de l'acquis communautaire, l'accord EEE consacre lui aussi la liberté des paiements courants[193]. Ces mesures ne concernent cependant pas la Suisse, qui n'est pas partie à de tels accords européens consacrant une libéralisation totale des paiements transfrontières. Le seul texte - de portée limitée - à signaler, est l'accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne[194]. Celui-ci prévoit en son art. 19 para. 1 que: "*Les paiements afférents aux échanges de marchandises, ainsi que le transfert de ces paiements vers l'Etat membre de la Communauté dans lequel réside le créancier ou vers la Suisse, ne sont soumis à aucune restriction*"[195]. En pratique, on ne connaît de toute façon pas de barrières particulières entre la Suisse et d'autres pays dans le domaine des paiements courants, ceux-ci ne constituant notamment pas des mouvements de capitaux et ne faisant donc pas eux-mêmes l'objet de mesures visant à en empêcher la fuite. A noter par ailleurs que l'art. 73 B para. 2 du traité CE révisé à Maastricht introduit un effet *erga omnes* pour l'Union européenne puisque ce ne sont plus entre les seuls Etats membres mais également entre les Etats membres et les pays tiers - et parmi ceux-ci la Suisse - que les restrictions aux paiements sont interdites[196].

---

191 RESS/UKROW, no 72 ss ad Art. 73b EGV. Sous réserve de quelques limites ponctuelles offertes aux Etats membres (art. 73 D), qui devraient d'ailleurs plus concerner la libre circulation des capitaux que celle des paiements et qui, en tant que dispositions d'exception, doivent de toute façon être interprétées restrictivement; WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, ad Art. 73d, notamment no 3.

192 Cf. WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, no 7 s. ad Art. 73b; RESS/UKROW, no 70 s., 75 ad Art. 73b EGV.

193 Art. 41: "*Les paiements courants afférents à la circulation des marchandises, des personnes, des services ou aux mouvements de capitaux entre les parties contractantes dans le cadre du présent accord, sont libres de toutes restrictions*". RESS/UKROW, no 86 ad Art. 73b EGV; WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, no 14 ad Vorbemerkung zu Art. 67-73h; BREINING-KAUFMANN C. / MERZ P., Auswirkungen des freien Kapitalverkehrs im EWR-Vertrag, in: AJP 1992, p. 1258 ss, notamment 1258 s.

194 Conclu le 22.7.1972, entré en vigueur pour la Suisse le 1.1.1973. RS 0.632.401.

195 Sur la Suisse, cf. WEBER Rolf H., Kapital, p. 167 s. Voir aussi pour les codes non contraignants de l'OCDE: WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, no 12 ad Vorbemerkung zu Art. 67-73h.

196 WEBER Rolf H., Zahlungsverkehr, no 19 ad Art. 73b; VIGNERON/STEINFELD, union, p. 25, et dispositions, p. 417 ss; DASSESSE, Capital, p. 240. Selon ce dernier auteur (p. 240 ss), la teneur malheureuse de la Déclaration relative à l'art. 73 D (conférence des représentants des gouvernements des Etats membres, Acte final du traité sur l'Union européenne) pourrait toutefois laisser subsister des restrictions nationales et communautaires vis-à-vis des Etats tiers afin de prévenir l'évasion et la fraude fiscales.

2. Etablissement et prestations de services

77. Après la délimitation faite entre les paiements transfrontières et la libre circulation des capitaux, le rôle des autres libertés de circulation doit également être examiné. La fourniture d'un service de paiement transfrontière par une institution financière au sein de l'Union peut relever comme d'autres services bancaires de la libre prestation de services protégée par les art. 59 ss du traité CE, de même que ladite institution financière peut se prévaloir des règles primaires sur la liberté d'établissement (art. 52 ss du traité CE) lorsqu'elle s'installe de manière permanente dans un autre Etat que le sien pour prester de tels services[197].

a. Le rôle de l'intérêt général en relation avec la deuxième directive bancaire

78. Dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, il restait encore à régler les modalités de la liberté d'établissement des établissements de crédit dans la Communauté et celle de leur liberté de prester des services dans les différents Etats membres. En adoptant en 1989 la deuxième directive de coordination bancaire 89/646/CEE[198], qui faisait suite à une première directive de coordination de 1977[199] et qui a été complétée par d'autres textes satellites indispensables[200], le Conseil a permis de réaliser un marché unique des services

---

197 Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 9 s.

198 Deuxième directive 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, in: JOCE L 386 du 30.12.1989, p. 1 ss.

199 Première directive du Conseil du 12 décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, in: JOCE L 322 du 17.12.1977, p. 30 ss.

200 Qu'il s'agisse notamment pour les établissements de crédit de la directive concernant les fonds propres, de la directive relative à un ratio de solvabilité, des directives sur les comptes annuels et consolidés, de la directive relative à la surveillance sur une base consolidée, de la directive relative à la surveillance et au contrôle des grands risques, de la directive sur l'adéquation des fonds propres, de la directive relative aux systèmes de garantie des dépôts, de la directive dite "*post BCCI*" sur le renforcement de la surveillance prudentielle, directives dont certaines ont en outre été modifiées à plusieurs reprises, sans parler des directives dans le domaine de la bourse, des services d'investissement, des placements en valeurs mobilières, du crédit à la consommation ou encore du blanchiment des capitaux, ni bien sûr des systèmes de paiement, dont il sera question en détail plus loin. Pour les références complètes les plus récentes, le lecteur pourra se reporter à la dernière édition du Répertoire de la législation communautaire en vigueur et d'autres actes des institutions communautaires; GRUSON Michael / FEURING Wolfgang, A European Union Banking Law: The Second Banking and Related Directives, in: CRANSTON R. (éd.), The Single Market and the Law of Banking, 2ème éd., Londres 1995, p. 25 ss; MAITLAND-WALKER Julian, EC Banking Directives, Londres - New York - Hong Kong

bancaires pour le 1er janvier 1993 en éliminant des obstacles importants au droit d'établissement garanti par l'art. 52 du traité CE et à la libre prestation des services garantie par l'art. 59, obstacles qui résultaient de la coexistence de réglementations nationales disparates.

79. Cette démarche s'inscrivait dans le cadre de la "*nouvelle approche*" de la reconnaissance mutuelle[201], développée dans le livre blanc de la Commission de 1985 sur la base de l'arrêt *Cassis de Dijon*[202], arrêt qui fut rendu dans le domaine de la libre circulation des biens, mais dont les principes sont également applicables aux services et en particulier aux services financiers[203]. Selon cette nouvelle approche, le Conseil ne devrait procéder qu'à l'harmonisation des règles essentielles et reconnaître pour le surplus l'équivalence des législations nationales[204].

80. La deuxième directive bancaire, aujourd'hui complètement transposée dans tous les Etats membres de la Communauté[205], prévoit qu'un établissement de crédit qui répond, dans son pays d'origine, aux conditions d'agrément (capital initial minimum, informations à fournir sur les principaux actionnaires, etc.) et aux conditions d'exercice (fonds propres minimum, garantie d'une gestion saine et prudente au travers du contrôle des actionnaires importants, limite à l'acquisition de participations non financières, etc.) pourra exercer les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle dans tous les autres Etats de la Communauté, soit en y établissant des succursales, soit par la voie de la libre prestation de service, sans devoir obtenir une nouvelle autorisation. Ce texte est donc destiné à réaliser "*l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle par l'Etat membre*

1994 (avec mises à jour périodiques); JIBL 1996, News Section, N-18 à N-20; SOUSI-ROUBI, Droit bancaire, p. 403 ss; ARORA/FAVRE-BULLE, p. 206 ss.

201 DASSESSE/ISAACS/PENN, p. 23 ss.

202 Arrêt du 20.2.1979, affaire 120/78, Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, in: Rec. 1979, p. 649 ss.

203 BOURGOIGNIE, services financiers, p. 5; HERTIG, Droit bancaire, p. 430; KRÄMER, p. 153; STAUDER, Droit de la consommation, p. 183. Voir toutefois les critiques de BIANCARELLI, banquier, p. 22, qui cite notamment le professeur VASSEUR pour qui "*un contrat n'est pas une bouteille de cassis et la philosophie, l'esprit de l'arrêt «Cassis de Dijon», ne sont pas transposables en matière de services*". En jurisprudence, on considère pourtant généralement que la Cour de justice a appliqué les principes de l'arrêt Cassis de Dijon au domaine des services financiers depuis son *leading case* du 4.12.1986, affaire 205/84, Commission c. RFA, in: Rec. 1986, p. 3755 ss.

204 Commission [UE], Livre blanc, notamment para. 13 et 102; CLAROTTI, services financiers, p. 16 s., et services bancaires, p. 33 s.; SOUSI-ROUBI, Droit bancaire, no 180 ss; ALLIX, Developments, p. 129.

205 Cf. DUCOULOMBIER Eric, La transposition de la deuxième Directive Bancaire dans les Etats membres, in: Revue de la Banque 1994, p. 421-423.

d'origine"[206]. Cette directive est importante pour la question des paiements transfrontaliers puisqu'en annexe, dans la liste des activités qui bénéficient de la reconnaissance mutuelle, on trouve les "*Opérations de paiement*" ainsi que l'"*Emission et gestion de moyens de paiement (cartes de crédit, chèques de voyages, lettres de crédit)*"[207].

81. Le principal moyen pour l'Etat d'accueil d'éviter que, sur la base du principe de la reconnaissance mutuelle, l'établissement de crédit exerce ses activités sur son territoire de la même manière - soit selon les mêmes techniques financières - qu'il les exerce dans l'Etat membre d'origine est d'invoquer des dispositions légales nationales d'intérêt général[208]. Cette notion a suscité beaucoup de controverses[209]. Pourtant, elle n'est pas nouvelle: la Cour de justice s'est déjà penchée sur la question de l'intérêt général à maintes reprises en droit primaire dans le contexte de l'art. 59[210] et elle a défini dans quels domaines des "*raisons impérieuses d'intérêt général*" pouvaient être invoquées[211]. Ces développements jurisprudentiels ont même conduit la Commission a publier en 1993 une communication interprétative concernant la libre circulation transfrontière des services, communication dans laquelle sont bien mis en évidence d'un côté le principe de base d'interdiction de restrictions à la libre circulation des services et d'un autre côté les dérogations permises et leurs limites dans le contexte de la notion d'intérêt général[212].

---

206 Considérant 4.

207 CRANSTON, Payment, p. 252; FÈVRE, p. 17; WERNICKE, p. 138.

208 Considérants 15 et 16, art. 19 para. 4, art. 21 para. 5 et 11 (USHER, p. 10; ROSSINI, p. 582; KATZ, General Good, p. 166 s.). Par ailleurs, l'Etat d'accueil reste chargé de la surveillance de la liquidité des succursales des établissements de crédit, en collaboration avec l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine. Il conserve également l'entière responsabilité des mesures résultant de la mise en oeuvre de sa politique monétaire (art. 14 para. 2).

209 Voir notamment les commentaires de ALLIX, Developments, p. 130 s.; BIANCARELLI, banquier, p. 22; CLAROTTI, marché commun, p. 462 s.; CRANSTON, Payment, p. 253; DASSESSE/ISAACS/ PENN, p. 41 ss et no 13.7; HERTIG, Droit bancaire, p. 432 s.; KATZ, Directive, p. 249 ss, et General Good, p. 166 ss; MITCHELL, Banker's, p. 22; NIELSEN, p. 237 ss; ROSSINI, p. 582 ss; SCHNEIDER/TROBERG, p. 169; SOUSI-ROUBI, contrats, p. 158, Droit bancaire, no 282 ss, et Convention, p. 188 s.; STAUDER, libéralisation, p. 125 ss; VAN GERVEN, p. 43 ss; VAN AKEN, p. 83 ss; VASSEUR, aspects juridiques, p. 121 s., et problèmes juridiques, p. 55; WERNICKE, p. 125 ss; WOLF, p. 1945. Pour une excellente analyse des différentes notions proches de l'intérêt général dégagées par la Cour de justice de Luxembourg et sur les délimitations à faire pour éviter toute confusion entre "*raison impérieuse d'intérêt général*", "*dispositions légales d'intérêt général*", "*dispositions impératives*", "*lois de police*", "*ordre public*", cf. BIANCARELLI, intérêt général, p. 1091 ss.

210 Voir la présentation détaillée de PARDON, contrats, p. 6 ss; Commentaire MEGRET, p. 67 ss. Cf. aussi SOUSI-ROUBI, Droit bancaire, no 93 ss; KATZ, Directive, p. 264 ss.

211 On peut trouver un résumé assez complet de la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt "*Mediawet*" du 25.7.1991, affaire C-353/89, Commission c. Pays-Bas, in: Rec. 1991, p. I-4069 ss, attendu no 18.

212 Commission [UE], services, p. 4 ss.

La Cour a jugé, d'abord dans plusieurs arrêts phares du 4 décembre 1986 en matière d'assurance[213], puis à d'autres occasions, en particulier dans les arrêts sur les guides touristiques[214], que la protection des consommateurs figurait parmi les raisons impérieuses liées à l'intérêt général pouvant justifier des obstacles à la libre prestation de services. Plus récemment, la Cour a même reconnu d'intérêt général une loi nationale applicable aux prestataires de services du même Etat, qui offraient leurs services dans d'autres Etats, reconnaissant ainsi que ce ne sont pas seulement des règles du pays d'accueil, mais également des règles du pays d'origine qui peuvent valablement limiter la liberté de prestation de services dans certains cas[215]. En outre, alors qu'elle n'avait appliqué pendant longtemps la notion d'intérêt général qu'à la libre prestation de services[216], la Cour a également étendu ce principe aux art. 48 et 52 du traité

---

213 L'arrêt le plus important que l'on cite généralement est l'affaire 205/84, Commission c. RFA (réf. *supra* note 203), en matière d'assurance directe et de coassurance. Mais la Cour a également rendu d'autres décisions le même jour, en matière de coassurance, qui reprennent l'argumentation de l'arrêt précité en posant "*qu'il existe, dans le secteur de l'assurance en général, des raisons impérieuses tenant à la protection des consommateurs en tant que preneurs d'assurances et assurés qui peuvent justifier des restrictions à la libre prestation des services*" (affaire 220/83, Commission c. France, in: Rec. 1986, p. 3663 ss, attendu no 20; affaire 252/83, Commission c. Danemark, in: Rec. 1986, p. 3713 ss, attendu no 20; affaire 206/84, Commission c. Irlande, in: Rec. 1986, p. 3817 ss, attendu no 20).

214 Arrêts du 26.2.1991: Affaire C-154/89, Commission c. France, in: Rec. 1991, p. I-659 ss; affaire C-180/89, Commission c. Italie, in: Rec. 1991, p. I-709 ss; affaire C-198/89, Commission c. Grèce, in: Rec. 1991, p. I-727 ss. Confirmés par l'arrêt du 27.3.1994, affaire C-375/92, Commission c. Espagne, in: Rec. 1994, p. I-923 ss. Voir aussi l'arrêt du 16.12.1993, l'affaire des "*loteries*", C-275/92, Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler, in: Rec. 1994, p. I-1039 ss, ou encore l'arrêt du 13.5.1997, affaire C-233/94, République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, in: Rec. 1997, p. I-2405 ss (demande d'annulation de la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts). Dans l'optique des services financiers, la Cour a même précisé dans son arrêt du 9.7.1997, affaire Société civile immobilière Parodi c. Banque H. Albert de Bary et Cie, in: Rec. 1997, p. I-3899 ss, que "*le secteur bancaire constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection des consommateurs*" (attendu no 22). La protection des consommateurs comme exigence impérative d'intérêt général relève bien d'une "*jurisprudence constante*": arrêt du 9.7.1997, affaire C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB et TV-Shop i Sverige AB, in: Rec. 1997, p. I-3843 ss, attendu no 53.

215 Arrêt du 10.5.1995, affaire C-384/93, Alpine Investments BV c. Minister van Financiën, in: Rec. 1995, p. I-1141 ss. Plus que la protection des consommateurs, c'est le maintien de la bonne réputation du secteur financier national qui a été retenu par la Cour de Luxembourg dans cette affaire dite du "*cold calling*". Cf. DASSESSE Marc, Les services financiers: Banques et assurances (Examen de jurisprudence, 1.8.1993-1.10.1995), in: Journal des Tribunaux - Droit européen 1996, p. 15 ss; REDC 1995, p. 102 ss (GOYENS Monique).

216 Voir encore par exemple les arrêts du 25.7.1991: Commission c. Pays-Bas ("*Mediawet*", réf. *supra* note 211), attendu no 17 ss, et affaire C-76/90, Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd, in: Rec. 1991, p. I-4221 ss, attendu no 15. Plus récemment: arrêt du 12.12.1996, affaire C-3/95, Reisebüro Broede c. Gerd Sandker, in: Rec. 1996, p. I-6511 ss, attendu no 28; arrêt du 5.6.1997, affaire C-398/95, Syndesmos ton en Elladi

CE[217], ce qui signifie que la réserve de l'intérêt général pourra aussi être invoquée à l'égard de la liberté d'établissement de toute institution financière proposant des moyens de paiement. Pourrait par exemple relever de l'intérêt général, dans l'optique des paiements transfrontières, des législations nationales limitant certaines pratiques commerciales ou imposant des obligations d'information, dans des domaines non harmonisés du droit communautaire de la consommation[218].

82. Ainsi, si l'on suit la jurisprudence constante de la Cour de Justice[219], les institutions financières qui proposent des moyens de paiement aux consommateurs, qu'elles soient des établissements de crédit soumis à la deuxième directive ou tout simplement des sujets de droit bénéficiant des libertés fondamentales garanties par le traité[220], devraient respecter les réglementations nationales des Etats d'accueil qui répondent aux conditions dégagées par la jurisprudence en matière d'intérêt général. Ces conditions sont concrètement les suivantes[221].

Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion c. Ypourgos Ergasias, in: Rec. 1997, p. I-3091 ss, attendu no 21.

217 Arrêt du 20.5.1992, affaire C-106/91, Claus Ramrath c. Ministre de la Justice, in: Rec. 1992, p. I-3351 ss, attendu no 29 s.; arrêt du 31.3.1993, affaire C-19/92, Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg, in: Rec. 1993, p. I-1663 ss, attendu no 32; arrêt du 30.11.1995, affaire C-55/94, Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, in: Rec. 1995, p. I-4165 ss, attendu no 37, 39.

218 CRANSTON, Payment, p. 253. Cf. *infra* no 259.

219 Sous réserve d'une nouvelle interprétation que pourrait donner la Cour de justice de la notion d'intérêt général, en particulier dans le contexte de la deuxième directive bancaire. Toutefois, pour SOUSI-ROUBI, Convention, p. 189, "*Les commentateurs ne prévoient pas de modification de cette jurisprudence lorsqu'il s'agira pour la Cour d'interpréter la notion d'intérêt général justifiant les restrictions pouvant être apportées à la libre circulation des services bancaires résultant de la deuxième directive*". Ce d'autant plus que la notion d'intérêt général dans la deuxième directive bancaire fait désormais l'objet d'une communication interprétative de la Commission conforme à la jurisprudence de la Cour (cf. *infra* no 87).

220 Comparer les considérants 15 et 16 de la directive, où l'on fait une distinction, s'agissant des dispositions légales d'intérêt général, entre la situation des établissements non agréés ou dont les activités ne figurent pas sur la liste de la deuxième directive et la situation des établissements agréés dont les activités bénéficient de la reconnaissance mutuelle, distinction qui n'est que formelle puisque le résultat quant à l'application du principe de l'intérêt général devrait être en réalité le même pour les deux situations. Cf. aussi Comité consultatif [France], cartes, p. 28 s.

221 Cf. VAN GERVEN, p. 43 s.; ROSSINI, p. 584; CLAROTTI, marché commun, p. 463; REICH, services financiers, p. 72 s. et 78. Pour BIANCARELLI, intérêt général, p. 1095, si le législateur communautaire, en utilisant le concept de "*raison d'intérêt général*", a entendu viser expressément la jurisprudence de la Cour de justice, cela comprend aussi bien la notion d'intérêt général traitée dans les arrêts mentionnés *supra* que la notion d'ordre public qui s'applique en cas de réglementation nationale discriminatoire (cf. art. 56 du traité et la jurisprudence citée dans l'article de BIANCARELLI).

Premièrement, il faut que l'intérêt à sauvegarder ne le soit pas déjà dans l'Etat d'origine (problème du double emploi), puisque par le biais de la reconnaissance mutuelle, l'institution financière devrait de toute façon appliquer la disposition analogue existante dans son pays d'origine sous le contrôle de ses autorités nationales ("*home country control*"). Ce qui veut dire en corollaire que la matière visée ne doit pas avoir été l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire. Deuxièmement, les mesures invoquées doivent être objectivement nécessaires, pertinentes, il ne doit pas exister d'alternative moins restrictive. Troisièmement, ces mesures ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'intérêt à protéger. Quatrièmement, la réglementation nationale ne doit pas constituer une discrimination à l'endroit de l'institution financière étrangère. Enfin, il faut évidemment que l'intérêt protégé soit bien d'intérêt général, c'est-à-dire qu'il entre dans les différentes catégories développées par la Cour de Luxembourg dans sa jurisprudence, par exemple la protection des consommateurs[222].

83. Dans le domaine spécifique du trafic des paiements, on ne connaît pas encore d'exemples jurisprudentiels traitant de la compatibilité sous l'angle du droit communautaire de telle ou telle législation nationale. Ceci est en grande partie explicable de par le fait que la plupart des Etats européens n'ont tout simplement pas adopté de règles particulières et restrictives dans ce domaine[223]. En l'absence de réglementations nationales en matière de systèmes de paiement, ce sont donc essentiellement des législations plus générales, par exemple sur les pratiques commerciales ou l'information, qui pourraient être sujettes à l'examen de l'intérêt général si elles limitaient dans l'Etat d'accueil les prestations de services ou l'établissement.

Il arrive quand même que des dispositions éparses liées au trafic des paiements soient invoquées par des Etats d'accueil. Ainsi, en France par exemple, où d'aucuns considèrent que nombre de lois nationales sont d'intérêt général et ont donc vocation à s'appliquer sans limite, le Comité des établissements de crédit a très vite notifié aux autorités communautaires que les

---

222 Pour les conditions posées par la Cour de justice en matière d'intérêt général, dans le contexte de la protection des consommateurs, voir l'attendu no 27 de l'arrêt "*assurance/coassurance*" du 4.12.1986, Commission c. RFA (réf. *supra* note 203), ainsi que les attendus no 14 (Commission c. France), no 17 (Commission c. Italie), no 18 (Commission c. Grèce) des arrêts "*Guides touristiques*" du 26.2.1991 (réf. *supra* note 214). Au-delà de la protection des consommateurs, on peut citer également, parmi d'autres intérêts, les règles professionnelles destinées à protéger le destinataire de services, la protection des travailleurs, le maintien de la bonne réputation du secteur financier national, la prévention de la fraude. Pour une liste complète de ces intérêts, cf. Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 15. Voir aussi ROSSINI, p. 585 ss et le "test" d'eurocompatibilité qu'elle pratique pour quatre exemples de lois nationales sous l'angle de l'intérêt général.

223 Pour la loi danoise sur les cartes de paiement (dans sa version initiale de 1984), cf. toutefois FAVRE-BULLE, paiement, p. 231.

institutions financières s'établissant ou prestant des services en France devaient respecter les dispositions nationales qui s'appliquent spécifiquement à certaines catégories d'opérations de banque, et parmi celles-ci le décret-loi du 30 octobre 1935 modifié unifiant le droit en matière de chèques et relatif aux cartes de paiement ainsi que ses textes d'application[224]. Ce sont peut-être de tels cas qui conduiront à des plaintes et finalement à une prise de position de la Cour européenne de justice. Quoi qu'il en soit, il ne fait guère de doute que de véritables législations nationales de protection des consommateurs devraient être admises sous l'angle de l'intérêt général[225] [226].

84. Paradoxalement, si la notion d'intérêt général devrait être là pour profiter aux consommateurs en les protégeant, il semblerait également qu'elle puisse avoir des effets négatifs quant à l'offre des services. La Commission relève en effet dans son livre vert sur les services financiers et les consommateurs de 1996 que: "*Les restrictions légales liées à des considérations d'intérêt général dissuadent les entreprises de proposer leurs produits hors de leurs frontières nationales et, en limitant le choix, peuvent donc porter préjudice aux intérêts du consommateur*"[227]. A notre connaissance, de tels problèmes ne se rencontrent toutefois pas pour l'heure dans le domaine du trafic des paiements.

85. Les règles nationales d'intérêt général devraient en principe ressortir au droit public économique (conditions d'accès à une profession et conditions d'exercice de celle-ci - pour autant qu'il ne s'agisse pas d'établissements de crédit, pour lesquels la deuxième directive bancaire a déjà harmonisé ce domaine -, dispositions de police économique relatives aux pratiques du

---

224 Circulaire non publiée du 23.3.1993. Cf. aussi SOUSI-ROUBI, Convention, p. 187 et ses références in note 11.

225 Selon KATZ, General Good, p. 168: "*In sum, these references in the Directive to the general good, alongside the Court's rulings on the general good, suggest that a significant number of national consumer protection measures could be super-imposed on the single passport which the Second Directive intends to give to branching by Member State banks*". Voir aussi REICH, Evolution, p. 13, qui cite le cas de l'assurance et estime à juste titre que le caractère "*particulièrement sensible*" d'un tel "*phénomène de masse*" et donc la justification d'un contrôle administratif pour assurer la protection des consommateurs se retrouvent également pour d'autres services financiers tels que les moyens de paiement. Plus dubitatif (quant à l'opinion de REICH): WERNICKE, p. 136.

226 Tous ces principes sont également applicables dans le cadre de l'Espace économique européen: NIELSEN, p. 327 ss; MATTHEY Sylvain, La liberté d'établissement des banques et la libre prestation des services bancaires (art. 30, 31, 34, 36-39, 40-45 EEE), in: JACOT-GUILLARMOD O. (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich - Berne 1992, p. 239 ss. D'une part, les libertés d'établissement et de prestation de services, avec la jurisprudence communautaire y relative, ont été intégrées dans l'accord EEE. D'autre part, la deuxième directive bancaire, avec ses dispositions relatives à l'intérêt général, faisait partie de l'acquis communautaire et elle a donc dû être transposée dans les Etats de l'AELE membres de l'Espace économique européen. La Suisse, en revanche, n'est pas concernée.

227 Commission [UE], services financiers, p. 10.

commerce et visant à assurer la loyauté des transactions commerciales ou la protection des consommateurs, etc.)[228]. Si la matière relevait du droit civil ou du droit commercial, il conviendrait plutôt de déterminer la loi applicable au moyen des règles de droit international privé - par exemple, pour les Etats européens l'ayant ratifiée, par le biais de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles - et d'appliquer ladite loi, qui pourrait par exemple être une loi de police ou d'application immédiate, reposant elle aussi sur des motifs d'intérêt général[229].

86. La délimitation entre les normes d'intérêt général, au sens du droit communautaire primaire et de la deuxième directive bancaire, et les règles de droit international privé reste malgré tout délicate puisqu'elle dépend du caractère de droit privé ou de droit public des dispositions que l'on désire appliquer, distinction qui s'avère souvent difficile, spécialement en matière de protection des consommateurs, en raison de traditions juridiques nationales différentes[230]. En outre, la loi désignée par le droit international privé applicable pourrait elle-même constituer un obstacle à la libre circulation des services bancaires, au principe de la reconnaissance mutuelle[231]. Si elle n'était pas justifiée par un intérêt général, le juge devrait-il alors écarter cette loi nationale, la primauté devant être accordée au droit du marché intérieur[232]? Le rôle joué par le droit international privé pose de toute évidence toute une série de problèmes. Nous y reviendrons donc en détail dans notre sixième chapitre[233].

87. Dans la mesure où la notion d'intérêt général a suscité de nombreuses discussions, en particulier quant à son éventuelle délimitation entre la jurisprudence dégagée pour la libre prestation de services en général et les spécificités de la deuxième directive bancaire, la Commission européenne a récemment estimé plus judicieux de clarifier la situation juridique par le biais d'une communication interprétative. Un projet de communication a été publié en novembre 1995 et a été l'objet d'une large consultation, qui a finalement conduit à la publication en juillet 1997 d'une communication interprétative définitive de la Commission, intitulée "*Liberté de prestation de services et intérêt général dans*

---

228 PARDON, contrats, p. 13 et 22 s.; BIANCARELLI, intérêt général, p. 1095.

229 Cf. PARDON, produits, p. 37 et sa note 50. Le Comité économique et social [UE], Services financiers, para. 3.7.9 ss, est catégorique sur cette distinction à faire entre les dispositions de droit public et celles de droit privé s'agissant du concept d'intérêt général.

230 STAUDER, Droit de la consommation, p. 206, note 180; DOHM, p. 151 ss.

231 Contra: Comité économique et social [UE], Services financiers, para. 3.7.18: "*Les règles de la convention de Rome ne peuvent pas entrer en conflit avec le principe de la reconnaissance mutuelle. Il s'agit de deux domaines différents*". Voir aussi la question écrite no E-0875/97 (AMADEO) et la réponse de la Commission, in: JOCE C 319 du 18.10.1997, p. 184 s.

232 Cf. SOUSI-ROUBI, Convention, p. 188 s., et son analyse de l'art. 20 de la Convention de Rome, qui exprimerait cette priorité du droit communautaire dérivé (*in casu* la 2ème directive bancaire) sur les règles de conflit conventionnelles.

233 *Infra* no 772 ss.

la deuxième directive bancaire"[234]. Ce texte aborde plusieurs problèmes[235] et présente les interprétations faites par la Commission, interprétations qui ne préjugent pas - la Commission s'empresse de le dire - de la propre interprétation que la Cour de justice pourrait être amenée à donner aux questions abordées, puisque la Cour est bien sûr seule "*compétente en dernier ressort pour assurer l'interprétation du traité et du droit dérivé*"[236].

S'agissant du problème spécifique de l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, la communication n'apporte pas de bouleversements par rapport à ce qui a été dit plus haut et qui correspond à la position de la doctrine dominante. La Commission reconnaissait dans son projet de communication qu'en prévoyant que l'exercice des activités fournies en prestation de services ne peut être restreint que par des règles d'intérêt général de l'Etat d'accueil, "*la deuxième directive bancaire n'innove pas par rapport à la jurisprudence bien établie de la Cour de justice*"[237].

Conformément à la jurisprudence européenne, la Commission admet que la protection des consommateurs de services bancaires constitue un des domaines couverts par l'intérêt général[238]. Certaines pratiques bancaires en matière de paiements transfrontaliers pourraient dès lors être sanctionnées. Nous y reviendrons avec quelques exemples[239]. Cela étant, pour que des dispositions nationales d'un Etat membre d'accueil puissent être imposées à un établissement de crédit alors qu'elles restreignent la libre circulation des services (restriction portant sur le service lui-même ou sur les conditions dans lesquelles il est offert), elles devront satisfaire à six "*tests d'intérêt général*"[240]. Ces tests seront appliqués par la Commission ou par un juge et correspondent aux principes jurisprudentiels précédemment décrits:

- la mesure est-elle discriminatoire?
- la mesure relève-t-elle d'un domaine harmonisé?
- la mesure poursuit-elle un objectif d'intérêt général?

---

234 Cf. bibliographie. DASSESSE Marc, A Courageous Initiative and an Important Precedent, The Commission's Interpretative Communication on the Second Banking Directive: The Single Market in Financial Services May, at Long Last, Become a Reality, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1997, p. 339 ss; SOUSI, Actualités, p. 25 ss; Institutions Européennes & Finance, no 47, 30.6.1997, p. 1 et 16. Voir aussi en parallèle le projet de communication interprétative de la Commission: Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances, in: JOCE C 365 du 3.12.1997, p. 7 ss.

235 Notamment la délicate question des rapports entre intérêt général et droit international privé. Cf. *infra* no 777.

236 Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 6.

237 Commission [UE], intérêt général (Projet de communication), p. 15.

238 Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 15 s. et 18.

239 *Infra* no 259 ss.

240 Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 16 ss.

- l'intérêt général n'est-il pas déjà sauvegardé dans le pays d'origine?
- la mesure est-elle propre à garantir la satisfaction de l'objectif qu'elle poursuit[241]?
- la mesure ne va-t-elle pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que l'objectif qu'elle poursuit soit atteint[242]?

b. Le consommateur: acteur passif ou actif?

88. Les consommateurs bénéficient de la levée de toutes les restrictions aux paiements[243]. Reste toutefois une question fort intéressante: les consommateurs peuvent-ils se prévaloir d'une liberté de choix - que d'aucuns appellent "*quatrième liberté*"[244] - leur permettant de bénéficier de l'offre de services financiers sans discrimination basée sur la nationalité ou le lieu de résidence dans la Communauté, en particulier lorsqu'ils se rendent à l'étranger? En effet, la politique communautaire dans le cadre du marché intérieur a trop souvent tendance à traiter le consommateur comme un acteur passif, qui reste dans son pays, dans lequel il peut bénéficier des offres des institutions financières indigènes ou étrangères, ayant usé de leur liberté d'établissement, ainsi que des offres en provenance d'institutions financières établies dans d'autres Etats, par la voie de la libre prestation de services. C'est sur de tels principes que reposent par exemple les règles de protection des consommateurs en matière de droit international privé dans les Conventions de Bruxelles et Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et

---

241 Selon la Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 18, en matière de protection des consommateurs "*La Cour examine donc attentivement si la mesure qui lui est présentée bénéficie effectivement au consommateur, et si l'Etat membre qui l'impose ne sous-estime pas la capacité de jugement du consommateur. La Cour exerce ainsi un contrôle visant en fait à déterminer si, sous couvert de protection du consommateur, certaines mesures ne poursuivent pas en réalité des objectifs moins avouables de protection du marché national*".

242 La Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 19, considère à cet égard que les Etats membres devraient distinguer selon que les services sont fournis à des destinataires avertis ou non, des règles nationales d'intérêt général ne pouvant être proprotionnées que si elles tiennent compte du "*niveau de vulnérabilité*" des personnes dont elles tendent à assurer la protection.

243 Art. 73 B du traité CE; *supra* no 75.

244 Cf. DEJEMEPPE, p. 12; KNOBBOUT-BETHLEM, electronic funds transfer, p. 280; MITCHELL, services financiers, p. 250. On ne voit pas très bien ce qu'il faut entendre par "*quatrième liberté*": ou il s'agit d'une des quatre libertés fondamentales déjà garanties par le traité CE et le terme est alors mal choisi car le droit communautaire n'a jamais procédé à une numérotation de ces libertés (cela impliquerait en effet une sorte de gradation entre la libre circulation des personnes, la libre circulation des marchandises, la libre prestation de services et la libre circulation des capitaux, alors qu'il n'existe aucune justification pour avancer qu'une de ces libertés est la première ou seulement la quatrième par exemple), ou il s'agit d'une nouvelle liberté non encore consacrée par le traité et elle devrait alors être qualifiée de "*cinquième liberté*" (comparer *supra* note 180).

commerciale ainsi que dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles[245].

La pratique montre de plus en plus que le consommateur peut être intéressé par les services offerts à l'étranger, intérêt qui peut encore être renforcé en raison du développement des moyens de paiement face-à-face, soit la possibilité de payer des biens ou des services dans un autre Etat avec une carte, un chèque, etc. Si c'est le consommateur qui se déplace dans un autre Etat membre, ce n'est plus l'institution financière qui profite de la libre prestation de services mais bien le destinataire du service lui-même, consommateur actif (libre prestation de services dite passive[246]). Cette mobilité des consommateurs correspond à la philosophie du marché intérieur, mais le traité ne contient aucune règle expresse à ce sujet. Or les législations nationales de certains Etats membres ont pendant longtemps empêché les consommateurs de se procurer des services financiers à l'étranger[247]. Il s'imposait donc que les autorités communautaires prennent position sur cette question.

89. Ce rôle est revenu à la Cour de justice, qui, en 1984, dans son arrêt *Luisi et Carbone*, a interprété de manière extensive la liberté de prestation de services pour reconnaître cette nouvelle dimension et accorder de nouveaux droits aux consommateurs. La Cour souligne ainsi que: "*Afin de permettre l'exécution de la prestation de services, il peut y avoir un déplacement soit du prestataire qui se rend dans l'Etat membre où le destinataire est établi soit du destinataire qui se rend dans l'Etat d'établissement du prestataire. Alors que le premier de ces cas est expressément mentionné dans l'article 60, troisième alinéa, qui admet l'exercice, à titre temporaire, de l'activité du prestataire de service dans l'Etat membre où la prestation est fournie, le deuxième cas en constitue le complément nécessaire, qui répond à l'objectif de libérer toute activité rémunérée et non couverte par la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux*"[248]. La Cour en conclut que "*la liberté de prestation des services inclut la liberté des destinataires des services de se rendre dans un autre Etat membre pour y bénéficier d'un service, sans être gênés par des restrictions, même en matière de paiements, et que les touristes, les bénéficiaires de soins médicaux et ceux qui effectuent des voyages d'études ou des voyages d'affaires sont à considérer comme des destinataires de services*"[249].

---

245 Pour une critique des règles de droit international privé se limitant à la seule hypothèse d'un consommateur "passif", cf. *infra* notamment no 755.

246 TISON, p. 173 et 175; BIANCARELLI, intérêt général, p. 1091; REICH, Verbraucherrecht, no 43.

247 MITCHELL, services financiers, p. 250.

248 Arrêt Luisi et Carbone du 31.1.1984 (réf. *supra* note 184), attendu no 10.

249 Attendu no 16. La liberté des destinataires de services de se rendre dans un autre Etat pour bénéficier d'une prestation a été réaffirmée dans l'arrêt Cowan (arrêt du 2.2.1989, affaire 186/87, Ian William Cowan c. Trésor public, in: Rec. 1989, p. 195 ss), à l'occasion d'un litige impliquant un touriste britannique et qui fut jugé sous l'angle du principe de non-

Les différentes catégories de libre prestation de services doivent donc bien être distinguées aujourd'hui. Comme la Commission européenne le rappelait dans son projet de communication interprétative de 1995 au sujet de la liberté de prestation de services et de l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire[250], une prestation peut être effectuée avec déplacement du prestataire, avec déplacement du bénéficiaire, voire même avec déplacement du service lui-même, lorsque celui-ci est fourni par courrier ou grâce aux moyens modernes de communication (téléphone, télécopie, télex,, réseaux informatiques, etc.)[251]. Le droit primaire de l'Union européenne reconnaît dès lors un rôle, non seulement au consommateur passif (avec déplacement du prestataire ou du service), mais également au client actif qui se rend dans un autre Etat pour bénéficier d'un service.

90. Indépendamment de législations nationales restreignant le libre établissement ou la libre prestation de services, pour des raisons d'intérêt général ou non, il arrive encore que les consommateurs se voient refuser des services financiers dans un autre Etat membre au motif qu'ils ne sont pas résidents ou ressortissants de cet Etat. Des établissements de crédit auraient ainsi par exemple refusé d'offrir des cartes de crédit à des non résidents et cela pour des raisons prétendument fiscales. La Commission s'est émue de cette forme de discrimination "privée" dans son livre vert de 1996 sur les services financiers et les consommateurs, discrimination qui porte atteinte au bon fonctionnement du marché unique, mais elle constate qu'il lui est bien difficile de s'attaquer à de telles pratiques dès lors qu'elles relèvent de la seule liberté contractuelle et donc tout au plus des tribunaux nationaux[252].

---

discrimination énoncé à l'art. 7 du traité CEE de 1957. Voir aussi, en matière de libre circulation des marchandises, l'arrêt GB-INNO (arrêt du 7.3.1990, affaire C-362/88, GB-INNO-BM c. Confédération du Commerce Luxembourgeois, in: Rec. 1990, p. 667 ss) dans lequel la Cour a souligné que les consommateurs résidant dans un Etat membre doivent pouvoir se rendre librement sur le territoire d'un autre Etat membre en vue de s'y approvisionner dans les mêmes conditions que la population locale (attendu no 8). En doctrine: REICH, services financiers, p. 69 s., et Evolution, p. 4 ss; BIANCARELLI, intérêt général, p. 1091; DASSESSE, Retail Banking, p. 64 ss.

250 Commission [UE], intérêt général (projet de communication), p. 8 s.

251 Déjà dans sa communication interprétative de 1993 concernant la libre circulation transfrontière des services (cf. *supra* no 81), la Commission soulignait que: "*la liberté de prestation de services protège non seulement les prestataires, mais aussi les destinataires des services*" (p. 4).

252 Commission [UE], services financiers, p. 9. Dans sa communication "*post*" livre vert (Commission [UE], confiance, p. 6), la Commission a toutefois été plus ferme au sujet du refus de vendre des services financiers et a indiqué qu'elle prendrait les mesures qui s'imposent en cas de violation de la législation communautaire, notamment en cas de comportements anticoncurrentiels.

3. La protection des consommateurs

91. Il a été question jusqu'ici du contexte principal dans lequel s'intègrent les paiements transfrontières dans l'Union européenne, à savoir la réalisation du marché unique. Si différentes libertés sont garanties dans ce cadre, et malgré ce qui vient d'être dit sur le consommateur actif, la finalité de ces libertés est avant tout de favoriser les activités commerciales des institutions financières d'un Etat membre à l'autre. Reste alors à voir quelles normes de droit primaire peuvent encadrer ces activités professionnelles pour qu'elles ne se fassent pas au détriment des consommateurs.

92. A l'origine, le traité de Rome de 1957 ne contenait aucune norme traitant spécifiquement de la protection des consommateurs[253]. Il fallut attendre l'adoption de l'Acte unique européen et d'un nouvel art. 100 A (para. 3) du traité CEE en 1986 pour que la Commission reçoive pour mission de prendre "*pour base un niveau de protection élevé*" dans ses propositions en matière de protection des consommateurs. Malgré l'introduction de cette disposition, la compétence communautaire était toutefois régulièrement remise en cause[254]. A l'occasion de la modification du traité CEE en vue d'établir une Union européenne, objectif du traité de Maastricht, il s'imposait donc de clarifier la situation, ce qui n'a été fait qu'en partie.

93. D'une part, l'art. 3 lit. s) du traité sur l'Union européenne précise que l'action de la Communauté comporte "*une contribution au renforcement de la protection des consommateurs*", d'autre part la protection des consommateurs a été ancrée dans une base légale spécifique, l'art. 129 A, qui permet à la Communauté de contribuer à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par des mesures adoptées sur la base de l'art. 100 A (soit dans le cadre de la réalisation du marché intérieur)[255] et par d'autres actions spécifiques[256].

---

253 KRÄMER, no 1 ss; CHILLON, p. 8 ss; FAVRE-BULLE, paiement, p. 76 et note 143 pour les quelques références aux consommateurs dans le traité CEE. Pour une synthèse récente du droit et de la politique de la consommation depuis le traité de Rome de 1957, cf. BOURGOIGNIE, Amsterdam, p. 194 ss.

254 CHAMBRAUD, p. 4. Pour le paiement électronique et les problèmes de compétence de la Commission pour prendre des dispositions en matière de protection des consommateurs, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 74 ss.

255 Art. 129 A para. 1 lit. a. Ce qui ne constitue pas une innovation notable puisque l'art. 100 A para. 3 du traité CEE prévoyait déjà que la Commission devait prendre pour base "*un niveau de protection élevé*" en matière de protection des consommateurs dans ses propositions. On attendait donc surtout un apport du traité de Maastricht pour que la politique communautaire de la consommation puisse également s'exercer efficacement hors du contexte du marché intérieur.

256 Art. 129 A para. 1 lit. b.

Comme la doctrine l'a montré[257], certains termes restent d'interprétation difficile. Ainsi, on peut se demander par exemple si l'art. 129 A para. 1 lit. b ne limite pas singulièrement la compétence de la Communauté du fait qu'il ne vise que les seules "*actions spécifiques*" "*qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres en vue de protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de leur assurer une information adéquate*", la notion d'actions spécifiques n'étant au surplus aucunement définie[258]. Le Comité économique et social s'est d'ailleurs étonné en novembre 1995 qu'une seule décision communautaire ait été prise jusque là sur cette nouvelle base juridique[259]. Reste malgré tout que l'harmonisation au niveau communautaire est désormais minimale: les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures de protection plus strictes, pour autant qu'elles soient compatibles avec le traité (art. 129 A para. 3).

94. L'action de la Communauté dans le domaine de la protection des consommateurs est également entravée par une autre disposition du traité de Maastricht, l'art. 3 B, consacrant le principe de subsidiarité[260]. En effet, aux termes de cette disposition, et pour les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté ne peut intervenir, conformément au principe de subsidiarité, "*que si et dans la mesure où les objectifs de l'action*

---

257 Voir l'analyse approfondie de MICKLITZ/REICH, p. 593 ss. Egalement: BOURGOIGNIE, Amsterdam, p. 197 ss; REICH, Verbraucherrecht, no 8; CHAMBRAUD, p. 5; HOWELLS/WEATHERILL, p. 101 ss; CHILLON, p. 19 ss; MICKLITZ Hans.-W. / WEATHERILL Stephen, Consumer Policy in the European Community: Before and After Maastricht, in: JCP 1993, p. 285 ss; DAHL Børge, Consumer Protection Within the European Union, in: JCP 1993, p. 345 ss; HEISS Helmut, Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, in: ZEuP 1996, p. 625 ss.

258 Par ailleurs, la Cour de justice a récemment jugé, au sujet de la directive 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts, que si la liberté d'établissement et la libre prestation de services dans le secteur bancaire doivent être accompagnées d'un niveau élevé de protection des consommateurs conformément aux art. 3 lit. s et 129 A, aucune disposition du traité n'oblige cependant le législateur communautaire à entériner le niveau de protection le plus élevé qui puisse être rencontré dans un Etat membre déterminé, de sorte que la réduction du niveau de protection qui peut se produire dans certains cas avec l'application d'une directive est admissible: arrêt du 13.5.1997, affaire C-233/94, République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, in: Rec. 1997, p. I-2405 ss, attendu no 48.

259 Comité économique et social [UE], Marché unique, p. 55.

260 Cf. Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC), Le Sommet d'Edimbourg, Mise en garde du BEUC contre les effets néfastes de la subsidiarité, Communiqué de presse du 10.12.1992, réf. 92/20; Le principe de subsidiarité: Communication de la Commission au Conseil et au Parlement, in: REDC 1992, p. 204; Comité économique et social [UE], Consommateur, para 3.6, et Marché unique, p. 57; REICH, Verbraucherrecht, no 8b; STAUDER, Konsumentenrecht, p. 80 s.; CHILLON, p. 49 ss; KENDALL, no 2.3 ss; BOURGOIGNIE Thierry, Le principe de subsidiarité et son application à la politique communautaire de protection des consommateurs, in: Liber Amicorum Paul de Vroede, Bruxelles 1993, p. 195 ss; GIBSON Leigh, Subsidiarity: The Implications for Consumer Policy, in: JCP 1993, p. 323 ss.

envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire". La mise en pratique de ce principe a d'ailleurs déjà conduit la Commission à revoir et même à abandonner plusieurs projets de directives.

95. Ces différents problèmes en relation avec l'art. 129 A font s'interroger sur les possibilités d'amélioration des normes "constitutionnelles" régissant la protection des consommateurs. La conférence intergouvernementale qui a débuté en 1996 conformément à l'art. N para. 2 du traité sur l'Union européenne pour préparer la révision dudit traité (Maastricht II) a ainsi été l'occasion d'examiner les modifications à apporter à l'art. 129 A pour corriger ses imperfections[261].

96. Un nouveau traité a finalement été conclu le 17 juin 1997 à Amsterdam, puis signé par les Quinze le 2 octobre 1997, d'où son intitulé de "traité d'Amsterdam"[262]. Il doit encore être ratifié par les Etats membres (parlements nationaux ou référendum populaire) et par le Parlement européen avant de pouvoir entrer en vigueur, en 1999 au plus tôt. On a pu lire que "*Les dispositions concernant les consommateurs ont été améliorées, sans en modifier l'économie, par la clarification et l'amplification des objectifs de l'action de la Communauté et leur meilleur ancrage dans les autres politiques de l'Union*"[263]. De nouveaux droits ont en effet été consacrés afin de promouvoir les intérêts des consommateurs (en particulier le "*droit à l'information*" qui est pour la première fois énoncé comme tel)[264], mais les moyens pour mettre en oeuvre de tels

---

261 Cf. REICH, Verbraucherrecht, no 8c; European Consumer Law Group, Consumer policy within the IGC (ECLG Opinion), in: Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1996, p. 664 ss; et l'analyse détaillée de CHILLON Sandie, La politique communautaire de la consommation et la Conférence intergouvernementale, in: REDC 1997, p. 49 ss, qui relate les propositions faites par des participants à une réunion de réflexion tenue en marge de la conférence intergouvernementale.

262 Le traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes est publié in: JOCE C 340 du 10.11.1997, p. 1 ss. Ce traité aura une importance pratique considérable ne serait-ce que parce qu'il procède à une simplification du traité CE, en supprimant des dispositions caduques et en renumérotant l'ensemble des articles. Après l'entrée en vigueur de ce texte, le juriste devra ainsi s'habituer à utiliser de nouvelles références même pour les chapitres les plus connus depuis plusieurs décennies (l'art. 30 deviendra l'art. 28, l'art. 48 deviendra l'art. 39, l'art. 52 deviendra l'art. 43, l'art. 59 deviendra l'art. 49, etc.). Cet exercice sera à n'en pas douter difficile, c'est la raison pour laquelle une version consolidée du traité sur l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne, ainsi qu'un tableau des équivalences entre l'ancienne et la nouvelle numérotation, ont d'ores et déjà été publiés (dans le JOCE susmentionné).

263 Nouvelles universitaires européennes (NUE), no 201, septembre 1997, p. 5. Sur le traité d'Amsterdam et la protection du consommateur, cf. BOURGOIGNIE, Amsterdam, p. 209.

264 Art. 129 A para. 1. Dans la version du traité de Maastricht, l'art. 129 A para. 1 lit. b prévoit simplement que la Communauté doit "*assurer une information adéquate*" des consommateurs.

objectifs n'ont pas vraiment été modifiés puisque les "*mesures*"[265] qui peuvent être prises relèvent toujours (a) de l'achèvement du marché intérieur[266] ou (b) d'un appui ou complément de la politique menée par les Etats membres[267]. *Prima facie*, le traité d'Amsterdam ne devrait donc pas bouleverser les compétences communautaires permettant de protéger les intérêts économiques des consommateurs de services financiers.

97. Comme la question des paiements transfrontières ne relève pas exclusivement de la politique de protection des consommateurs, mais qu'elle repose plus fondamentalement sur la liberté des paiements et sur les principes qui sont à la base de la réalisation du marché intérieur, toute action dans ce domaine ne paraît en tout cas pas dépourvue de fondement "constitutionnel"[268]. Le progrès néanmoins apporté par le traité d'Amsterdam est que les exigences de protection des consommateurs devront également être prises en compte dans la définition et la mise en oeuvre de toutes les autres politiques et autres activités de la Communauté[269].

Reste maintenant à examiner quel rôle les paiements transfrontières vont jouer dans le cadre d'un important volet de l'avenir de la Communauté européenne: l'Union économique et monétaire.

II. L'Union économique et monétaire

98. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, les dispositions modifiées du traité CE font expressément référence aux paiements transfrontaliers dans le contexte de la politique économique et monétaire. En outre, les paiements au sein de la Communauté s'effectueront à terme dans une seule monnaie, l'euro. On peut donc s'interroger sur les conséquences juridiques que l'Union économique et monétaire provoquera dans le domaine des paiements en Europe. Avant d'examiner ces questions, un bref rappel du cadre général et de la chronologie de l'Union économique et monétaire n'est cependant pas inutile.

99. La première étape de l'Union économique et monétaire (UEM) a débuté le 1er juillet 1990, au moment où les Etats membres devaient au plus tard mettre en vigueur leur mesures de transposition de la directive 88/361 sur la libre

265 Le terme de "*mesures*" a remplacé celui d'"*actions spécifiques*".

266 En relation avec l'art. 100 A.

267 Art. 129 A para. 3.

268 Pour le BEUC, directive, p. 3, la directive concernant les virements transfrontaliers aurait dû se fonder à la fois sur l'art. 100 A et sur l'art. 129 A. Voir aussi les analyses de REHM/HARBEKE, p. 300 ss, et de WERNICKE, p. 146 ss (en matière de cartes).

269 Art. 129 A para. 2.

circulation des capitaux (mise en oeuvre de l'art. 67 du traité CEE)[270]. Les principaux objectifs étaient d'éliminer les dernières entraves qui subsistaient dans le domaine des mouvements de capitaux, d'aboutir à une harmonisation plus étroite des politiques économiques et budgétaires des Etats membres (programme de convergence) et de renforcer la coopération entre banques centrales[271].

100. La deuxième phase de la réalisation de l'UEM a elle commencé le 1er janvier 1994[272]. Au cours de cette période, les Etats membres doivent prendre un certain nombre de mesures, comme par exemple s'efforcer d'éviter des déficits publics excessifs et entamer, le cas échéant, le processus conduisant à l'indépendance de leur banque centrale[273]. La deuxième phase de l'UEM s'est surtout caractérisée par la création d'un Institut monétaire européen (IME), établi à Francfort et chargé notamment de renforcer la coopération entre les banques centrales nationales, de renforcer la coordination des politiques monétaires des Etats membres, de superviser le fonctionnement du système monétaire européen ou encore de préparer la troisième phase au moyen d'actions spécifiques[274].

101. En complément des dispositions, déjà assez précises, du traité sur l'Union européenne, les étapes ultérieures du processus ont été fixées lors du Conseil européen de Madrid des 15 et 16 décembre 1995[275]. Il a été décidé notamment que les chefs d'Etat et de gouvernement réunis en Conseil décideront le plus rapidement possible en 1998 quels seront les Etats membres participant au passage à la monnaie unique[276]. Le Conseil européen de Madrid a surtout été

---

270 Cf. *supra* no 73.

271 Commission des Communautés européennes, L'union économique et monétaire (publication de la série "L'Europe en mouvement"), mai 1991, p. 5; SERVAIS, p. 111 s. Le traité de Maastricht contient également des dispositions relatives à la première phase de l'UEM, qui concrétisent les actions déjà entreprises par les institutions communautaires depuis 1990: voir le nouvel art. 109 E para. 2 du traité CE; DASSESSE, Capital, p. 238.

272 Art. 109 E para. 1 du traité CE tel que modifié par le traité sur l'Union européenne. SERVAIS, p. 113 s.

273 Art. 109 E para. 4 et 5.

274 Art. 109 F. Durant la deuxième phase, la Commission et l'IME ont pour tâche d'examiner les progrès faits par les Etats membres dans l'accomplissement de leurs obligations pour la réalisation de l'Union économique et monétaire, quant au degré élevé de convergence durable attendu par rapport à quatre critères: stabilité des prix (taux d'inflation), finances publiques (besoin net de financement et endettement brut), marges de fluctuation au sein du SME (taux de change), durée de la convergence et de la participation au mécanisme de change du SME (taux d'intérêt à long terme) (art. 109 J para. 1 et Protocole y relatif sur les critères de convergence). Ceci devra permettre ensuite au Conseil de préciser quels Etats remplissent les conditions nécessaires pour l'adoption de la monnaie unique (art. 109 J para. 2).

275 JOCE C 22 du 26.1.1996, p. 2 ss; REICH, Verbraucherrecht, p. 46; THÉVENOZ, tiers, p. 277 ss; ALLIX, monnaie unique, p. 28.

276 Cf. Art. 109 J para. 4. La période intermédiaire avant le passage à la troisième phase sera également caractérisée par la préparation du futur Système européen de banques centrales (SEBC) et la création d'une Banque centrale européenne (BCE).

l'occasion de fixer le point de départ de la troisième et dernière étape de l'UEM au 1er janvier 1999[277]. Les particularités du passage à la monnaie unique seront examinées plus loin[278].

1. Les paiements transfrontières dans le traité de Maastricht

102. Selon le Comité des Gouverneurs des Banques Centrales des Etats membres de la CEE et plus particulièrement son "*Ad Hoc Working Group on EC Payment Systems*"[279], l'Union économique et monétaire prévue par le traité de Maastricht va apporter d'importantes conséquences pour les systèmes de paiement à l'intérieur de la Communauté européenne, du fait notamment du rôle important joué dans ce domaine par le Système européen de banques centrales, respectivement par l'Institut monétaire européen lors de la deuxième phase de l'UEM.

A la lecture du texte du traité et de ses protocoles annexes[280], on constate en effet que:

- une des missions fondamentales relevant du SEBC consiste à "*promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement*"[281];

- par ailleurs, "*La BCE et les banques centrales nationales peuvent accorder des facilités, et la BCE peut arrêter des règlements, en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements au sein de la Communauté et avec les pays tiers*"[282];

---

277 Selon le traité de Maastricht, ce moment devait théoriquement se situer entre le 1er janvier 1997 et le 1er janvier 1999 ("Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 49; cf. art. 109 J para. 3 et 4). La troisième phase de l'UEM verra le Système européen de banques centrales, composé de la Banque centrale européenne et des banques centrales nationales, devenir pleinement opérationnel, ce qui permettra d'appliquer une politique monétaire unique dans le but principal de maintenir la stabilité des prix (art. 105, 106, 109 L). L'Institut monétaire européen sera liquidé dès que la Banque centrale européenne sera instituée: art. 109 L para 2.

278 *Infra* no 111 ss.

279 "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 49 s.

280 Voir aussi la résolution du Parlement européen du 12.2.1993 relative au système des paiements dans le cadre de l'Union économique et monétaire, qui se réfère à certaines dispositions du traité sur l'Union européenne. DE LAROSIÈRE, p. 123; VASSEUR, transferts, p. 333 s.

281 Art. 105 para. 2 du traité CE et art. 3.1 du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne.

282 Art. 22 du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne.

- quant à l'IME, il est prévu notamment qu'il "*facilite l'utilisation de l'écu et surveille son développement, y compris le bon fonctionnement du système de compensation en écus*"[283], de même que dans le cadre de la préparation de la troisième phase de l'UEM, il "*encourage l'efficacité des paiements transfrontaliers*" et "*supervise la préparation technique des billets de banque libellés en écus*"[284];

- le comité monétaire de caractère consultatif[285] et le comité économique et financier qui lui succédera au début de la troisième phase[286] auront eux pour mission "*de procéder, au moins une fois par an, à l'examen de la situation en matière de mouvements de capitaux et de liberté des paiements, tels qu'ils résultent de l'application du traité et des mesures prises par le Conseil; cet examen porte sur toutes les mesures relatives aux mouvements de capitaux et aux paiements; le Comité fait rapport à la Commission et au Conseil sur les résultats de cet examen*";

en outre, le comité monétaire devra "*suivre la situation monétaire et financière des Etats membres et de la Communauté, ainsi que le régime général des paiements des Etats membres et de faire rapport régulièrement au Conseil et à la Commission à ce sujet*"[287].

103. L'importance de ces dispositions nous semble cependant devoir être relativisée. En réalité, il ne s'agit que de normes éparses, tout à fait générales, qui demanderont concrétisation. Sans parler du manque de précision de la mission d'"*encouragement*" de l'"*efficacité*" des paiements transfrontaliers, on peut souligner que l'art. 109 F est également très flou lorsqu'il parle de "*faciliter*" l'utilisation de l'écu. Une telle norme a d'ailleurs suscité des avis divergents de la Commission et des banques centrales quant au rôle que devrait jouer l'IME: l'interprétation ne permet pas en effet de déterminer clairement dans quelle mesure il s'agit là d'un rôle véritablement actif (le terme plus contraignant de "*promouvoir*" avait été initialement proposé dans le traité). Si l'on se réfère à la doctrine publiée sur les dispositions du traité sur l'Union européenne relatives à l'Union économique et monétaire, on constate d'ailleurs l'absence de commentaires spécifiquement consacrés à la problématique des systèmes de paiement et plus particulièrement des paiements transfrontières.

---

283 Art. 109 F para. 2 du traité CE et art. 4.1 du protocole sur les statuts de l'Institut monétaire européen.

284 Art. 109 F para. 3 du traité CE et art. 4.2 du protocole sur les statuts de l'Institut monétaire européen. Il s'agit là de la première référence expresse aux paiements transfrontaliers dans le traité CE, tel que révisé à Maastricht.

285 Institué par l'art. 109 C para. 1.

286 Art. 109 C para. 2.

287 Art. 109 C para. 1.

104. A ce jour, l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne ne paraît pas avoir eu de conséquences notables au niveau des paiements transfrontières de détail. Les services de la Commission chargés des systèmes de paiement continuent d'appliquer la politique qui a été développée dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, sans égards particuliers aux nouvelles dispositions du traité de Maastricht[288]. Depuis l'entrée en vigueur de la seconde phase de l'UEM, l'Institut monétaire européen est censé surveiller les initiatives prises dans le domaine des paiements transfrontaliers, en particulier quant au degré d'"*efficacité*" qui les caractérisera, mais cela ne bouleverse pas la politique établie. L'IME réalise des études[289], émet des avis, mais il n'intervient pas plus activement dans les domaines où la Commission a exercé ses compétences jusqu'ici[290].

105. Quant à la troisième phase de l'UEM, il n'est pas du tout sûr non plus qu'elle modifie notablement la politique communautaire en matière de systèmes de paiement. Le SEBC devrait plus se pencher sur les questions des paiements entre banques et des procédures de compensation plutôt que des paiements entre particuliers. On relèvera cependant que les Etats membres n'auront plus une entière liberté d'initiative dans le domaine des systèmes de paiement, puisqu'aux termes de l'art. 105 para. 4 du traité CE, la BCE devra être consultée par les autorités nationales sur tout projet de réglementation dans les domaines relevant de sa compétence[291].

---

288 Cf. "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 51.

289 Notamment sur les cartes prépayées (mai 1994), le système TARGET (mai 1995, août 1996 et septembre 1997; cf. Agence Europe, Bulletin no 7066, 26.9.1997, p. 12 s.) ou encore le développement des systèmes de paiement au sein de l'Union européenne (rapport annuel).

290 Comme ce sont les banques centrales des Etats de la Communauté qui sont membres de l'IME (art. 1.2 du protocole sur les statuts de l'Institut monétaire européen), les questions qui intéressent ce dernier ont d'ailleurs plus souvent trait aux problèmes systémiques (stabilité, solidité des systèmes de paiement de gros montants) et à la surveillance des émetteurs qu'aux problèmes contractuels entre les opérateurs (HARTMANN, Organisation, p. 985; IME, "*Blue Book*" [2], p. 669. Cf. toutefois le rapport annuel 1995 de l'IME [Francfort, avril 1996, p. 74], où l'on lit que: "*En vertu du traité, l'IME doit suivre de près les initiatives prises par les opérateurs des systèmes de paiement dans le traitement des paiements de masse transfrontière*").

291 "Groupe PADOA-SCHIOPPA", Payment Systems, p. 50. Au delà des textes, la troisième phase de l'UEM apportera en tout cas un progrès indéniable sur le plan technique avec l'introduction du système TARGET, puisque grâce à l'interconnexion des systèmes de paiement nationaux à règlement brut en temps réel, les paiements transfrontières (en euros exclusivement) qui pourront transiter dans ce système seront exécutés aussi facilement que des paiements domestiques. Cela ne devrait toutefois concerner que les paiements de gros montants; il n'est pas prévu à ce stade d'inclure également les petits paiements de masse. Ceux-ci continueront en principe d'être opérés sur des systèmes de transfert de fonds moins sophistiqués, moins rapides et aux coûts différents (IME, "*Blue Book*" [2], p. 688 et 690).

Si le traité de Maastricht et son volet relatif à l'Union économique et monétaire n'ont donc pas créé de bases "constitutionnelles" véritables en matière de paiements transfrontières effectués par des particuliers, ils ont en revanche d'autres conséquences dans ce domaine du fait du passage de l'écu à l'euro.

2. D'une unité monétaire européenne à la monnaie unique

106. Pour d'évidentes raisons, la monnaie choisie pour effectuer un paiement transfrontière est importante. Si elle peut rester la même d'un bout à l'autre de la chaîne du paiement, celui-ci en sera d'autant facilité et pourra s'apparenter à un paiement domestique puisqu'il n'y aura pas d'opérations de change. Cette situation est cependant la moins fréquente. Le plus souvent, le consommateur souhaite initier un paiement dans son pays, dans sa monnaie nationale, à destination d'un bénéficiaire dans un autre pays, qui souhaitera recevoir la contre-valeur dans sa propre monnaie.

En cas de paiement face-à-face, le schéma n'est pas très différent: si le consommateur paie généralement le bénéficiaire dans la monnaie de celui-ci, il aura besoin pour cela d'une conversion de sa propre monnaie nationale, avant (change d'espèces, achat de travellers' cheques) ou après l'opération (débit de chèque ou de paiement par carte sur son compte dans son Etat d'origine). Dans ces cas, une opération de change est nécessaire et représente pour le consommateur des désagréments tels que coût supplémentaire (commission), risque de change, délais plus longs et manque d'informations sur tous ces éléments.

Partant de ce constat, il est évident que la perspective d'une monnaie unique au sein de l'Union européenne peut avoir des conséquences importantes pour les paiements transfrontières. Après avoir présenté la situation actuelle et le rôle joué par l'unité monétaire européenne écu, nous examinerons les questions liées à l'introduction de l'euro, tant dans la période de transition dès 1999, sans émission d'espèces, qu'après l'achèvement du processus, avec une véritable monnaie unique.

a. L'écu

107. L'écu (ou ECU, European currency unit) est aujourd'hui l'instrument commun de mesure des monnaies de l'Union européenne. Depuis 1978, il ne représente plus une simple unité de compte mais une véritable "*unité monétaire européenne*", qui joue un rôle clé au sein du système monétaire européen

(SME)[292]. Parallèlement à ses fonctions spécifiques dans le SME, notamment comme dénominateur pour la fixation des taux pivots dans le mécanisme de change ou comme moyen de règlement entre les autorités monétaires de la Communauté, l'écu est de plus en plus utilisé par les opérateurs privés[293]. Depuis plus de dix ans, la monnaie européenne est devenue un instrument de premier plan sur les marchés monétaires et financiers, en particulier dans le cadre de crédits internationaux et de divers types d'émissions[294].

Les opérations visées ont cependant un caractère essentiellement commercial; elles ne visent que très indirectement les particuliers. L'écu privé n'est pas une véritable monnaie et ne doit son existence qu'à un accord entre les opérateurs qui l'utilisent ou plus généralement à la pratique du marché. Si cette activité a pu se développer, malgré l'absence de monnaies métalliques et de billets, c'est d'abord parce que la plupart des Etats membres et de nombreux Etats non communautaires ont rapidement accordé à l'écu le statut légal de devise étrangère[295]. Mais l'utilisation de l'écu comme monnaie de transaction n'a pas connu le même développement que sur les marchés financiers[296]. Seules quelques catégories de professionnels trouvent un intérêt particulier dans l'usage de l'écu[297].

En pratique, l'écu est parfois utilisé aujourd'hui comme monnaie de compte[298] par des organisations ou associations d'entreprises au niveau

---

292 Art. 2.1 de la Résolution du Conseil européen concernant l'instauration du Système monétaire européen (SME) et des questions connexes (Bruxelles, 5.12.1978). SUNT, p. 3 ss. Voir plus récemment le règlement (CE) no 3320/94 du Conseil du 22 décembre 1994 concernant la codification de la législation communautaire existante sur la définition de l'écu après l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, in: JOCE L 350 du 31.12.1994, p. 27 ss. VISSOL, transition, p. 425 s.

293 LEFORT, p. 49 s.; LOUIS, système monétaire, p. 22, 30 ss; PIGOTT/HOLMES, p. 476; SIEBELT, p. 7 s.; SUNT, p. 25 ss; THÉVENOZ, monnaie, p. 29; WEBER Rolf H., Währung, p. 384 ss.

294 Emprunts obligataires, émis par les institutions communautaires, les Etats membres de l'Union européenne, les entreprises; bons du Trésor; commercial papers (voir notamment SUNT, p. 87 ss). Pour une analyse des liens et différences entre l'écu officiel, panier composé des monnaies des Etats membres, et le marché privé de l'écu., cf. CLARK/PARLOUR, p. 588 s.; LEFORT, p. 50; MOULIN, p. 95; LOUIS/DE LHONEUX, p. 336 s.; LOUIS, système monétaire, p. 35; SUNT, p. 47 ss.

295 VISSOL, Maastricht, p. 373.

296 LEFORT, p. 49; WEBER Rolf H., Währung, p. 389 s.; LOUIS, système monétaire, p. 35, qui souligne que le rôle de l'écu en tant que moyen de paiement est réduit.

297 Voir à ce propos le rôle clé joué par l'Association Bancaire pour l'Ecu (ABE) qui a été créée en 1985, qui regroupe un nombre important de banques du monde entier et qui a permis de mettre sur pied en 1986 un système de compensation et de règlement de l'écu privé pour les transferts interbancaires de gros montants libellés en écu (cf. *supra* note 45; LEFORT, p. 57 ss; BROWN/SHEA, p. 171; SUNT, p. 82 ss).

298 La monnaie de compte est la monnaie dans laquelle une obligation est exprimée, alors que la monnaie de paiement est la monnaie avec laquelle l'obligation est exécutée: MANN, p. 206.

international et comme monnaie de facturation (interne, voire externe) auprès d'entreprises multinationales. Les Communautés européennes elles-mêmes recourent largement à l'écu comme monnaie de transaction, mais il s'agit là d'un usage commercial très limité[299]. L'écu reste en fait d'un usage coûteux car tant le client que le fournisseur doivent payer des frais de transaction pour une telle monnaie européenne qui leur est étrangère à tous les deux[300]. C'est dire que les consommateurs n'y recourent pour ainsi dire pas pour l'instant[301].

108. Consciente de ces carences, la Commission européenne a adopté en 1992 un livre blanc à l'attention du Conseil visant à "*Lever les obstacles juridiques à l'usage de l'écu*"[302]. Sur la base d'une vaste étude, la Commission s'est attelée à présenter, pays par pays, les lois ou règlements faisant obstacles à l'usage de l'écu, particulièrement comme monnaie de règlement, pour ensuite suggérer des moyens de lever ces obstacles[303].

Certains Etats membres avaient pris des initiatives intéressantes[304], mais néanmoins insuffisantes. Comme aucun Etat souverain n'émet l'écu, celui-ci ne

---

299 Commission [UE], écu, para. 7; SIEBELT, p. 7.

300 SUNT, p. 120. Les opérations de change peuvent être éliminées si le débiteur et le créancier détiennent des comptes en écu et effectuent leurs paiements par la voie scripturale. Mais de toute façon, en l'absence de pièces et billets libellés en écu, tout passage de la monnaie scripturale à la monnaie fiduciaire légale impliquera inévitablement une opération de change. Pour quelques exemples de frais prélevés par les banques européennes pour des paiements en écu effectués par des consommateurs, cf. CAHEN, p. 149. Ce même auteur montre que le choix de l'écu comme monnaie de transfert ne permet pas de diminuer les délais de paiement: p. 149 s.

301 Commission [UE], Un espace financier européen, Documentation européenne 4/1989, p. 46. Sur les différents moyens de paiement en écus théoriquement à la disposition des consommateurs (eurochèques, travellers' cheques, etc.), voir CAHEN, p. 145 ss; SUNT, p. 120 ss. On notera également quelques expériences pilotes encouragées par la Commission, comme les paiements de petit montant par carte bancaire prépayée en écus dans quelques villes tests.

302 HÄDE/ECKERT, p. 628 ss; WEBER Rolf H., Währung, p. 382, 392 ss; LOWRY, p. 21.

303 Voir aussi l'étude de CLARK/PARLOUR, p. 589 s.

304 Agence Europe, Bulletin no 5886, 24.12.1992, p. 6; Commission [UE], écu, para. 43 s. En France, la loi no 92-666 du 16 juillet 1992 relative au plan d'épargne en actions (PEA) introduit la possibilité légale d'utiliser l'écu comme moyen de paiement entre résidents (art. 14: "*les obligations peuvent être libellées et payées en écus*"). L'écu obtient donc un pouvoir libératoire: dès que les parties ont choisi l'écu, aucune d'entre elles ne peut contester l'obligation de payer en écus au motif que le cours légal contraint le créancier à n'accepter que des moyens de paiement libellés en francs français (MOULIN, p. 96 s.; SCHWERER, monnaie unique, p. 7). Auparavant, les clauses contractuelles qui prévoyaient un règlement en devises pour des transactions à caractère national pouvaient être frappées de nullité (ECK, p. 48; MOULIN, p. 94 ss; VASSEUR, CNUDCI, no 49). Aux Pays-Bas, les entreprises sont autorisées à utiliser l'écu si cela est justifié par la nature transfrontière de leurs activités. En Belgique, il est possible grâce à la loi du 12 juillet 1991 de dresser tous les actes publics et administratifs dans une autre unité monétaire que le franc et donc en écu.

dispose nulle part du statut légal de monnaie[305]. D'autres Etats créent des obstacles à l'usage international de l'écu en empêchant les consommateurs et les entreprises ressortissantes d'Etats membres différents de libeller et de payer en écu leurs engagements contractuels[306], par exemple pour les effets négociables (chèques, billets à ordre, lettres de change, etc.)[307]. En outre, même si les parties contractantes ont pu légalement convenir d'un paiement en écu, il sera souvent possible au débiteur, au vu des législations actuelles, de se libérer dans la monnaie nationale jouissant du monopole du cours légal au lieu du paiement, le créancier ne pouvant s'y opposer[308]. Enfin, l'écu a longtemps été considéré dans certains Etats membres comme une simple unité de compte et sa non-assimilation au statut légal de devise étrangère l'a donc discriminé par rapport aux monnaies nationales[309].

109. Pour lever tous les obstacles à l'usage de l'écu répertoriés dans le livre blanc et permettre à tous de trouver un intérêt dans la monnaie européenne, la Commission des Communautés a proposé un certain nombre de mesures que devraient prendre les Etats membres[310]. Ces mesures ont ensuite été concrétisées par l'adoption d'une recommandation 94/284/CE du 19 avril 1994 "*concernant le statut juridique de l'écu et des contrats libellés en écus dans la perspective de l'instauration de la monnaie unique européenne*"[311] [312].

---

305 Commission [UE], écu, para. 18; et comme le précisent CLARK/PARLOUR, p. 590, le fait que l'écu n'ait cours légal dans aucun Etat membre est une barrière importante à son usage par les consommateurs. En France, malgré la nouvelle loi de 1992, c'est ainsi le seul franc français qui garde cours légal et forcé (comme le souligne MOULIN, p. 95 et 97, l'écu est désormais plus qu'une devise mais il n'est pas encore une monnaie; tous les obstacles à l'utilisation de l'écu dans les paiements en France ne sont pas encore levés). Les pièces en or et en argent qui ont été émises en Belgique et en Irlande et qui avaient reçu cours légal pour des raisons fiscales ne peuvent également être prises en compte car il ne s'agissait que d'émissions numismatiques.

306 Cf. Commission [UE], écu, para. 25 ss.

307 Par ailleurs, le fait que les prix ne puissent souvent pas être fixés, respectivement affichés, dans une autre monnaie que la monnaie nationale ne favorise bien évidemment pas une utilisation transfrontière de l'écu.

308 Commission [UE], écu, para. 21; WEBER Rolf H., Berner Kommentar, no 346 ad art. 84, et Fremdwährungsschulden, p. 110. Contra: SUNT, p. 75, pour qui cette règle est plutôt l'exception.

309 Commission [UE], écu, para. 3 note 7, para. 18 et 47 s.; LOUIS, système monétaire, p. 33; LOUIS/DE LHONEUX, p. 338 et 344; SUNT, p. 62 ss; HÄDE/ECKERT, p. 629; VISSOL, transition, p. 433.

310 Commission [UE], écu, para. 40 ss. Voir aussi les mesures prônées antérieurement par le Parlement européen dans sa résolution du 20.11.1987 sur l'extension de l'usage de l'Ecu et la simplification des opérations de paiements intracommunautaires, ainsi que, en réponse au livre blanc de la Commission, la résolution du même Parlement européen du 27.10.1993 sur la levée des obstacles juridiques à l'usage de l'écu.

311 Commission [UE], recommandation 94/284/CE, titres 1er et 2. SIEBELT, p. 8 (pour l'Allemagne). La Commission recommande en particulier que tous les Etats membres veillent à ce que leur législation accorde à l'écu le statut juridique de devise étrangère et à ce que leurs systèmes juridiques n'établissent pas de discrimination à l'encontre de l'écu par rapport aux autres monnaies ayant le même statut juridique. La Commission

110. Malgré les efforts des institutions communautaires, force est de constater que l'écu n'a pas permis de faciliter les paiements transfrontières grand public. Si, dans la phase de transition vers l'Union économique et monétaire, il semblait clair que l'unité monétaire européenne n'allait pas être la meilleure monnaie de transaction pour des opérations nationales (entre résidents d'un même Etat), on pouvait au moins escompter que l'écu pourrait être utilisé à bon escient dans le cadre d'activités transfrontières[313]. Or tant que la liberté de contracter en écu et la libre disposition de tous les instruments monétaires et financiers en écu ne sont pas entièrement assurées dans toute la Communauté, les opérateurs ne trouvent aucun avantage dans l'utilisation de la monnaie européenne par rapport aux monnaies nationales. La monnaie européenne continuera certes d'être sollicitée par les marchés financiers, mais en ce qui concerne les paiements transfrontières à distance ou face-à-face, les barrières sont encore trop nombreuses pour que les consommateurs recourent plus souvent à l'écu.

La perspective d'une monnaie unique étant maintenant proche, la priorité politique n'est plus donnée à la levée des obstacles juridiques mentionnés dans le livre blanc pour une meilleure utilisation de l'écu. L'intérêt est désormais de savoir ce que l'euro impliquera demain pour les paiements transfrontières de consommation.

b. L'euro

111. Il découle de ce qui précède que c'est seulement le jour où l'Union européenne se dotera d'une véritable monnaie unique, lorsque les consommateurs pourront utiliser des pièces et billets[314] ou pourront tout à fait librement libeller des chèques, des ordres de virement, payer avec des cartes dans cette monnaie que leurs partenaires contractuels seront légalement tenus

---

recommande également plus généralement que les Etats membres accordent à l'écu une protection juridique adéquate.

312 Dans le cadre du marché intérieur et pour favoriser les échanges, il est important que l'on ne distingue plus les clauses monnaie de paiement selon le caractère national ou international des contrats. Comme c'est déjà le cas dans plusieurs droits nationaux, les clauses paiement ou valeur en écu devraient être autorisées entre résidents, entre résidents et non résidents et entre deux non résidents. En d'autres termes, l'extinction d'une dette devrait pouvoir se faire dans la monnaie choisie par les parties contractantes, même si ces dernières se sont obligées dans une monnaie n'ayant pas cours légal au lieu du paiement. Commission [UE], écu, para. 55 s. Dans son avis sur le Consommateur et le Marché intérieur, le Comité économique et social a également proposé, pour que les systèmes de paiement transfrontière ne pénalisent pas leurs utilisateurs, que les paiements en écus soient considérés comme équivalent à la monnaie nationale par les institutions financières (para. 4.11.4).

313 Commission [UE], écu, para. 74.

314 Cf. CAHEN, p. 148.

d'accepter, que les paiements transfrontières seront véritablement facilités au sein de la Communauté.

112. En mai 1995, la Commission européenne a publié un important livre vert "*Sur les modalités de passage à la monnaie unique*" et proposé un scénario de référence qui a été adopté par les Chefs d'Etats et de gouvernements lors du Conseil européen de Madrid en décembre 1995[315]. Ce scénario en trois étapes[316] a avant tout consisté dans l'abandon de l'idée d'un basculement de l'ensemble des secteurs à la monnaie unique en une seule fois dès le début de la troisième phase ("*big bang*" immédiat) au profit d'une transition plus souple, en repoussant l'introduction des pièces et billets en euros à une date ultérieure.

Conformément à l'art. 109 L para. 4 du traité de Maastricht[317] et aux décisions prises au Conseil européen de Madrid, l'écu devenu euro sera une "*monnaie à part entière*", non discriminée par rapport aux monnaies nationales, dès le 1er janvier 1999, date du début de la troisième phase de l'UEM[318]. Les pièces et billets en euros seront mis en circulation parallèlement aux pièces et billets nationaux après une période de transition, au plus tard le 1er janvier 2002[319]. Dans un délai de six mois maximum, soit jusqu'au 1er juillet 2002 au plus tard, le cours légal des pièces et billets libellés en monnaies nationales sera supprimé, celles-ci seront totalement remplacées par l'euro dans tous les Etats participants et le passage à la monnaie unique sera alors terminé.

---

315 Commission [UE], monnaie. JOCE C 22 du 26.1.1996, p. 2 ss (extraits des conclusions du Conseil européen de Madrid). Voir aussi l'avis du Comité économique et social sur le «Livre vert sur les modalités de passage à la monnaie unique», in: JOCE C 18 du 22.1.1996, p. 112 ss et le rapport de l'IME, Le passage à la monnaie unique, novembre 1995. Pour les travaux antérieurs, cf. également la communication de la Commission: questions pratiques relatives à l'introduction de l'écu en tant que monnaie unique de l'Union européenne, in: JOCE C 153 du 4.6.1994, p. 3 ss.

316 Etape A: lancement de l'Union économique et monétaire; étape B: démarrage effectif de l'Union économique et monétaire et formation d'une masse critique d'opérations en euros (1.1.1999); étape C: généralisation de la monnaie unique.

317 Commentaire par LOUIS, Union, p. 300 s.

318 C'est à cette date que les taux de conversion des monnaies des pays participants entre elles et par rapport à la nouvelle monnaie unique devaient être fixés de manière irrévocable (art. 109 L para. 4; voir aussi l'art. 109 G al. 2), mais les Quinze ont finalement décidé que les parités entre les monnaies qualifiées pour l'euro seront déjà annoncées en mai 1998, au moment où seront sélectionnés les pays participants à la monnaie unique (Journal de Genève, 15.9.1997 et 20.1.1998; Institutions Européennes & Finance, no 49, 30.9.1997, p. 1).

319 La date exacte de l'introduction des pièces et billets en euros devait encore être précisée. Les Quinze viennent de la fixer, comme prévu, au 1.1.2002: Journal de Genève, 18.11.1997.

113. Les décisions prises à Madrid[320] en complément des dispositions du traité ont été mises en application par la Commission dans deux propositions de règlement publiées en décembre 1996[321]. Le premier de ces deux règlements, fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, a été formellement adopté par le Conseil le 17 juin 1997 et est entré en vigueur au lendemain de sa publication, soit le 20 juin 1997[322]. Quant au second projet de règlement, concernant l'introduction de l'euro et qui fera office de véritable loi monétaire, il a été approuvé par le Conseil le 7 juillet 1997, mais il ne pourra être formellement adopté[323] qu'au moment où la décision relative aux Etats membres adoptant l'euro aura été prise en 1998; il devrait entrer en vigueur le 1er janvier 1999[324]. Par souci de transparence quant au cadre juridique pour l'introduction de l'euro, le Conseil a toutefois décidé de publier ce projet de règlement en annexe à une résolution du 7 juillet 1997[325].

114. S'agissant des paiements transfrontières, le livre vert de la Commission de mai 1995 consacré aux modalités de passage à la monnaie unique a clairement mis en évidence la différence entre les gros systèmes et les systèmes consacrés aux petits paiements de masse[326]. Pour les paiements de gros montants libellés en euros, TARGET et le système actuel de compensation de l'écu géré par l'ABE seront en principe totalement opérationnels dès le début de la phase trois en 1999. En revanche, le basculement des systèmes de paiement de détail est plus complexe et n'aura lieu que plus tard[327], lorsque les mises au point techniques le permettront. La plupart de ces systèmes grand public et en

---

320 Entre-temps confirmées et complétées sur certains points lors des Conseils européens de Florence (juin 1996) et Dublin (décembre 1996). Cf. TROBERG, Währungsrecht, p. 85-87; Institutions Européennes & Finance, no 41, 30.12.1996, p. 1 ss.

321 JOCE no C 369 du 7.12.1996: Proposition de règlement (CE) du Conseil fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro (p. 8 ss) et Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant l'introduction de l'euro (p. 10 ss). JUSletter no 37-96, 08/3-96; REDC 1996, p. 318 s. (GOYENS Monique). Sur les avant-projets: ZBB 1996, p. 258 ss; Institutions Européennes & Finance, no 36, 29.6.1996.

322 Règlement (CE) no 1103/97 (références in bibliographie). Ce règlement prévoit en particulier le remplacement dès le 1.1.1999 de toutes les références à l'écu par une référence à l'euro au taux d'un euro pour un écu (art. 2).

323 Sur la base de l'art. 109 L para. 4 du traité CE.

324 Art. 17 du projet de règlement.

325 Résolution relative au cadre juridique de l'introduction de l'euro (références in bibliographie). Le projet de règlement concernant l'introduction de l'euro publié en annexe de la résolution prévoit notamment qu'à compter du 1.1.1999, la monnaie des Etats membres participants sera l'euro, l'euro remplaçant ainsi chaque monnaie nationale (art. 2 et 3). Des dispositions spéciales (art. 5 à 9) sont au surplus applicables durant la période transitoire, avant l'introduction définitive des pièces et billets libellés en euros (chaque Etat pourra notamment prendre des mesures pour permettre aux systèmes de paiement de modifier l'unité de compte nationale de leurs procédures opératoires pour la remplacer par l'unité euro: art. 8 para. 4 lit. b). Voir plus en détail *infra* no 115. pour le cadre juridique.

326 Commission [UE], monnaie, p. 22 ss et para. 61 ss; FÈVRE, p. 20 s.

327 Institutions Européennes & Finance, no 31, 31.1.1996, p. 3, et no 43, 4.3.1997, p. 4, 7 et 9.

particulier des appareils tels que les distributeurs automatiques de billets devront être reconfigurés et ils ne permettront de payer en euros qu'au moment de l'introduction physique de la monnaie unique tout à la fin du processus. Il est possible cependant que le secteur bancaire anticipe cette ultime étape et adapte certains systèmes, lorsque cela est techniquement possible, pour qu'ils fonctionnent déjà auparavant tant en euros qu'en monnaie nationale, par exemple en matière de cartes de paiement[328].

C'est dire que les consommateurs continueront en pratique à utiliser essentiellement les monnaies nationales pour leurs paiements transfrontières tant que l'offre de moyens de paiement grand public en euros ne sera pas suffisante, soit vraisemblablement jusqu'à l'introduction des espèces libellées en euros en 2002 au plus tard[329]. Le début de la troisième phase de l'UEM le 1er janvier 1999 ne devrait donc pas apporter de grands changements pour les consommateurs. Certes, le risque de change va disparaître grâce aux taux de parités irrévocablement fixés entre les monnaies de la "zone euro", mais si les utilisateurs de moyens de paiement continuent de recourir physiquement à des monnaies nationales, des opérations de change seront toujours nécessaires pour des paiements transfrontières. Ces opérations seront il est vrai considérablement simplifiées puisqu'il ne s'agira plus de change traditionnel mais de simples conversions, grâce aux parités fixes[330].

Ce n'est qu'avec l'introduction ultérieure de la monnaie unique en espèces et la disparition véritable des monnaies nationales que tous les autres coûts de transactions liés aux opérations de conversion (commissions et autres

---

328 Sur le rôle des systèmes de paiement dans la préparation du passage à la monnaie unique, voir aussi les développements de la Commission dans sa communication du 18.11.1994 portant proposition de directive concernant les virements transfrontaliers (Transferts, p. 7); Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 196 ss; Comité consultatif [France], Rapport 1994-95, p. 124; ainsi que les contributions contenues dans le numéro 13-97 du Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen consacré à: Die Zukunft des Zahlungsverkehrs - Realitäten und Visionen für Europa. Sur le rôle important que pourrait jouer à l'avenir le système de compensation de l'Association Bancaire pour l'Ecu (ABE) comme système de paiement transfrontière pour les paiements de masse, cf. Institutions Européennes & Finance, no 41, 30.12.1996, p. 4 s.

329 THÉVENOZ, monnaie, p. 21. Pendant la phase transitoire, les opérateurs privés auront la faculté d'utiliser l'euro, mais ils n'y seront pas contraints (*"principe ni-ni"*: ni interdiction, ni obligation): THÉVENOZ, monnaie, p. 20.

330 Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 196 note 1; ALLIX, Single Currency, p. 87; SCHNEIDER, Euro, p. 2479. Dans l'optique de la protection des consommateurs, une éventuelle interdiction ou limitation des commissions de conversion pourrait donc être envisagée: THÉVENOZ, monnaie, p. 25. Des mesures sont en tout cas examinées au niveau de certains Etats membres pour que les conversions de paiements scripturaux entre l'euro et une monnaie nationale n'entraînent aucun frais; cf. ALLIX, Euro, p. 12 (pour la Belgique). La Commission européenne a été saisie de ce problème, qui préoccupe les organisations de consommateurs, mais elle n'envisage pour l'heure que des mesures d'autorégulation: L'Agefi, 12.2.1998; Journal de Genève, 27.2.1998; Le Temps, 16.4.1998.

frais) seront totalement supprimés, que les délais de paiement seront réduits et que la transparence en sera améliorée[331], ce qui devrait alors accroître les paiements transfrontières au sein de l'Union européenne[332]. Les paiements transfrontières dans la zone euro ne seront cependant toujours pas complètement assimilables aux paiements domestiques tant que toutes les institutions financières ne seront pas interconnectées entre elles et que subsisteront des systèmes tels que le *correspondent banking*. Même avec une seule monnaie, les procédures d'exécution des ordres, si elles restent plus complexes au niveau transfrontière qu'au niveau national, continueront d'occasionner des coûts et des délais de traitement plus importants[333].

115. S'agissant du cadre juridique de l'euro[334], les différences seront importantes pour les consommateurs selon que l'on se situe avant ou après l'introduction physique des pièces et billets en euros.

Durant la période transitoire qui débutera le 1er janvier 1999 et qui s'étendra jusqu'au 31 décembre 2001[335], l'écu devenu euro sera qualifié de monnaie à part entière, mais il ne pourra être utilisé en tant que tel comme moyen de paiement que si les parties contractantes s'entendent pour un règlement en monnaie scripturale puisqu'il n'existera que sous cette forme[336], n'ayant pas cours légal (pas d'espèces monétaires)[337]. Certes, aux termes du règlement concernant l'introduction de l'euro qui sera adopté en 1998[338], il ne devrait y avoir formellement qu'une monnaie dès 1999 - l'euro -, les unités monétaires nationales n'étant que des subdivisions de cet euro selon les taux de conversion applicables[339]. Economiquement et juridiquement, les monnaies nationales ne

---

331 Cf. *infra* no 208.

332 Commission [UE], monnaie, para. 5, 67; Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 195; MITCHELL, Banker's, p. 75; VASSEUR, CNUDCI, p. 197; REICH, Verbraucherrecht, no 8e lit. d.

333 Critique par ALLIX, ECU, p. 10, et monnaie unique, p. 35; FÈVRE, p. 21. ALLIX relève que le coût du change ne représente qu'une faible part d'une transaction transfrontière, de l'ordre de moins de 10% du coût de celle-ci.

334 Commission [UE], monnaie, p. 61 ss. En détail, en relation avec les deux règlements du Conseil mentionnés *supra* no 113. qui constituent le cadre juridique pour l'introduction de l'euro: THÉVENOZ, monnaie, p. 22 ss, et tiers, p. 280 ss; VON BORRIES/REPPLINGER-HACH, Europawährung, p. 492 ss, et Euro-Verordnung, p. 3111 ss; TROBERG, Währungsrecht, notamment p. 86 ss; SCHEFOLD, notamment p. 7 ss; SCHNEIDER, Euro, p. 2477 ss; CRÉDOT, p. 3 ss; SCHWERER, euro, p. 30 ss; ALLIX, Euro, p. 3 ss; MOHAMED, p. 166 ss.

335 Art. 1 (*"Définitions"*) du projet de règlement concernant l'introduction de l'euro. Sur cette phase transitoire et le statut juridique de la monnaie unique, cf. SCHWERER, monnaie unique, p. 3 ss.

336 InfEuro (Lettre d'information de la Commission européenne), no 2, mars 1997, p. 5.

337 CRÉDOT, p. 9; SCHEFOLD, p. 8 s.; VON BORRIES/REPPLINGER-HACH, Euro-Verordnung, p. 3114; THÉVENOZ, tiers, p. 279.

338 Cf. *supra* no 113.

339 Art. 6 du projet de règlement.

devraient donc être que des expressions différentes d'une seule et même entité[340]. Toutefois, ce sont avec les espèces de chaque Etat concerné que les débiteurs pourront continuer de se libérer, faute pour l'euro d'être matérialisé par des pièces et billets[341]. Ce qui signifie que les monnaies nationales ne pourront être utilisées à titre de subdivision de l'euro que sur le territoire de l'Etat émetteur. Pour des raisons évidentes de souveraineté nationale, le francs français ne pourra par exemple pas être utilisé pour des opérations en Allemagne comme le serait le mark, même si francs et marks seront formellement des subdivisions de l'euro[342].

Ce n'est que lors de la dernière étape, lorsque les espèces libellées en euros auront été introduites - soit au plus tard le 1er janvier 2002 -, que l'euro (espèce monétaire) aura cours légal, c'est-à-dire que les créanciers ne pourront pas refuser un paiement en "vrai" euro[343]. Les monnaies nationales garderont cependant également leur pouvoir libératoire pendant une courte période, un choix de la monnaie de paiement sera donc offert aux consommateurs, mais non aux commerçants-prestataires, qui devront accepter l'une et l'autre des monnaies (euro et devise nationale[344]). C'est au plus tard le 1er juillet 2002 (six mois après l'expiration de la période transitoire) que les monnaies nationales n'auront plus cours légal et que l'euro sera devenu véritablement la monnaie unique de l'Union européenne[345]. Quant aux paiements scripturaux, ils devront tous se faire en euros dès le 1.1.2002. Dès cette date, c'est-à-dire six mois avant la date ultime de basculement de la monnaie fiduciaire, les consommateurs ne pourront

---

340 Dans l'optique des paiements scripturaux, et pour bien montrer que "*l'unité euro et les unités monétaires nationales sont des unités de la même monnaie*" (considérant 13), l'art. 8 para. 3 du projet de règlement concernant l'introduction de l'euro prévoit que durant la période transitoire: " (...) *toute somme libellée dans l'unité euro ou dans l'unité monétaire nationale d'un Etat membre participant donné, et à régler dans cet Etat membre par le crédit d'un compte du créancier, peut être payée par le débiteur dans l'unité euro ou dans l'unité monétaire nationale de l'Etat membre concerné. La somme est portée au crédit du compte du créancier dans l'unité monétaire dans laquelle ce compte est libellé, toute conversion étant opérée aux taux de conversion*". Explications par CRÉDOT, p. 9; SCHWERER, euro, p. 32 s.

341 VON BORRIES/REPPLINGER-HACH, Europawährung, p. 493 s.; SCHENKER, p. 782; CRÉDOT, p. 9. Les billets et pièces libellés dans une unité monétaire nationale conserveront le cours légal dans leurs limites territoriales durant la période transitoire: art. 9 du projet de règlement concernant l'introduction de l'euro.

342 SCHWERER, euro, p. 32; SCHNEIDER, Euro, p. 2479 et 2481. En d'autres termes, un débiteur français d'une dette en marks pourra virer un montant en euros ou en marks sur le compte de son créancier en Allemagne si celui-ci accepte un paiement scriptural, mais il ne pourra pas régler sa dette en fournissant des francs français en espèces, cette monnaie n'ayant pas cours légal en Allemagne: CRÉDOT, p. 9.

343 THÉVENOZ, monnaie, p. 21; VON BORRIES/REPPLINGER-HACH, Euro-Verordnung, p. 3116.

344 Les commerçants-prestataires d'un Etat A ne seront cependant jamais contraints d'accepter la monnaie d'un Etat B.

345 Art. 10, 11 et 15 du projet de règlement concernant l'introduction de l'euro.

plus effectuer des virements ou des paiements par carte ou émettre des chèques dans une monnaie nationale[346].

Ce programme et les avantages qui en découlent pourraient cependant n'être que théoriques puisque les Etats qui ne rempliront pas les conditions nécessaires pour l'adoption d'une monnaie unique ne participeront pas à celle-ci et bénéficieront de dérogations lors de la troisième phase de l'UEM[347]. En outre, il est évident que les paiements transfrontières facilités par l'existence d'une seule monnaie ne concerneront d'abord que les Etats membres de l'Union européenne. Reste donc à voir ce que cela signifiera pour les autres Etats de l'Espace économique européen et pour la Suisse.

c. Les conséquences pour la Suisse et l'Espace économique européen

116. Tout ce qui précède ne concerne pas les Etats européens non-membres de la "zone euro". Limité à un espace économique, l'accord EEE ne touche pas aux questions des monnaies nationales et à la perspective d'une monnaie unique. Quant à la Suisse, elle n'est pas non plus concernée par un quelconque accord bilatéral dans ce domaine[348]. Les Etats européens non-membres de la zone euro conserveront donc leur propre monnaie nationale, l'euro sera considéré comme n'importe quelle devise étrangère lorsqu'il aura remplacé les monnaies de l'Union européenne et des opérations de change entre monnaie nationale et euro seront toujours nécessaires.

C'est dire que pour le consommateur non communautaire, l'introduction de l'euro n'apportera pas grand changement au droit et à la pratique des paiements transfrontières dans les années à venir. Peut-être que la meilleure efficacité des paiements intra-communautaires que l'on devrait attendre de l'introduction de l'euro (délais, coûts, etc.) pourra également apporter certaines

346 ALLIX, Euro, p. 11 et 13.

347 On sait en outre que le Danemark et le Royaume-Uni ont bénéficié d'une clause d'"*opting out*" leur permettant de ne participer à l'Union monétaire que s'ils le souhaitent (protocoles annexes au traité sur l'Union européenne sur certaines dispositions relatives d'une part au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part au Danemark; SERVAIS, p. 107 ss). Dans la mesure où ces deux Etats ont notifié qu'ils ne participeraient pas à la troisième phase de l'UEM en 1999, le futur règlement du Conseil concernant l'introduction de l'euro ne devrait pas leur être applicable (cf. notamment considérants 21 et 22 du projet. Contra: CRÉDOT, p. 10). Aux termes du protocole sur le passage à la troisième phase de l'Union économique et monétaire, qui accompagne le traité de Maastricht, les Hautes Parties Contractantes ont malgré tout affirmé que la marche de la Communauté vers la troisième phase de l'UEM a un caractère irréversible, ce qui signifie qu'aucun Etat membre, qu'il remplisse ou non les conditions nécessaires à l'adoption d'une monnaie unique, ne pourra empêcher l'entrée dans la troisième phase.

348 Pour une analyse des répercussions pour la Suisse du passage à la monnaie unique, notamment dans l'optique des systèmes de paiement, cf. ASB, Union.

petites améliorations pour les paiements transfrontières avec des Etats européens extra-communautaires grâce à la coopération entre institutions financières, mais il reste que les inévitables opérations de change continueront de représenter un coût (commissions et autres frais), voire des délais prolongés pour les clients.

117. Les relations entre la future monnaie unique et les monnaies des pays européens hors zone euro continueront d'être déterminées par le droit international privé, comme c'est déjà le cas aujourd'hui avec les différentes monnaies nationales[349]. On considère généralement que c'est le droit de l'Etat dans lequel le paiement doit être effectué qui détermine la monnaie de règlement[350]. A titre d'exemple, si l'on prend le droit suisse comme droit applicable, on constate que celui-ci est théoriquement peu contraignant quant à l'utilisation d'une monnaie comme l'écu ou surtout le futur euro.

118. Conformément à l'art. 84 CO, la liberté contractuelle reste de mise. Certes, le paiement d'une dette d'argent se fait en principe en monnaie du pays (art. 84 al. 1), ce qui signifie que le débiteur est tenu d'offrir et le créancier tenu d'accepter des espèces et/ou billets de banques suisses pour le paiement d'une dette exprimée en monnaie suisse[351]. Si le contrat indique une monnaie qui n'a pas cours légal au lieu du paiement, le droit suisse prévoit par ailleurs que le débiteur bénéficiera d'une faculté alternative: il pourra bien sûr se libérer dans la monnaie convenue, mais il a également le droit d'acquitter sa dette en monnaie du pays (en francs suisses) au cours du jour de l'échéance (art. 84 al. 2 *ab initio*)[352]. Il est toutefois loisible aux parties de prévoir que le contrat devra être exécuté littéralement - soit dans la monnaie étrangère convenue - et cela par la stipulation "*valeur effective*" ou toute autre expression analogue (art. 84 al. 2 *in fine*)[353].

---

349 THÉVENOZ, monnaie, p. 26 ss (sur les particularités de l'écu, qui n'est pas une véritable monnaie, cf. p. 28 ss).

350 Pour la Suisse, voir l'art. 147 al. 3 LDIP. WEBER Rolf H., Währungsunion, p. 46; THÉVENOZ, tiers, p. 287 s.

351 GAUCH/SCHLUEP, no 2328 ss. "*L'unité monétaire suisse est le franc*": Loi fédérale sur la monnaie du 18 décembre 1970, RS 941.10, art. 1 1ère phrase.

352 WEBER Rolf H., Berner Kommentar, no 346 ad art. 84; THÉVENOZ, monnaie, p. 32.

353 GAUCH/SCHLUEP, no 2346 ss; WEBER Rolf H., Fremdwährungsschulden, p. 111. Apparemment erroné: TS SJ 1998 205, 212. A noter, s'agissant des montants en monnaie étrangère que les banques reçoivent pour leurs clients et de la question de la monnaie dans laquelle la bonification doit être effectuée, que l'Association suisse des banquiers (ASB) a adopté le 25.9.1978 une circulaire no 394D, aux termes de laquelle elle recommande à ses membres d'introduire dans leurs conditions générales de banque une disposition reprenant, au moins dans son esprit, le modèle suivant: "*Les bonifications reçues en monnaie étrangère sont créditées en francs suisses, au cours valable le jour où le montant à créditer est parvenu à la banque, à moins que le client ait donné des instructions contraires ou qu'il possède un compte dans la monnaie correspondante. Si le client possède uniquement des comptes dans des tierces monnaies, le montant est crédité, au choix de la banque, dans l'une de ces monnaies*" (THÉVENOZ/ZULAUF, BF 97/45-1b).

Cela signifie-t-il que le débiteur d'une dette exprimée par hypothèse en écus est alors obligé de payer en écus, le règlement en francs suisses n'étant plus possible? La réponse à cette question dépend en fait du statut juridique de l'écu. S'il est clair que l'euro sera une monnaie à part entière et sera donc forcément considérée comme telle en Suisse, il n'en est pas forcément de même aujourd'hui avec une monnaie européenne qui n'est que composite, qu'un panier de monnaies nationales. Ainsi, selon la doctrine suisse dominante, l'écu n'est pas une monnaie étrangère, il n'est considéré actuellement que comme une unité de compte[354]. Dans la mesure où l'art. 84 CO ne fait référence qu'à la notion de "*monnaie*", on pourrait penser que cette disposition est dès lors inapplicable à l'écu. Pourtant, en tout cas pour les besoins de l'art. 84 al. 2 *in fine*, la doctrine semble assimiler sans trop de difficultés l'écu à une monnaie étrangère. C'est donc dire que tout débiteur doit se libérer en écus si une clause valeur effective figure expressément dans le contrat[355]. Reste que l'écu n'étant pas frappé en pièces et billets, seuls des paiements par monnaie scripturale sont envisageables, entre comptes libellés en écus[356].

119. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, par exemple à la suite d'un litige au sujet d'un paiement transfrontière mal effectué, un jugement peut tout à fait être rendu en Suisse dans la monnaie étrangère faisant l'objet de l'obligation contractuelle. Cela devrait même être la règle, une demande en justice rédigée en francs suisses devant en principe être rejetée si l'obligation porte sur une monnaie étrangère, bien qu'en pratique les tribunaux soient beaucoup plus tolérants et acceptent de juger soit en francs suisses soit en monnaie étrangère[357]. En revanche, si le créancier entend ensuite procéder par la voie de l'exécution forcée pour faire exécuter le jugement et recouvrer le montant de sa créance, la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) prévoit impérativement que la réquisition de poursuite énonce le montant de la créance "*en valeur légale suisse*"[358], ce qui signifie que le créancier sera contraint de convertir sa créance libellée en monnaie étrangère en francs suisses.

Voir toutefois *infra* no 317. sur le sort des conditions générales modèles de l'ASB à la suite des recommandations de la Commission suisse des cartels de 1989.

354 WEBER Rolf H., Währung, p. 391 et 394.

355 LEFORT, p. 56.

356 LEFORT, p. 56.

357 La condition pour une telle alternative étant cependant, selon WEBER Rolf H., Berner Kommentar, no 367 ad art. 84, et Fremdwährungsschulden, p. 120 s., que le taux de change déterminant soit connu au moment du jugement. Voir aussi récemment: TS SJ 1998 205, 212.

358 Art. 67 al. 1 ch. 3 LP, non modifié dans la nouvelle loi en vigueur dès le 1.1.1997. Cf. ATF 115 III 36, 40 s. WEBER Rolf H., Fremdwährungsschulden, p. 123 s. A noter que pour éviter des pertes de change entre les différentes phases de la procédure d'exécution forcée (réquisition de poursuite, continuation de la poursuite), la nouvelle LP révisée prévoit désormais qu'à la demande du créancier, une somme en valeur étrangère peut être convertie de nouveau en valeur légale suisse au cours du jour de la réquisition de continuer la poursuite (art. 88 al. 4).

Ainsi, aucun débiteur ne peut donc être directement poursuivi en Suisse au sens de la LP pour le paiement d'une dette en écus ou plus tard en euros. Quant à la procédure judiciaire elle-même, elle ne posera aucun problème avec un euro monnaie à part entière dès 1999. Pour la situation actuelle, on devrait pouvoir assimiler l'écu à une monnaie étrangère, à l'instar de ce que la doctrine admet pour l'art. 84 CO, rendant par là une demande en justice tendant au paiement d'une somme en écus recevable[359].

B. Le droit dérivé

120. La politique communautaire en matière de systèmes de paiement s'est caractérisée par des initiatives souvent peu contraignantes et fort disparates, essentiellement relatives aux paiements grand public[360]. La Commission a commencé son action dans ce domaine il y a maintenant plus de dix ans, en s'intéressant d'abord aux aspects électroniques des paiements. Ce n'est que par la suite qu'un accent tout particulier a été mis sur les paiements transfrontaliers.

I Les origines de la politique communautaire dans le domaine des systèmes de paiement[361]

121. La problématique des systèmes de paiement dans la Communauté européenne a été abordée pour la première fois en 1985 à l'occasion de l'adoption du livre blanc, dans lequel on faisait mention de la "*monétique*" et des propositions que la Commission entendait faire dans le domaine des cartes de paiement[362]. Parallèlement, dans sa communication de la même année intitulée "*Nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs*", la Commission a souligné qu'il pourrait se révéler nécessaire d'adopter des mesures destinées à protéger les consommateurs dans le domaine des transferts électroniques de fonds aux points de vente[363].

---

359 Question laissée ouverte par LEFORT, p. 56 s.

360 En détail: FAVRE-BULLE, utilisateur, p. 17 ss, et protection, p. 319 ss; ARORA/FAVRE-BULLE, p. 214 ss; TENREIRO, consommateurs, no 122 ss; KNOBBOUT-BETHLEM, electronic funds transfer, p. 67 ss; WERNICKE, p. 139 ss; HEINRICH, Harmonisation, p. 243 ss (pour des références bibliographiques).

361 BUYLE, inter-opérabilité, p. 139 s.; MITCHELL, Electronic Banking, p. 38 ss; TRINQUET, cartes, p. 8 ss; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 40; LAFFERTY BUSINESS RESEARCH, p. 36 ss; Conseil national du crédit [France], cartes, p. 38 ss et 79 ss.

362 Commission [UE], Livre blanc, para. 122 et 123. Les références complètes des actes communautaires cités dans ce chapitre se trouvent dans la bibliographie.

363 Commission [UE], impulsion, para. 34.

122. La première action concrète a été la publication en 1987 d'une communication spécifiquement consacrée aux cartes de paiement (munies de pistes magnétiques et/ou de microprocesseurs), portant le titre "*Tout atout pour l'Europe: Les nouvelles cartes de paiement*"[364]. Dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, l'objectif de la Commission était d'insister sur la dimension communautaire des cartes de paiement, car pour faciliter le commerce des marchandises, pour parfaire l'intégration financière et réaliser l'Europe des Citoyens, il paraissait important que les cartes puissent être utilisées tant dans l'Etat membre où elles avaient été émises que dans les autres Etats membres. Même si l'on ne parlait pas encore de paiements transfrontières, l'initiative de la Commission visait donc à promouvoir une ouverture, une "*interopérabilité*" entre les différents systèmes de cartes existant dans la Communauté, en laissant, il faut le souligner, une grande liberté aux agents économiques pour définir leurs modes de coopération. La Commission entendait cependant adopter certaines mesures, pour assurer notamment la compatibilité des différents instruments par le biais d'une certaine normalisation, ou tout au moins appliquer strictement le droit communautaire existant[365]. En matière de protection des consommateurs, on annonçait une future harmonisation des dispositions régissant les relations entre émetteurs et détenteurs de cartes, visant à combler le vide législatif et réglementaire constaté aussi bien au niveau national que sur le plan international. Par rapport au plan d'action et à l'échéancier contenus dans la communication de 1987, les initiatives ultérieures de la Commission ont toutefois été bien plus modestes que prévu.

II. La recommandation 87/598/CEE[366]

123. Au lieu de faire une distinction entre les relations émetteurs de cartes / commerçants d'une part et les relations émetteurs / consommateurs d'autre part, comme cela avait initialement été prévu, la Commission a commencé par adopter le 8 décembre 1987 une recommandation 87/598/CEE "*portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique*", s'appliquant indifféremment aux relations entre institutions financières, commerçants-prestataires de services et consommateurs. En enjoignant tous les partenaires économiques concernés de se conformer à un certain nombre de dispositions,

---

364 Ce plan d'action a par ailleurs été appuyé par le Parlement européen dans sa résolution du 20.11.1987 sur l'extension de l'usage de l'Ecu et la simplification des opérations de paiements intracommunautaires, para. 14 ss.

365 Libération des paiements courants, art. 106 du traité CEE (cf. *supra* no 74); interdiction des ententes, art. 85.

366 FAVRE-BULLE, paiement, notamment p. 56 ss; CRANSTON, Payment, p. 254 ss; DASSESSE/ISAACS/PENN, para. 30.3 ss; FISCHER, p. 397 ss; GAVALDA/STOUFFLET, Droit du crédit, no 357; LE CLECH, p. 503 ss; MITCHELL, Banker's, p. 58 s.; NENTWICH, p. 633 ss; OBERSON, p. 189 ss; SCHAUSS/THUNIS, p. 54 ss; SOUSI-ROUBI, cartes, p. 90 ss; Comité consultatif [France], cartes, p. 12 ss.

non contraignantes au sens de l'art. 189 al. 5 du traité CEE[367], l'objectif était de permettre le développement des nouveaux moyens de paiement électronique au profit desdits partenaires, en apportant notamment "*sécurité et commodité*" aux consommateurs[368].

Même si elle se réfère aux "*émetteurs*", "*prestataires de services*" et "*consommateurs*"[369], la recommandation ne concerne en fait que de très loin ces derniers. Avant tout, elle vise à assurer que les relations entre institutions financières et commerçants-prestataires de services reposent sur des principes de loyauté ("*fair practice*")[370] et respectent la concurrence, de manière à ce que les commerçants soient traités sans discriminations par les émetteurs, notamment au niveau du choix de l'équipement (terminaux de paiement) et de l'accès au système[371] [372].

La Commission européenne a justifié le choix d'un instrument juridique non contraignant de par le fait que les nouveaux moyens électroniques de paiement étaient en pleine mutation et qu'il était difficile de préciser quels allaient

---

367 "*les recommandations ne lient pas*".

368 Titre I, art. 1.

369 Voir les définitions du titre II, art. 2 à 4.

370 Cf. l'objectif mentionné au titre I, art. 2.

371 Voir notamment: titre III, art. 3 et art. 4 lit. d; titre IV, art. 1. En outre, la recommandation tend à favoriser l'interopérabilité, que l'on définit comme "*la situation dans laquelle les cartes émises dans un Etat membre et/ou appartenant à un certain système de cartes peuvent être utilisées dans d'autres Etats membres et/ou dans les réseaux mis en place par un autre système; ceci présuppose une compatibilité technologique des cartes et lecteurs utilisés dans les différents systèmes ainsi qu'une ouverture de ces systèmes moyennant des accords basés sur le principe de la réciprocité*" (titre II, art. 5. Sur la notion de réciprocité, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 48, note 7), interopérabilité qui aurait dû être menée à terme d'une manière "*totale et universelle*" pour le 31 décembre 1992 (titre III, art. 2).

372 Au niveau de son champ d'application matériel, la recommandation 87/598 concerne uniquement le "*paiement électronique*", ce qui vise "*toute opération de paiement effectuée à l'aide d'une carte à piste(s) magnétique(s) ou incluant un microprocesseur, auprès d'un équipement terminal de paiement électronique (TPE) ou terminal de vente (TPV)*". Sont donc expressément exclus du champ d'application: les cartes privatives ne correspondant pas à cette définition, les cartes qui servent des buts autres que le paiement direct ou à terme, les paiements par chèques garantis par une carte bancaire et les paiements par carte selon des procédures mécaniques (facturettes). Cf. Titre II, art. 1. Pour une appréciation de ce champ d'application, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 79 ss.
En substance, la recommandation établit tout d'abord des "*principes généraux*" (titre III), parmi lesquels on relèvera quelques règles éparses traitant de la forme, de la langue et du contenu des contrats (art. 1), du respect de la protection des données ou consacrant l'irrévocabilité du paiement électronique initié au moyen d'une carte (art. 4). Pour le surplus, la recommandation contient des "*dispositions complémentaires*" applicables aux différents rapports juridiques (titre IV). Les consommateurs n'y sont directement visés que par deux articles: d'une part le titulaire de carte devra assurer la sécurité de son moyen de paiement en prenant "*toutes précautions raisonnables*" (art. 2), d'autre part chaque prestataire devra afficher, à l'attention des consommateurs, les cartes qu'il est tenu d'accepter (art. 3).

être les problèmes spécifiques lors d'un développement à grande échelle. Il aurait été par conséquent peu judicieux d'adopter des règles qui auraient pu devenir rapidement obsolètes et qui auraient freiné le développement des paiements électroniques[373]. Cette approche "*incitative*", sous forme de recommandation portant sur un code de bonne conduite (!), a été critiquée par d'aucuns puisqu'aucune sanction n'est prévue en cas de violation. En outre, on a reproché à la recommandation sa rédaction parfois ambiguë, lacunaire, son manque de cohérence dans la structure et ses objectifs et principes trop généraux[374].

124. En pratique, la recommandation 87/598 est d'ailleurs restée lettre morte. Malgré la préparation parallèle de codes de conduite[375], malgré de longues discussions entre les différents acteurs, cette recommandation n'a pas permis d'aboutir à un consensus. Seule, la recommandation ne représentait pas de véritable intérêt pratique pour les professionnels. Mise à jour par un code de conduite proposé par ces derniers, il aurait pu en être autrement, mais l'introduction de nouvelles obligations n'a pas été acceptée compte tenu des intérêts divergents des banques et des commerçants.

La principale pierre d'achoppement a été à cet égard la question du "*dual pricing*", soit la possibilité pour les commerçants de pratiquer une double tarification selon que le consommateur règle ses achats par carte ou en espèces, de manière à pouvoir répercuter sur les utilisateurs les frais prélevés par les banques en cas de paiement sans numéraire[376]. Les commerçants ont toujours souhaité une telle tarification différenciée, alors que les banques s'y sont fermement opposées[377]. Une autre question étroitement liée au "*dual pricing*" est la règle du "*honour all cards*": les commerçants devraient-ils en effet accepter toutes les cartes, dans n'importe quelle circonstance, ou devraient-ils pouvoir exclure purement et simplement le paiement par carte lorsque l'opération est financièrement moins intéressante pour eux, par exemple en période de soldes

---

373 Cf. considérants 15 à 18 de la recommandation.

374 Sur ces différentes critiques, voir FAVRE-BULLE, paiement, p. 59 s., avec références de la doctrine.

375 Cf. *infra* no 132.

376 ALLIX, carte de paiement, p. 56 s.; Comité consultatif [France], Rapport 1992-1993, p. 182 ss.

377 Au niveau national, l'appréciation juridique du "*dual pricing*" est fort divergente d'un Etat à l'autre. Alors qu'au Royaume-Uni par exemple, "*The Credit Cards (Price Discrimination) Order 1990*" interdit aux institutions financières, mais pour les cartes de crédit seulement, de prohiber contractuellement une telle pratique pour des raisons de concurrence (abandon de la "*No Discrimination Rule*"), en France, le Conseil de la Concurrence a jugé que les clauses contractuelles interdisant le double prix étaient licites (Décision 88 D 37 du 11.10.1988. Cf. Droit de l'Informatique & des télécoms 1989/1, p. 113 ss, note D. BRAULT). Voir aussi EHLERMANN, p. 469 ss. Sur cette question dans le contexte du droit communautaire de la concurrence en matière de systèmes de paiement, cf. *infra* no 150.

ou lors de paiements de petits montants? Ce problème de l'acceptabilité des cartes a également créé de sérieux obstacles puisqu'il se heurte évidemment aux intérêts divergents des commerçants, des banques et des consommateurs.

Même si la recommandation 87/598 ne traite pas expressément des paiements transfrontières, elle n'en touche pas moins certaines facettes, et il regrettable dans cette perspective que les problèmes de tarification différenciée et d'acceptabilité des cartes n'aient pas pu être réglés. Il n'est pas rare en effet, compte tenu de régimes juridiques nationaux divergents, qu'un consommateur habitué dans son Etat de résidence à pouvoir régler n'importe quel achat indifféremment par carte ou en espèces rencontre des difficultés pratiques dans un pays étranger si on lui refuse un paiement par carte dans certaines circonstances ou si l'on majore un tel mode de règlement. Ledit consommateur peut en effet ne pas avoir changé d'espèces dans la monnaie du pays visité, pensant qu'il pouvait utiliser sa carte en toutes circonstances; il se pourrait donc qu'il doive purement et simplement renoncer à son achat. Dans l'optique d'un espace financier européen intégré, de tels obstacles ne sont pas acceptables et devraient être supprimés.

125. En conclusion, la recommandation 87/598 a donc la particularité d'être un texte communautaire toujours en vigueur *de lege lata*[378], mais obsolète et inappliqué. Il n'est cependant pas exclu que cette situation se modifie à terme puisque, après des années d'attentisme, la Commission vient d'annoncer qu'elle examinera la possibilité de mettre à jour cette recommandation afin d'établir un cadre clair concernant la relation entre acquéreurs (soit les institutions financières) et accepteurs (soit les commerçants) en matière d'instruments de paiement électronique[379]. En l'état, la seule limite qui reste posée à la liberté contractuelle dans les relations entre banques et commerçants est celle du droit de la concurrence. Quant aux relations banques-consommateurs, elles ont fait l'objet d'une autre recommandation 88/590/CEE.

---

378 La recommandation est toujours mentionnée dans le Répertoire de la législation communautaire en vigueur.

379 Considérant 4 de la recommandation 97/489/CE du 30.7.1997 dont il sera question *infra* no 144 ss; Commission [UE], moyens électroniques de paiement, p. 4.

III. La recommandation 88/590/CEE[380]

126. Presque une année après la publication de la recommandation 87/598/CEE, la Commission a adopté un autre texte non contraignant visant plus spécifiquement la protection des consommateurs: la recommandation du 17 novembre 1988 "*concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes*"[381].

127. Même si la recommandation reste un instrument juridique non destiné à produire des effets contraignants, les juges nationaux doivent tout de même tenir compte de cet acte pour résoudre les litiges qui leur sont soumis, comme l'a précisé la Cour de justice des Communautés européennes dans sa jurisprudence *Grimaldi*[382]. D'ailleurs, il s'est déjà avéré qu'un tribunal se réfère à la recommandation 88/590 pour condamner une banque à payer des dommages-intérêts à l'un de ses clients[383].

---

380 FAVRE-BULLE, paiement, notamment p. 60 ss; CRANSTON, Payment, p. 257 ss; DEJEMEPPE, p. 26 ss; DASSESSE/ISAACS/PENN, para. 30.21 ss; FISCHER, p. 397 ss; GAVALDA/STOUFFLET, Droit du crédit, no 358 ss; GERARD/SVENDSEN, p. 47 ss; GUTWIRTH/JORIS, p. 265 ss; KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 243 ss; LE CLECH, p. 503 ss; MITCHELL, Banker's, p. 60 ss; NENTWICH, p. 633 ss; NICOLAS, recommandation, p. 67 ss; OBERSON, p. 182 ss; SOUSI-ROUBI, cartes, p. 88 ss; THUNIS, Recommendation, p. 101 ss; MEYSMANS/THUNIS, p. 121 ss; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 41 ss; TRINQUET, consommateurs, p. 423 ss; VAN ESCH, p. 29 ss; Comité consultatif [France], cartes, p. 15 ss, et Rapport 1988-1989, p. 77 ss.

381 Ce texte a connu bien des vicissitudes: sa forme juridique résulte en fait du rejet de plusieurs projets de directive qui avaient été élaborés par l'ancienne Direction générale chargée de la protection des consommateurs, la Commission estimant à nouveau qu'il était prématuré d'adopter une législation trop rigide qui aurait pu freiner les développements technologiques.

382 Arrêt du 13.12.1989, affaire C-322/88, Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles, in: Rec. 1989, p. 4407 ss, attendu no 18, "*les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en oeuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant*". Du même avis: REICH, Verbraucherrecht, no 171; THUNIS, paiement, p. 339 note 40; WERNICKE, p. 143. On peut ainsi se demander si une interprétation extensive de la jurisprudence *Grimaldi* ne devrait pas conduire les tribunaux à appliquer plus strictement la recommandation 88/590, en tant que complément à un instrument contraignant comme la directive 93/13 concernant les clauses abusives, lorsqu'il s'agit d'examiner la validité des conditions générales imposées par les professionnels (cf. aussi *infra* note 966).

383 Tribunal d'instance de Juvisy sur Orge (France), jugement du 27.4.1990, no 51/90, Marand c. Crédit Lyonnais. En se référant aux principes de la recommandation de novembre 1988, le tribunal a condamné une banque à payer 1000 francs français de dommages-intérêts à l'un de ses clients, qui avait reçu une proposition de mise à disposition d'une carte de paiement, qui n'y avait pas donné suite mais qui avait tout de même reçu le moyen de paiement en question et qui avait vu son compte débité du montant de la cotisation. Cf. aussi THUNIS, Recommendation, p. 102 note 7. Exemple en sens contraire (refus de tenir compte de la recommandation 88/590, qui n'est pas

128. Du point de vue formel, la recommandation se présente comme un texte très court (deux articles), accompagné d'une importante annexe contenant une vingtaine de dispositions, auxquelles les émetteurs de moyens de paiement et les fournisseurs de système étaient priés de se conformer au plus tard douze mois après la date de la recommandation, soit jusqu'au 17 novembre 1989. Quant aux Etats membres, la Commission leur recommandait uniquement en matière de protection des données de faire en sorte que "*les données relatives aux titulaires contractants soient transmises*", mais qu'elles soient d'une part "*réduites au strict minimum*", d'autre part "*tenues secrètes par toutes les personnes qui en ont connaissance à l'occasion de ces opérations*". Il peut paraître curieux que ce texte communautaire, tout comme la recommandation 87/598, ne soit pas uniquement destiné aux Etats membres et qu'il vise à ce que les émetteurs modifient eux-mêmes leurs pratiques contractuelles. Même s'il est très rare que les recommandations soient adressées directement aux particuliers, la doctrine ne semble cependant pas contester ce procédé[384].

Tout comme la recommandation de 1987, la recommandation de 1988[385] a suscité des critiques de la doctrine[386], notamment eu égard aux recoupements peu heureux entre les deux textes, mais aussi en raison de son champ d'application probablement trop large, de certaines imprécisions dans les obligations de diligence des clients et les conséquences de leur violation, du caractère lacunaire de l'obligation de sécurité des émetteurs et surtout des larges imperfections juridiques dans le régime de répartition des risques. En outre, la

---

obligatoire) avec l'arrêt de la Cour suprême de Grèce cité par ANAGNOSTOPOULOU Despina, in: REDC 1997, p. 86 s.

384 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 64, note 90.

385 La recommandation 88/590 comprend un champ d'application matériel beaucoup plus large que le code européen de bonne conduite de 1987. L'annexe s'applique en effet au "*paiement électronique au moyen d'une carte*", aux "*retrait de billets, dépôt de billets et de chèques et opérations connexes auprès d'appareils électroniques*", au "*paiement non électronique par carte*" et au "*paiement électronique effectué par un consommateur sans utiliser de carte*" (art. 1, qui illustre ces définitions par quelques exemples). Ainsi la plupart des systèmes modernes de paiement grand public, qu'ils se caractérisent ou non par l'utilisation d'une carte ou par un procédé électronique, tombent sous le coup de la recommandation: distributeurs automatiques de billets (DAB), guichets automatiques de banque (GAB), transferts électroniques de fonds au point de vente (EFTPOS), banque à domicile, paiement par facturette avec signature, ce qui devrait viser, outre les cartes de débit, également les cartes de crédit, les cartes accréditives et les cartes privatives. Ne sont expressément exclues que les opérations par carte de garantie de chèques. Pour un commentaire de ce champ d'application, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 80 ss.
Au niveau de son contenu, la recommandation énonce tout d'abord quelques définitions, puis pose un certain nombre d'exigences visant à assurer la protection des consommateurs. Les clauses contractuelles devraient ainsi respecter, entre autres, certains principes de loyauté, de clarté, et elles devraient fournir différentes informations aux titulaires. Les questions les plus importantes réglées par la recommandation ont trait aux obligations du titulaire et de l'émetteur et au régime d'allocation des risques (cf. en détail *infra* no 414 ss et 485 ss).

386 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 64 ss, avec références.

recommandation 88/590 contient certaines lacunes, en particulier en ne prévoyant pas de procédure spéciale de traitement des plaintes. Malgré tout, on peut dire que la recommandation offrait aux consommateurs une protection théorique plus élevée que celle existant généralement au niveau des Etats membres[387], à l'exception du Danemark qui connaît une vraie législation spécifique et plus complète[388].

129. Compte tenu de son caractère non contraignant, la recommandation 88/590 n'a pas eu en pratique l'impact désiré[389]. Ce constat "*préoccupant*" est d'ailleurs souligné par la Commission dans sa communication "*Priorités pour la politique des consommateurs 1996-1998*"[390]. Quant au Comité économique et social, il a regretté ce respect "*très inégal, voire tristement inexistant*" de la recommandation par les émetteurs[391]. Ceci est pour le moins délicat pour un texte qui avait initialement été proposé sous forme de directive, mais qui avait été adopté en dernière minute sous forme de recommandation non contraignante. Devant le peu d'efficacité de la recommandation, les organisations de consommateurs appellent depuis longtemps à sa transformation en directive[392]. Le considérant 15 de la recommandation prévoit d'ailleurs que "*la Commission contrôlera la mise en oeuvre de la présente recommandation et prendra les mesures appropriées si elle estime cette mise en oeuvre insatisfaisante après douze mois*"[393]. Comme l'a constaté le Comité économique et social, les

---

387 ALLIX, Developments, p. 136.

388 Cf. *supra* no 61.

389 MITCHELL, Banker's, p. 64 ss. Une première étude réalisée en 1990 (KNOBBOUT-BETHLEM, survey; cf. aussi du même auteur: recommandation, p. 244 ss) a démontré qu'après l'échéance du délai fixé aux émetteurs pour se conformer au texte de la Commission, la plupart des dispositions n'avaient pas été intégrées dans les contrats utilisés dans les différents pays de la Communauté. Ceci était dû en grande partie à l'adoption de codes de conduite parallèles (cf. *infra* no 132). Une étude a ultérieurement été menée par la DG XV (actuellement: "*Marché intérieur et services financiers*") de la Commission: elle n'a pas été publiée, mais elle aurait donné des résultats tout aussi négatifs. Enfin, en 1995, une dernière étude a été confiée à un consultant par la DG XXIV (actuellement: "*Politique des consommateurs*") de la Commission, consultant qui conclut également au non-respect de dispositions de la recommandation dans de nombreux contrats utilisés au sein de l'Union européenne (étude de MITCHELL/THOMAS, International Consumer Policy Bureau). Voir aussi, sur un plan national uniquement, l'étude de MUNIER pour la France (1993) et l'analyse très approfondie pour l'Espagne de BUESO GUILLEN / SANTOS RUIZ DE EGUILAZ (1994).

390 Commission [UE], Priorités, p. 6.

391 Comité économique et social [UE], Priorités, para. 2.3.3.

392 Agence Europe, Bulletin no 5248, 5.5.1990, p. 13. Voir également ALLIX, Developments, p. 137.

393 La Commission s'est souvent dit prête à proposer un instrument contraignant si la recommandation 88/590 n'était pas respectée - on a même parlé d'un règlement (Agence Europe, Bulletin no 5316, 29.8.1990, p. 8) -, mais elle espérait toujours que le recours à une telle procédure ne serait pas nécessaire, d'autant plus que de nombreux acteurs parmi les professionnels sont particulièrement hostiles à l'idée de l'adoption d'une réglementation rigide dans un domaine où une politique de "*soft law*" leur paraît préférable pour le développement des systèmes de paiement.

mesures non contraignantes ont assuré une protection insuffisante des intérêts économiques des détenteurs de cartes et la Commission doit - le CES l'y exhorte - "*proposer une législation qui offrira aux consommateurs européens une protection uniforme et égale*"[394]. En février 1997, c'est le Parlement européen qui a invité la Commission à présenter un texte législatif qui rendrait "*obligatoire dans tous ses éléments la recommandation de 1988 sur les systèmes de paiement*"[395].

130. La question du choix de l'instrument juridique le plus adéquat est donc de première importance[396]. Dès 1990, la Commission a concentré ses efforts sur les paiements transfrontaliers à distance et laissé par conséquent la question des paiements face-à-face et en particulier des cartes quelque peu en suspens. La révision de la recommandation 88/590 est toutefois revenue à l'ordre du jour par la suite et la Commission a préparé différents avant-projets de nouvelles recommandations en 1996. Finalement, c'est à la suite de la publication en mai 1996 du livre vert "*Services financiers: répondre aux attentes des consommateurs*" que les choses se sont précisées. La Commission a en effet donné suite à ce livre vert par la diffusion en juin 1997 d'une communication "*Services financiers: renforcer la confiance des consommateurs*", dont l'objectif était de tenir compte des avis émis lors de la mise en consultation du livre vert afin d'assurer une meilleure protection des consommateurs de services financiers[397].

La Commission souligne dans cette communication du 26 juin 1997 les carences de la recommandation 88/590, en particulier en matière d'information des clients, de règlement des litiges et quant à son application aux moyens de paiement grand public les plus modernes (monnaie électronique par exemple)[398]. En conséquence, la Commission a annoncé qu'elle actualiserait la

---

394 Comité économique et social [UE], Priorités, para. 2.3.3.

395 Para. 14 de la résolution du 20.2.1997 sur la communication de la Commission: Priorités pour la politique des consommateurs 1996-1998 (référence in bibliographie).

396 Voir à ce sujet l'argumentation que nous avons développée, sur la base des différentes tendances de la doctrine, pour montrer les insuffisances du "*soft law*" et la nécessité d'adopter une législation contraignante dans le domaine du paiement électronique, FAVRE-BULLE, paiement, p. 224 ss et nos conclusions p. 241 et 242 s. Pour un avis contraire, KNOBBOUT-BETHLEM, electronic funds transfer, p. 281 et 289.

397 Voir notamment, dans l'optique de la recommandation 88/590, les avis émis par le Parlement européen (Résolution du 20.2.1997 sur le Livre vert de la Commission sur les services financiers: répondre aux attentes des consommateurs, para. 28 s.) et par le Comité économique et social (Services financiers, para. 4.7), ainsi que: Consumers in Europe Group, and Jeremy Mitchell of the International Consumer Policy Bureau, Response to the Commission Green Paper: Financial Services: Meeting Consumers' Expectations, in: JCP 1997, p. 379 ss, 388 et 392.

398 Commission [UE], confiance, p. 10.

recommandation de 1988[399], ce qui a donné lieu à l'adoption le 30 juillet 1997 d'une nouvelle recommandation 97/489/CE[400]. La Commission a également indiqué qu'elle présenterait prochainement une proposition de directive relative à l'émission de monnaie électronique, dont l'objectif sera de garantir la stabilité et la solidité des émetteurs de tels instruments de paiement[401]. La Commission a enfin précisé qu'elle évaluerait ultérieurement "*s'il y a lieu de prévoir d'autres initiatives législatives complémentaires dans le domaine des services de paiement pour assurer la sauvegarde des intérêts des consommateurs*"[402].

IV. La recommandation 90/109/CEE[403]

131. Le troisième texte que la Commission a adopté en matière de systèmes de paiement est la recommandation 90/109/CEE du 14 février 1990 "*concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières*", recommandation à nouveau non contraignante qui n'est constituée que d'une annexe exposant quelques "*généralités*" et six "*principes*".

Il s'agit là du premier instrument juridique traitant spécifiquement des paiements transfrontières. L'objectif était d'inciter les établissements réalisant de telles opérations[404] à fournir certaines informations à leur clientèle et à améliorer l'efficacité d'exécution des transferts[405]. Texte non contraignant composé de dispositions très précises comme de principes beaucoup plus généraux, la

---

399 Cf. aussi Commission [UE], commerce électronique, para. 47; JUSletter no 26-97, 12/14-97; Agence Europe, Bulletin no 6922, 26.2.1997, p. 12.

400 Cf. en détail *infra* no 144 ss.

401 Voir aussi Commission [UE], moyens électroniques de paiement, p. 3, et commerce électronique, para. 47; Comité économique et social [UE], moyens électroniques de paiement, para. 3.3.

402 Commission [UE], confiance, p. 11.

403 FAVRE-BULLE, paiement, p. 94 ss; ALLIX, moyens de paiement, p. 76 ss; DEJEMEPPE, p. 29 ss; DASSESSE/ISAACS/PENN, para. 30.5 ss; FAEMS/HERMANS, p. 477 ss; MITCHELL, Banker's, p. 81 ss; NENTWICH, p. 640 ss.

404 On peut être surpris du choix par la Commission des termes, plus proches du droit boursier, de "*transactions financières transfrontalières*", pour décrire, selon la définition donnée dans la recommandation, de simples virements transfrontières.

405 A cette fin, il est recommandé aux Etats membres d'une part de surveiller que les établissements qui procèdent à des virements internationaux appliquent les principes contenus dans l'annexe de la recommandation, d'autre part de notifier à la Commission les informations relatives aux organismes de plainte instaurés au niveau national sur la base du sixième principe de l'annexe et cela au plus tard le 30 septembre 1990. Une telle initiative découlait du fait que les opérations financières transfrontières posaient des problèmes indéniables aux particuliers et aux entreprises, comme en témoignaient de nombreuses plaintes adressées à la Commission et plusieurs interventions au Parlement européen, ainsi qu'une étude du BEUC, qui avait révélé d'importantes déficiences dans les services offerts (pertes, délais excessifs, augmentations considérables des prix) (BEUC, Transferts, p. 5 ss; cf. *infra* no 161).

recommandation 90/109, à l'instar des autres recommandations de la Commission, n'a pas porté ses fruits. Elle a tout d'abord été elle aussi "concurrencée" par des règles déontologiques adoptées par le secteur bancaire européen[406]. Ensuite, il s'est avéré après plusieurs études que la transparence et l'efficacité des paiements à distance transfrontières n'ont pas été assez améliorées. C'est la raison pour laquelle la Commission a alors mis en chantier une directive sur les virements transfrontaliers. Cette directive ayant été adoptée le 27 janvier 1997, la recommandation 90/109 n'a pratiquement plus aucune portée pratique, l'essentiel des principes qu'elle contient ayant été repris dans la directive. Nous allons y revenir[407].

V. Les codes de conduite des professionnels[408]

132. Plusieurs années de politique de "*soft law*" par la Commission européenne ont favorisé l'apparition d'une multitude de codes de conduite proposés par divers secteurs professionnels, phénomène qui ne contribue évidemment pas à la simplicité et à la clarté du droit communautaire des systèmes de paiement. Dans la mesure où les recommandations communautaires contiennent des règles ne convenant pas à certains acteurs, ceux-ci ont souvent préféré, plutôt que de ne pas respecter purement et simplement de telles dispositions non contraignantes, adopter leurs propres règles déontologiques, règles qui par la force des choses ont généralement représenté un niveau de protection des consommateurs inférieur aux textes de la Commission.

Si ces codes de conduite ont été sur le devant de la scène pendant quelques années, il n'en est toutefois plus de même aujourd'hui. L'adoption d'une directive sur les virements transfrontaliers, la publication d'une nouvelle recommandation 97/489 résultant de la révision de la recommandation 88/590 et l'échec des négociations autour de la recommandation 87/598 ne laisse plus beaucoup de place à des textes d'autorégulation proposés par les professionnels eux-mêmes. Les codes existants jusqu'ici[409] n'ont plus guère d'intérêt pratique et il n'y sera fait référence qu'incidemment par la suite.

---

406 Lignes directrices pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers, cf. *infra* note 409.

407 Cf. par exemple *infra* no 244 s.

408 FAVRE-BULLE, paiement, p. 66 ss; MITCHELL, Banker's, p. 62 ss, 66.

409 La recommandation 87/598 a donné lieu dès 1991 à la proposition par un comité de la Commission européenne, le Comité du commerce et de la distribution (CCD; cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 68 note 115), d'un texte d'autoréglementation intitulé dans sa version finale: "*Code de conduite européen sur la relation entre acquéreurs et accepteurs en matière de systèmes de paiement par carte*". Ce texte se limite aux seules relations entre commerçants/distributeurs (accepteurs) et institutions financières (acquéreurs), il ne concerne donc que très indirectement les consommateurs, mis à part les questions d'interopérabilité et surtout de "*dual pricing*". Une version définitive n'a cependant jamais

VI. Les travaux en matière de paiements transfrontaliers[410]

133. Si la recommandation 90/109 était un premier pas vers la résolution de certains problèmes liés aux paiements transfrontières, d'autres travaux ont été menés par la Commission pour "*qu'au cours des années 1990 l'Europe se dote de structures qui assurent un service de paiement aussi bon marché, rapide et fiable entre les différents Etats membres de la Communauté que celui qui existe déjà dans chacun d'entre eux*"[411].

134. Dans un premier temps, la Commission a publié en septembre 1990 un important document de discussion intitulé "*Les paiements dans le marché intérieur européen*"[412], qui n'était plus seulement axé sur les cartes de paiement

---

pu être adoptée, compte tenu notamment de l'opposition de principe entre banques et commerçants s'agissant de la tarification différenciée et de l'acceptabilité des cartes.
De son côté, la recommandation 88/590 a conduit à l'adoption de deux codes différents (cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 66 ss).
Premièrement, les Associations européennes du secteur du crédit (AESC: Fédération Bancaire de la Communauté européenne, Groupement des Banques Coopératives de la CE, Groupement Européen des Caisses d'Epargne) ont proposé en 1989 un "*Code de bonne conduite du secteur bancaire européen concernant les systèmes de paiement par cartes*" (DASSESSE/ISAACS/PENN, para. 30.23; REED, p. 456; ALLIX, consommateurs, p. 83 ss). Ce texte a dû être révisé à plusieurs reprises car il se situait largement en deçà du texte de la Commission. Même dans sa version finale du 14 novembre 1990 (publié in FAVRE-BULLE, paiement, annexe 3), il subsistait certaines divergences non négligeables (cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 67 s. et 72 s.).
Deuxièmement, le Comité du commerce et de la distribution (CCD) a présenté en 1991 un "*Code de conduite concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre porteurs et émetteurs de cartes privatives*" (publié in FAVRE-BULLE, paiement, annexe 4).
S'agissant enfin de la recommandation 90/109 et de la transparence des paiements transfrontières, les Associations européennes du secteur du crédit avaient proposé un texte d'autorégulation intitulé "*Lignes directrices du secteur bancaire européen pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers*" (publié in Commission [UE], paiements transfrontaliers, annexe A; cf. DASSESSE/ISAACS/PENN, para. 30.7 ss), que les banques membres s'étaient engagées à mettre en oeuvre pour le 31 décembre 1992. Des études ont toutefois montré que les progrès n'étaient pas suffisants, que les principes posés par la recommandation 90/109 n'étaient pas suffisamment respectés, ce qui a donc conduit la Commission a préparer une directive relative aux virements transfrontières.

410 HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 183 ss; VOLLRATH, p. 199 ss; GÖBEL, p. 1832 s.; ALLIX, moyens de paiement, p. 67 ss, et paiements électroniques, p. 58 ss; CRANSTON, Payment, p. 260 ss; DASSESSE, Payments, p. 169 s.; DASSESSE/ISAACS/PENN, para. 30.9 ss; EAGLESHAM, p. 150 ss; HARTMANN, Organisation, p. 983 ss; MUNIER, paiements, p. 16 ss; REHM/HARBEKE, p. 298 s.; TROBERG, Payment, p. 285 ss; VASSEUR, CNUDCI, p. 196 ss, et transferts, p. 332 ss; Conseil économique et social [France], Rapport, p. 71 ss; Comité consultatif [France], Rapport 1993-1994, p. 119 ss.

411 Commission [UE], Les paiements, para. 2.

412 Cf. ZBB 1991, p. 53 ss. REHM, Zahlungsverkehr, p. 757; REDC 1991, p. 55 (GOYENS Monique). Voir également l'avis du Comité économique et social y relatif du 20.3.1991.

ou la transparence, mais qui présentait la problématique des systèmes de paiement dans une perspective plus générale au niveau communautaire. En englobant les paiements en espèces, par virements, par chèques ou par cartes, c'était en fait toute la question des paiements transfrontières de détail effectués par les consommateurs et les petites entreprises qui était visée[413].

135. Deux groupes de travail ont par ailleurs été constitués, le Groupe de développement technique des systèmes de paiement (PSTDG[414]), chargé d'examiner les problèmes techniques liés aux structures utilisées pour les paiements transfrontaliers, et le Groupe de liaison des utilisateurs des systèmes de paiement (PSULG[415]), devant étudier les services et les formes de protection du consommateur dont les utilisateurs souhaiteraient pouvoir bénéficier dans le marché intérieur. Sur la base des rapports de ces deux groupes, la Commission a établit en mars 1992 un nouveau document de travail, sous le titre "*Faciliter les paiements transfrontaliers: éliminer les barrières*". Il s'agissait de décrire les initiatives en cours visant à améliorer la transparence, la rapidité, la fiabilité et le coût des systèmes de paiement transfrontière de détail et d'arrêter un programme d'action[416].

136. Pour donner suite à ses différents documents de travail et de discussion, la Commission a d'abord fait réaliser en 1993 quatre études[417] pour approfondir différentes questions liées aux systèmes de paiement transfrontière, études qui devaient servir de base à une réflexion future sur les problèmes qu'il convenait

---

413 Le document de discussion de 1990 décrit ainsi les critères d'un système de paiement transfrontière efficace (délais d'exécution clairs et rapides, coûts raisonnables et connus d'avance, définition des droits et obligations des parties, sécurité et solidité des systèmes, etc.) et quelques méthodes permettant d'atteindre cet objectif. A ce stade, la Commission n'entendait cependant pas imposer des solutions rigides, mais tendait au contraire à favoriser la concurrence et la coopération entre les différents systèmes de paiement en jouant le rôle d'un simple "*catalyseur*". Commission [UE], Les paiements, para. 5 et 8.

414 L'abréviation consacrée signifie en anglais: "*Payment Systems Technical Development Group*".

415 L'abréviation consacrée signifie en anglais: "*Payment Systems Users Liaison Group*".

416 Commission [UE], paiements transfrontaliers, p. 1 ss. Etaient annexées à ce document officiel: d'une part les lignes directrices du secteur bancaire européen précitées (*supra* note 409) pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers; d'autre part une "*Charte communautaire des utilisateurs*" préparée par la Commission, qui énonçait en cinq points les droits dont l'utilisateur de paiements transfrontaliers devait bénéficier, mais qui n'a jamais eu aucune portée pratique. Le Comité économique et social [UE], Consommateur, para. 4.11.4., a d'ailleurs vivement critiqué à l'époque le choix d'un tel instrument plus politique que juridique, rappelant qu'une charte "*n'a pas la moindre valeur juridique dans le contexte du Traité CEE*".

417 Voir la liste des sujets intéressant la Commission (DG XV), outre les quatres études en question, dans l'"*Appel à manifestation d'intérêt pour la réalisation de projets dans le domaine des systèmes de paiement*", publié in JOCE C 122 du 14.5.1992, p. 20 s.

encore de résoudre[418]. Il s'agissait premièrement d'une étude sur la transparence et l'efficacité des paiements à distance transfrontaliers[419], deuxièmement d'une étude sur la structure des prix (frais, commissions, etc.) en matière de paiements transfrontaliers[420], troisièmement d'une étude sur les obligations de déclaration à des fins statistiques lors de paiements transfrontaliers[421], quatrièmement d'une étude sur le cadre juridique des virements et leur règlement dans chaque Etat membre[422].

Sur cette base, la politique de la Commission s'est essentiellement orientée dans deux directions différentes. D'une part, un groupe d'experts s'est plus particulièrement penché sur les aspects systémiques des paiements, ce qui a conduit à l'adoption d'une proposition de directive concernant le caractère définitif du règlement et les garanties[423]. D'autre part, un accent particulier a été mis sur les questions de transparence et d'exécution des paiements à distance transfrontières, ce qui a permis d'aboutir à une directive sur les virements transfrontières.

---

418 Cf. Institutions Européennes & Finance, no 1, 16.3.1993, p. 8, et no 3, 26.5.1993, p. 2. Certains résultats de ces enquêtes seront repris dans d'autres chapitres, notamment *infra* no 164 ss.

419 Remote cross-border payment services: Transparency in conditions offered and performance of transfers executed (Retail Banking Research Ltd.), Report prepared for the Commission of the European Communities (DG XV), Londres juillet 1993. Le premier objectif était d'examiner un échantillon de 280 agences bancaires de la Communauté et d'évaluer la qualité des informations mise à la disposition de la clientèle pour les services de paiement transfrontalier à distance. La deuxième phase de l'étude a consisté à faire exécuter environ 1000 virements, chacun d'un montant de 100 écus, répartis entre 34 banques dans tous les Etats membres (cf. aussi *infra* no 166).

420 Sur la base d'un questionnaire très détaillé, les banques ont été priées de décrire leur système de tarification des opérations transfrontalières de manière à ce que l'on puisse examiner les améliorations possibles, pour remédier notamment à des problèmes tels que le double prélèvement des frais ("*double charging*", cf. *infra* no 170 ss). Institutions Européennes & Finance, no 5, juillet-août 1993, p. 5, puis no 10, 27.1.1994, p. 2 (pour les résultats).

421 Institutions Européennes & Finance, no 5, juillet-août 1993, p. 5, puis no 10, 27.1.1994, p. 2 (pour les résultats).

422 The laws on credit transfers and their settlement in Member States of the EU, Report for the European Commission (DG XV), Wilde Sapte - Bruxelles, février 1994. Cette étude, réalisée par des cabinets d'avocats, devait permettre de constater les convergences et les divergences du droit applicable aux systèmes de paiement dans les différents Etats membres. Institutions Européennes & Finance, no 5, juillet-août 1993, p. 1, 5. En détail: HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 187 ss.

423 Cf. *infra* no 142 s.

VII. La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers[424]

137. En 1993, l'étude précitée sur la transparence et l'efficacité des paiements à distance transfrontaliers[425] a mis en évidence un certain nombre de carences[426]. En conséquence, les commissaires chargés des questions de consommation et des services financiers ont présenté le 14 décembre 1993 une communication à la Commission[427]. La préférence était toujours donnée à une action volontaire des banques et un "*délai de grâce*" était accordé à celles-ci pour leur permettre d'atteindre les résultats souhaités. Une nouvelle étude était annoncée pour 1994 et si des progrès suffisants n'intervenaient pas d'ici là, selon des critères définis dans la communication, des mesures législatives contraignantes seraient proposées immédiatement[428].

138. Comme annoncé, une deuxième et dernière étude a été menée en 1994 et elle n'a pas donné de meilleurs résultats[429]. La Commission adopta donc le 18

---

424 STAUDER, Richtlinie, p. 585 ss; FAVRE-BULLE, directive, p. 201 ss; MATUSCHE, p. 115 ss (dans la perspective de la transposition en droit allemand); VOLLRATH, p. 204 ss (également avec des propositions concrètes pour la transposition en droit allemand); VEREECKEN/TROBERG, p. 148 ss; SCHNEIDER, Angleichung, p. 589 ss; GÖBEL, p. 1832 ss; SOUSI, Actualités, p. 21 ss; OLIVIERI, p. 143 ss; Banca, borsa e titoli di credito 1997, p. 786 ss (SCIARRONE ALIBRANDI Antonella). Sur les projets: HARRIS-BURLAND/DONÀ, notamment p. 195 ss; ALLIX, carte de paiement, p. 60; BØJER, p. 224 ss; HAMANN, Richtlinienentwurf, p. 404 ss; IANNUCCI, directive, p. 13 ss; MERTENS/RINKES, p. 72 ss; MUNIER, paiements, p. 20 s.; REICH, Verbraucherrecht, p. 388; SCHNEIDER, Entwurf, p. 478 ss; BEUC, directive, p. 1 ss; ASB, Rapport 1995/96, p. 125.

425 *Supra* no 136 et note 419. Cf. aussi Transparenz und Leistungsfähigkeit bei grenzüberschreitenden Fernzahlungen, Eine Untersuchung der EG-Kommission, in: ZBB 1993, p. 275 ss; Transparence et efficacité des paiements à distance transfrontaliers: Une étude de la Commission des Communautés européennes, Information à la presse IP(93)670, 29.7.1993.

426 L'année précédente, le BEUC avait déjà mené une étude qui avait donné de piètres résultats (manque de transparence, opérations lentes, peu fiables, onéreuses et jalonnées d'obstacles). Cf. *infra* no 161.

427 Communication de M. Vanni d'Archirafi et de Mme Scrivener à la Commission, Transparence et qualité d'exécution des paiements transfrontaliers, SEC(93) 1968 (non publiée). Cf. également Agence Europe, Bulletins no 6129, 15.12.1993, p. 10, et no 6130, 16.12.1993, p. 11; european report, no 1913, 24.12.1993, p. 3; The EC Times, 17.1.1994; Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 120; ainsi que les critiques du BEUC, in Agence Europe, Bulletin no 6133, 20/21.12.1993, p. 15.

428 Un premier projet de proposition de directive concernant la transparence et la qualité d'exécution des paiements transfrontaliers à distance était même annexé à la communication. Il était également fait mention d'une nouvelle charte qui devait être négociée entre les différentes parties, mais ce texte n'a jamais vu le jour. Le Comité économique et social [UE], transparence, p. 32 ss, a pris quant à lui position sur cette communication et sur le projet de proposition de directive dans un avis du 6 juillet 1994.

429 Study in the Area of Payment Systems into the Transparency of Conditions for Remote Cross-Border Payment Services and the Performance of Cross-Border Transfers (Retail

novembre 1994 une nouvelle communication "*Transferts de fonds dans l'UE: Transparence, qualité d'exécution et stabilité*", qui comprenait une proposition de directive concernant les virements transfrontaliers, ainsi qu'un projet de communication relative à l'application des règles de concurrence de la CE aux systèmes de virement transfrontalier[430] [431]. La Commission a ensuite adopté le 6 juin 1995 une proposition modifiée de directive sur - intitulé légèrement différent - les virements intérieurs à l'Union européenne[432], texte ne contenant

---

Banking Research Ltd.), Report for the Commission of the European Communities (DG XV), Londres août 1994. Cf. aussi Information à la presse IP(94)911, 3.10.1994, et Transparency and performance of remote cross-border payments, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 57 ss. Présentation et analyse *infra* no 166 ss.

430 Commission [UE], transferts, p. 3 ss. REDC 1994, p. 260 s; Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1994, p. 557, et 1995, p. 100; Revue du Marché Unique Européen 1/1995, p. 199 s.; Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 29; International Financial Law Review, décembre 1994, p. 61; European Business Law Review 1995, p. 79 ss; Institutions Européennes & Finance, no 18, 31.10.1994, p. 1 ss; Journal de Genève, 20.10.1994. Le Comité économique et social [UE], transferts, p. 1 ss, s'est prononcé sur cette communication par un avis du 1er juin 1995, alors que de son côté le Parlement européen a proposé vingt et un amendements à la proposition de directive le 19 mai 1995 (JOCE C 151 du 19.6.1995, p. 370 ss - cf. in bibliographie; Agence Europe, Bulletin no 6486, 22/23.5.1995, p. 12; International Financial Law Review, juin 1995, p. 53). La Commission a accepté totalement seize amendements et trois partiellement, ne rejetant que deux amendements du Parlement. Les questions de droit de la concurrence seront abordé plus loin (*infra* no 157).

431 Le choix entre "*soft law*" et "*hard law*" n'a jamais été facile. Lorsque le droit communautaire des systèmes de paiement n'était constitué que de recommandations, le Comité économique et social [UE], Consommateur, para. 4.11.4, critiquait cette politique et concluait dans son "*Avis sur le Consommateur et le Marché intérieur*" de 1993 "*qu'il est vital, pour la crédibilité des institutions communautaires, que la Communauté procède à une révision systématique des instruments non contraignants mis en place et, le cas échéant, les remplace par des instrument contraignants*". De son côté, le Parlement européen adoptait le 12 février 1993 une "*Résolution relative au système des paiements dans le cadre de l'Union économique et monétaire*" (A3-0029/93), qui prônait notamment l'adoption d'une directive pour définir certains principes de transparence en matière de protection des consommateurs, ainsi qu'une "*Résolution sur les mesures facilitant les paiements transfrontaliers dans le marché intérieur*", qui invitait la Commission "*à présenter une directive visant à harmoniser les divergences entre les législations nationales, dans le domaine de l'exécution et de l'irrévocabilité des paiements, et dans celui de l'insolvabilité*" (A3-0028/93 - les références complètes de ces documents se trouvent dans la bibliographie; cf. aussi Institutions Européennes & Finance, no 1, 16.3.1993, p. 2; Agence Europe, Bulletin no 5921, 17.2.1993, p. 11). Pourtant, lorsque la Commission annonça son intention d'adopter finalement une directive sur les paiements transfrontières, le Comité économique et social [UE], transparence, no 2 et 2.9, indiqua qu'il accordait sa préférence à un code de bonne conduite plutôt qu'à une directive. Un an plus tard, en 1995, le Comité économique et social [UE], transferts, no 3.6, exposait toutefois qu'il partageait désormais la position de la Commission sur la nécessité de recourir à une directive, le seul partisan de l'autoréglementation restant l'Institut monétaire européen.

432 Commission [UE], COM(95) 264 final. International Banking and Financial Law, juillet 1995, p. 11 ss. Le Comité économique et social [UE], virements intérieurs, p. 1 s., a rendu un avis sur cette proposition modifiée le 13 septembre 1995.

pas de différences majeures par rapport à la proposition de directive initiale. Un accord politique a pu rapidement être obtenu au Conseil sur une position commune et celle-ci a été formellement arrêtée le 4 décembre 1995[433].

En deuxième lecture, le Parlement européen n'a toutefois pas accepté les modifications proposées par le Conseil et il a présenté quatorze amendements à la position commune le 13 mars 1996[434]. Le texte à adopter étant une directive du Parlement européen et du Conseil selon la nouvelle procédure de codécision des art. 189 ss du traité CE tel que modifié par le traité de Maastricht, la Commission a dû émettre un avis sur ces amendements[435]. La proposition a ensuite été longuement discutée en procédure de conciliation[436] et ce n'est finalement que le 27 janvier 1997[437] que la directive 97/5/CE "*concernant les virements transfrontaliers*" a pu formellement et définitivement être adoptée, sur la base de l'art. 100 A du traité CE[438].

139. L'objectif de la directive est que les particuliers et les PME puissent effectuer des "*virements rapides, fiables et peu coûteux*"[439]. La voie choisie pour cela, conformément à la "nouvelle approche" de la reconnaissance mutuelle, est celle de l'harmonisation des seules règles essentielles[440]. Le Parlement européen et le Conseil n'ont pas voulu procéder à une harmonisation complète du droit du virement au sein de l'Union européenne; ils se sont

---

433 Conseil [UE], Position commune no 32/95. On a parfois parlé à tort de l'adoption proprement dite de la directive, alors que la position commune n'est qu'une étape dans le processus législatif (Journal de Genève, 19.9.1995: "*Directive européenne - Les Quinze réglementent les virements bancaires transfrontaliers*"; L'Agefi, 19.9.1995: "*Nouvelle directive européenne concernant les paiements bancaires*").

434 JOCE C 96 du 1.4.1996, p. 74 ss (cf. in bibliographie).

435 Conformément à l'art. 189 B para. 2 lit. d du traité CE. Elle en a accepté onze totalement, deux partiellement et n'en a rejeté qu'un (Commission [UE], COM(96) 172 final), prenant ainsi clairement position en faveur de l'argumentation du Parlement plutôt qu'en faveur de celle du Conseil.

436 Consum.L.J. 1996, CS44 (DAVIS Alan); Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1996, p. 353.

437 Après décision du Conseil du 19 décembre 1996 et décision du Parlement européen du 16 janvier 1997.

438 JOCE L 43 du 14.2.1997, p. 25 ss (cf. in bibliographie). International Banking and Financial Law 1997, p. 128 ss (MURRAY Rodger / BROOKES Victoria) et p. 141 ss (RINKES Jac GJ); REDC 1997, p. 84 s. et 220 s. (GOYENS Monique); Consum.L.J. 1997, CS22 s. (DAVIS Alan); Revue de droit bancaire et de la bourse 1997, p. 101 (SOUSI-ROUBI Blanche); Revue du Marché Unique Européen, no 2/1997, p. 140 s. (AGUADO A.); NJW 1997, p. 1836; Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1997, p. 94; International Financial Law Review 1997, p. 62; JUSletter no 8-97, 03/4-97; Agence Europe, Bulletin no 6899, 24.1.1997, p. 12; Institutions Européennes & Finance, no 42, 31.1.1997, p. 15.

439 Considérant 2. La directive est ainsi considérée par ses concepteurs comme "*se situant à mi-chemin entre la «réglementation du secteur bancaire» et la «protection des consommateurs»*" (HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 209).

440 Sur ces concepts, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 229.

contentés d'adopter des "*exigences minimales*" en matière de transparence et d'exécution des paiements transfrontières[441].

140. S'agit-il pour autant d'une harmonisation minimale au sens étroit, c'est-à-dire qu'elle laisserait aux Etats membres la compétence d'adopter ou de maintenir des dispositions nationales plus strictes[442]? Nous ne le pensons pas, bien que la question soit délicate à trancher[443].

Premièrement, la directive n'est pas basée sur l'art. 129 A - qui prévoit en son paragraphe 3 le droit des Etats membres de maintenir ou d'établir des mesures plus strictes que les actions arrêtées par la Communauté, pour autant qu'elles soient compatibles avec le traité[444] -, mais sur le seul art. 100 A.

Deuxièmement, contrairement à d'autres directives - en particulier la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[445] et la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance[446], adoptée à la même époque que la directive 97/5/CE -, la directive 97/5/CE ne contient pas de disposition prévoyant expressément le caractère minimal de l'harmonisation et la faculté des Etats d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur par des dispositions plus strictes.

Troisièmement, la teneur générale de la directive ne nous semble pas laisser de place à une telle latitude des Etats membres. Les obligations en matière de délais et d'indemnisation des clients sont très précises et sans réserves. Le fait que les obligations d'information sur les conditions applicables aux virements ne se réfèrent qu'à un standard minimum[447] signifie que la Communauté s'en tient à l'harmonisation des règles essentielles, mais non forcément que les Etats peuvent maintenir ou adopter des mesures plus strictes dans le champ de l'harmonisation. Le fait qu'un considérant (12) réserve les dispositions de droit

---

441 Cf. considérant 8. HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 209.

442 Sur ces concepts, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 228; VAN HUFFEL, droit bancaire, p. 275.

443 Voir à ce sujet les développements de STAUDER, Richtlinie, p. 596 ss. Les concepteurs de la directive sont eux-mêmes pour le moins prudents et ne donnent pas de réponse: la question de savoir s'il y a harmonisation minimale ou non est selon eux l'une des "*plus épineuses du point de vue du droit communautaire*"; savoir si les délais d'exécution des virements prévus dans la directive peuvent être modifiés par les Etats membres par l'adoption de dispositions plus rigoureuses est "*un point de droit difficile*" (HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 227). Pour VAN HUFFEL, droit bancaire, p. 266, il s'agit pourtant bien d'une directive d'harmonisation totale.

444 Cf. *supra* no 93.

445 *Infra* no 341.

446 *Infra* no 502.

447 "*Ces informations doivent comporter au moins*" (art. 3); "*Ces informations contiennent au moins*" (art. 4). Cf. *infra* no 250 ss.

national dans certains cas précis[448] ne fait que délimiter le champ de l'harmonisation, en montrant ce que le droit communautaire harmonise de manière contraignante d'un côté et la place laissée au droit national d'un autre côté.

Enfin, quatrièmement, les travaux préparatoires montrent la volonté expresse de la Communauté d'exclure le droit des Etats membres d'aller au-delà du contenu de la directive, à tout le moins sur certains points. Nous verrons en effet, s'agissant de l'obligation de remboursement des établissements en cas de virement non mené à bonne fin, que tant la Commission que le Parlement européen voulaient prévoir la possibilité pour les Etats membres d'augmenter le montant minimum de remboursement fixé au niveau communautaire, mais que le Conseil s'y est fermement opposé et qu'une telle faculté n'a finalement pas été prévue, l'obligation de remboursement des établissements communautaires effectuant des virements transfrontières étant définitivement limitée de manière impérative à 12'500 écus[449].

141. S'agissant de la mise en oeuvre, les Etats membres devront transposer la directive dans leur droit national d'ici au 14 août 1999[450]. Les institutions européennes attendent toutefois que les Etats membres s'efforcent de se conformer à la directive à la date du 1er janvier 1999, soit pour le début de la troisième phase de l'Union économique et monétaire[451]. La directive sera peut-être révisée deux ans après sa mise en application, selon le rapport qui sera établi par la Commission, notamment en ce qui concerne la question des délais d'exécution des virements[452].

Le contenu de la directive 97/5/CE sera analysé en détail dans les chapitres suivants[453].

---

448 Présentation et analyse de ce considérant 12 *infra* no 445.

449 *Infra* note 1172.

450 Art. 11 para. 1.

451 Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, in: JOCE L 43 du 14.2.1997, p. 31.

452 Art. 12.

453 Outre des dispositions sur son champ d'application et des définitions (section I), la directive contient des règles sur la transparence des conditions applicables aux virements transfrontaliers (informations préalables et postérieures à un virement) (section II), ainsi que des obligations minimales des établissements effectuant de tels virements (délais, respect des instructions en matière de répartition des frais, remboursement en cas de défaillance, règlement des différends) (section III, la section IV étant elle consacrée aux dispositions finales).
Selon son art. 1, la directive 97/5/CE s'applique aux virements transfrontaliers, soit aux opérations effectuées à l'initiative d'un donneur d'ordre *via* un établissement situé dans un Etat membre, en vue de mettre une somme d'argent (devise d'un Etat membre ou écu) à la disposition d'un bénéficiaire dans un établissement situé dans un autre Etat membre (cf. art. 2 lit. f, définition déjà relevée *supra* no 18). Seuls sont concernés les virements transfrontaliers jusqu'à un montant équivalant à 50'000 écus (soit un peu plus de 80'000

VIII. Vers une directive complémentaire visant à réduire les risques systémiques

142. Initialement, la Commission a séparé les problèmes de transparence de la question plus générale du cadre juridique des virements transfrontaliers dans la Communauté. Après l'adoption par la CNUDCI en 1992 de la loi type sur les virements internationaux, la Commission devait décider quelle suite donner à ce texte, dans la mesure où la CNUDCI recommande à tous les Etats, y compris bien sûr les Etats membres de la Communauté, "*de prendre dûment en considération la loi type*"[454]. La Commission n'a jamais caché qu'elle suivait de près les travaux de la CNUDCI et que cela pourrait être là une excellente occasion d'harmoniser le droit applicable aux virements transfrontaliers dans la Communauté[455].

Avec l'aide d'un groupe d'experts gouvernementaux, la Commission s'est notamment penchée sur deux grands chapitres: les risques systémiques[456] (surveillance et stabilité des systèmes, dans l'optique des banques centrales) et les questions bilatérales (relations entre banques et relations banque-client). Des projets ont été discutés, mais finalement, les aspects bilatéraux, les questions abordées dans la loi modèle de la CNUDCI ont été intégrés directement dans la directive 97/5 sur les virements transfrontaliers, qui a un caractère de protection des consommateurs plus marqué.

143. Seules ont donc été traitées séparément les questions systémiques intéressant plus particulièrement les banques centrales[457]. C'est ainsi que la Commission en est arrivée à proposer le 30 mai 1996 une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la finalité (soit le caractère définitif) du règlement et les garanties, texte clairement complémentaire à la directive sur les virements transfrontières[458]. Une proposition modifiée a ensuite été présentée le

---

francs suisses), exécutés mais non ordonnés par des établissements de crédit et autres institutions financières (art. 1; cf. *supra* no 15 et note 20).

454 *Supra* no 48.

455 Cf. notamment SCHNEIDER/TROBERG, p. 172; TROBERG, Payment, p. 287. On peut lire ainsi dans le document de travail de mars 1992 que la Commission envisageait de "*s'inspirer*" des travaux de la CNUDCI (Commission [UE], paiements transfrontaliers, para 14; voir aussi les para. 51 et 76, ainsi que le rapport du PSTDG, para. 65). Voir toutefois les importantes critiques de VASSEUR, CNUDCI, p. 198 ss.

456 Sur cette notion, cf. *supra* note 45.

457 FÈVRE, p. 19 s.

458 Agence Europe, Bulletin no 6741, 5.6.1996, p. 7; International Financial Law Review, août 1996, p. 61; Banque & Droit, no 49, septembre-octobre 1996, p. 28 s. (DE VAUPLANE Hubert). Voir aussi l'avis du Comité économique et social du 31.10.1996 et l'avis du Parlement européen en première lecture du 9.4.1997 (références in bibliographie). En doctrine: VEREECKEN/TROBERG, p. 140 ss; DEVOS, p. 17 ss; HASSELBACH, Zahlungssystemen, p. 1491 ss. Sur l'avant-projet de directive: BALZ, p. 1639 s.; Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1996,

4 juillet 1997 avec un nouveau titre: "*Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la limitation du risque systémique dans les systèmes de paiement et de dénouement des transactions sur valeurs mobilières*", mais sans modifications substantielles par rapport au texte initial en ce qui concerne les paiements. Le Conseil a quant à lui arrêté une position commune le 13 octobre 1997 (en vue de l'adoption de la "*directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres*") qui emporte des changements importants. Les Etats membres devraient avoir dix-huit mois après la publication de la directive au Journal officiel pour s'y conformer[459].

En substance, le projet de directive vise à rendre les ordres de transfert et la compensation[460] définitifs et opposables aux tiers en cas d'insolvabilité d'un établissement participant au système de paiement, les ordres de transfert irrévocables, la législation en matière d'insolvabilité non rétroactive et traite également du sort des garanties constituées pour couvrir des dettes d'un participant en cas d'insolvabilité du constituant. C'est dire que dans l'optique d'une étude consacrée aux seules relations bilatérales entre institutions financières et clients, à l'exclusion de toutes questions systémiques, cette proposition de directive n'a qu'un intérêt très marginal. Référence n'y sera donc

---

p. 249. Sur le projet antérieur à la proposition de directive, HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 228 ss.

459 Art. 12 para. 1 de la position commune.

460 La définition de "*compensation*" a été introduite par le Conseil dans sa position commune. Les propositions de directive préparées par la Commission parlaient elles de "*netting de paiements*", soit de "*la conversion des créances et des obligations découlant d'ordres de paiement émis à un ou plusieurs autres établissements ou reçus d'un ou de plusieurs autres établissements par un établissement en une créance (ou une obligation) nette unique, de sorte que seule cette créance nette ou l'obligation nette est respectivement exigible ou payable*" (art. 2 lit. g). A cet égard, le projet de directive sur le caractère définitif du règlement ne doit pas être confondu avec la directive 96/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mars 1996 modifiant la directive 89/647/CEE en ce qui concerne la reconnaissance par les autorités compétentes des contrats de novation et des conventions de compensation (*contractual netting*) (JOCE L 85 du 3.4.1996, p. 17 s.). D'un point de vue juridique, la notion technique de "*netting*" reste la même, mais comme l'explique la Commission, la directive 96/10 traite des obligations non échues compensées uniquement sur une base bilatérale et de la validité de ces conventions de netting dans le cadre du calcul des exigences de fonds propres imposées aux établissements de crédit, alors que le projet de directive qui nous intéresse ici concerne les flux de paiements faisant l'objet d'une compensation bilatérale ou multilatérale. Sur les complexités du netting, spécialement dans l'optique des paiements, voir notamment: GIOVANOLI, Payment, p. 220 ss; PELTIER Frédéric, Du netting et de la compensation, ou l'affirmation d'un droit spécial, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 53 ss; DASSESSE Marc, Les quipropos du netting, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 107 ss; ainsi que plusieurs contributions publiées dans le Dossier: Le renouveau de la compensation: clearing et netting, in: Revue de la Banque 3/1994 (p. 121 ss).

faite ultérieurement que pour les aspects pouvant directement intéresser les consommateurs, en particulier l'irrévocabilité des ordres[461].

IX. La recommandation 97/489/CE[462]

144. Nous avons mentionné plus haut les critiques résultant du non-respect de la recommandation 88/590/CEE et les appels à la transformation de ce texte en instrument contraignant[463]. La Commission n'a pas suivi cette voie puisque si elle a mis à jour sa recommandation de 1988, elle est restée fidèle au "*soft law*" en n'adoptant pas une directive, mais une nouvelle recommandation 97/489/CE du 30 juillet 1997 "*concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire*"[464]. Cette recommandation 97/489 est contenue et présentée dans une communication spécifique de la Commission du 9 juillet 1997, "*Accroître la confiance de la clientèle dans les moyens électroniques de paiement dans le cadre du marché unique*".

Les Etats membres sont invités à prendre les mesures nécessaires pour que les émetteurs mettent leurs activités en conformité avec les dispositions adoptées d'ici au 31 décembre 1998[465]. La Commission entend suivre attentivement cette mise en oeuvre de la recommandation et, à défaut d'une application satisfaisante dans le délai fixé, elle proposera une législation contraignante appropriée[466]. Au contraire de la recommandation 88/590 qui était principalement adressée aux professionnels[467], la nouvelle recommandation de 1997 a donc l'avantage de responsabiliser les Etats membres quant au respect des exigences fixées par la Commission. Il n'est pas exclu que cela ait plus d'effet, même s'il s'agit toujours d'une injonction non contraignante.

145. L'objectif de la recommandation 97/489 est "*d'assurer un degré élevé de protection des consommateurs dans l'utilisation des instruments de paiement électronique*"[468]. On remarque à cet égard une section II traitant de la

---

461 *Infra* no 563 ss.

462 WALDEN, p. 236.

463 *Supra* no 129.

464 Agence Europe, Bulletin no 7013, 10.7.1997; Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1997, p. 397; Institutions Européennes & Finance, no 48, 29.8.1997, p. 1 ss; JUSletter no 30-97, 03/22-97; REDC 1997, p. 315 ss (KERSTIËNS Caroline).

465 Art. 11. La communication accompagnant la recommandation étend cette "invitation" directement aux émetteurs. Sur cette contradiction, cf. Comité économique et social [UE], moyens électroniques de paiement, para. 5.13.

466 Considérant 12 et Commission [UE], confiance, p. 11.

467 Cf. *supra* no 128.

468 Considérant 8.

transparence des conditions applicables aux opérations (informations minimales relatives aux conditions d'émission et d'utilisation d'un instrument de paiement électronique; informations postérieures à l'opération) ainsi qu'une section IV traitant notamment du règlement des différends, qui présentent un certain progrès par rapport aux lacunes de la recommandation 88/590 en matière d'information et de règlement des litiges. Quant à la section III, consacrée aux obligations et responsabilités des parties au contrat, elle est mieux présentée, sa structure est plus claire que celle de la recommandation de 1988, mais elle ne constitue pas une avancée particulière en matière de protection des consommateurs. Nous reviendrons sur ces dispositions dans les différents chapitres concernés.

146. A nos yeux, le rapport entre la recommandation 88/590 et la recommandation 97/489 pose problème. Celle-ci a été présentée comme une révision, une mise à jour de celle-là[469], mais aucune disposition ne le précise dans le texte même publié au Journal officiel. On ne sait donc comment considérer la recommandation de 1988: est-elle formellement caduque et remplacée par le nouveau texte de la Commission? Une recommandation non contraignante adressée essentiellement aux opérateurs privés comme l'était la recommandation 88/590 ne devrait normalement perdre sa valeur juridique que si la Commission le précisait expressément, par exemple en indiquant que cette recommandation est formellement retirée au profit de nouvelles dispositions.

Ce problème de délimitation entre les deux textes est encore accentué lorsque l'on se penche sur leur champ d'application respectif[470]. En visant tant

469 Cf. *supra* no 130. La Commission parle aussi de nouvelle recommandation "*qui modifie et complète la recommandation précédente*": Commission [UE], moyens électroniques de paiement, p. 6.

470 Le champ d'application et les définitions énoncées à la section I de la recommandation 97/489 sont critiquables pour leur manque de clarté et de structure. A titre d'exemple, la recommandation s'applique notamment aux transferts de fonds effectués au moyen d'un instrument de paiement électronique (art. 1 para. 1 lit. a). La question est donc de savoir ce qu'il convient d'entendre par "*instrument de paiement électronique*". Or au lieu de donner directement des explications ou des exemples de moyens de paiement, comme c'est le cas avec les recommandations 87/598 et 88/590, la Commission a simplement précisé (art. 2 lit. a) qu'un instrument de paiement électronique est un instrument qui permet à son titulaire d'effectuer les opérations décrites à l'art. 1 para. 1, c'est-à-dire des transferts de fonds effectués au moyen d'un instrument de paiement électronique! La situation ne s'améliore guère lorsque la Commission utilise des termes tels que (cf. art. 2 lit. b) : "*instrument de paiement d'accès à distance*" - expression inusuelle en doctrine et dans la pratique -, "*preuve d'identité similaire*" à un code d'identification personnel - la simple signature manuscrite est-elle visée? -, ou encore lorsque les cartes de crédit et les cartes accréditives sont citées comme des instruments permettant à un détenteur d'avoir accès aux fonds détenus sur son compte auprès d'un établissement, alors que l'on sait que de telles cartes peuvent être émises par des organismes qui ne gèrent pas des fonds et qui se contentent d'envoyer des factures aux clients pour être remboursés des montants qu'ils ont payés aux commerçants à la suite de l'utilisation des cartes. S'agissant de la monnaie électronique, de nombreuses exceptions à l'application des dispositions ajoutent à la

les moyens d'accès à un compte (cartes, banque à domicile, téléphone, etc.) que la monnaie électronique (cartes prépayées et autres mémoires d'ordinateur sur lesquelles des unités de valeur sont stockées électroniquement), la recommandation 97/489 a un champ d'application beaucoup plus large que la recommandation 88/590 et elle doit être approuvée en tant qu'elle permet d'englober les moyens de paiement du futur. L'application de la recommandation 97/489 à des paiements non électroniques, en particulier aux paiements par carte avec facturette et signature, qui sont expressément visés par la recommandation 88/590[471], est en revanche plus discutable.

Alors que le titre de la recommandation 88/590 vise les systèmes de paiement de façon générale, le titre de la recommandation 97/489 se limite au paiement électronique. Lorsque l'on examine le champ d'application et les définitions de la recommandation 97/489[472], tout porte à croire que ce texte ne concerne effectivement que les opérations effectuées au moyen d'un instrument de paiement (ou de monnaie) électronique. Or si l'on se réfère maintenant au considérant 3 de la recommandation, on constate que les paiements non électroniques par carte, avec signature et facturette, sont considérés comme des transactions effectuées par un instrument de paiement électronique! Si l'on suit ce considérant, le champ d'application de la recommandation de 1988 est donc recouvert par celui de la recommandation de 1997, mais force est de souligner que le champ d'application formellement défini à l'art. 1 de la recommandation 97/489 n'est pas du tout aussi clair.

La démarche de la Commission est critiquable car l'on ne peut pas à la fois mettre un accent formel sur les paiements électroniques et assimiler les transactions manuelles à de tels paiements, ce d'autant plus dans un simple considérant. Dans son avis sur la communication accompagnant la recommandation, le Conseil économique et social n'hésite pas à parler d'"*incohérence*" s'agissant de la question de l'application de la recommandation 88/590 ou de la recommandation 97/489 aux opérations sur support papier, par exemple pour les cartes de crédit classiques sans accès à un compte, et même de "*grave omission*" si la recommandation 88/590 devait bel et bien être remplacée par la recommandation 97/489[473].

Il aurait été utile que la Commission précise mieux la portée de ses différents textes. Si un consommateur peut utiliser sa carte de paiement dans

---

confusion. Si la recommandation 97/489 devait être transformée en directive, il conviendrait par conséquent que ses art. 1 et 2 soient impérativement reformulés pour être plus compréhensibles. Voir aussi les critiques du Comité économique et social [UE], moyens électroniques de paiement, para. 5.2 ss.

471 Art. 1. Cf. *supra* note 385.

472 Art. 1 et 2.

473 Comité économique et social [UE], moyens électroniques de paiement, para. 5.4 ss et 5.14.

différents Etats européens, parfois avec code, parfois avec signature, il devrait savoir les règles que les institutions financières doivent appliquer, qu'il y ait "paiement électronique" ou non[474]. Si une opération de transfert électronique de fonds visée par la recommandation de 1997 équivaut par ailleurs à un virement transfrontière - cela pourrait notamment être le cas avec un système de banque à domicile -, l'application des dispositions de la recommandation pourrait d'ailleurs entrer également en conflit avec la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers.

147. En pratique, la recommandation 88/590 va perdre sa portée à l'égard des professionnels - si tant est qu'elle en ait eu une puisqu'elle n'a pas été respectée -. D'une part, si la recommandation 97/489 est présentée comme une actualisation de la recommandation 88/590, les institutions financières n'ont apparemment aucune raison de se plier à un texte dépassé. D'autre part, la Commission est prête à transformer la recommandation 97/489 en directive si nécessaire, mais elle ne fera logiquement pas de même avec l'ancienne recommandation de 1988. Les professionnels n'ont donc rien à craindre en principe de leur non-respect de la recommandation 88/590.

Cela étant, et dans la perspective d'une analyse scientifique des paiements transfrontières *de lege lata* et *de lege ferenda*, nous considérons que la recommandation de 1988 n'a pas perdu tout intérêt. Tout d'abord, dans la mesure où ce texte n'est pas formellement abrogé par la recommandation 97/489 et qu'il s'adresse directement aux émetteurs alors que la recommandation 97/489 vise, à sa lettre, l'action des Etats membres, nous maintenons qu'il garde la portée juridique reconnue à toute recommandation par la Cour européenne de justice dans sa jurisprudence *Grimaldi*, c'est-à-dire qu'un juge pourrait toujours en tenir compte pour résoudre un litige qui lui serait soumis. Ensuite et surtout, nous verrons que la recommandation 97/489 est loin de régler tous les problèmes posés par la recommandation de 1988. Ainsi, dans le cadre d'une réflexion théorique sur les solutions à adopter pour créer un cadre juridique adéquat pour les paiements transfrontières de détail, il paraît intéressant de mettre en évidence les lacunes et imperfections réglementaires qui perdurent depuis des

---

474 Sur la question de savoir si une distinction doit être faite entre paiements électroniques et paiements manuels lorsqu'il s'agit de définir le champ d'application d'une règlementation en matière de systèmes de paiement grand public, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 82 ss. Une dichotomie trop complexe peut constituer un danger pour le consommateur, par exemple s'il est titulaire d'une carte multi-fonctionnelle, puisqu'il ne saura pas à quel droit se fier si la situation légale dépend du caractère électronique ou non du terminal de paiement qu'il utilise. Pour KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 244 s., "*du point de vue de la protection des consommateurs, il n'est pas souhaitable de distinguer entre paiement électronique ou non électronique*", il faut préférer "*une seule réglementation protectrice couvrant tous les types de cartes*".

années et dans quelle mesure la situation n'a que très imparfaitement été améliorée par le texte de 1997[475].

C. Le rôle du droit de la concurrence

148. L'analyse du droit communautaire de la concurrence dans le domaine des systèmes de paiement représenterait un sujet de thèse à elle toute seule. Nous ne pouvons toutefois passer sous silence certains aspects de cette problématique dans un travail consacré aux paiements transfrontières de détail, car la politique pratiquée dans ce domaine par la Commission européenne emporte des conséquences, tant pour les consommateurs[476] que pour les professionnels, qui dépassent le cadre strict du droit de la concurrence. Les développements qui vont suivre n'ont donc qu'une vocation descriptive et sont destinés à donner une vision plus globale du cadre juridique des paiements transfrontières dans l'Union européenne. Il ne s'agit aucunement d'une analyse critique et détaillée du droit européen de la concurrence.

149. Avant de s'interroger sur les particularités des paiements, c'est la simple applicabilité des règles communautaires de concurrence au secteur bancaire qui

---

475 Nous examinerons principalement les recommandations 88/590 et 97/489, de même d'ailleurs que la recommandation 87/598, en relation avec la catégorie générale des paiements face-à-face, les paiements transfrontières à distance étant eux traités essentiellement dans le cadre de l'analyse de la directive 97/5. Nous ne pouvons en effet étudier le régime de droit communautaire pour chaque moyen de paiement transfrontière. Dans la mesure où notre objectif est de dégager des thèses pour des problèmes qui se posent de façon générale pour différents modes de paiement (transparence, allocation des risques, conflits de lois, règlement des litiges), nous nous en tiendrons à deux grandes catégories de moyens de paiement: les paiements face-à-face à l'étranger (par exemple paiement par carte auprès d'un commerçant, retrait dans une billetterie) et les paiements transfrontières à distance (typiquement les virements). Dans la mesure où la directive 97/5 ne s'applique qu'aux virements, nous pourrons la rattacher aux paiements à distance; de même, dans la mesure où les recommandations de la Commission, en particulier celles de 1988 et 1997, visent avant tout les paiements par carte et les retraits d'argent, nous les rattacherons aux paiements face-à-face. Nous n'analyserons pas en détail en revanche les dispositions des recommandations précitées qui pourraient s'appliquer également à certains paiements à distance (Telebanking par exemple).

476 Cf. aussi STUURMAN Kees, EFT and EC Treaty Competition Rules, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 283 ss; STUURMAN C., Competition, in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, p. 117 ss; REICH Norbert, Transborder banking in the EEC - Competition law and the consumer interest, in: STAUDER B. (éd.), Liberalization and Regulatory Reform in the Field of Banking Services in Europe: The Swiss Consumer's Point of View / Libéralisation des services financiers bancaires en Europe: Le point de vue du consommateur suisse, Zurich 1989, p. 45 ss; THUNIS/SCHAUSS, paiement, p. 75 ss.

doit déjà être examinée[477]. Alors que les Etats ont longtemps estimé que l'activité bancaire participait à la mise en oeuvre de leur politique économique et monétaire et qu'elle échappait donc en grande partie au droit communautaire et en particulier au droit de la concurrence des art. 85 ss du traité CEE[478], la Cour de justice des Communautés a tranché cette controverse dans le sens d'une application de principe des règles de concurrence aux banques dans un arrêt-phare *Züchner*[479] de 1981. Cette décision a ensuite été confirmée par d'autres arrêts[480].

150. En matière de moyens de paiement, la Commission n'a pris aucune décision formelle d'application des art. 85 ou 86 du traité CE dans le domaine des cartes de paiement[481], elle ne s'est en particulier pas encore prononcée sur la question du "*dual pricing*"[482]. Les clauses contractuelles de non-discrimination, qui obligent les commerçants à traiter de manière égale les différentes moyens de paiement et qui empêchent donc lesdits commerçants de répercuter sur leur clientèle les commissions bancaires qu'ils ont à régler en cas de paiement par carte, sont toutefois à l'étude à Bruxelles et les indiscrétions montrent que la Commission doute de la licéité de telles clauses sous l'angle du droit de la concurrence, l'établissement d'une plus grande transparence des commissions prélevées lui paraissant préférable[483].

La Commission doit définir une véritable politique de la concurrence en matière de cartes de paiement et il est à prévoir qu'une communication sera

---

477 Pour une analyse très complète de l'impact du droit communautaire de la concurrence sur les opérations bancaires en général, voir parmi d'autres: DASSESSE/ISAACS/PENN, para. 23.1 ss.

478 On invoquait pour ce faire les art. 90 para. 2, 104 et 87 du traité.

479 Arrêt du 14.7.1981, affaire 172/80, Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG, in: Rec. 1981, p. 2021 ss. Cas d'une prétendue pratique concertée entre banques en matière de commission pour des transferts de fonds de la clientèle d'un Etat membre à l'autre (envoi d'un chèque à un destinataire à l'étranger).

480 Cf. PARDON, concurrence, p. 115 ss; BIANCARELLI, concurrence, p. 4 ss; DASSESSE, Competition, p. 105 ss; EHLERMANN, p. 459 ss; SALMON, p. 25 ss.

481 SALMON, p. 25. Ce qui n'est pas le cas de certaines autorités nationales dans plusieurs Etats membres, cf. EHLERMANN, p. 469.

482 Cf. *supra* no 124. EHLERMANN, p. 470 estime pourtant "*indispensable*" une prise de position communautaire sur ce sujet de la tarification différenciée.

483 Agence Europe, Bulletin no 6921, 24-25.2.1997, p. 14 s.; Les Echos, 21-22.3.1997. Par ailleurs, les représentants européens du commerce ont déposé une plainte auprès des autorités communautaires le 23 mai 1997 pour pratiques anticoncurrentielles des banques et des grands systèmes de cartes en matière tarifaire (Institutions Européennes & Finance, no 46, 3.6.1997, p. 12). Même si nous n'entendons pas procéder ici à une analyse critique des aspects de droit de la concurrence des moyens de paiement, on ne peut s'empêcher de relever que l'interdiction contractuelle du "*dual pricing*" s'apparente fort à un prix imposé, pratique prohibée par l'art. 85 para. 1 lit. a du traité CE. Il est donc indispensable qu'une décision soit prise pour un strict respect du droit communautaire de la concurrence, quitte à ce que le résultat soit en définitive peu favorable aux consommateurs si des écarts de prix sont admissibles selon le mode de paiement.

publiée à l'issue de la réflexion approfondie qui est menée actuellement[484]. En l'état, c'est dans d'autres domaines et notamment celui des chèques, que plusieurs décisions ont été rendues, décisions qui permettent de mieux comprendre la position des autorités communautaires en matière de concurrence, en particulier au niveau de la tarification. Le cas le plus connu - et qui a constitué la toute première décision de la Commission dans le secteur bancaire - est l'affaire *Eurocheque.*

I. L'affaire Eurocheque

151. Premier volet: la société Eurocheque International avait obtenu en 1984 une décision d'exemption de la Commission au titre de l'art. 85 paragraphe 3 du traité CEE pour son accord relatif à l'utilisation et à la compensation internationales des eurochèques uniformes, accord dit "*Package Deal*" et cela pour une durée limitée correspondant à la durée initiale de l'accord lui-même, soit jusqu'au 30 avril 1986[485]. Malgré notamment la fixation d'une commission uniforme de 1.25% pour tout chèque tiré en monnaie locale à l'étranger, la Commission européenne a jugé que les quatre conditions requises pour l'exemption prévue par le Traité étaient remplies.

Premièrement, le système eurochèque contribue à améliorer les facilités de paiement à l'intérieur du Marché commun. Deuxièmement, les utilisateurs du système en retirent un profit équitable: les porteurs de chèque disposent en pratique de toutes les monnaies européennes, ils peuvent retirer de l'argent liquide, ils bénéficient d'une garantie émise par leur banque et d'un délai de recouvrement. Troisièmement, les restrictions imposées sont indispensables pour le bon fonctionnement du système eurochèque. Quatrièmement, les accords et décisions en cause ne donnent pas la possibilité aux banques émettrices d'eurochèques uniformes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des moyens de paiement internationaux puisque toute personne se rendant à l'étranger garde le choix entre différents moyens de paiement.

Dans l'optique des consommateurs, on retiendra la constatation par la Commission que les accords et décisions en cause ne régissent pas les relations entre les banques tirées et leurs clients. Une possibilité de concurrence subsistait donc au niveau des relations entre chaque établissement émetteur et sa clientèle,

---

484 EHLERMANN, p. 468 s. La Commission a elle-même précisé qu'elle publierait, au cours de l'année 1998, une communication pour clarifier les modalités d'application des règles de concurrence aux instruments de paiement électronique: Commission [UE], moyens électroniques de paiement, p. 3, et commerce électronique, para. 48; voir aussi l'avis du Comité économique et social [UE], moyens électroniques de paiement, para. 3.4.

485 Décision de la Commission du 10.12.1984, JOCE L 35 du 7.2.1985, p. 43 ss. CRANSTON, Payment, p. 249 ss; BRIEN, p. 45 ss.

la mesure dans laquelle les commissions sont répercutées sur la clientèle étant laissée à l'appréciation de l'établissement tiré. En outre, pour assurer la transparence du marché et la liberté de choix des utilisateurs, la Commission a estimé nécessaire que ceux-ci soient exactement informés des modalités et du coût d'utilisation des eurochèques uniformes à l'étranger, par voie d'affichage aux guichets, de dépliants et de toute autre manière adéquate, de même que le décompte remis au client après chaque opération indique certains éléments. La Commission a donc formellement intégré dans sa décision une injonction aux associations bancaires de prescrire à leurs adhérents d'informer "*très précisément*" leur clientèle sur tous les frais d'utilisation des eurochèques à l'étranger.

En 1987, un nouvel accord a été conclu au sein de la communauté Eurocheque et notifié à la Commission. Seuls deux points importants ont été modifiés par rapport au "*Package Deal*" initial: le montant maximal de la commission interbancaire a été porté de 1.25% à 1.60% et un minimum a été introduit pour cette même commission interbancaire (contre-valeur approximative de 2 francs suisses par eurochèque)[486]. Aujourd'hui, on attend toujours la décision de renouvellement ou non de l'exemption générale[487]. Aux dernières nouvelles, la Commission serait prête à accorder une exemption à l'accord interbancaire eurochèque, à la condition notamment que la règle de non-discrimination appliquée aux commerçants soit abandonnée, mais les banques refusent cette proposition qui revient à renoncer à interdire contractuellement le "*dual pricing*"[488].

152. Deuxième volet - parallèle -: en 1992, à la suite de l'accord dit d'"*Helsinki*" entre Eurocheque International et le Groupement français des cartes bancaires "CB", ces deux sociétés ont été condamnées par la Commission européenne à de lourdes amendes[489] pour violation de l'art. 85 para. 1 en raison

---

486 DISHINGTON, p. 33; SOUSI-ROUBI, Droit bancaire, no 738 p. 361.

487 Le dossier est à l'étude depuis plusieurs années à la DG IV; une communication de griefs a déjà eu lieu et portait en particulier sur le manque d'information sur les différentes charges donnée à ceux qui tirent des chèques à l'étranger, l'imposition systématique d'une commission interbancaire maximum répercutée sur le consommateur, l'introduction d'une commission minimum, le montant peu élevé garanti par eurochèque, enfin le traitement des eurochèques par les détaillants français (ceux-ci étant les seuls dans la Communauté européenne à devoir payer une commission à leur banque - identique à un paiement par carte - sur les eurochèques étrangers qu'ils encaissent): REDC 1991, p. 44; WuW 1991, p. 31; INFO-C, septembre 1991, p. 5 s; Agence Europe, Bulletin no 5337, 27.9.1990, p. 7 s.; EHLERMANN, p. 464. La demande d'exemption a incidemment donné lieu à une décision du Tribunal de première instance des Communautés pour une question de procédure liée à une demande de renseignements adressée par la Commission à une banque membre de la communauté Eurocheque: arrêt du 8.3.1995, affaire T-34/93, Société Générale c. Commission, in: Rec. 1995, p. II-545 ss.

488 Institutions Européennes & Finance, no 42, 31.1.1997, p. 14; ainsi que les références citées *supra* note 483 sur la position de la Commission face à la tarification différenciée.

489 Respectivement 1 million et 5 millions d'écus.

de l'entente tarifaire illicite sur les conditions d'acceptation des eurochèques étrangers dans le secteur du commerce en France[490]. Il s'agissait du premier cas d'amende pour le secteur bancaire. La Commission européenne a estimé que l'accord d'Helsinki constituait une restriction de concurrence "*particulièrement grave*", en tant qu'entente de prix, qui plus est applicable aux relations avec la clientèle. Elle a au surplus rejeté la demande d'application de l'art. 85 para. 3, aux motifs premièrement que l'accord n'a pas favorisé le développement des eurochèques en France mais l'a au contraire entravé, deuxièmement que les utilisateurs n'ont globalement pas tiré d'avantages de l'accord, troisièmement que ces restrictions n'étaient pas indispensables, quatrièmement qu'il n'y avait plus de possibilités de concurrence résiduelle.

Sur recours, le Tribunal de Première Instance des Communautés a cependant atténué considérablement cette sanction, dans un arrêt du 23 février 1994[491], en annulant la décision pour des motifs de procédure en ce qui concerne Eurocheque et en réduisant de 5 à 2 millions d'écus l'amende infligée au groupement des cartes bancaires "CB", mais en ne confirmant pas moins la thèse de la Commission quant à la violation de l'art. 85 para. 1 et l'inapplicabilité de l'art. 85 para. 3 du traité[492].

153. Le problème de base est en fait la distinction délicate entre accords de coopération et ententes cartellaires. Le domaine des systèmes de paiement se caractérise en effet par un besoin important de coopération entre les opérateurs, surtout lorsqu'on parle d'interopérabilité, d'interconnexion des systèmes. Les banquiers sont ainsi unanimes pour solliciter l'aide des autorités communautaires de la concurrence afin que des accords multilatéraux puissent être conclus, que ce soit dans le domaine technique, de la normalisation, ou pour définir des commissions interbancaires uniques[493].

---

490 Décision de la Commission du 25.3.1992, JOCE L 95 du 9.4.1992, p. 50 ss. VuR 1992, p. 205; DISHINGTON, p. 33 s.

491 Affaires jointes T-39/92 et T-40/92, Groupement des cartes bancaires «CB» et Europay International SA c. Commission, in: Rec. 1994, p. II-49 ss. Cf. Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 120; Institutions Européennes & Finance, no 11, 28.2.1994, p. 1 ss.

492 Sur l'arrêt subséquent du Tribunal de première instance au sujet du paiement des intérêts afférents à cette amende: arrêt du 14.7.1995, affaire T-275/94, Groupement des cartes bancaires «CB» c. Commission, in: Rec. 1995, p. II-2169 ss; SCHWERER François, Les recours contre les décisions de la Commission européenne, Régime applicable aux intérêts de retard (Arrêt du 14 juillet 1995: Groupement des cartes bancaires/Commission), in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 180 ss.

493 A noter que pour SOUSI-ROUBI, concurrence, p. 197 s., l'accord de prix entre banques sur des commissions interbancaires se caractérise par une absence de marché et donc d'une condition d'application du droit communautaire de la concurrence. L'art. 85 étant inapplicable, les commissions interbancaires devraient donc pouvoir être conclues tout à fait librement. Partant, cet auteur critique les décisions de la Commission européenne et du Tribunal de première instance basées sur une "*doctrine Eurocheque*" erronée. Voir aussi

154. Pourtant, certains accords interbancaires ne franchissent pas le cap de l'examen par la Commission européenne de leur compatibilité avec le droit européen de la concurrence. Il en est ainsi par exemple du "*European Accord for Bank Card Usage*" signé à Florence le 9 octobre 1987 sous l'égide du Conseil Européen des Systèmes de Paiement[494]. Cet accord-cadre visait à aboutir, dans les meilleurs délais, à la réciprocité des cartes de paiement émises par les différentes banques européennes. Le but était de permettre à chaque banque concernée de continuer à émettre sa propre carte, tout en l'obligeant à accepter les cartes des autres émetteurs. Etaient réglés dans la convention les termes de la coopération, entre banques et vis-à-vis des commerçants, au niveau technique et tarifaire, ainsi qu'au niveau de la sécurité, coopération touchant les opérations (électroniques ou non) de retrait d'espèces et de paiement de biens et services.

Une telle entente entre un nombre limité de banques (à l'exclusion d'autres institutions financières et des banques non européennes) était toutefois susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun au sens de l'art. 85 para. 1 du traité CEE[495]. Le "*European Accord for Bank Card Usage*" a donc été notifié à la Commission (DG IV) afin d'obtenir une exemption des règles de la concurrence (art. 85 para. 3 du traité)[496], mais devant les importants griefs qui ont été formulés, le Conseil Européen des Systèmes de Paiement a tout simplement préféré renoncer à son accord, sans donc qu'une décision formelle ne soit finalement prise par la Commission européenne[497].

155. Il semblerait malgré tout que l'on soit plus conciliant désormais à l'égard de certains accords tarifaires conclus par les banques, pour autant que ces accords réservent un certain profit aux utilisateurs, conformément aux conditions d'exemption de l'art. 85 para. 3. La Commission distingue entre les conditions appliquées aux clients et les relations interbancaires. Les premières ne devraient jamais donner lieu à des accords tarifaires alors que, pour les relations entre banques, un accord tarifaire pourrait être exempté, lorsqu'il s'inscrit dans le cadre d'un service pour lequel la collaboration de deux ou plusieurs banques est requise et que la fixation d'une commission interbancaire est absolument

---

l'analyse approfondie de SCHWERER, virements, p. 435 ss, et marché, p. 3 ss, sur cette différence entre marché et système.

494 European Council for Payment Systems (ECPS). Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 53 ss; CRANSTON, Payment, p. 256 s.; ; MITCHELL, Banker's, p. 67 ss; ASB, Rapports 1989/90, p. 192 s., et 1990/91, p. 163, et 1991/92, p. 156. L'ECPS ne se limite pas aux seuls Etats de la Communauté mais inclut également des pays de l'AELE - dont la Suisse -, soit les représentants de 40 organisations bancaires de 17 Etats européens (VASSEUR, Droit, p. 1520; MITCHELL, services financiers, p. 253).

495 MITCHELL, Electronic Banking, p. 45 s., et services financiers, p. 253; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 15.

496 Droit de l'Informatique & des télécoms 1989/1, p. 5 s.

497 Le Conseil Européen des Systèmes de Paiement aurait même été dissous en 1992.

nécessaire pour assurer le succès de cette coopération. En outre, seule la fixation de commissions maximales devrait être autorisée.

L'admissibilité d'accords sur les commissions interbancaires s'explique en pratique parce que des commissions variables d'une banque à l'autre impliquerait des négociations bilatérales entre les milliers d'établissements participants au système, ce qui n'est pas concevable. En revanche, comme la Commission l'a précisé dans sa décision "*eurochèques uniformes*" de 1984, il est bien clair que de telles commissions interbancaires ne doivent pas être systématiquement répercutées sur la clientèle à cause d'accords au niveau national régissant les relations banques-clients. Les banques d'un même pays ne doivent pas offrir le même service au même prix, les usagers doivent garder leur liberté de choix.

II. Les systèmes de virements transfrontaliers

156. Si la Commission européenne n'a, à ce jour, toujours pas fixé de règles de concurrence en matière de paiements face-à-face - le cas des eurochèques mis à part -, elle a en revanche formalisé un certain nombre de principes pour les virements transfrontaliers.

157. La Commission a commencé par proposer, en annexe de son document de travail de mars 1992[498], des "*Principes de concurrence pour les systèmes de virement*"[499]. Certains problèmes importants pour les consommateurs, comme par exemple le double prélèvement des frais[500], n'étaient cependant pas traités. Ainsi, dans le cadre des travaux relatifs à la proposition de directive sur les virements transfrontaliers, la Commission a actualisé et remplacé ces principes par un projet de "*communication relative à l'application des règles de concurrence de la Communauté européenne aux systèmes de virement transfrontalier*" publié au Journal officiel[501]. Après analyse des observations faites sur ce projet par toutes les parties intéressées[502], la Commission a

---

498 Commission [UE], paiements transfrontaliers (cf. *supra* no 135), annexe C.

499 Ces principes étaient destinés à fournir des orientations générales aux banques et autres institutions financières, au sujet notamment des accords sur l'adhésion aux systèmes, les aspects techniques, juridiques et opérationnels des services et la répartition des coûts.

500 Il y a double prélèvement ("*double charging*") "*lorsque le donneur d'ordre d'un virement transfrontalier demande à payer l'intégralité des frais afférents au virement (...) et que, malgré ses instructions, une banque intermédiaire ou la banque du bénéficiaire opère une déduction sur le montant transféré, ou que cette dernière facture au bénéficiaire un montant supérieur à celui qui aurait été facturé pour un virement domestique*" (Commission [UE], concurrence, no 47). Cf. en détail *infra* no 170 ss.

501 JOCE C 322 du 19.11.1994, p. 7 ss (cf. in bibliographie).

502 Voir par exemple: Opinion du BEUC sur l'application des règles de concurrence de la CE aux systèmes de virement transfrontalier, BEUC/5/95, 5.1.1995.

finalement arrêté une version définitive de la communication en septembre 1995[503].

En ce qui concerne la concurrence non tarifaire, la Commission pose des limites aux critères d'adhésion à un système, surtout s'il s'agit d'un "*service essentiel*", qui doit être ouvert aux nouveaux adhérents. Quant au fonctionnement d'un système, la Commission précise que les banques peuvent adopter des normes interbancaires communes dès lors qu'elles n'aboutissent pas à des accords d'exclusivité, les clients devant rester libres d'effectuer des opérations auprès de plusieurs établissements. Selon une liste indicative dans la communication, certaines de ces normes ne relèvent en principe pas de l'art. 85 para. 1, alors que d'autres pourraient bénéficier à certaines conditions d'une exemption selon l'art. 85 para. 3.

S'agissant maintenant de la concurrence tarifaire, la Commission distingue différentes catégories de coûts pouvant faire l'objet d'accords. Elle rappelle en particulier au niveau de la tarification banques-clients que tout accord entre les banques participant à un système visant à fixer le type ou le niveau des tarifs à facturer à la clientèle est exclu. Quant aux commissions interbancaires, si un accord bilatéral à leur sujet ne relèverait normalement pas de l'art. 85 para. 1, un accord multilatéral vaudrait à l'inverse le plus souvent restriction de concurrence tombant sous cette disposition. Une exemption pourrait toutefois être envisagée aux conditions de l'art. 85 para. 3. La Commission consacre enfin d'importants développements au problème du double prélèvement des frais, en faisant une distinction entre les commissions interbancaires multilatérales selon le type de double prélèvement pratiqué. Nous examinerons ces questions de double prélèvement ("*double charging*") dans un autre chapitre, dans la mesure où elles appellent des réflexions non seulement en droit de la

---

503 JOCE C 251 du 27.9.1995, p. 3 ss (cf. in bibliographie). REDC 1995, p. 230; European Business Law Review 1995, p. 251; International Financial Law Review 1995, p. 53. Cette communication expose la démarche que la Commission se propose d'adopter pour apprécier la compatibilité des systèmes de virement transfrontaliers - et eux seuls - avec les art. 85 et 86 du traité, elle vise à mieux informer les participants au marché de la position de la Commission sur les questions qui soulèvent des problèmes de concurrence. Il est intéressant de relever que la Commission se propose d'adopter une attitude de "*bienveillance*" à l'égard des accords conclus par les banques pour améliorer les systèmes de virement transfrontalier, en particulier s'ils permettent de satisfaire aux exigences de la directive sur les virements transfrontières et pour autant qu'ils respectent les art. 85 et 86 du traité. La Commission espère qu'une véritable concurrence contribuera à améliorer l'efficacité des services et à réduire les frais facturés aux clients. Elle souhaite simplement opérer une distinction entre les différentes formes de coopération: accords indispensables ou ententes condamnables. Sont ainsi définis dans la communication: les marchés en cause et la concurrence sur ces marchés. Sur la situation au niveau de l'Espace économique européen, voir la communication de l'Autorité de surveillance AELE du 4 juin 1997 relative à l'application des règles de concurrence de l'EEE aux systèmes de virement transfrontaliers, in: JOCE C 301 du 2.10.1997, p. 7 ss, texte calqué sur la communication précitée de la Commission de septembre 1995.

concurrence mais également - et surtout, dans l'optique de notre travail - en droit contractuel[504] [505].

504 Cf. *infra* no 170 ss, 401 ss et 432 ss.

505 Ces sujets de tarification et de commissions bancaires ont également posé des problèmes au niveau des Etats membres. En France par exemple, un important contentieux a ainsi opposé banques et commerçants et a occasionné plusieurs décisions de justice sous l'angle du droit de la concurrence français, au sujet notamment de la fixation concertée par le Groupement d'intérêt économique (GIE) "Cartes bancaires" de la commission d'interchange (commission interbancaire de paiement) versée par les banques de commerçants aux banques de porteurs de carte pour les services rendus par celles-ci lors du recouvrement des paiements (débit des comptes de porteurs et garantie de paiement des commerçants en cas de transaction frauduleuse ou abusive). Cette commission est répercutée sur les commerçants par leur banque, augmentée d'une commission pour frais propres, de sorte que les prix des biens et services peuvent s'en voir augmentés pour le consommateur final. Cf. Comité consultatif [France], cartes, p. 3 ss, et Rapport 1988-1989, p. 73 ss; Conseil économique et social [France], Rapport, p. 41 ss; GAVALDA/STOUFFLET, Droit du crédit, no 343.3; LESQUINS Jean-Louis, Concurrence et cartes bancaires (à propos de la saisine du Conseil national du Commerce contre le GIE «Cartes bancaires»), in: Revue de la concurrence et de la consommation, no 58, nov.-déc. 1990, p. 12 ss; LUCAS DE LEYSSAC Claude, Cartes bancaires, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1991, p. 2 ss, et Droit de l'Informatique et des télécoms 1991/1, p. 73 ss.

Chapitre 3: Les principaux obstacles aux paiements transfrontières

158. A l'avenir, et spécialement dans la perspective d'un véritable espace financier européen, les consommateurs recourront de plus en plus aux paiements transfrontières, notamment pour exécuter des contrats conclus avec un cocontractant dans un autre Etat (abonnements à des revues, prestations de voyage, assurances, etc.) ou pour recevoir des versements de l'étranger (salaires, retraites, prestations d'assurance, etc.)[506]. Or les paiements transfrontières se distinguent des paiements domestiques par plusieurs inconvénients que rencontrent les utilisateurs. Avant d'examiner dans les chapitres suivants comment les problèmes principaux sont réglés en droit européen et quelles solutions peuvent être proposées *de lege ferenda*, il convient dans un premier temps de bien identifier quels sont ces obstacles qui entravent le développement des paiements transfrontières[507].

A. L'identification des problèmes

159. L'étude des paiements transfrontières de détail en Europe et des problèmes juridiques qu'ils posent est assez récente, comme l'a montré l'exposé chronologique des actions menées par les institutions européennes (chapitre 2). La démarche la plus significative à cet égard a été celle de la Commission européenne: en quelques années, d'importants travaux et enquêtes ont été entrepris; ils ont permis de mettre en évidence les problèmes les plus cruciaux et de proposer des solutions réglementaires. Mais les principales "victimes" de ces obstacles aux paiements transfrontières de détail, à savoir les utilisateurs des systèmes, ont également joué un rôle non négligeable.

I. Les victimes: les utilisateurs

160. La Commission européenne n'a pas pris spontanément l'initiative d'intervenir dans le domaine des paiements transfrontières en tant que gardienne des traités. Elle a été sollicitée par les parties qui subissent directement les inconvénients en cause, spécialement les clients qui utilisent les systèmes: consommateurs au sens étroit et petites et moyennes entreprises. Depuis

506 ALLIX, carte de paiement, p. 58.

507 Conseil économique et social [France], Rapport, p. 69 ss. Voir aussi l'intéressante étude, quoi que déjà un peu ancienne (1986) pour un sujet qui évolue très vite, de BLAUROCK, Obstacles.

plusieurs années, la Commission reçoit des plaintes de ces utilisateurs (non publiées) et le Parlement européen enregistre de nombreuses questions écrites sur les carences des paiements transfrontaliers[508].

161. Les organisations de consommateurs ont également été très actives pour mettre en évidence les problèmes qui se posent. En avril 1988, Le Bureau européen des Unions de consommateurs (BEUC) a publié une première étude sur les transferts d'argent à l'intérieur de la CEE, réalisée en 1987. Plus de 200 paiements transfrontières de 100 écus ont été effectués, en partie sous forme de virements et en partie par envois d'eurochèques, et des carences ont été relevées, en termes de coûts élevés, de manque d'information, de non-respect des ordres, de délais et de pertes[509].

Quelques années plus tard, en août 1992, le BEUC a publié les résultats d'une nouvelle étude portant sur 160 virements bancaires transfrontières et l'envoi de 20 eurochèques tous d'environ 130 écus ("*Cost Transparency in Cross-Border Financial Transfers*")[510]. Premièrement, certains virements ne sont jamais arrivés à destination bien que leur montant ait été débité du compte du donneur d'ordre. Deuxièmement, les transferts à partir de et vers certains Etats ont pris en moyenne plus de temps que les autres (jusqu'à 22 jours ouvrables!). Troisièmement, les commissions prélevées ont été importantes, en atteignant en moyenne 15% du montant du virement si l'on y ajoute les frais de change[511], des frais étant également souvent imputés au bénéficiaire malgré une instruction contraire du donneur d'ordre. Quatrièmement, la transparence était insuffisante: l'information préalable était le plus souvent inexistante ou en tout cas très lacunaire; quant à l'information *a posteriori*, tant le donneur d'ordre que le bénéficiaire n'ont généralement pas été mis au courant de tous les détails de l'opération (commissions prélevées, taux de change, etc.). Cinquièmement, d'autres entraves aux paiements transfrontières ont encore été rencontrées (formalités administratives). Les résultats étaient plus satisfaisants pour les eurochèques, mais on doit rappeler que les risques sont encore grands en cas de perte ou d'interception des chèques.

---

508 Voir par exemple (avec réponses de la Commission): question écrite no 2238/92 (MEGAHY), in: JOCE C 350 du 29.12.1993, p. 2 s.; question écrite no E-1236/93 (BEUMER), in: JOCE C 296 du 24.10.1994, p. 11 s.; question écrite no 1291/93 (LULLING), in: JOCE C 333 du 8.12.1993, p. 18 s.; question écrite no E-2265/96 (BERÈS), in: JOCE C 72 du 7.3.1997, p. 21. Pour les systèmes électroniques de paiement (recommandation 88/590/CEE): question écrite no E-740/95 (WILLOCKX), in: JOCE C 190 du 24.7.1995, p. 22 s. (commentaire Alan DAVIS in: Consum.L.J. 1995, CS72 s.).

509 BEUC, Transferts, p. 5 ss.

510 BEUC, Transparency; Agence Europe, Bulletin no 5853, 7.11.1992, p. 13.

511 On a même relevé le cas d'un virement ayant coûté 51 écus pour une somme virée de 130 écus, soit 39% de la somme transférée!

Cette étude a fait dire au BEUC que: "*Transférer de l'argent d'un Etat membre à l'autre est une opération lente, peu fiable, extrêmement onéreuse et jalonnées d'obstacles*", qu'il serait utopique de croire que les consommateurs sont libres d'acheter des biens et des services où bon leur semble dans le marché unique de la Communauté tant que les transferts, même pour des petits montants, ne peuvent s'opérer en toute confiance[512]. Ces résultats peu satisfaisants étaient pour le moins étonnants puisqu'ils intervenaient après l'adoption de la recommandation 90/109/CEE du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières[513]. Les représentants des consommateurs ont alors estimé qu'une directive était devenue indispensable.

162. Ces études ont eu un certain impact, mais elles ne concernaient que les paiements transfrontières à distance. En matière de paiement face-à-face, le BEUC a également réalisé des études très intéressantes, mais qui sont curieusement passées plus inaperçues. Après des rapports de 1988 et 1991, le BEUC a publié en juin 1992 un important document consacré au "*Holiday Money*"[514]. Il s'agissait d'une analyse des systèmes de paiement transfrontière suivants: espèces, traveller's cheques, eurochèques, cartes de paiement internationales (Visa, Eurocard/Mastercard, American Express et Diners' Club) et Postchèques internationaux, cela sous l'angle de l'information donnée *a priori* et *a posteriori* (transparence des coûts) et sous l'angle de leur degré d'acceptation. Là encore, un certain nombre de carences ont été relevées du point de vue de l'utilisation transfrontière de ces moyens de paiement face-à-face par les consommateurs.

163. Face à tous ces problèmes, de nombreux arguments ont été avancées tant par les représentants des consommateurs[515] que par la doctrine[516]. On recense également des publications spécifiques relatives aux attentes des entreprises qui

---

512 Les transferts d'argent dans la CE: les banques se sucrent, Communiqué de presse BEUC, réf. 92.16, 4.11.1992, p. 1.

513 Cf. *supra* no 131.

514 BEUC, Holiday. Cf. aussi Europe, Paiement à la carte, in: J'achète mieux, no 6/1993, p. 34 ss.

515 Cf. BEUC, directive, p. 1 ss; Comité consultatif [France], Rapport 1993-1994, p. 127 ss; Consumers in the European Community Group (CECG), p. 16 ss; ; EAGLESHAM, p. 150 ss; GOYENS, Payer, p. 83 ss; MITCHELL, payments, p. 27 ss, et Banker's, p. 80 ss; MUNIER, paiements, p. 16 ss; HÖRMANN, p. 203 ss. Plus généralement, sur les arguments de protection des consommateurs en matière de (nouveaux) moyens de paiement grand public, voir les références citées in FAVRE-BULLE, paiement, p. 34 s., note 151.

516 Nous ne pouvons citer ici l'ensemble des références; nous nous arrêterons sur les différentes positions de la doctrine pour chaque sujet, au fur et à mesure des prochains chapitres.

utilisent des systèmes de paiement[517], sans parler bien sûr des mesures suggérées par le secteur bancaire lui-même[518]. Mais avant de parler de solutions - dont il sera question dans les chapitres ultérieurs -, l'on doit être sûr de la pertinence des problèmes dénoncés. Dans la mesure où les institutions financières ont souvent contesté celle-ci et les études réalisées par les organisations de consommateurs, la Commission européenne elle-même a souhaité mener ses propres travaux et études.

II. Les travaux et études de la Commission européenne

164. Le premier document juridique spécifiquement consacré aux paiements transfrontières a été la recommandation 90/109 sur la transparence. Ce texte a ceci de particulier qu'il définit de manière très précise - tout en étant non contraignant - des exigences en matière d'information, de répartition des coûts, de délais ou de traitement des plaintes, alors qu'à cette époque, la Commission européenne n'avait pas encore réalisé d'études de fond sur les problèmes particuliers des paiements transfrontières. Les principales dispositions de la recommandation ont ensuite été reprises dans la directive sur les virements transfrontières de 1997.

165. Les entraves aux paiements transfrontières ont été abordées pour la première fois dans le document de réflexion de septembre 1990 "*Les paiements dans le marché intérieur européen*"[519], dans lequel la Commission définit les critères d'un système de paiement transfrontalier efficace afin de pouvoir évaluer les possibilités d'amélioration[520]. Ce rapport a cependant trait à de nombreux

---

517 Cf. par exemple: Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 65 ss et 87; SIMON Pierre, Qu'attendent les entreprises d'un système de paiement intra-européen, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 50 ss; GOULDING Nicolas, Requirements of a unified european payment system for Small and Medium sized businesses, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 46 ss.

518 Voir notamment: ABB, paiements, p. 7 ss; AFB, Actualité bancaire, no 239, 17-23.10.1994, p. 1 s.; ASB, Rapport 1994/95, p. 124 ss; Comité consultatif [France], Rapport 1993-1994, p. 131 ss; WALKHOFF, p. 159 ss; IANNUCCI, directive, p. 13 ss, et information, p. 5 ss; WRIGHT, Paiements, p. 68 s.; KOCH, p. 70 s.; BRARD, p. 114 ss; SIMON, paiements, p. 1100 ss; Actualité bancaire no 214, 20.12.1993 (Pierre SIMON, Paiements transfrontaliers en Europe: "La Commission doit laisser le marché apporter les réponses aux besoins réels"); Petits paiements transfrontières, in: bancatique, no 85, septembre 1992, p. 436 ss.

519 *Supra* no 134.

520 Dans le cadre de l'analyse des problèmes posés par l'utilisation transfrontière de différents moyens de paiement (espèces, virements, chèques et cartes) et des suggestions de solutions, on retiendra l'accent mis sur le coût des opérations de change (en l'absence d'une monnaie unique), les inconvénients du système des correspondants pour les virements (coûts élevés et information insuffisante, notamment sur les coûts et les délais)

aspects techniques et le volet juridique est peu abordé. C'est par conséquent un autre document de travail de la Commission qui fait plutôt office de référence en doctrine et dans la pratique en tant que descriptif des obstacles aux paiements transfrontières et d'ébauche de certaines solutions juridiques: le rapport de mars 1992 "*Faciliter les paiements transfrontaliers: éliminer les barrières*". Ce texte constitue une sorte de synthèse des deux importants rapports publiés par le Groupe de développement technique des systèmes de paiement (PSTDG) et le Groupe de liaison des utilisateurs des systèmes de paiement (PSULG)[521], qui eux-mêmes contiennent de précieuses informations. On peut dire que le maître mot de ces travaux était d'examiner les diverses mesures "*pour augmenter la rapidité, la transparence et la fiabilité des paiements transfrontaliers et en diminuer le coût*"[522].

166. Nous allons nous arrêter plus en détail sur ces quatre premières catégories d'entraves (information insuffisante, coût trop élevé, durée d'exécution trop longue et manque de fiabilité) et pour mieux les illustrer, nous nous référerons aux résultats des études menées sur le terrain par la Commission en 1993 et 1994[523].

La première de ces études[524] a porté sur l'information donnée dans plusieurs dizaines d'agences bancaires dans chaque Etat membre de la Communauté (280 au total) et sur l'exécution d'environ 1000 virements de 100 écus entre 34 banques. Quant à la deuxième étude réalisée en 1994[525], elle a

---

et les améliorations possibles (accès des institutions financières étrangères aux chambres de compensation informatisées nationales et interconnexion de celles-ci en Europe), la dématérialisation des chèques ou encore l'interopérabilité des cartes.

521 Cf. *supra* no 135.

522 Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 62.

523 On rappellera que la Commission a fait réaliser par un consultant indépendant deux études à une année d'intervalle sur la transparence et l'efficacité des paiements à distance transfrontaliers, études qui visaient en particulier à contrôler si les mesures d'autorégulation du secteur bancaire étaient suffisantes (Lignes directrices pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers). Cf. *supra* no 136-138.

524 Remote cross-border payment services: Transparency in conditions offered and performance of transfers executed (Retail Banking Research Ltd.), Report prepared for the Commission of the European Communities (DG XV), Londres juillet 1993. Cf. aussi Transparenz und Leistungsfähigkeit bei grenzüberschreitenden Fernzahlungen, Eine Untersuchung der EG-Kommission, in: ZBB 1993, p. 275 ss; Transparence et efficacité des paiements à distance transfrontaliers: Une étude de la Commission des Communautés européennes, Information à la presse IP(93)670, 29.7.1993; The EC Times, 21.6.1993; REDC 1993, p. 179; Agence Europe, Bulletins no 6032, 30.7.1993, p. 11, et no 6034, 2/3.8.1993, p. 7 s.; Communication de M. VANNI D'ARCHIRAFI et de Mme SCRIVENER à la Commission, Transparence et qualité d'exécution des paiements transfrontaliers, SEC(93) 1968 (non publiée), p. 2; HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 185 ss.

525 Study in the Area of Payment Systems into the Transparency of Conditions for Remote Cross-Border Payment Services and the Performance of Cross-Border Transfers (Retail

concerné cette fois 352 agences (de 165 banques différentes) pour l'examen de la transparence et environ 1200 virements (132 transferts de 130 écus "non urgents" et 1048 transferts de 100 écus portant la mention "urgents").

Par leur envergure et le fait que les résultats de la première étude aient pu en grande partie être corroborés par la deuxième un an plus tard, ces deux études sont extrêmement utiles pour mettre en évidence les différents problèmes qui se posent.

B. Le catalogue des entraves

I. L'information

167. La première étude de la Commission européenne au sujet de la transparence est arrivée à des conclusions très nombreuses et complètes qu'il serait difficile d'exposer ici en détail. On relèvera simplement à titre d'exemple que sur 280 agences bancaires, 68% ne fournissaient aucune information écrite sur les virements transfrontières, 2% proposaient un dépliant très général sur les services proposés, 5% offraient une information plus spécifique permettant de choisir le mode de paiement le plus approprié, 21% fournissaient des informations écrites limitées aux coûts et seulement 4% disposaient de brochures avec des informations précises tant sur les services que sur le détail des frais, satisfaisant aux critères qui avaient été définis dans les Lignes directrices du secteur bancaire[526]. Quant aux délais d'exécution, des informations écrites n'étaient généralement pas données, mais la majorité des agences fournissaient des informations oralement, dont la précision et l'exactitude étaient toutefois très variables.

En 1994, il restait toujours 46% de 352 agences qui ne fournissaient aucune information écrite sur les virements transfrontières et seulement 14% des

---

Banking Research Ltd.), Report for the Commission of the European Communities (DG XV), Londres août 1994. Cf. aussi Information à la presse IP(94)911, 3.10.1994, et Transparency and performance of remote cross-border payments, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 57 ss; Agence Europe, Bulletin no 6241, 1.6.1994, p. 11; Business Law Europe, 27.6.1994, p. 4; Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1994, p. 364; L'Agefi, 4.10.1994; HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 185 ss.

526 Pour un exemple de brochure - "*Unsere Leistungen für private Kunden im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr*" (Allemagne) -, cf. WM 1993, p. 626 ss, ainsi que les commentaires de VORTMANN, Bankdienstleistungen, p. 584, et WAND, Beratungspflichten, p. 8 ss (avec une controverse entre ces deux auteurs quant à la question de savoir si en droit allemand un tel document s'inscrit dans le cadre d'une obligation d'information contraignante pour les banques).

agences qui donnaient une telle information écrite fournissaient des éléments suffisamment détaillés sur les services, les coûts et les délais, respectant ainsi les dispositions des Lignes directrices. Si l'on constatait donc une légère amélioration, celle-ci était toutefois bien loin des exigences posées par la Commission: pour "éviter" la mise en chantier d'une directive sur les virements transfrontières, deux tiers au moins des agences figurant dans l'échantillon auraient dû fournir à leur clientèle des informations écrites complètes, conformes aux Lignes directrices[527].

Les services de paiement transfrontière se caractérisent donc par un manque de transparence important. Nous en développerons les conséquences juridiques dans le quatrième chapitre[528].

II. Le coût

1. Les frais en général

168. Les paiements transfrontières coûtent plus cher que des paiements domestiques[529] - dix à vingt fois plus selon le Parlement européen[530] -, ce qui les rend moins avantageux pour les consommateurs. Les études de la Commission ont montré en 1993 que les frais à charge du donneur d'ordre d'un virement de 100 écus représentaient en moyenne quelque 20 écus (entre 14 et 33 écus en moyenne selon les Etats de l'Union, avec des extrêmes dans deux cas à 2,5 écus et 60 écus)[531]. En 1994, ce coût pour le donneur d'ordre avait même augmenté à plus de 22 écus pour les virements urgents (quelque 20 écus pour des virements à exécution non urgente). La Commission relève cependant qu'il serait erroné d'en dégager un pourcentage des frais, dans la mesure où l'on a souvent affaire à des frais fixes, à un prélèvement minimum qui ne varie pas même si le montant du virement de détail est plus élevé que 100 écus (parfois jusqu'à 1'500 écus et même au-delà).

---

527 Cf. *supra* no 137. Critères fixés in: Communication de M. Vanni d'Archirafi et de Mme Scrivener à la Commission, Transparence et qualité d'exécution des paiements transfrontaliers, SEC(93) 1968 (non publiée), p. 5. Cf. aussi Commission [UE], Transferts, p. 5.

528 *Infra* no 189 ss.

529 Sur les raisons principales de ce coût, cf. Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 82. Analyse détaillée, dans l'optique allemande, des questions juridiques liées aux frais des virements transfrontières par HAMANN, Gebührenfragen, p. 247 ss.

530 Résolution (A3-0029/93) relative au système des paiements dans le cadre de l'Union économique et monétaire (cf. *supra* note 431), p. 154 lit. C.

531 Sur les différents éléments de coût, cf. p. 287 de l'étude de la Commission publiée in ZBB 1993.

169. Des solutions sont peut-être envisageables pour remédier à cette situation et elles sont notamment examinées par les banques. Elles consisteraient principalement en une rationalisation, une automatisation et simplification des procédures de paiement pour les rapprocher de celles que l'on connaît au niveau national, par exemple en matière de virements en améliorant le lourd système des correspondants (interconnexion internationale des chambres de compensation informatisées, etc.).

Ce travail est peu juridique, il reste avant tout technique et dépendant des forces du marché. Certes, la présence d'accords interbancaires sur certains frais et le rôle d'autres ententes appellent des réflexions en droit de la concurrence, mais tel n'est pas notre propos. Notre étude se veut focalisée sur la relation contractuelle liant un client à son institution financière, de sorte que nous n'aborderons pas toutes ces questions de coût des paiements transfrontières, à deux exceptions près.

D'une part, une tarification par hypothèse abusive peut poser le problème de l'applicabilité de la législation destinée à combattre les clauses contractuelles abusives, qui exclut le plus souvent tout contrôle de prix. Nous examinerons brièvement cette question dans le chapitre relatif à l'équité des clauses contractuelles[532], tant dans l'optique du droit communautaire (directive sur les clauses abusives) qu'à la lumière de certains développements jurisprudentiels en Allemagne (frais prélevés pour l'utilisation de cartes de crédit à l'étranger).

D'autre part, il existe un autre problème important de droit des contrats lié aux pratiques actuelles en matière de frais: le "*double charging*"[533].

2. Le "*double charging*"

170. Dans le domaine des paiements à distance et en particulier pour les virements transfrontières, le donneur d'ordre souhaite généralement que le bénéficiaire soit crédité du montant exact prédéterminé. Or même si le donneur d'ordre indique à sa banque qu'il prendra à sa charge tous les frais du virement, il n'est pas rare que le bénéficiaire voit finalement la somme virée sur son compte quand même réduite d'un certain montant pour divers frais. Un consommateur ne peut donc garantir aujourd'hui que son créancier à l'étranger recevra le montant exact dû.

Ce problème, que l'on appelle le double prélèvement des frais ou plus généralement "*double charging*", constitue une entrave notable à l'achèvement

532 *Infra* no 356 ss.

533 Ce problème sera traité plus en détail au chapitre cinq, *infra* no 401 ss et 432 ss.

d'un marché intérieur européen et à ses libertés de circulation. Il handicape tant les commerçants créanciers, notamment dans le domaine de la vente à distance, qui préféreront généralement renoncer pour des raisons de coûts au recouvrement à l'étranger du montant resté impayé par le débiteur du fait du prélèvement des frais bancaires, que le consommateur débiteur qui se trouve juridiquement dans une situation défavorable puisqu'il est en demeure de paiement alors qu'il a pourtant tout mis en oeuvre pour que la somme due ne soit pas réduite par des frais à l'issue du virement[534].

171. D'un point de vue juridique, il convient de bien distinguer cette pratique d'un simple cumul de frais différents prélevés par les banques et autorisé expressément ou tacitement par le donneur d'ordre. Il se peut en effet, cela arrive même au niveau national dans certains Etats, qu'aucun accord particulier sur les frais totaux du virement n'ait eu lieu entre le donneur d'ordre et sa banque et que la banque du bénéficiaire prélève ensuite ses propres frais sur le montant crédité au bénéficiaire, tout cela de manière bien séparée. Il n'y a alors pas à proprement parler double prélèvement mais uniquement des frais différents, d'un côté pour l'envoi du virement, de l'autre pour la réception, qui dépendent purement de la politique de prix des établissements bancaires.

En revanche, si le donneur d'ordre demande très clairement de garder à sa charge la totalité des frais du virement, la banque mandatée reçoit ainsi une instruction. Si au bout du compte le bénéficiaire est quand même débité de frais, il y a alors un deuxième prélèvement, non autorisé, et donc exécution imparfaite du mandat. Seule cette hypothèse nous intéresse ici[535]. Cette pratique ne soulève

534 Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 24.

535 Pour certains et notamment le secteur bancaire, il n'y a double prélèvement que dans le cas où les établissements font payer deux fois les mêmes frais, mais non lorsque l'émetteur du virement donne un ordre tous frais à sa charge et que cet ordre n'est pas respecté, les frais étant partagés entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (on devrait alors parler du non-respect de l'option virement "*net de frais*") (Institutions Européennes & Finance, no 10, 27.1.1994, p. 2. Voir aussi SCHNEIDER, Entwurf, p. 480 s.). D'un point de vue terminologique, cette analyse est pertinente. Le prélèvement de frais auprès du bénéficiaire alors que le donneur d'ordre a indiqué vouloir garder la totalité de ceux-ci à sa charge, mais sans que l'on fasse de distinction selon que les frais en question pour chaque établissement soit sont totalement distincts, soit se recoupent en tout ou en partie (le donneur d'ordre paie alors deux fois le même service), ne devrait pas être qualifié de double prélèvement des frais au sens strict. Il se peut par exemple que la banque du donneur d'ordre facture un certain montant à son client, englobant en principe tous les frais du virement afin de respecter l'interdiction du prélèvement de frais auprès du bénéficiaire. Or si la banque du donneur d'ordre s'est trompée, qu'elle n'a pas facturé assez pour couvrir l'ensemble de l'opération de virement, que la banque du bénéficiaire prélève quand même des frais de son côté, nous n'aurons pas affaire à proprement parler à un double prélèvement de frais (les frais sont *in casu* différents), mais bien plutôt au non-respect de l'instruction du client d'effectuer un virement net de frais, sans déduction auprès du bénéficiaire.
Si la notion "net de frais" est donc appropriée pour décrire la situation qui nous intéresse, il n'en reste pas moins que toute la discussion au niveau des institutions communautaires

pas seulement des problèmes contractuels, mais également de droit de la concurrence. La Commission l'a donc abordée tant dans la directive sur les virements transfrontières que dans sa communication relative à l'application des règles de concurrence aux systèmes de virement transfrontaliers[536] .

172. Dans l'étude réalisée en 1993 par la Commission européenne, les banques avaient précisément reçu instruction de faire supporter la totalité des frais au donneur d'ordre afin que la somme intégrale soit virée au bénéficiaire. Or il y a eu double prélèvement des frais dans près de 43% des opérations. Le bénéficiaire a en moyenne dû payer près de 7,5 écus et même dans un cas 27 écus. Parfois, les montants crédités au bénéficiaire sont inférieurs aux montants virés mais sans qu'aucune explication ne soit donnée. En 1994, le "*double charging*" avait un peu diminué, mais il représentait tout de même 36%. Or c'est un maximum de 10% que la Commission aurait toléré selon ses critères fixés entre les deux études[537].

En outre, un tel double prélèvement renchérit le coût total du virement: les chiffres données plus haut selon lesquels le coût moyen d'un virement transfrontière de 100 écus était en 1993 de 20 écus ne tenant pas compte des frais prélevés par les banques des bénéficiaires contrairement aux instructions données, l'addition de ce deuxième prélèvement augmentait le coût moyen d'un virement à 24 écus. En 1994, ce coût total était même passé à plus de 25 écus.

---

a porté ces dernières années sur le terme de "*double charging*" pour qualifier le non-respect des instructions du donneur d'ordre quant au virement d'un montant intégral non déduit de frais auprès du bénéficiaire. Afin de ne pas rendre les choses plus confuses qu'elles ne sont, nous utiliserons donc par la suite l'expression de "*double charging*" dans ce sens large auquel se réfère le droit communautaire, soit pour décrire une instruction virement net de frais non respectée, qu'il y ait ou non frais à double au sens technique.
Nous ne voyons d'ailleurs pas l'intérêt, dans l'optique de la relation entre le donneur d'ordre et sa banque, d'une subtile distinction entre véritable double prélèvement de frais et non-respect d'une instruction virement net de frais. Pour le donneur d'ordre, l'important est que le bénéficiaire reçoive la totalité du montant viré si une telle instruction a été donnée. Certes, il est commercialement très contestable que le consommateur ait à payer deux fois pour le même service si les frais se recoupent et une telle pratique ne devrait pas avoir lieu. Mais force est de constater que le donneur d'ordre ne peut de toute façon pas savoir si les frais prélevés auprès du bénéficiaire en violation de son instruction sont à double ou non. Partant, il est essentiel que l'on s'attache aux seules instructions du donneur d'ordre et c'est la raison pour laquelle il convient d'englober dans la qualification communément admise de *double charging* tous les frais prélevés auprès du bénéficiaire contrairement aux dites instructions, quelle que soit l'origine de ces frais (sur le rôle de la transparence en relation avec le problème du double prélèvement des frais, cf. *infra* no 204).

536 *Infra* no 437. Voir aussi *supra* no 157. La Commission décrit dans sa communication (concurrence, p. 9 note 8) les différents modes de répartition des frais d'un virement pouvant être choisis par un client: OUR: les frais sont intégralement pris en charge par le donneur d'ordre ("*OUR charges*") - c'est l'hypothèse pertinente pour le double prélèvement -; SHARE: les frais sont partagés entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ("*SHARE costs between sender and beneficiary*"); BEN: les frais sont entièrement assumés par le bénéficiaire ("*all charges to the BENeficiary*").

537 Cf. *supra* no 137.

III. La durée

173. En 1993, le délai moyen d'exécution était selon l'étude de la Commission de 4,6 jours ouvrables. Au mieux, l'exécution ne prenait qu'un jour (quatre cas), au pire elle prenait 70 jours ouvrables (un cas). En 1994, le délai moyen n'a pas été amélioré et se situait à 4,8 jours ouvrables pour les virements urgents, en atteignant 21 jours dans deux cas.

S'agissant du délai moyen, il correspondait grosso modo aux exigences de la Commission puisque celle-ci avait fixé en 1990 déjà, dans sa recommandation 90/109, que chaque banque intervenant dans un virement transfrontière devrait effectuer le paiement au plus tard le jour ouvrable suivant la réception de l'ordre, soit un total admissible de quatre jours pour deux banques participantes. En revanche, il reste inadmissible que certains transferts soient exécutés dans des délais beaucoup plus longs. Nous en examinerons donc les conséquences juridiques dans le chapitre cinq en tant que mauvaise exécution du paiement[538].

IV. La fiabilité

174. Dans l'étude de la Commission de 1993, trois virements effectués par la même banque n'avaient pas encore été exécutés vingt semaines après le dépôt de l'ordre et cela sans explications. Par ailleurs, deux virements ont été retournés et un a été crédité sur un mauvais compte. En 1994, ce sont également trois virements impliquant la même banque qui ne sont jamais arrivés durant la période de référence (16 semaines).

Sur quelque 1000 virements, le taux de fiabilité reste proportionnellement élevé, mais il est tout de même critiquable dans la perspective d'un espace bancaire intégré et automatisé que des transferts d'argent se perdent encore. Cela peut représenter des désagréments très importants pour le consommateur: perte du principal, perte d'intérêts, frais divers, sans oublier des conséquences juridiques délicates vis-à-vis du bénéficiaire créancier (demeure du débiteur). Ces problèmes d'erreurs seront examinés dans le chapitre consacré à l'inexécution des paiements[539].

---

538 *Infra* no 384 ss et 425 ss.
539 *Infra* no 390 ss et 438 ss.

V. Des droits et obligations différents

175. Au yeux du juriste, il n'y a pas que les questions d'information, de coût, de durée et de fiabilité qui posent problème en matière de paiements internationaux. Un minimum de loyauté des clauses contractuelles devrait également être garanti à l'utilisateur.

176. Un paiement transfrontière faisant intervenir au moins deux droits nationaux, il va sans dire que le régime contractuel d'un paiement transfrontière peut être compliqué si les droits concernés contiennent des divergences. Or tel est précisément le cas. Si des efforts ont rapidement été menés en Europe pour harmoniser les règles de conflit de juridictions (Conventions de Bruxelles et Lugano) et les règles de conflit de lois (Convention de Rome pour les Etats de l'Union européenne), il n'en a pas été de même pour le droit de fond. Des études, notamment un important rapport sur les virements commandé par la Commission européenne en 1993, mais dont les résultats n'ont malheureusement pas été publiés officiellement[540], ont montré que le cadre juridique applicable aux paiements transfrontières reste passablement divergent d'un Etat à l'autre[541].

Malgré les conventions de Genève de 1931, les dispositions légales en matière de chèques contiennent encore des différences au niveau des droits et obligations des parties. En matière de virements et de cartes, on constate des approches très différentes d'un Etat à l'autre, entre lois nouvelles et développement de la jurisprudence. Quant aux nouveaux moyens de paiement, par carte prépayée ou par voie télématique, on assiste le plus souvent à un vide législatif qui favorise l'essor de conditions générales préparées par les institutions financières et qui varient elles-mêmes d'un contrat à l'autre[542].

Plus concrètement, cette non-harmonisation du cadre juridique applicable aux paiements transfrontières peut conduire à des règles différentes pour des questions aussi importantes, dans l'optique de la relation consommateur-institution financière, que: le moment et la révocabilité d'un paiement, les obligations de diligence du client et de l'émetteur, la répartition des risques soit la responsabilité des parties en cas de fraude ou d'exécution imparfaite des opérations, sans parler des divergences de procédure en matière de règlement des litiges. C'est en particulier ce qui a amené la Communauté européenne à adopter recommandations et directive, mais malgré de telles interventions, tous les domaines n'ont pas été couverts et tous les problèmes n'ont pas été réglés.

---

540 *Supra* note 422.

541 Commission [UE], PSTDG, para. 56 ss. Voir surtout le rapport de la Banque de France, Obstacles d'ordre juridique, annexe 4 au rapport du PSTDG. Etude plus ancienne: BLAUROCK, Obstacles, p. 131 ss.

542 Cf. aussi *supra* no 59.

Nous reviendrons en détail sur toutes ces questions de droit contractuel dans le cinquième chapitre[543], en confrontant notamment l'approche moderne du droit communautaire avec la tradition classique de droit civil que l'on connaît par exemple en Suisse. Nous réserverons les questions de droit international privé pour le chapitre six[544] et le règlement des litiges pour le chapitre sept[545].

VI. Autres contraintes juridiques

177. Les différents rapports sur lesquels la présente étude est basée, en particulier ceux établis par la Commission européenne, ont mis en évidence encore d'autres problèmes que ceux décrits jusqu'ici[546]. Certains sont toutefois plutôt d'ordre technique, d'autres mériteraient une thèse à eux tous seuls. Nous nous tiendrons donc dans les chapitres suivants à l'analyse des principaux problèmes mentionnés précédemment et nous ne donnons ici qu'un bref aperçu d'autres entraves aux paiements transfrontières dans l'optique du grand public.

Nous ne nous arrêterons pas sur certains problèmes qui touchent aux systèmes de paiement en général et qui ne sont pas du tout spécifiques aux paiements transfrontières. Un exemple est un nouveau sujet sur lequel la Commission est en train de se pencher, dans le cadre limité du "*troisième pilier*" du traité de Maastricht: les aspects de droit pénal. Il est important en effet qu'avec le développement des abus, vols, falsifications et autres contrefaçons de moyens de paiement aussi différents que les virements, les cartes de crédit impliquant un support papier, les cartes de paiement électronique, les cartes prépayées, etc., la répression pénale de telles infractions soit la plus uniforme possible en Europe[547]. Il n'est ainsi pas exclu que la Commission fasse à terme des propositions d'harmonisation.

---

543 *Infra* no 338 ss.

544 *Infra* no 711 ss.

545 *Infra* no 786 ss.

546 Cf. notamment Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 48 ss.

547 A l'invitation du Conseil européen d'Amsterdam, la Commission est en train d'examiner l'opportunité d'une initiative dans ce domaine: Commission [UE], moyens électroniques de paiement, p. 4; voir aussi l'avis du Comité économique et social [UE], moyens électroniques de paiement, para. 3.5 ss. Pour la doctrine en général, voir parmi d'autres: KASPERSEN H.W.K., Fraud in Relation to EFT and Telebanking/Teleshopping Systems and Applicability of Criminal Law, in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, p. 133 ss; BANDEKOW Klaus, Strafbarer Missbrauch des elektronischen Zahlungsverkehrs, Lübeck 1989; ALTENHAIN Karsten, Der strafbare Missbrauch kartengestützter elektronischer Zahlungssysteme, in: JZ 1997, p. 752 ss; ainsi que les autres références (droits nationaux) citées in FAVRE-BULLE, paiement, p. 36 note 156. Pour une approche de droit comparé en Europe (avec surtout l'Autriche et un récent et intéressant projet de loi qui permettrait notamment de poursuivre les infractions commises à l'étranger en matière de moyens de paiement), cf. BICHLER Hans / BÖDENAUER Walter, Strafrechtlicher Schutz für Zahlungskarten, in:

Nous n'analyserons pas non plus les aspects juridiques de deux entraves aux paiements face-à-face mentionnées plus haut et qui n'ont toujours pas été réglées au niveau communautaire: le "*dual pricing*" (tarification différenciée) et l'acceptabilité des cartes[548]. Ces questions semblent plus délicates sous l'angle du droit de la concurrence, non traité ici, que du droit contractuel[549] [550].

1. La protection des données

178. Une opération de paiement implique un traitement de données relatives à tout le moins au donneur d'ordre et au bénéficiaire. Ces informations peuvent revêtir une importance considérable, par exemple au niveau commercial: elles pourraient permettre en effet de reconstituer un profil de personnalité par les habitudes d'achat d'un client et d'offrir ainsi la possibilité à un tiers commerçant de bénéficier d'avantages en termes de marketing. Cette problématique n'est pas nouvelle et elle a déjà fait l'objet de développements, notamment dans l'optique de la protection des consommateurs en général[551].

ÖBA 1996, p. 681 ss. Pour la Suisse, voir notamment: SCHMIDLI Beat, Der Missbrauch von Codekarten aus strafrechtlicher Sicht, Bâle - Francfort 1991; SCHMID Niklaus, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, Zurich 1994 (commentaire des nouvelles dispositions pénales touchant aux moyens de paiement dans le cadre des infractions contre le patrimoine, en vigueur depuis le 1er janvier 1995); ARZT Gunther, Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht, in: recht 1995, p. 133 ss; SCHILD TRAPPE Grace, Zum neuen Straftatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs, Art. 148 StGB - zugleich eine Anmerkung zu BGE 122 IV 149 ff., in: RJB 1997, p. 1 ss.

548 *Supra* no 124 et no 150.

549 Sur la question de l'acceptabilité des cartes, voir notamment FAVRE-BULLE, paiement, p. 212. Sur l'exemple des Etats-Unis en matière de tarification différenciée: SCHNEIDER Uwe H., Preisaufschläge bei Zahlung mit Scheck, Kreditkarte oder an automatisierten Kassen? Rechtsvergleichende Überlegungen zum amerikanischen Cash Discount Act 1981, in: Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag, Cologne [etc.] 1986, p. 115 ss.

550 Enfin, nous ne mentionnons pas toute la problématique des risques systémiques et des mesures prudentielles à mettre en oeuvre pour protéger les systèmes de paiement, mesures qui sont étudiées par les banques centrales depuis un certain temps et qui ont notamment conduit à la proposition de directive communautaire concernant le caractère définitif du règlement (*supra* note 45 et no 142 s.). Il s'agit là en effet de questions qui ne concernent pas directement les paiements de détail, les véritables risques systémiques étant beaucoup plus importants pour les paiements de gros montants, au niveau des systèmes de compensation et de règlement interbancaires, que nous avons exclus de notre analyse (Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 53, et PSTDG, para. 94 s. Voir également le rapport approfondi de la Banque d'Italie, Risques systémiques et surveillance, en annexe des rapports PSTDG et PSULG).

551 Exemples: SCHWEIZER Rainer J., La protection des données et autres problèmes juridiques des nouveaux moyens électroniques de paiement, in: STAUDER B. (éd.), Les nouveaux moyens électroniques de paiement, Lausanne 1986, p. 45 ss; SCHAAR Peter / SCHLÄGER Uwe, Datenschutz bei »electronic-cash« und bei Lastschriftverfahren, in: CR 1992, p. 513 ss; POULLET Yves, TEF et protection des données à caractère personnel, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection

179. La perspective transfrontière est en revanche elle plus nouvelle. Un paiement à distance ou face-à-face d'un Etat à un autre implique forcément un flux transfrontière des données y relatives[552]. Or il se trouve que certains Etats limitent de différentes manières un tel flux transfrontière d'informations, ce qui peut entraver les paiements[553].

La protection des données a donc une double facette dans l'optique qui nous intéresse: d'une part elle peut permettre de protéger le consommateur contre une utilisation abusive des données personnelles le concernant, d'autre part elle peut être un obstacle au bon déroulement des paiements transfrontières que le même consommateur effectue.

180. S'agissant des initiatives prises au niveau européen[554], les premiers textes importants ont été adoptés sous l'égide du Conseil de l'Europe[555]: la Convention 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement

---

/ Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 179 ss, et Privacy, in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, p. 159 ss, et E.F.T. und Datenschutz, in: DuD 2/1988, p. 64 ss (également in DuD 2/1988, p. 74 ss: Erste Empfehlungen zum Datenschutz bei der Automatisierung des Zahlungsverkehrs); AMMANN Martin, Datenschutz im Bank- und Kreditbereich, Zurich 1987; THUNIS/SCHAUSS, paiement, p. 63 ss; REED, p. 453 s.; FIEGE, p. 42 ss.

552 "*Tout transfert d'argent qui s'accompagne d'un message est un transfert de données*": Institutions Européennes & Finance, no 10, 27.1.1994, p. 1.

553 BLAUROCK, Obstacles, p. 78 ss; European Consumer Law Group, EFTPOS, no 7 (vi); MITCHELL, Electronic Banking, p. 33 s.; VASSEUR, transferts, p. 238 ss. Pour des études approfondies sur le flux transfrontière de données, voir notamment les ouvrages de BOTHE/KILIAN; TISSOT Thierry, Beschränkungen von grenzüberschreitenden Datenflüssen im Bankbereich, Zurich 1991; ELLGER Reinhard, Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr, Baden-Baden 1990; BERGMANN Michael, Grenzüberschreitender Datenschutz, Baden-Baden 1985; ainsi que les contributions de WEBER Rolf H., Grenzüberschreitender Datenverkehr, in: WEBER R. H. / THÜRER D. / ZÄCH R. (éd.), Datenschutz im europäischen Umfeld, Zurich 1995, p. 83 ss; WALTER Jean-Philippe, Grenzüberschreitende Datenflüsse, in: SCHWEIZER R. J. (éd.), Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, Zurich 1993, p. 121 ss; PAGE Gérald, Autoroutes de l'information et flux transfrontières de données, in: Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Berne - Münich 1996, p. 395 ss; TAEGER Jürgen, Datenschutz in Europa, in: EWS 1995, p. 69 ss (description de la situation légale dans les différents Etats de l'Union européenne et de l'AELE).

554 BLAUROCK/RENNPFERDT, p. 538 ss (avec également des développements sur les recommandations de l'OCDE en matière de protection des données et de flux transfrontière des données); ELLGER Reinhard, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in der Europäischen Union, in: WEBER R. H. / THÜRER D. / ZÄCH R. (éd.), Datenschutz im europäischen Umfeld, Zurich 1995, p. 1 ss; KNAUTH Klaus-Wilhelm, Datenschutz und grenzüberschreitender Datenverkehr in der Kreditwirtschaft, in: WM 1990, p. 209 ss.

555 On peut également mentionner les travaux du Comité d'experts du Conseil de l'Europe sur la protection des données, notamment le rapport du Groupe de travail no 10 (Secteur bancaire) intitulé: La protection des données liée à l'utilisation des nouveaux moyens de paiement électronique: approche de droit comparé (étude réalisée par Leila BOUACHERA en 1987).

automatisé des données à caractère personnel du 28.1.1981[556], puis plus spécifiquement la Recommandation no R(90) 19 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de paiement et autres opérations connexes, du 13.9.1990[557].

181. Au niveau de l'Union européenne, les mesures prises ont tout d'abord été non contraignantes et à caractère limité par le biais des recommandations de la Commission en matière de paiements[558]. Le "*soft law*" a cependant fait place par la suite à une importante directive 95/46/CE, adoptée le 24 octobre 1995 et portant sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données[559]. Cet imposant texte de 34 articles détaillés (et 72 considérants!) assure une libre circulation des données personnelles entre Etats membres, mais moyennant de

---

556 La Convention 108, entrée en vigueur en octobre 1985, a pour but de garantir aux individus l'exercice de leurs droits fondamentaux en protégeant par un certain nombre de dispositions leur personnalité lors d'un traitement automatisé de données personnelles les concernant. Elle tend également à préserver la liberté de circulation de l'information sans considération de frontières. Pour cela, elle pose comme principe l'obligation d'admettre le flux transfrontière de données entre les Etats parties offrant une protection équivalente, avec la faculté d'opposer des restrictions si une telle protection équivalente n'est pas assurée (art. 12). SCHWEIZER R.J., La Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des données personnelles et la réglementation des flux transfrontières de données, in: Droit de l'informatique 1986/4, p. 191 ss; EARLY Lawrence, Securing equivalent protection among nations in the context of transborder data flows: a possible role for contract law (the standard contract proposed by the Council of Europe), in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1990/4, p. 10 ss.

557 La Recommandation R(90) 19 vise à préciser par des lignes directrices les dispositions générales de la Convention 108 pour les adapter aux exigences particulières des moyens de paiement. En tenant compte de celles-ci, elle garantit le respect de la vie privé lors d'un traitement de données (collecte et enregistrement, utilisation, communication et conservation), ainsi que la liberté de flux transfrontière de données sous respect du principe de la protection équivalente (art. 10). BOURLOND Anne, La sauvergarde de la vie privée dans les transferts électroniques de fonds, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1991/4, p. 17 ss.

558 La recommandation 87/598/CEE (code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique) prévoit de manière toute générale que les données transmises au moment d'un paiement ne doivent en aucun cas porter atteinte à la protection de la vie privée et qu'elles doivent être strictement limitées aux données normalement utilisées pour un transfert de fonds de ce genre (art. 4 lit. b; cf. *supra* note 372). Quant à la recommandation 88/590/CEE (concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes), elle enjoint les Etats de faciliter la transmission des données relatives aux titulaires de moyens de paiement tout en assurant leur confidentialité (cf. *supra* no 128).

559 JOCE L 281 du 23.11.1995, p. 31 ss. Commentaire par DAMMANN Ulrich / SIMITIS Spiros, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, Baden-Baden 1997. Sur la transposition en droit national (Allemagne): GOUNALAKIS Georgios / MAND Elmar, Die neue EG-Datenschutzrichtlinie - Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht, in: CR 1997, p. 431 ss (I) et 497 ss (II). Voir aussi la récente directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, in: JOCE L 24 du 30.1.1998, p. 1 ss.

très nombreuses mesures de protection des individus. Quant au transfert vers un pays tiers de données devant faire l'objet d'un traitement, il est possible mais uniquement si le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat, au regard de toutes les circonstances relatives au transfert[560]. Il existe toutefois des dérogations à cette dernière réserve, notamment si le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement[561], hypothèse qui peut s'appliquer aux paiements transfrontières.

Dans l'optique des paiements, la directive et les propositions qui l'ont précédée ont suscité de nombreuses critiques, le souci d'une partie de la doctrine étant que les paiements transfrontières soient facilités et que la directive ne devienne pas un obstacle majeur à une telle circulation des paiements et des informations y relatives[562].

182. De son côté, la Suisse a adopté une loi fédérale sur la protection des données (LPD) le 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1er juillet 1993[563]. Le but est toujours le même, à savoir protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. Quant au flux transfrontière de données, la voie choisie est, bien que formulée différemment, *a priori* compatible avec les solutions européennes: "*Aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de*

560 Art. 25. Cf. BOULANGER Marie-Hélène [et al.], La protection des données à caractère personnel en droit communautaire, in: Journal des Tribunaux - Droit européen 1997, p. 145 ss, para. 72 ss (troisième partie).

561 Art. 26 para. 1 lit. b.

562 SCHILD Hans-Hermann, Die EG-Datenschutz-Richtlinie, in: EuZW 1996, p. 549 ss. Pour la proposition de directive, voir notamment Commission [UE], PSTDG, para. 107 ss, et paiements transfrontaliers, para. 59 et 80; BERKVENS Jan, Payment systems meet the EC data protection initiative, in: International Financial Law Review, août 1991, p. 33 ss, et plus en détail: Payment Systems, Data Protection and Cross-Border Data Flows, in: NORTON J. / REED C. / WALDEN I. (éd.), Cross-Border Electronic Banking, Londres 1995, p. 121 ss, surtout p. 128 ss; SCHAUSS Marc / BERKVENS Jan M.A., Les propositions de directives de la Communauté Européenne sur la protection des données: menace sur les transactions financières, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1992/4, p. 43 ss; BOURLOND Anne / POULLET Yves, Flux transfrontière de données à caractère personnel: position de la proposition de directive européenne face à celle de la convention 108 du Conseil de l'Europe, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1991/2, p. 56 ss; Institutions Européennes & Finance, no 10, 27.1.1994, p. 1.

563 RO 1993, p. 1945 ss. Voir notamment: GILLARD N. (éd.), La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne 1994; ROTH Urs Philipp / SPIESS Claudia, Protection des données - Les conséquences de la nouvelle loi fédérale pour les banques et leurs clients, in: THÉVENOZ L. (éd.), Journée 1994 de droit bancaire et financier, Berne 1994, p. 151 ss; AJP 1993, p. 52 ss (WALTER Jean-Philippe); JIBL 1994, N-144; ainsi que les ouvrages collectifs suisses récents qui sont cités dans les autres notes du présent chapitre.

l'absence d'une protection des données équivalente à celle qui est garantie en Suisse"[564].

2. La normalisation

183. Les questions de normalisation sont très importantes en matière de paiements transfrontières. Qu'il s'agisse de normes techniques, de normes d'application ou de normes opérationnelles[565], ce sont là des moyens de définir des procédures et formats uniformes, tant pour les paiements à distance (par exemple: codes d'identification bancaire pour les virements) que pour les paiements face-à-face (par exemple: technologie des cartes à puce), ce qui devrait permettre de faciliter les opérations et donc d'en diminuer les coûts et la durée, voire d'en améliorer la transparence pour les utilisateurs. L'intérêt pour ceux-ci et les professionnels est très grand si l'on pense simplement, à titre d'exemple, au format des cartes porte-monnaie électroniques: comment développer l'utilisation transfrontière de celles-ci dans de nouveaux terminaux spécifiques si les cartes ne sont pas normalisées[566]?

Face aux problèmes actuels de manque d'harmonisation, on attend essentiellement des mesures au niveau européen d'une collaboration entre le Comité européen de normalisation bancaire (créé par les associations bancaires européennes) et le plus officiel Comité européen de normalisation (CEN)[567]. A noter cependant que les éventuels accords entre banques en matière de normalisation n'échappent pas à un examen sous l'angle de leur compatibilité avec le droit européen de la concurrence[568].

---

564 Art. 6 al. 1; MAURER Urs, in: Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Bâle - Francfort 1995, p. 106 ss. Cf. par rapport à la Convention 108 du Conseil de l'Europe: STEINAUER Paul-Henri, La licéité du traitement des données personnelles en droit privé suisse au regard des normes européennes, in: TERCIER P. / VOLKEN P. / MICHEL N. (éd.), Aspects du droit européen, Fribourg 1993, p. 119 ss. La Suisse a d'ailleurs décidé d'adhérer à la Convention 108 (Message concernant l'adhésion à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 13 novembre 1996, in: FF 1997 I 701, Message dans lequel le Conseil fédéral indique que le droit suisse actuel satisfait aux exigences de la Convention). La Convention a finalement été signée et ratifiée le 2.10.1997 et elle est entrée en vigeur pour la Suisse le 1.2.1998 (Journal de Genève, 3.10.1997).

565 Sur ces différentes catégories, cf. Commission [UE], PSTDG, para. 35 ss. Voir aussi le rôle des normes dans la mise au point des systèmes de paiement européens, annexe 3 au rapport du PSTDG.

566 Voir aussi d'autres développements in Conseil national du crédit [France], cartes, p. 54 ss.

567 Cf. *supra* no 34.

568 Commission [UE], PSTDG, para. 44; BLAUROCK, Obstacles, p. 34 ss.

3. Les télécommunications

184. La part du coût des télécommunications pour effectuer un paiement transfrontière de détail est non négligeable puisqu'elle peut atteindre 10 à 20% du coût total de l'opération. Cette proportion est d'ailleurs beaucoup plus élevée que pour d'autres services financiers[569]. En outre, il n'est pas rare que des délais et même des pertes lors de transferts de montants d'un pays à l'autre (par exemple pour des virements) soient dus à une défectuosité d'un système national de télécommunication ou à de trop lourdes procédures administratives. Même sans défectuosités particulières ou formalités, le simple fait que le transfert de données soit international peut ralentir la procédure du fait de l'interconnexion imparfaite des systèmes locaux et de l'absence d'un réseau international global.

C'est dire l'importance du développement de l'efficacité des systèmes de télécommunication en Europe. Pour cela, la Communauté européenne a prévu un vaste programme de libéralisation des services[570]. A la base, ce sujet et les

---

569 Commission [UE], PSTDG, para. 49. Pour plus de détails sur les télécommunications, voir le dossier très complet de la Fédération bancaire de la Communauté européenne en annexe des rapports PSTDG et PSULG.

570 Citons parmi les textes les plus importants et les plus récents: Directive du Conseil du 28.6.1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication (90/387/CEE), in: JOCE L 192 du 24.7.1990, p. 1 ss; Directive de la Commission du 28.6.1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication (90/388/CEE), in: JOCE L 192 du 24.7.1990, p. 10 ss; Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, in: JOCE C 233 du 6.9.1991, p. 2 ss; Résolution du Conseil du 7.2.1994 sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, in: JOCE C 48 du 16.2.1994, p. 1 ss; Communication de la Commission, Le service universel des télécommunications dans la perspective d'un environnement pleinement libéralisé, Un élément essentiel de la société de l'information, COM(96) 73 final, 13.3.1996; Directive 96/19/CE de la Commission du 13.3.1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, in: JOCE L 74 du 22.3.1996, p. 13 ss; Proposition de décision du Conseil concernant la définition et la mise en oeuvre d'une politique communautaire dans le domaine des télécommunications et des postes, in: JOCE C 192 du 3.7.1996, p. 4 ss (avec en annexe la liste de toutes les dispositions législatives adoptées dans le domaine des télécommunications); Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), in: JOCE L 199 du 26.7.1997, p. 32 ss; Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, in: JOCE L 295 du 29.10.1997, p. 23 ss. Cf. aussi: Commission européenne, La concurrence dans les télécommunications: pourquoi? Comment? (publication de la série "L'Europe en mouvement"), août 1997; PONS Jean-François, L'ouverture des télécommunications à la concurrence en Europe, in: RAE 1997, p. 141 ss; DE COCKBORNE J.E., La libéralisation du marché des télécommunications en Europe, in: Journal des Tribunaux - Droit européen 1997, p. 217 ss; RAVAIOLI Piero, Le

réformes en cours ne sont cependant pas liés aux travaux de la Commission sur les paiements transfrontières et ce n'est donc qu'indirectement que ceux-ci profiteront de la déréglementation. A noter que là encore, le droit de la concurrence a un rôle important à jouer pour éviter que certaines ententes dans le domaine des télécommunications n'entravent l'efficacité des paiements internationaux[571].

4. Le droit de la concurrence

185. Le droit de la concurrence joue un rôle très important en matière de paiements transfrontières et cela à plusieurs niveaux[572]. Pour les consommateurs, un contrôle efficace des ententes devrait signifier des services performants à un coût moindre. Quant aux institutions financières, elles doivent trouver un équilibre délicat entre la concurrence et une coopération indispensable pour une harmonisation des procédures de paiement. Il ne faut pas oublier à cet égard que des conventions interbancaires facilitant véritablement l'utilisation des systèmes de paiement transfrontière ne sont pas des entraves au développement de ceux-ci mais bien un moyen de les promouvoir[573].

De nombreux accords sont ainsi conclus par les professionnels et doivent être contrôlés par les autorités européennes. Ce travail n'est cependant pas encore très uniforme et il prend du temps. La Commission a posé récemment certaines règles en matière de virements, mais tous le volet paiements face-à-face reste encore à accomplir[574]. Dès qu'une politique globale, précise et efficace aura été définie, en incluant cartes, chèques et autres moyens de paiement, les professionnels sauront exactement quelle sera leur marge de manoeuvre et les éventuelles conventions interbancaires constituant des entraves aux paiements devraient disparaître. Quant au droit de la concurrence lui-même, il n'est pas un obstacle au développement des systèmes de paiement transfrontière, mais bien une aide ou tout au moins un garde-fou pour leur efficacité.

---

cadre législatif européen des télécommunications et son application, in: Revue du Marché Unique Européen, no 3/1997, p. 175 ss. Dans une perspective comparée: WEBER Rolf H., Entwicklungen im europäischen Telekommunikationsrecht und die Schweiz, in: RSDIE 1992, p. 321 ss.

571 Commission [UE], PSTDG, para. 52; SCHAUSS, International, p. 171 s.

572 Commission [UE], PSTDG, para. 67 ss.

573 BLAUROCK, Obstacles, p. 33.

574 *Supra* no 150 et 156 ss. D'autres dossiers occupent ou ont occupé la Commission en relation avec les systèmes de paiement transfrontière. Ainsi, par exemple, SWIFT a récemment accepté de modifier ses règles d'admission à la suite d'une plainte de La Poste française et d'une communication de griefs de la Commission: Institutions Européennes & Finance, no 50, 30.10.1997, p. 13 s.; JUSletter no 42-97, 06/69-97.

186. En Suisse également, l'ancienne Commission des cartels (aujourd'hui: Commission de la concurrence) a mis en évidence un certain nombre de problèmes en matière de concurrence sur le marché des moyens de paiement bancaires. Des recommandations ont été émises et certaines pratiques ont été modifiées, ce qui aurait dû théoriquement faciliter le trafic des paiements. Nous y reviendrons[575].

5. Les formalités administratives

187. Des entraves encore non négligeables aux paiements transfrontières sont celles résultant de différentes procédures administratives mises en oeuvre par les Etats. Au niveau de l'Union européenne, certaines de ces entraves peuvent être jugées à l'aune du droit communautaire et pourront souvent être éliminées par ce biais. Il en est par exemple ainsi des exigences qu'un Etat pourrait fixer pour l'accès à un système de paiement transfrontière[576], pour les institutions financières étrangères et aussi théoriquement pour les clients non résidents. En effet, sous réserve de l'intérêt général, les Etats communautaires doivent respecter les principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des services[577]. Cette interdiction des entraves aux libertés vaut également pour les autres Etats de l'Espace économique européen, mais pas pour des Etats tiers comme la Suisse.

188. En fait, les obstacles administratifs majeurs au niveau national mis en évidence par la Commission européenne sont des obligations de notification à des fins statistiques. A l'instar de ce que l'on connaît en matière de libre circulation des capitaux dans l'Union européenne, où les régimes d'autorisation administrative ont été abolis mais avec possibilité de conserver des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information statistique[578], la plupart des Etats communautaires imposent une notification des paiements opérés vers ou à partir de comptes de non résidents[579]. Dans certains cas, cette déclaration doit être l'oeuvre du client, plus généralement c'est le rôle de la banque. Dans la plupart des Etats, il existe un seuil minimum au-dessous duquel les paiements transfrontières n'ont pas besoin d'être notifiés, mais ce seuil étant généralement fixé à un montant assez bas (souvent beaucoup moins

---

575 *Infra* no 316 ss.

576 Commission [UE], PSTDG, para. 76 ss. Exemples d'entraves: BLAUROCK, Obstacles, p. 16 ss.

577 *Supra* no 77 ss.

578 Cf. art. 73 D para. 1 lit. b du traité CE tel que modifié par le traité de Maastricht.

579 Commission [UE], PSTDG, para. 99 ss, et paiements transfrontaliers, para. 57 s. Exemple pour l'Allemagne: VORTMANN, Bankdienstleistungen, p. 583 s.; REHM, Gestaltung, p. 588 s.

que l'équivalant de 10'000 écus), cela peut signifier que même les paiements de détail doivent fréquemment être annoncés[580].

La Commission a fait réaliser une étude au sujet de ces notifications statistiques en 1993[581], mais les résultats n'ont pas été officiellement publiés[582] et aucune mesure n'a été prise au niveau communautaire pour limiter ces entraves administratives nationales. Entraves il y a, en effet, puisque le coût de traitement par les institutions financières de paiements transfrontières qui impliquent une démarche d'ordre administratif est bien plus élevé que pour un paiement domestique ne nécessitant pas de telles formalités. De tels frais peuvent même avoir un effet dissuasif pour le client s'ils représentent une part élevée du montant du paiement. Des solutions consisteraient donc à relever le seuil d'annonce, à uniformiser son montant au niveau européen, à automatiser les procédures (élimination du support papier), à assouplir éventuellement les obligations de notification pour les paiements groupés, voire même à renoncer à des déclarations systématiques au profit d'enquêtes par sondage. Nous ne traiterons pas plus avant cette question.

580 Cf. annexe 6 au rapport PSTDG.
581 Cf. *supra* no 136.
582 Voir toutefois Institutions Européennes & Finance, no 10, 27.1.1994, p. 2.

Chapitre 4: Transparence et information du consommateur

A. Introduction

189. Définie comme la "*possibilité d'examiner une situation particulière du marché et de voir clairement toutes les informations se rapportant à tel ou tel besoin*"[583], la transparence est devenue aujourd'hui une question primordiale[584]. Pendant longtemps, on ne peut nier que l'information du consommateur de services financiers n'apparaissait pas comme une priorité pour les banques et les pouvoirs publics. La transparence du marché était largement déficitaire et la qualité des services s'en ressentait, cela également dans le domaine du trafic des paiements. Puis, petit à petit, on a pris conscience de l'importance de l'information pour la clientèle, notamment à la suite de rapports de divers organismes s'étant penchés sur certains aspects des services bancaires, tant au niveau national qu'international[585], sans parler bien sûr des études de la Commission européenne spécifiquement consacrées à la transparence des paiements transfrontières et dont il a été question dans le chapitre précédent[586].

190. Avec une information adéquate, les clients prennent en effet plus confiance dans les nouvelles technologies de paiement et peuvent faire des choix efficients par rapport à leurs besoins[587]. En outre, l'augmentation de la transparence n'apparaît pas seulement comme un moyen de protection des

---

583 OCDE, information, p. 8. Voir aussi les définitions de MAYNES, p. 61; FABRE-MAGNAN, no 132; ALBRECHT F.-J., p. 46.

584 Ainsi, dans son important rapport sur la réforme des services bancaires au Royaume-Uni, le "*Jack Committee*" (cf. *supra* no 64) a fixé comme premier objectif: "*fairness and transparency in the banker-customer relationship*" (Report by the Review Committee, p. 24). De même, le Sub-Committee on Consumer Policy Affairs de l'AELE souligne dans ses Guidelines for Regulation of Electronic Funds Transfer Systems que "*Market transparency as a precondition for a free and rational choice by the consumer should be guaranteed*" (titre III, art. 1); idem: STAUDER, libéralisation, p. 128.

585 Voir par exemple les rapports de l'OCDE (1992: information, p. 7 ss; 1989: cartes, p. 15 s., 19, 89 ss) ou au Royaume-Uni: Report by the Review Committee, p. 45, 112 s.; White Paper, p. 2, 8, 11; National Consumer Council, Banking, p. 4, 17 s., 46 ss, 98 ss. Voir aussi les imperfections relevées par MITCHELL, Liberalisation, p. 13 s. Plus récemment, le G-10, Electronic Money, p. 8 et 28 s., a proposé certains principes de transparence qui devraient être appliqués à la monnaie électronique.

586 *Supra* no 166 ss.

587 BOURGOIGNIE, services financiers, p. 18. Contrairement à ce que l'on peut penser, les clients sont en fait très demandeurs d'informations. Le rapport 1993-1994 du Comité consultatif français, p. 13, souligne que ce besoin est croissant: selon la Banque de France (par le biais de son Service d'informations sur les opérations et pratiques bancaires et de ses guichets Infobanque implantés dans ses succursales), ce sont 30 000 demandes de renseignements qui ont été déposées en 1992 et ce chiffre est passé à 40 000 en 1993.

consommateurs mais également comme un moyen d'améliorer l'efficacité économique. En permettant aux clients de choisir les produits librement, avec toute la clarté nécessaire sur les caractéristiques essentielles et les conditions contractuelles sans qu'ils soient induits en erreur par une diversification artificielle des services, en leur donnant la possibilité de comparer et d'évaluer les différentes offres sur le marché grâce à une information complète et pertinente, on stimule la concurrence entre les acteurs économiques et on permet aux consommateurs de prendre des décisions plus rationnelles, ce qui favorise l'efficacité de fonctionnement des marchés[588] [589]. Comme l'écrit EHLERMANN: "*Transparence rime avec concurrence. Il n'y a pas de véritable concurrence sans transparence de l'information pour le consommateur. Cette remarque vaut spécialement pour le secteur bancaire, où il est particulièrement important que, pour pouvoir faire jouer la concurrence, la clientèle soit clairement informée des conditions pratiquées par les établissements de crédit*"[590].

191. Reste à savoir quelles informations il conviendrait de donner, à quelles catégories de destinataires (quels "consommateurs": actifs/passifs, jeunes/retraités, expérimentés/ inexpérimentés, etc.), à quels moments, dans quelles conditions, avec quelles sanctions en cas de non-respect, cela en tenant compte non seulement des besoins réels des consommateurs, mais également des possibilités des professionnels. Si l'importance de l'information du consommateur et de la transparence du marché apparaît comme acquise, elle comporte en effet des limites qu'il s'agit aussi de tracer pour parvenir à des solutions efficaces.

---

588 OCDE, information, p. 8, 11; BOURGOIGNIE, théorie, p. 66 s., 134; CRANSTON, Consumers, p. 278; FABRE-MAGNAN, no 129 et 142 ss; MITCHELL, services financiers, p. 252. Pour CLAROTTI, services bancaires, p. 42, une plus grande transparence sera susceptible d'assurer une plus grande concurrence et par conséquent une diminution éventuelle des frais liés à des opérations transfrontalières.

589 Si la transparence du marché n'est devenue qu'assez récemment un pan important de la politique de protection des consommateurs, surtout en matière de systèmes de paiement, il en a été en fait de même en théorie économique. En effet, pendant longtemps, les économistes sont partis de l'hypothèse que les marchés étaient transparents, que le consommateur était présumé rationnel et parfaitement informé. Cette théorie économique classique a cependant été petit à petit battue en brèche par la théorie de l'information, qui postule que l'information n'est pas parfaitement disponible et qu'elle n'est pas gratuite. Sur ce marché de l'information, les consommateurs et les professionnels pourront donc avoir des comportements variables. Une intervention réglementaire pourrait dès lors être justifiée de la manière suivante: "*si une information coûteuse peut permettre aux vendeurs d'augmenter les prix en intervenant sur un marché efficient où les prix sont directement fonction du coût de production et de la valeur, les efforts déployés par les pouvoirs publics pour exiger la transparence du marché réduiront le coût de l'information et accroîtront l'efficacité du marché privé ainsi que le bien-être global des consommateurs*" (OCDE, information, p. 14). Pour plus de détails sur ces questions économiques, voir le rapport de l'OCDE, information, p. 11 ss.

590 EHLERMANN, p. 463 s. Cf. aussi STAUDER, Konsumentenrecht, p. 98: "*Transparenz des Marktes ist nicht Folge, sondern eine der zentralen Voraussetzungen eines wirksamen Wettbewerbs*".

192. Nous nous proposons dans un premier temps de définir quels devraient être les standards minima de protection des consommateurs en matière d'information[591]. Nous examinerons ensuite la teneur du droit européen applicable aux paiements transfrontières, ainsi que quelques solutions originales de certains droits nationaux, pour conclure avec une appréciation critique de ces règles et des suggestions *de lege ferenda*. Un volet sera également consacré au droit suisse, comme exemple d'une réglementation hors Union européenne et Espace économique européen qui n'est pas "eurocompatible".

Nous ne nous arrêterons que sur l'information et la transparence au sens étroit, à l'exclusion de tous développements relatifs aux pratiques commerciales en général. S'il est certes important d'assurer la protection des consommateurs contre des pratiques déloyales, qu'il s'agisse de publicité ou de toute autre sorte de méthode de marketing destinée à la commercialisation de moyens de paiement, il ne s'agit pas là d'un sujet spécifique aux paiements transfrontières, mais d'un problème plus général, celui de la "vente" des services financiers[592]. Les paiements transfrontières requièrent en revanche une information plus spécifique compte tenu de leurs particularités.

B. Les éléments essentiels d'information

193. L'évolution des comportements de la clientèle bancaire vers une recherche plus exigeante des meilleurs services possibles, en particulier en matière tarifaire, mêlée à une concurrence accrue entre les multiples institutions financières sur le plan européen, devrait conduire de plus en plus à la disparition de systèmes de paiement non transparents, ne permettant pas les comparaisons. Il semble incontestable que l'on s'achemine vers une "*nécessaire transparence des services bancaires*"[593]. Il n'en reste pas moins que l'innovation technologique toujours plus complexe, la diversité des services offerts, rendent beaucoup plus difficile la compréhension des systèmes, l'évaluation de leurs qualités et de leur prix respectifs, même pour les consommateurs les plus avertis[594].

194. En principe, la solution la plus efficace, pour que les cocontractants soient informés d'une manière satisfaisante et que l'obtention de cette

591 Sur cette notion, cf. STAUDER, libéralisation, p. 127 ss, et protection, p. 46 ss.

592 Sur ces questions, voir notamment STAUDER, libéralisation, p. 132 ss, et Droit de la consommation, p. 208 ss.

593 Good Banking... Bientôt en France?, in: Centre d'information sur l'épargne et le crédit, mars 1992, p. 2.

594 BOURGOIGNIE, théorie, p. 67; RUOZI, p. 13. Des tests comparatifs des différents services pourraient dès lors être utiles. Ils pourraient par exemple être effectués par des spécialistes, puis être vulgarisés par des organisations de consommateurs dans des publications destinées au grand public.

information se fasse à un moindre coût, serait d'obliger les professionnels à renseigner les consommateurs sur les prestations offertes, du fait que ce sont eux qui sont le mieux placés pour connaître les informations nécessaires et pour diminuer par conséquent le coût global de recherche de tels renseignements. En favorisant des obligations d'information, on permettra à chaque consommateur de connaître tous les éléments importants d'un contrat et de conclure ce dernier sur la base d'un consentement véritable, en toute connaissance de cause. Une parfaite information des consommateurs est en effet une condition *sine qua non* de la conclusion d'un contrat au juste prix et de la transparence du marché[595].

195. La théorie économique montre cependant que la fourniture d'information a un prix, qu'il ne faut pas négliger, et qu'elle peut en outre avoir une efficacité plus limitée que prévue. L'impact de l'offre d'information dépend en effet du comportement des consommateurs - selon les différents types qu'ils représentent, du client avisé au client totalement inexpérimenté -, de leur capacité à comprendre et à utiliser de manière adéquate les renseignements reçus, ce qui pose aussi le problème de la forme de l'information[596]. Si la plupart des consommateurs saluent le plus souvent le principe de la mise à disposition d'informations par les professionnels, encore faut-il qu'ils soient au courant que l'information est bien fournie dans chaque cas d'espèce et qu'ils utilisent vraiment ces renseignements, ce qui n'est de loin pas toujours le cas[597]. Comme des études l'ont montré[598], les systèmes d'information mis en place comprennent des imperfections, car ils dépendent tant - d'un point de vue objectif - du degré d'éducation du consommateur, de son milieu social et du coût lié à la collecte de l'information, que - d'un point de vue subjectif - du degré relatif d'irrationalité de chaque consommateur[599], de l'incapacité de celui-ci à saisir l'importance de certaines informations trop complexes (par exemple relatives au risque créé par l'utilisation d'un moyen électronique de paiement) ou

---

595 Sur toutes ces questions, cf. FABRE-MAGNAN, no 133 s., 145 ss (pour l'ensemble de son analyse économique de l'obligation d'information dans les contrats et ses critiques détaillées de l'analyse économique du droit classique, cf. p. 72 ss).

596 OCDE, information, p. 47, Cf. aussi FAVRE-BULLE, paiement, p. 100 s.

597 CRANSTON, Consumers, p. 304; VON HIPPEL, p. 114.

598 Le rapport de l'OCDE, information, p. 47 ss, souligne toutefois que peu d'études ont pour l'instant été menées pour juger de l'efficacité des obligations d'information imposées dans les différents Etats en matière de services financiers. Les enquêtes portent surtout sur le marché du crédit à la consommation, qui a toujours suscité un intérêt particulier du fait du danger d'endettement qu'il peut représenter pour les consommateurs. On ne voit cependant pas pourquoi le domaine du trafic des paiements et la question des paiements transfrontières devraient être négligés, alors que leur rôle est de plus en plus important et qu'il serait par conséquent intéressant d'examiner de plus près le comportement des consommateurs face au manque d'information et aux améliorations possibles. Voir tout de même les enquêtes citées in FAVRE-BULLE, paiement, p. 102 s., note 255, et L'HEUREUX/LANGEVIN, pratique, p. 247 (pour les cartes de paiement).

599 Sur le manque de rationalité du consommateur, cf. ALBRECHT F.-J., p. 27 ss.

encore du risque de rejet si le nombre d'informations fournies est trop important[600].

Dès lors, il est important de relativiser quelque peu des propos tels que ceux tenus par la Commission européenne, lorsqu'elle prône "*un niveau maximum d'information et de transparence*"[601] sans pour autant définir ce concept. Le consommateur ne devrait pas être noyé sous un flot ininterrompu d'informations éparses et devenant inintelligibles, mais au contraire devrait pouvoir bénéficier de renseignements ponctuels, pertinents, concrets, d'une compréhension facile, qui pourront lui être d'une véritable utilité. Seul le choix d'une approche qualitative et non quantitative permettra à l'information d'être vraiment efficace, d'autant plus qu'une information trop lourde aura le désavantage de représenter des coûts importants, coûts supportés au départ par les institutions financières mais qui seront forcément répercutés sur les clients. Le principe à respecter avant tout devrait être celui de la vérité et de la clarté de l'information.

I. La phase précontractuelle ou précédant l'exécution d'un paiement

196. Dans le cadre de la phase qui précède la conclusion d'un contrat portant sur un moyen de paiement transfrontière, il est important en matière de transparence que l'information soit dans la mesure du possible fournie d'une manière active aux consommateurs et ne soit pas simplement disponible sur demande. C'est un moyen d'assurer des possibilités réelles de comparaison des caractéristiques des différents services, en toute connaissance de cause, avant la conclusion d'un contrat déterminé[602].

197. D'abord, les consommateurs devraient simplement être informés d'une manière optimale sur les différents services de paiement proposés par les institutions financières et leurs caractéristiques détaillées, afin qu'ils puissent choisir celui ou ceux qui correspondent le mieux à leurs besoins[603]. On voit aujourd'hui de plus en plus se développer des services différents, selon le mode de paiement, le degré d'urgence, le montant en cause, etc., ce qui est bien

600 Voir parmi d'autres: BOURGOIGNIE, Théorie, p. 70 s.; CRANSTON, Consumers, p. 304 ss; VON HIPPEL, p. 113 ss; SIMITIS, p. 97 ss; OCDE, information, p. 12 s., 52; WILHELMSSON, p. 74; WEBER Rolf H., Konsumentenschutz, p. 58. Comme le souligne BURGARD, p. 1742, l'accroissement de la transparence a ceci de critiquable, "*dass ein Informationsüberfluss auch zu einem Informationsüberdruss führen könne*".

601 *Infra* no 228.

602 L'HEUREUX/LANGEVIN, pratique, p. 242 s., et cartes, p. 22 s.

603 FAEMS/HERMANS, p. 478. Voir l'arrêt allemand non publié cité par VORTMANN, Banken, no 219b.

évidemment à saluer, puisqu'une telle diversité profite aux utilisateurs et qu'elle stimule la concurrence. Cela étant, la diversité ne doit pas devenir source de confusion si le destinataire du service n'est plus en mesure d'identifier les avantages et désavantages des différents services. On constate trop souvent une diversification artificielle des produits bancaires comme facteur de non-transparence, lorsque se cachent derrière des dénominations, logos et autres supports publicitaires en apparence totalement différents les uns des autres des services qui ne sont en réalité rien d'autre que les classiques virements transfrontières ou paiements par carte. Il conviendrait donc que dans tous les cas, les professionnels donnent une information complète et permettant les comparaisons sur tous les éléments essentiels caractérisant un service de paiement transfrontière: de son mode d'utilisation à des données telles que le coût, la durée et les conditions contractuelles (description des droits et obligations)[604].

198. Si un client et une institution financière sont déjà liés contractuellement dans le cadre général d'une relation de compte, l'information sur les paiements transfrontières peut s'envisager à deux niveaux.

Premièrement, il se peut que l'exécution de paiements transfrontières nécessite la conclusion d'une nouvelle convention spécifique (par exemple pour l'utilisation d'une carte de paiement). On se trouve alors à nouveau dans le cadre d'une phase précontractuelle et les principes d'information restent les mêmes.

Deuxièmement, si l'exécution de paiements transfrontières est comprise dans un service général de trafic des paiements (par exemple pour des virements), le client aura généralement été soumis aux conditions bancaires dès la conclusion du contrat d'ouverture de compte, le mandat conclu avec la banque comprenant généralement un contrat de giro bancaire, qui ne fait pas l'objet d'une convention séparée conclue avec des conditions spécifiques[605]. C'est dire que l'information sur les droits et obligations relatifs au service de paiement doit alors déjà intervenir dans le cadre de la phase précédant la conclusion du contrat général d'ouverture de compte.

---

604 Comité économique et social [UE], paiements, p. 13 no 2.7.5 s.; L'HEUREUX/LANGEVIN, pratique, p. 243 s., et cartes, p. 23 ss, 29; STAUDER, libéralisation, p. 128. Voir aussi les recommandations générales d'organismes tels que: OCDE (Comité de la politique à l'égard des consommateurs), information, p. 66, et cartes, p. 19; Conseil de l'Europe, Recommandation du Comité des Ministres, art. B; AELE (Sub-Committee on Consumer Policy Affairs), titre III, art. 2.2; Conseil économique et social [France], Avis, p. 15; Association Belge des Banques, rapport annuel cité in: Good Banking... Bientôt en France?, Centre d'information sur l'épargne et le crédit, mars 1992, p. 5; European Consumer Law Group (ECLG), Payment, p. 8 s.; Consumers in the European Community Group (CECG), p. 5 s.; LAFFERTY BUSINESS RESEARCH, p. 5.

605 Voir l'exemple du droit suisse, *infra* no 569 s.

199. Une fois un tel contrat conclu, le besoin d'autres informations nécessaires pour l'exécution d'un paiement transfrontière (conditions d'utilisation, frais, etc.) est généralement très ponctuel car ce genre de transaction n'est pas encore effectué très fréquemment par les consommateurs, au contraire de paiements nationaux. En outre, les services étant souvent modernisés, il se peut que certaines données, tarifaires par exemple, soient régulièrement modifiées. Partant, certains renseignements nécessaires à la clientèle préalablement à un paiement transfrontière isolé seront souvent comparables à ceux attendus par les consommateurs dans le cadre d'une relation précontractuelle.

1. Le coût

a. Commissions et autres frais

200. Les informations sur les différents coûts devraient être les plus claires, le plus précises et le plus complètes possible pour que chaque consommateur soit à même de les comprendre et de les utiliser. Deux critères devraient toutefois être toujours respectés: d'une part les indications fournies devraient être pertinentes pour le consommateur, être d'une véritable utilité; d'autre part le coût de la fourniture de cette information pour les professionnels devrait être raisonnable par rapport au résultat escompté.

201. Une information adéquate devrait comprendre des indications sur les frais fixes, sur les commissions, sur les éventuels taux d'intérêt et sur tout autre élément de coût, pour chaque type d'opération (virements transfrontières à distance, par SWIFT ou d'autres modes de transmission; paiement face-à-face, selon le type de carte ou par chèque; prélèvement d'argent à l'étranger; etc.). Les clauses contractuelles d'adaptation de tarif qui permettent aux institutions financières de modifier unilatéralement les frais des services ne devraient pas être un frein à la transparence. Dans la mesure où elles seraient admissibles sous l'angle des législations en matière de clauses abusives, les professionnels devraient avoir l'obligation d'informer immédiatement leur clientèle des nouveaux tarifs pratiqués.

202. La doctrine relève que l'information du consommateur sur les coûts est très importante compte tenu de la position particulière d'une banque vis-à-vis de son client. La banque se réserve en effet généralement le droit de débiter tous les frais sur le compte du client. Le fait que celui-ci soit bien informé ou non peut donc lui être indifférent, cela n'aura aucune conséquence quant à sa possibilité pratique de couvrir ses frais. A l'inverse, le client se retrouve lui dans une situation de faiblesse. S'il n'est pas correctement informé *ex ante* sur les coûts, il se peut qu'il recoure à des services qu'il n'aurait normalement pas choisis s'il

avait connu leur prix; il se peut d'ailleurs qu'il n'apprenne ce prix que bien plus tard, à la suite de l'examen d'un relevé de compte périodique indiquant les divers frais automatiquement débités lors des opérations. S'il devait ensuite actionner la banque en relation avec ce défaut d'information, il ne sera pas en position de force puisque les frais lui auront déjà été débités et que c'est donc la banque qui aura en main la somme litigieuse[606].

203. Les utilisateurs devraient-ils dans chaque cas être informés de l'ensemble des frais bancaires[607] ou une transparence moins complète serait-elle acceptable, en exigeant par exemple l'indication des seules bases de calcul des frais[608]? La réponse reste controversée. En effet, en soi il serait préférable d'obliger les institutions financières à fournir des informations détaillées sur le coût total d'un paiement transfrontière, mais aujourd'hui il paraît encore difficile de préciser tous les frais, notamment à cause de ceux qui sont prélevés par les banques intermédiaires.

Une solution médiane pourrait donc être de prévoir une obligation d'information sur tous les frais encourus, sauf dans les cas où les professionnels seraient en mesure d'établir que le coût total précis des opérations ne peut réellement pas être connu, cas dans lesquels une information limitée à la base de calcul des frais serait alors admissible. Il faudrait cependant que l'indication fournie soit compréhensible pour le consommateur, qu'il n'ait pas à procéder lui-même à un calcul très complexe pour connaître le montant total qu'il aura à payer. A terme, lorsque l'on sera en présence d'un système de paiement européen plus intégré, une obligation d'information complète et sans exceptions devrait être envisagée, ce d'autant plus si l'on est capable de fixer de manière précise d'autres éléments tels que les délais d'exécution.

204. Les utilisateurs devraient être informés de leurs droits quant à la répartition des frais entre le débiteur et le créancier du paiement: tous frais au donneur d'ordre, tous frais au bénéficiaire ou frais partagés. Compte tenu de la politique commerciale des établissements bancaires (facturation des coûts engendrés par un paiement transfrontière), il paraît difficile d'éviter que des frais soient prélevés auprès des différents intervenants (banque du donneur d'ordre, banque du bénéficiaire et banques intermédiaires). Il ne nous appartient pas en outre de juger ici de la véracité de tels frais ou de proposer des mesures plus politiques que juridiques s'agissant des coûts. Cela étant, dès lors que des frais

606 NIELSEN, p. 253 s.

607 MITCHELL, services financiers, p. 252. Les textes nationaux spécifiquement relatifs aux moyens de paiement grand public vont généralement dans ce sens, qu'il s'agisse de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc. (art. 13 al. 1.3, art. 26 b al. 1.3) ou aux Etats-Unis de la loi sur les transferts électroniques de fonds (§ 905 (a) (4) E.F.T.A.). Sur ces textes, cf. *supra* no 61 et 69.

608 Solution souvent adoptée au niveau communautaire, cf. *infra* no 236 et 250.

sont prélevés à différents stades, il est normal qu'une répartition puisse être convenue entre les parties et qu'une information adéquate soit donnée en conséquence. A partir du moment où chaque client est ainsi en mesure de choisir en toute connaissance de cause la répartition des frais qui lui convient, le non-respect ultérieur de celle-ci par un intervenant et notamment un problème comme celui du double prélèvement des frais sera qualifié de mauvaise exécution du contrat[609].

205. A noter qu'en marge de la problématique du "*double charging*", la transparence nous semble pouvoir jouer un rôle important quant à l'évolution du prix des services. Nous verrons en effet que pour éviter un double prélèvement des frais auprès du donneur d'ordre et du bénéficiaire, la directive communautaire de 1997 concernant les virements transfrontaliers prévoit impérativement que les établissements participant au virement exécutent celui-ci pour son montant intégral, sauf instruction différente du donneur d'ordre[610]. Sachant que les différents établissements participants facturent généralement des frais pour l'exécution d'un virement, le seul moyen de respecter l'interdiction du prélèvement de frais auprès du bénéficiaire contrairement aux instructions du donneur d'ordre sera de faire supporter à ce dernier l'ensemble des frais du virement. Il existe dès lors un risque que l'on facture audit donneur d'ordre un montant global de frais qui ne correspondrait pas forcément à la réalité des coûts de chaque intervenant. On peut même imaginer que tout en respectant le principe de la facturation au seul donneur d'ordre et non également au bénéficiaire, le donneur d'ordre aurait quand même à payer deux fois un service, en ce sens qu'on lui facturerait un montant global comprenant des frais de banques différentes mais portant en fait sur la même activité.

En dehors de toute intervention législative au niveau de la politique tarifaire, un moyen d'éviter le prélèvement d'une telle somme totalement non transparente serait d'exiger que les frais facturés au donneur d'ordre soient décomposés selon leur origine: frais de la banque du donneur d'ordre, de la banque du bénéficiaire, des banques intermédiaires, etc. Le consommateur aurait ainsi une information claire sur la politique de prix de chaque établissement et pourrait choisir le service qui lui convient le mieux en comparant et en faisant jouer la concurrence. Il est peu probable dans une telle situation concurrentielle que des frais soient facturés à double, sans réalité des coûts.

Il est évident en revanche qu'une telle transparence peut poser des difficultés aux professionnels quant à la différenciation des coûts et frais entre chaque établissement participant au virement et la possibilité d'en informer le consommateur préalablement à l'exécution. De tels renseignements sont plus

609 Cf. en détail *infra* no 401 ss.

610 Cf. *infra* no 433. Voir aussi *supra* no 170 ss sur le "*double charging*".

faciles à donner *a posteriori*, lorsque les établissements ont concrètement facturé leurs services; mais dans la phase *ex ante*, cela signifie que la banque du donneur d'ordre doit connaître à l'avance tous les frais de toutes les banques exécutant des virements. Un moyen de remédier à ces difficultés pourrait être la conclusion d'accords de prix, mais ils tomberaient alors sous le coup du droit communautaire de la concurrence.

A la lumière de l'expérience eurochèque et conformément à la communication de la Commission de 1995 relative à l'application des règles de concurrence de la Communauté européenne aux systèmes de virement transfrontalier, une distinction devrait être faite selon les catégories d'accords[611]. D'un côté, des accords multilatéraux portant sur des commissions interbancaires en partie uniformisées, qui faciliteraient la facturation des paiements transfrontières et qui réserveraient une partie équitable du profit aux utilisateurs, pourraient cas échéant et à certaines conditions bénéficier d'une exemption au titre de l'art. 85 para. 3 du traité CE. D'un autre côté, en revanche, tout accord entre les banques participant à un système visant à fixer le type ou le niveau des tarifs à facturer directement à la clientèle serait exclu. Il n'est donc pas envisageable que l'on débite à chaque donneur d'ordre un montant forfaitaire pour l'ensemble des frais d'un virement. La solution médiane, satisfaisante tant sur le plan de la transparence que du droit de la concurrence, serait vraisemblablement qu'un virement soit facturé à chaque donneur d'ordre avec l'indication des frais spécifiques de la banque du donneur d'ordre et des frais en partie uniformisés des autres établissements participants, à l'instar de ce que l'on connaît pour l'utilisation des eurochèques à l'étranger.

b. Dates de valeur et taux de change

206. Le coût d'un paiement transfrontière pour l'utilisateur n'est pas seulement constitué par les commissions et autres frais. Des dates de valeur peu favorables et donc une perte d'intérêt, un taux de change trop élevé, peuvent constituer indirectement des éléments de coût.

207. La date de valeur est la date à partir de laquelle une opération enregistrée dans un compte est prise en considération pour le calcul des intérêts éventuels[612]. Or bien souvent, cette date ne coïncide pas avec celle d'une

611 Cf. *supra* no 151 et 157.

612 BILLOTTE-TONGUE, no 138; DUSSEAUX, conditions, p. 78 s.; D'ORNANO, p. 3 s., et leurs références; ainsi que les auteurs cités *infra* notes 817 ss. La proposition puis la proposition modifiée de directive sur les virements transfrontaliers définissait la date de valeur comme "*la date à laquelle le compte du client est débité (pour les donneurs d'ordre) ou crédité (pour les bénéficiaires) et sur la base de laquelle l'établissement calcule l'intérêt produit (s'il s'agit d'un compte rémunéré) ou, dans le cas où l'intérêt n'est pas un critère approprié, apprécie la disponibilité des fonds*" (art. 2 lit. n, non repris dans le texte final).

opération effective: des montants crédités ne portent intérêt que plus tard (J+1 par exemple) et des montants débités arrêtent de porter intérêt comme s'ils avaient été débités plus tôt (J-1 par exemple). En soi, de telles pratiques sont de plus en plus contestées et cela pour diverses raisons[613]. Les dates de valeur ne sont en tout cas plus justifiées techniquement pour les opérations de paiement modernes sans support papier, l'informatisation bancaire permettant aujourd'hui une comptabilisation immédiate ou presque. Elles ne constituent donc rien d'autre qu'une rémunération des services de paiement, qui s'ajoute aux commissions et autres frais, et que d'aucuns qualifient de rémunération déguisée puisqu'elle est peu claire pour la clientèle[614].

La transparence sur de telles conditions fait en effet souvent défaut, comme nous le verrons à l'aide d'un exemple jurisprudentiel allemand[615]. Pour remédier à cette situation, il conviendrait en tout cas que les clients soient systématiquement informés sur les dates de valeur appliquées aux débits et crédits résultant d'une opération de paiement. Idéalement, il serait même opportun, dans la lignée de certaines législations et jurisprudences nationales, de fixer les dates de valeur d'une manière uniforme au niveau communautaire, ou mieux encore au niveau de l'Espace économique européen, de telle sorte qu'il soit possible d'éviter toute perte de valeur pour les consommateurs et que le trafic des paiements ne comprenne pas de distorsions injustifiées d'un Etat à l'autre. Au delà des questions d'information au sens étroit, des dates de valeur qui défavorisent les clients posent d'ailleurs le problème de leur validité contractuelle, en particulier sous l'angle des législations en matières de clauses abusives; de plus en plus de tribunaux sont enclins à considérer les clauses de dates de valeur comme nulles[616].

208. Quant au taux de change appliqué, il est également important que les consommateurs puissent en prendre connaissance avant un paiement, avec les précisions requises sur son type (taux devises ou billets). Un paiement transfrontière se caractérise en principe par définition par une opération de change et les clients devraient donc toujours pouvoir faire jouer la concurrence entre les institutions financières ou les moyens de paiement afin de choisir le service représentant le taux de change le plus adéquat. On sait par exemple que les paiements face-à-face à l'étranger au moyen des principales cartes de crédit internationales sont généralement convertis au taux des devises, plus favorable que le taux des billets. En outre, comment comparer le coût des services

613 Cf. notamment REDC 1996, p. 259 (DOMONT-NAERT Françoise).

614 En France, cette pratique des dates de valeur aurait par exemple procuré en 1990 un "*float*" (trésorerie engendrée par l'application de jours de valeurs décalés entre les opérations de débit et de crédit et pendant lesquels les fonds sont à la disposition des banques) de quelque dix milliards de francs français aux établissements de crédit: Dalloz Affaires 1995, p. 24.

615 *Infra* no 283.

616 Cf. *infra* no 289 ss.

lorsqu'un bureau de change annonce qu'il ne prélève pas de commission mais que le taux de change n'est pas indiqué, de sorte que la rémunération du service, intégrée en fait dans le taux de change, ne peut donc être connue[617]?

Au sein de l'Union européenne, le passage à la monnaie unique supprimera les opérations de change pour les paiements transfrontières en euros, une information sur les taux ne sera donc plus nécessaire. La transparence des coûts en sera d'autant améliorée puisque les seuls frais restant auront trait à l'exécution proprement dite des paiements transfrontières à l'exclusion de toute question de change. Disparaîtront donc des pratiques que l'on connaît aujourd'hui et qui consistent à ne pas indiquer aux clients toutes les composantes des frais prélevés pour une opération de change (commission de change proprement dite, marge sur le taux, etc.).

2. Les droits et obligations

209. Dans la phase précontractuelle, il est très important de prévoir une obligation de renseignement sur le contenu du contrat, de manière à ce que le consommateur puisse connaître précisément quels seront ses droits et obligations[618]. Comme relevé précédemment, la situation est la même si l'on est en présence d'un contrat bancaire déjà existant, si celui-ci se limite au cadre général de la relation de compte et que l'exécution de paiements transfrontières nécessite la conclusion d'une nouvelle convention avec des droits et obligations spécifiques (par exemple pour l'utilisation d'une carte de paiement), pour laquelle une information précontractuelle s'impose également[619].

210. D'une manière générale, le consommateur devrait pouvoir prendre connaissance, en plus de l'information sur les coûts et les caractéristiques essentielles des services proposés, des conditions contractuelles liées aux particularités de certains systèmes. Le fait de disposer d'informations écrites

---

617 ALLIX, moyens de paiement, p. 76. Nous ne nous arrêterons pas sur les spécificités de la transparence dans les bureaux de change (ce sujet est diversement réglementé d'un Etat à l'autre - voir par exemple au Royaume-Uni "*The Price Indications (Bureaux de Change) (No. 2) Regulations 1992*" - ; il a été examiné au sein d'un groupe de travail *ad hoc* de la Commission européenne - cf. Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 8, 29 s., 68; Parlement européen, Question écrite no 1291/93 (LULLING), in: JOCE C 333 du 8.12.1993, p. 19 -, mais n'a finalement donné lieu à aucune mesure particulière). Notre réflexion est plus générale et s'applique à toute opération de change.

618 FABRE-MAGNAN, no 510. Cf. aussi L'HEUREUX, droit bancaire, p. 427 s. (qui donne une liste détaillée des indications à fournir; voir aussi le contrat type qu'elle propose: L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 85, art. 2.1).

619 Cf. *supra* no 198.

complètes avant de choisir un moyen de paiement permet d'évaluer les risques financiers, les avantages et les inconvénients du système[620].

Pour tous les systèmes, mais plus particulièrement en matière de paiement électronique, il est en effet capital que les clients puissent s'informer sur leurs obligations de diligence, sur le régime de répartition des risques en cas d'accès non autorisé au système par un tiers et en cas de mauvaise exécution des opérations par l'émetteur (retard, perte, prélèvement incorrect des frais, etc.) ou encore sur la charge de la preuve. Vu leur importance pour les questions de responsabilité, les conséquences de l'attitude du consommateur lors de l'annonce du vol ou de la perte d'un moyen de paiement devraient être clairement indiquées, et il devrait en être de même des coordonnées précises de la centrale de blocage et des détails de la procédure à suivre (de jour, de nuit, lors de jours fériés), ainsi que toute autre obligation de sécurité de l'émetteur. Le consommateur devrait encore être informé notamment de ses possibilités de révoquer un paiement, des éventuelles modalités de crédit et des moyens mis à disposition en cas d'erreurs ou autres problèmes liés à l'utilisation du système (procédures de règlement des différends)[621].

Ce dernier point est particulièrement important. Compte tenu des différents problèmes que les consommateurs peuvent rencontrer en utilisant des moyens de paiement transfrontière, nous verrons que des instances et des procédures spécifiques devraient être créées pour parvenir à un règlement facilité des litiges. Dès lors, si de tels systèmes existent et permettent aux utilisateurs d'éviter de longues et fastidieuses procédures judiciaires, il est normal qu'une information adéquate soit donnée dès avant d'éventuels litiges.

211. Une question plus délicate est celle de la transparence quant à la durée d'exécution d'un paiement transfrontière. Il est critiquable en effet qu'un client ne sache pas si le montant qu'il doit verser par hypothèse à un créancier va mettre deux jours, une semaine ou un mois, selon le mode de paiement choisi, les banques et Etats concernés. Cela étant, il semblerait en l'état actuel des choses que les professionnels aient beaucoup de difficultés pour apprécier pratiquement les délais en question, compte tenu notamment des intermédiaires différents qui peuvent être utilisés[622]. Dès lors, on ne voit pas très bien quel serait l'intérêt d'une information trop vague pour le consommateur, donnée avec d'extrêmes précautions parce que les institutions financières savent qu'elles ne

620 L'HEUREUX, droit bancaire, p. 427.

621 Au niveau national, des textes relatifs aux moyens de paiement énumèrent en détail de telles obligations d'information sur le contenu du contrat, par exemple les art. 13 al. 1 et 26 b al. 1 de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc., mais aussi le § 905 de l'E.F.T.A. américain (ainsi que § 205.7 Regulation E. Cf. OCDE, cartes, p. 91 ss; SCHNEIDER, Recht, p. 72 s.; GIANNANTONIO, p. 23 s.).

622 Comité économique et social [UE], transparence, no 3.3.3.1, et transferts, no 5.3.1; AESC, Lignes directrices, p. 3 s.; SOUSI-ROUBI, concurrence, p. 198.

pourront objectivement respecter des délais précis dans tous les cas (par exemple: "*En principe et sous réserve de circonstances particulières, un virement transfrontière est exécuté dans un délai de 2 à 8 jours*").

La situation pourrait être différente si une obligation de respecter un certain délai est imposée aux établissements. C'est par exemple la voie choisie par la Communauté européenne dans sa directive 97/5 sur les virements transfrontaliers, pour le délai convenu entre les parties et surtout en l'absence d'une telle convention puisque la directive fixe alors un délai maximal précis en nombre de jours[623]. En effet, dès le moment où la durée des paiements est fixée et que les professionnels doivent la respecter, il est normal que les clients en soient informés, qu'ils sachent quels sont ces délais. Seule cette connaissance leur permettra de déterminer si leurs paiements ont été correctement exécutés, dans le temps légalement imparti. La transparence à ce niveau permet donc d'assurer que les droits offerts en cas de mauvaise exécution puissent être pleinement exercés.

II. L'exécution du contrat et du paiement

212. Une fois le contrat portant sur un service de paiement conclu et lorsqu'il s'agit d'exécuter un paiement transfrontière donné, les institutions financières devraient également être soumises à certaines obligations d'information. Préalablement à un paiement, chaque client devrait toujours pouvoir obtenir si nécessaire des informations sur les caractéristiques et le prix des services, ainsi que sur les droits et obligations des parties aux termes du contrat: soit parce qu'il aura perdu certains documents informatifs, reçus dans la phase précontractuelle ou lors de la conclusion du contrat, et qu'il désirera recevoir de nouvelles brochures explicatives[624], soit parce que certaines données auront changé, le client devant alors être correctement informé des nouveaux coûts, des nouvelles conditions d'utilisation ou des propositions de modification des conditions générales[625]. On sait par exemple que l'utilisation des moyens de paiement face-à-face (cartes notamment) à l'étranger peut être soumise à des conditions différentes selon les pays, conditions qui sont régulièrement modifiées (montant minimum de la transaction et/ou des frais prélevés, plafond des transactions par opération, par jour, par semaine ou par mois, etc.).

---

623 Cf. *infra* no 425 ss.

624 Les institutions financières devraient en tout cas faire en sorte que les consommateurs soient en possession de tous les documents informatifs pertinents lors de la conclusion du contrat.

625 Sur la question de la modification des clauses contractuelles, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 126 ss.

213. Une fois un paiement transfrontière effectué, chaque client devrait pouvoir recevoir un décompte de l'opération dans les meilleurs délais, avec le détail des frais prélevés, le taux de change et les dates de valeur appliquées. Pour un paiement face-à-face à l'étranger, la possibilité de se voir remettre un reçu immédiatement à l'issue de l'opération devrait également être prévue. Parallèlement, les clients devraient périodiquement recevoir des relevés de compte généraux. Il est important, notamment dans une optique de sécurité, que le consommateur bénéficie régulièrement de tels extraits de compte détaillés lui permettant d'identifier les transactions enregistrées et donc de constater d'éventuelles opérations non autorisées ou erronées[626]. Plus généralement, dans le cadre de la relation de confiance qui unit une institution financière et son client, ce dernier devrait être régulièrement informé de tout développement relatif aux services de paiement qu'il utilise ou pourrait utiliser.

214. Il va sans dire que la fourniture de toutes ces informations devrait pouvoir être facturée aux clients. Il faudrait simplement que ce coût ne soit pas si élevé qu'il dissuaderait le consommateur de demander l'information à laquelle il a droit. On rappellera à cet égard que du point de vue du droit des obligations, l'offre d'information n'est pas à bien plaire, elle résulte bien plutôt d'une véritable obligation de rendre des comptes qu'une institution financière doit respecter vis-à-vis de sa clientèle dans le cadre du contrat de mandat qui les lie. Si un tel service doit malgré tout pouvoir être rémunéré, le meilleur moyen d'éviter des frais non justifiés est de favoriser une transparence des prix et une concurrence efficace entre institutions financières.

III. La forme et les supports de l'information

215. Les renseignements donnés par les professionnels devraient être présentés d'une manière claire et complète, dans un langage accessible au consommateur non expérimenté. Il devrait en être de même pour la publicité faite par un émetteur de moyens de paiement; toute publicité devrait contenir une information positive[627] et véritablement utilisable par les destinataires.

216. Quant à la langue proprement dite du contrat, il serait opportun, pour concrétiser les possibilités de libre circulation dans la Communauté, respectivement dans l'Espace économique européen, que le consommateur sollicité dans son pays par une institution financière étrangère ou se rendant dans un autre Etat pour conclure un contrat relatif à un service de trafic des paiements

626 European Consumer Law Group, Payment, p. 9. Cf. art. 13 al. 1.2 et 26 b al. 1.2 de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc.; § 906 (c) E.F.T.A. et § 205.9 (b) Regulation E.

627 Recommandations du Sub-Committee on Consumer Policy Affairs de l'AELE, titre III, art. 1.1 et 1.2, et du European Consumer Law Group, Payment, p. 8.

ait la possibilité d'obtenir des conditions générales dans la langue qu'il aura choisie ou tout au moins dans celle de l'Etat où il a sa résidence habituelle[628].

217. S'agissant de la transparence des frais, elle pourrait être en partie assurée par l'affichage des tarifs bancaires dans tous les établissements dans lesquels se rend la clientèle, ainsi que par des indications auprès d'autres points de contact: automates, serveurs télématiques, sites sur Internet, etc. Dans la mesure où la politique de compression des coûts des établissements commerciaux tend à dissuader de plus en plus les clients de se rendre aux traditionnels guichets dans les agences, il convient en effet de déplacer l'affichage de l'information sur de nouveaux supports, qui tiennent compte de la délocalisation et de l'automatisation de l'activité bancaire.

Un simple affichage, même informatisé, ne semble cependant pas suffisant. Chaque client potentiel devrait pouvoir obtenir une autre forme d'information, sur un support individuel (brochure d'information par exemple)[629] permettant d'être emporté, notamment pour comparaison avec les autres services proposés par d'autres concurrents. Tous les documents disponibles devraient bien sûr être directement accessibles au public, en particulier dans les agences[630].

Un élément de coût devrait toutefois pouvoir n'être indiqué que par voie d'affichage ou procédé similaire et non nécessairement dans des brochures: le taux de change. Une telle donnée est en effet très variable et il n'est donc pas opportun de la faire figurer dans un imprimé qui ne peut sans cesse être remis à jour[631]. Le consommateur devrait simplement pouvoir connaître le taux de change au moment où il effectue son paiement, sous toute forme adéquate, et il devrait surtout recevoir postérieurement à l'opération un décompte écrit explicite indiquant le taux appliqué.

218. Au-delà de la transparence des coûts doit être examinée la question de l'information sur tous les autres éléments caractérisant un service de paiement

---

628 En détail: FAVRE-BULLE, paiement, p. 116 s.

629 Le Comité consultatif français, cartes, p. 98, parle d'"*annexe tarifaire du contrat*".

630 Conseil économique et social [France], Avis, p. 15. D'une manière générale, les supports matérialisés devraient être accompagnés d'un développement de l'information par des moyens de communication électroniques, pour les clients toujours plus nombreux qui recherchent par eux-mêmes des renseignements *via* les réseaux informatiques (Internet), télématiques (télétexte par exemple) ou téléphoniques (phone banking). Ces procédés électroniques ne devraient cependant pas remplacer complètement l'information imprimée sur des supports papiers disponibles dans les agences, car certaines catégories de personnes n'auront pas toujours accès aux nouvelles technologies de la communication ou préféreront continuer de privilégier le contact de proximité avec des employés dans les locaux des banques et autres institutions financières, même si un tel contact leur est facturé.

631 Comité économique et social [UE], transparence, no 3.3.3.3.

transfrontière. Tout d'abord, s'agissant de la description des services disponibles, de leur mode d'utilisation, de leurs caractéristiques essentielles, on peut considérer qu'un dépliant à la disposition de la clientèle dans les différents établissements ou envoyé sur demande pourrait être un moyen d'information efficace. Ce type d'informations et les indications relatives aux coûts pourraient bien sûr être réunis dans le même document, présentant ainsi objectivement toutes les données relatives aux services de paiement.

219. Qu'en est-il maintenant de l'information sur les aspects juridiques des paiements transfrontières? Pour l'heure, on constate en pratique que les conditions contractuelles sont très souvent remises au dernier moment, lors de la conclusion du contrat. Elles sont rarement à la disposition de la clientèle dans les locaux des établissements bancaires et ne peuvent donc être obtenues que par une demande expresse. Parfois, simplement imprimées au dos d'une demande d'adhésion à un système de paiement, elles ne seront fournies que lors de la signature de cette formule[632].

Ceci est critiquable car le client n'a plus vraiment la possibilité d'en prendre connaissance et de se rendre compte de la portée de son engagement. La décision de conclure le contrat a en fait déjà été prise, il ne reste plus au client qu'à signer le texte qui lui est présenté, il n'a donc plus le temps ni d'intérêt à consulter, à étudier s'il le désire, les conditions contractuelles[633]. Or pour que le consentement du cocontractant soit véritablement éclairé, deux conditions devraient être remplies: l'information devrait être fournie, d'une part, sur les

---

632 Critique de la situation en Suisse par BILLOTTE-TONGUE, no 316 et note 130; FAVRE-BULLE, paiement, p. 103 note 256. Pour les Etats de la Communauté, voir les résultats peu réjouissants de l'enquête de KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 13. Le fait que les conditions générales soient au moins mises à disposition lors de la signature du contrat devrait résulter des incombances d'incorporation. Des conditions générales envoyées seulement sur demande et dont il est simplement fait mention dans un prospectus publicitaire ne devraient en effet pas pouvoir être intégrées dans le contrat: LG Frankfurt (3.12.1991, en matière de carte de crédit), WM 1992, 1103; EWiR §2 AGBG 2/92, p. 521 s. (HUFF Martin W.); WuB I D 5. - 6.92 (HABERSACK Mathias); HORN, Kreditkarte, p. 276. *A fortiori*, l'envoi des conditions générales avec la carte de crédit, soit après que le contrat ait été signé, n'est pas suffisant et les conditions contractuelles tarifaires, par exemple quant aux commissions de change pour utilisation de la carte à l'étranger, ne seront donc pas intégrées au contrat: AG Düsseldorf, 9.3.1993, no 39 C 15.674/92, non publié. Voir encore en matière de carte de crédit: LG Frankfurt (26.3.1991), NJW 1991, 2842 = ZIP 1991, 864 = WM 1991, 1667; EWiR §2 AGBG 1/91, p. 835 s. (REIFNER Udo); WuB I D 5. - 1.92 (ETZKORN Jörg); HORN, Kreditkarte, p. 279. OLG Köln (23.1.1992), WM 1993, 369. AG Freudenstadt (3.7.1992), WM 1994, 1661; WuB I D 5 a. - 1.95 (SALJE Peter). S'agissant d'une information efficace des utilisateurs, le problème n'est cependant pas simplement celui de l'incorporation des clauses, mais bien celui de l'information à leur sujet avant la conclusion du contrat.

633 STAUDER, Droit suisse, p. 104 s. Sur l'insuffisance de l'information du consommateur sur le contenu des conditions générales et par conséquent sur les droits contractuels dont il pourrait se prévaloir, cf. aussi BOURGOIGNIE, théorie, p. 68.

éléments essentiels et, d'autre part, à temps[634]. Par conséquent, il est indispensable, pour donner au consommateur la possibilité de s'informer, de prévoir la mise à disposition des conditions contractuelles bien avant la conclusion du contrat[635].

Une telle exigence ne semble pas disproportionnée pour les professionnels, notamment au niveau du coût qu'elle peut représenter, car les conditions contractuelles doivent de toute manière être imprimées sur un support. A partir de là, que le support en question soit disponible plus tôt, dans la phase précontractuelle, ne devrait pas changer grand chose. Il convient de souligner par ailleurs que l'information de la clientèle ne sera vraiment efficace que si les clauses sont rédigées de façon claire et intelligible, dans une forme (langue, présentation typographique) qui permette de les lire et de les comprendre facilement[636].

220. En marge de cette réflexion théorique, on peut toutefois se demander si les termes contractuels présentés sous forme de conditions générales constituent un support d'information précontractuelle suffisant et véritablement efficace pour que les consommateurs obtiennent des renseignements complets sur les droits et obligations des parties. On ne doit pas perdre de vue en effet que les conditions contractuelles sont en principe préformulées, standardisées, lorsqu'il s'agit de transactions de consommation, et qu'elles sont le plus souvent nombreuses, complexes et écrites en tous petits caractères. Les consommateurs n'ont par conséquent pas pour habitude de les étudier. On les accepte parce que l'on se sent obligé de le faire - elles prennent donc une certaine valeur "normative" -, mais on ne s'intéresse pas outre mesure à leur contenu. Seul compte le service fourni et les avantages qu'il peut représenter, mais l'on n'a pratiquement aucune idée des conséquences juridiques qui découlent de l'acceptation des CG. On ne

---

634 STAUDER, Pacta sunt servanda, p. 491. Cet auteur expose à juste titre que (p. 493): "*En résumé, le client/consommateur peut se décider librement, dans la mesure où une information adéquate, compréhensible lui est fournie à temps, que ce soit à sa demande ou sur la base d'une obligation précontractuelle, qu'elle soit légale ou qu'elle ait été créée par la jurisprudence. Qu'il utilise cette information ou non relève de sa responsabilité. Son oui au contrat peut être considéré comme l'expression d'un consentement éclairé et réfléchi. Il sera lié par la parole qu'il a donnée*". Voir aussi le rapport du Comité de la politique à l'égard des consommateurs de l'OCDE, information, p. 66.

635 La loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc. prévoit par exemple que les émetteurs doivent fournir un certain nombre d'informations par écrit lorsqu'ils contactent des consommateurs, lorsqu'ils répondent à des demandes de renseignements et avant tout accord, qu'il s'agisse de cartes de paiement (art. 13 al. 1 et 2) ou de systèmes électroniques de paiement sans cartes (art. 26 b al. 1 et 2).

636 European Consumer Law Group, Payment, p. 8 s.; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 18 s.; L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 22 s., 25 s., 29; STAUDER, contrat, p. 222 s.; KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 13; MITCHELL, Electronic Banking, p. 19; VROEGOP, p. 89 s. Voir également les recommandations du Sub-Committee on Consumer Policy Affairs de l'AELE, titre III, art. 2.

prendra véritablement connaissance des conditions contractuelles préformulées qu'en cas de litige.

Le problème de base reste que si le consommateur reçoit trop d'informations, si celles-ci sont trop complexes, il ne saura pas identifier celles qui sont véritablement pertinentes pour ses besoins. Cela pose donc la question de la mise en valeur de certaines informations importantes[637]. Les paiements transfrontières, en particulier avec le développement de nouveaux moyens électroniques, ne sont assurément pas des services faciles à maîtriser. Vouloir informer de manière complète et précise les futurs utilisateurs par le seul biais d'un formulaire aux nombreuses clauses empruntes d'un certain juridisme pourrait donc être dangereux du point de vue de l'efficacité du résultat. Nous pensons donc que le moyen d'information le plus adapté dans la phase précontractuelle pourrait être la mise à disposition de la clientèle d'une notice explicative, rédigée d'une manière claire et attrayante, dégageant et résumant les principaux droits et obligations contenus dans les conditions générales, notamment quant à la question de la sécurité des systèmes de paiement et des risques encourus pour les utilisateurs[638].

Là encore, la notice en question pourrait se confondre avec la brochure décrivant les caractéristiques et le coût des services, la quantité d'informations fournies devant toutefois rester compréhensible. En évitant ainsi de se baser uniquement sur des conditions générales trop détaillées, on pourra peut-être susciter un intérêt plus grand des consommateurs pour le contenu du contrat, ou tout au moins attirer leur attention sur quelques points particulièrement importants pour la protection de leurs intérêts économiques, ce qui est le seul but recherché dans le cadre d'une politique d'information.

221. Le rôle des conditions générales ne devrait malgré tout pas être totalement oublié dans la phase précontractuelle. En effet, il arrive - et il est souhaitable - que des consommateurs désirent consulter les CG pour se faire une idée du contrat qui les attend. De même, la lecture de la notice explicative pourra peut-être pousser certains à se référer au texte même des conditions générales pour obtenir plus de renseignements. C'est la raison pour laquelle les conditions générales devraient bien être disponibles avant la conclusion du contrat, en parallèle à la notice explicative, sans compter les exigences qui devront ultérieurement être respectées pour l'incorporation des CG au contrat (attirer l'attention du cocontractant sur l'existence des CG et manifester la volonté de les incorporer au contrat, donner une véritable possibilité au cocontractant d'en prendre connaissance - la meilleure solution serait de prévoir l'obligation de remise des CG lors de la conclusion du contrat, de nombreuses banques le font

637 FABRE-MAGNAN, no 532.

638 Voir les propositions du National Consumer Council, Banking, p. 4, 100 s.

déjà en pratique et cela permettrait d'éviter tout litige quant à l'incorporation ou non des clauses -, mettre en évidence d'une manière particulière les clauses éventuellement insolites, etc.)[639].

222. Reste une autre question, celle du rôle des conditions générales en matière d'information, non plus pendant la phase précontractuelle, mais lors de l'exécution du contrat. Nous avons souligné que les consommateurs ne lisaient généralement pas les clauses contractuelles présentées sous forme de conditions générales préimprimées, sauf peut-être en cas de litige. C'est donc à ce moment là qu'elles prendront vraiment de l'importance à leurs yeux, qu'elles leur permettront peut-être de prendre connaissance de leurs droits. Les clauses devraient par conséquent énoncer clairement, d'une manière précise et compréhensible pour le consommateur moyen, les droits et obligations des parties contractantes, pour que l'on puisse s'y référer en cas de besoin en cours de contrat; d'où l'importance d'exigences légales ou jurisprudentielles relatives à la transparence des clauses[640]. On ne perdra cependant pas de vue que l'efficacité de l'information sur les conditions contractuelles comporte des limites si ces conditions sont abusives; un excellent moyen de protéger les consommateurs restera donc toujours le contrôle du contenu des clauses sous l'angle de l'équité[641].

223. *Quid* de la présentation de l'information, s'agissant notamment de l'indication des coûts? Devrait-elle être normalisée à l'échelle européenne, pour faciliter les comparaisons, ou les institutions financières devraient-elles avoir une grande liberté pour fixer le détail des renseignements à donner[642]? Là encore, la réponse n'est pas aisée. Au niveau national, l'utilisation de dénominations différentes pour des services identiques est critiquée[643]. Au niveau européen, l'avantage d'une information standardisée serait de permettre aux consommateurs de choisir le meilleur service possible grâce à des comparaisons facilitées entre les offres présentes dans les différents Etats[644]. Cela permettrait de favoriser l'efficacité des libertés de circulation, tant pour les entreprises que pour les consommateurs, et par là même le fonctionnement du marché intérieur. En outre, une harmonisation des règles nationales relatives à la transparence permettrait *a fortiori* de meilleures comparaisons entre les différents prestataires de services au sein d'un même Etat membre.

---

639 Voir, pour le droit suisse, nos développements *infra* no 307 s.

640 Voir les exigences développées par la jurisprudence allemande avec le "*Transparenzgebot*" *infra* no 282 ss.

641 VON HIPPEL, p. 114. Voir à ce sujet le chapitre *infra* no 340 ss.

642 Cf. Commission [UE], PSULG, para. 29; MITCHELL, services financiers, p. 252.

643 Voir *infra* no 319.

644 MITCHELL, services financiers, p. 252.

Il n'en reste pas moins qu'en matière de coût par exemple, une obligation d'indication des frais, accompagnée d'une normalisation des conditions d'affichage des tarifs, conduira inévitablement à une standardisation forcée des services eux-mêmes, ce qui pourrait être vu comme une entrave à la liberté d'entreprise. Le meilleur moyen de concilier ces deux approches serait donc de contraindre certes les professionnels à informer le public sur les coûts des paiements transfrontières, mais de leur laisser la possibilité, comme cela a été le cas en France par exemple[645], de régler librement le détail de la normalisation par la voie de l'autoréglementation, pour autant que celle-ci soit menée de manière efficace.

Cette normalisation de l'indication des prix des services devrait avant tout s'appliquer aux conditions d'affichage, mais pourrait également concerner le contenu des brochures informatives. En revanche, elle pourrait ne viser que les éléments de facturation de prestations significatives, pratiquées couramment par toutes les banques, des "services de base" en d'autres termes, pour que chaque établissement puisse garder une information détaillée propre à ses services personnalisés[646]. Encore faudrait-il que de tels "services de base" existent toujours. On constate en effet une certaine tendance à modifier la terminologie des produits les plus classiques dans une optique de marketing. Il ne s'agit cependant bien souvent que d'une apparence: si les clients ne se voient plus proposer des comptes d'épargne, des comptes-salaire et les différents services de trafic des paiement que sous des étiquettes commerciales différentes d'un établissement à l'autre, les services restent globalement les mêmes et une certaine normalisation devrait donc rester possible.

IV. Les sanctions

224. La fixation de normes minimales en matière de transparence pose bien évidemment la question des sanctions pour les faire respecter. *Quid* en effet si l'émetteur ne fournit pas par exemple une information précontractuelle suffisante, en ne respectant pas les exigences légales quant au contenu minimal du document contractuel? Les sanctions à appliquer doivent être choisies avec prudence car le but n'est pas de renvoyer systématiquement les parties devant les juges et d'engorger encore les tribunaux. Conformément au principe de la proportionnalité, il conviendrait normalement de prévoir des mesures civiles avant tout, voire administratives (retrait d'une autorisation d'exercer pour

645 Cf. *infra* note 831.
646 Comité consultatif [France], Rapport 1988-1989, p. 15.

l'émetteur, dans les cas graves), et de ne garder les éventuelles sanctions pénales que pour des infractions bien déterminées[647].

225. S'agissant des mesures civiles, diverses solutions sont envisageables. Tout d'abord, dans la phase purement précontractuelle, tout défaut d'information devrait s'apprécier sous l'angle de la *culpa in contrahendo*, c'est-à-dire donner lieu à d'éventuels dommages-intérêts. Une fois le contrat conclu, le non-respect d'obligations d'information devrait ouvrir la voie à deux droits différents pour le client: d'une part la possibilité d'invalider ou de résilier le contrat à certaines conditions[648]; d'autre part le droit de prétendre à d'éventuels dommages et intérêts pour exécution imparfaite du contrat (responsabilité contractuelle)[649] ou même consécutivement à l'invalidation du contrat (dommages-intérêts négatifs). En matière de frais, on pourrait également imaginer que le manque de transparence soit sanctionné par la libération du client de régler les frais demandés.

226. Conformément aux principes généraux du droit civil, on pourrait soutenir que le fait de ne pas informer le consommateur sur l'existence de certaines clauses contractuelles devrait tout simplement conduire à la non-incorporation de ces clauses dans le contrat[650]. Un tel régime pourrait être favorable au consommateur lorsque l'on a par exemple affaire à des clauses d'exonération de responsabilité ou d'adaptation de tarif puisque de telles clauses seraient inapplicables. Toutefois, il ne nous semble pas qu'il s'agisse de la meilleure solution si la législation prévoit des obligations impératives en matière d'information. En effet, si l'on retient comme sanction du non-respect de ces obligations la seule non-incorporation, voire la nullité de certaines clauses pour

---

647 Pour un exemple de sanction par des amendes en cas de violation de certaines obligations d'information, voir l'art. 30 de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc. La question du type de mesures à adopter (droit civil, administratif ou pénal) dépend toutefois étroitement de la tradition juridique de chaque Etat et toute initiative d'harmonisation au niveau européen devrait tenir compte de ces différences.

648 S'agissant du non-respect du devoir d'information sur des points que le client aurait dû connaître au moment de la conclusion du contrat, c'est la validité même du contrat qui devrait pouvoir être remise en question: si le client avait correctement été informé, il n'aurait pas conclu le contrat en question, de sorte qu'il devrait pouvoir bénéficier d'un droit d'invalidation pour erreur (il faudrait pour éviter les abus que l'erreur ait porté sur des faits essentiels). Quant aux renseignements à fournir durant l'exécution du contrat, le non-respect de l'obligation d'information devrait donner au client un droit de résiliation du contrat (par exemple avec effet immédiat, pour justes motifs).

649 C'est par exemple le système prévu par la directive 90/314/CEE du 13.6.1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JOCE no L 158 du 23.6.1990, p. 59 ss): l'organisateur doit fournir un certain nombre d'informations au consommateur, ces informations l'engagent et si elles sont incorrectes, incomplètes ou trompeuses, sa responsabilité sera engagée en cas de dommage (VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 43).

650 De même, si l'on appliquait le principe du "*Transparenzgebot*" (cf. en détail *infra* no 282 ss), le simple manque de clarté des clauses pourrait cas échéant conduire à leur nullité.

manque de transparence, l'on reste confronté au problème du complètement du contrat. Comme certaines clauses n'ont pas pu être appliquées, quel régime doit-on substituer pour combler ces lacunes du contrat et permettre une information du consommateur?

Si l'on est en présence d'une législation réglementant les paiements transfrontières, on pourra recourir à ces dispositions légales pour compléter le contrat. Ce comblement ne concernera cependant que les normes de fond, les droits et obligations des parties en cas de fraude, d'inexécution, etc., mais pas les exigences d'information sur ces droits et obligations. Or ce sont précisément ces exigences d'information qui nous intéressent ici. En l'absence de droit harmonisé des paiements transfrontières, la lutte contre des clauses contractuelles par le biais des règles d'incorporation peut être précieuse, mais si l'on a affaire à un droit harmonisé avec des exigences d'information, le seul moyen de faire respecter celles-ci est d'adopter des sanctions spécifiques contre l'absence de transparence. Le simple comblement des lacunes contractuelles par des normes légales de fond n'assure pas une information préalable efficace sur ces dernières.

227. A noter que les sanctions civiles présentent un désavantage en faisant intervenir un mécanisme individuel de règlement des litiges. Dans de nombreux cas, on sait en effet que les consommateurs n'auront aucun intérêt à porter leur contentieux devant la justice ordinaire si celui-ci ne concerne que des questions d'information. L'administration des preuves peut être ardue, l'invalidation du contrat difficile si les conditions d'erreur sont interprétées restrictivement, des dommages-intérêts seront souvent inexistants en l'absence de dommage subi par les clients, sans compter la lenteur et les coûts importants que représentent une procédure judiciaire[651]. Le non-respect d'exigences impératives en matière de transparence devrait donc pouvoir être combattu parallèlement par un autre biais, soit par un mécanisme collectif. Les organisations représentant les intérêts des consommateurs devraient pouvoir, si elles constatent que des institutions financières ne respectent pas des obligations légales en matière d'information, saisir une autorité judiciaire ou para-judiciaire et obtenir la condamnation des professionnels à respecter la réglementation moyennant le paiement d'astreintes, ou même obtenir des dommages-intérêts pour le dommage créé à l'intérêt collectif des consommateurs, sans parler du rôle que pourrait également jouer le droit pénal. De telles actions collectives existent déjà parfois ou pourraient être aménagées, par exemple sur la base des législations nationales en matière de concurrence déloyale[652].

---

651 D'ou d'ailleurs l'intérêt de la mise en place de mécanismes de règlement des litiges simples, rapides et peu couteûx. Cf. en détail *infra* no 786 ss.

652 Voir en droit suisse *infra* no 303, 623.

Ces thèses dégagées, il convient maintenant d'examiner le niveau d'exigences que l'on trouve au niveau communautaire *de lege lata* en matière de transparence.

C. Le droit communautaire

228. Le droit à l'information, aujourd'hui reconnu comme un "*droit fondamental*" du consommateur, est une composante essentielle de la politique communautaire de protection des consommateurs[653]. Ce droit est consacré à l'art. 129 A du traité CE, indirectement depuis la révision de Maastricht et même en toutes lettres depuis la révision d'Amsterdam[654]. Pour la Commission européenne, "*La politique de la consommation doit chercher à garantir un niveau maximum d'information et de transparence*"[655]. Cependant, c'est essentiellement dans le domaine des biens de consommation que des exigences d'information spécifiques ont été développées[656]. Les interventions communautaires dans le domaine des services sont assez récentes et peu nombreuses[657].

En 1990, la Commission soulignait que la majeure partie de la législation communautaire n'avait pas permis d'assurer une transparence suffisante,

---

653 Pour les origines de ce droit, voir notamment les para. 3 lit. d et 34 ss de l'annexe à la résolution du Conseil de 1975 concernant un programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs, ainsi que les para. 2 et 40 ss de l'annexe du deuxième programme (cf. in bibliographie). On peut également lire dans la Résolution 543 (1973) relative à une Charte de protection du consommateur de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe que les consommateurs ont droit à une information suffisante, pour permettre de faire un choix rationnel entre produits et services concurrents (C.i.).

654 Cf. *supra* no 96.

655 Commission [UE], Plan d'action (1990-1992), p. 12, qui prône une véritable "*politique de transparence*".

656 KRÄMER, no 194.

657 Voir par exemple la directive du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation; la directive du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait; la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers ("*time-sharing*"); la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Le Conseil avait pourtant affirmé, dans sa résolution de 1981 concernant un deuxième programme de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs, que le développement important des services exigeait "*un renforcement de la protection des consommateurs dans ce domaine, notamment en ce qui concerne la qualité des services rendus et la transparence de leurs prix*" (para. 34 de l'annexe).

notamment dans le domaine des services financiers bancaires[658]. Dans sa résolution de 1992 concernant les priorités futures pour le développement de la politique de protection des consommateurs, le Conseil a invité la Commission à proposer, dans les meilleurs délais, des mesures permettant aux consommateurs d'avoir confiance dans le marché unique, notamment par une "*meilleure transparence*" et une "*meilleure information*"[659]. Malgré cela, la Commission a dû constater dans son deuxième plan d'action triennal 93-95, puis dans sa communication sur les priorités 96-98, qu'il restait encore beaucoup à faire pour améliorer l'information des consommateurs[660]. De même, la Commission s'est à nouveau arrêtée sur les insuffisances de cette information dans son livre vert de mai 1996 sur les services financiers[661], mais les seules mesures qu'elle propose dans l'immédiat - dans sa communication "*post*" livre vert de juin 1997 - est l'adoption de codes de conduite par les différentes parties intéressées (associations professionnelles et représentants des consommateurs)[662].

229. Force est de constater qu'en l'absence d'un texte général sur l'information des consommateurs en matière de services et plus particulièrement de services financiers, les interventions n'ont été pour l'heure que très sectorielles[663]. Pour les paiements face-à-face (transfrontières ou non), la Commission européenne a posé quelques exigences générales dans ses recommandations 87/598 et 88/590, sans parler des développements exposés dans des communications ou autres documents de réflexion communautaires[664] ni des codes de conduite des professionnels. Les paiements électroniques sont toutefois soumis à des règles (toujours non contraignantes) plus détaillées depuis l'adoption de la recommandation 97/489 le 30 juillet 1997. Quant aux paiements transfrontières à distance par virements, ils ont fait eux l'objet de règles de plus

---

658 Commission [UE], Plan d'action (1990-1992), p. 12, 14, 24. L'"*action transparence*" proposée a dès lors visé à "*garantir un maximum de transparence, particulièrement pour le secteur des banques et des assurances, en arrêtant une législation communautaire, si nécessaire, propre à guider le consommateur dans ses choix*" et d'"*assurer la transparence dans les transferts et paiements internationaux*". Voir également: FITCHEW, p. 4 s.

659 Dans l'annexe à la résolution, on trouve encore les exigences suivantes: "*Amélioration de la transparence des prix des services, notamment en ce qui concerne (...) les services financiers*" (pt. 2); "*Amélioration de la qualité et de la transparence des systèmes de paiement*" (pt. 6).

660 Commission [UE], plan d'action (1993-1995), p. 18 ss, et Priorités, p. 5. Voir également l'avis du Comité économique et social [UE], Marché unique, p. 63 ss.

661 Commission [UE], services financiers, p. 5 et 10 s. SABALOT, p. 311.

662 Commission [UE], confiance, p. 5 s. Ce n'est que si la mise en oeuvre des accords et l'amélioration de l'information ne sont pas suffisantes (d'ici le milieu de l'année 1999) que la Commission envisagera de nouvelles actions, notamment législatives.

663 Cf. STAUDER, Droit de la consommation, p. 196 s., 208 s. Rappelons qu'un texte général comme la directive du Conseil du 10.9.1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse n'exige pas une information positive du consommateur (STAUDER, libéralisation, p. 130).

664 Par exemple: Commission [UE], atout, para. 18.2.

en plus précises et complètes à la suite des carences importantes mises en évidence par différentes études, tout d'abord dans la recommandation 90/109, puis surtout dans la directive 97/5 sur les virements transfrontaliers, là encore sans parler de tous les documents de travail de la Commission[665] ou des règles déontologiques des banques.

Ce sont donc ces textes que nous nous proposons de présenter ici, soit ce qui constitue en tant que droit harmonisé ce que les émetteurs doivent respecter en matière d'information dès lors qu'ils offrent des services de paiement au sein de l'Union européenne. Nous ne parlerons pas d'autres réglementations trop en marge de la problématique des paiements transfrontières, qu'elles soient verticales comme la directive sur le crédit à la consommation, ou horizontales comme la directive en matière de publicité trompeuse. En revanche, il convient de s'arrêter brièvement, avant d'aborder le droit spécifique des paiements transfrontières, sur une législation horizontale jouant un rôle en matière de transparence: la directive sur les clauses abusives.

I. La directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives

230. Le Conseil a adopté le 5 avril 1993 une directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[666]. Avant tout, ce texte tend à combattre les clauses contractuelles inéquitables dans leur contenu et ses caractéristiques seront donc présentées plus longuement dans le chapitre consacré aux problèmes contractuels entre les institutions financières et leurs clients[667]. Cela étant, la directive 93/13/CEE a également une importance en matière d'information sur le contenu du contrat qu'il ne faut pas perdre de vue.

231. Conformément au considérant no 20 de la directive, le Conseil a tout d'abord prévu que "*le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses*". Pourrait ainsi être déclarée abusive à teneur de l'annexe de la directive, une disposition contractuelle qui constaterait de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat[668]. En outre, lorsque des clauses écrites sont proposées au

---

665 Voir notamment le rapport du PSULG, para. 26 ss, sur la transparence et l'information des utilisateurs; Commission [UE], paiements transfrontaliers, no 18 ss et 63 ss.

666 Références in bibliographie.

667 *Infra* no 341 ss.

668 1. i). A noter que la proposition modifiée de directive du 5.3.1992 contenait une disposition expresse (art. 5 para. 2) sur ce droit du consommateur de prendre connaissance des clauses avant la conclusion du contrat et les conséquences de sa violation (clauses

consommateur, elles "*doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible*"[669] conformément à l'art. 5. Cette dernière exigence a d'ailleurs une valeur importante dans la directive puisque s'il est admis que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part et les services ou les biens à fournir en contrepartie d'autre part, cette restriction ne vaut que "*pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible*"[670].

232. Les conséquences d'une éventuelle violation de ces obligations de transparence (soit si les clauses ne sont pas rédigées de façon claire et compréhensible) ne sont pas indiquées dans la directive. Il se pourrait que l'on se trouve simplement face à un mécanisme d'interprétation, puisque la directive prévoit dans le même art. 5 qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, c'est l'interprétation la plus favorable au consommateur qui prévaut[671]. Pourrait-on cependant aller plus loin et déduire d'autres conséquences, par exemple la nullité de la clause pour manque de transparence? La directive ne prévoit en tout cas pas que l'intransparence d'une clause au sens de l'art. 5 rend celle-ci automatiquement abusive au sens de l'art. 3; il n'existe aucun lien direct et explicite entre ces deux dispositions. La question du sort de clauses non transparentes est donc importante et elle a suscité des discussions, notamment dans la perspective allemande[672]. La jurisprudence allemande a en effet développé le principe du "*Transparenzgebot*" qui permet de considérer comme nulle une clause ne répondant pas à certaines exigences de transparence[673].

Il nous semble que le législateur communautaire n'a pas directement opté pour cette solution de la nullité et que la question des sanctions a été laissée au

---

considérées comme non acceptées), mais une telle disposition n'a pas été reprise dans le texte final de la directive (TENREIRO, clauses abusives, p. 4; REMIEN, p. 63). Le considérant 20 n'étant donc plus matérialisé par une disposition formelle, on peut dire que la directive contient une lacune en matière d'information précontractuelle: REICH, information, p. 27.

669 Sur ces deux notions ("*Klarheit*" et "*Verständlichkeit*"), cf. en détail GOZZO, p. 151 ss; REICH, AGB, p. 47 ss.

670 Art. 4 para. 2.

671 TENREIRO, clauses abusives, p. 4; WEIL/PUIS, p. 130. Cette règle d'interprétation n'est toutefois pas applicable dans le cadre des procédures de contrôle général et abstrait prévues par l'art. 7 para. 2 de la directive (cf. art. 5 dernière phrase).

672 Voir par exemple: GOZZO, p. 122 s., 144 ss; HEINRICHS, Transparenzgebot, p. 171 ss; KIENDL, p. 200 s.; REICH, Umsetzung, p. 5; MICKLITZ, Umsetzung, p. 78; NASSAL, p. 692 s.; WOLF, in: WOLF/HORN/LINDACHER, Art. 4 RiLi no 21, Art. 5 RiLi no 1 et 7; GRAF VON WESTPHALEN, p. 165; SCHMIDT-SALZER, p. 1493; HABERSACK/KLEINDIEK/WIEDENMANN, p. 1674; ULMER, p. 344. Cf. aussi BUESO GUILLEN, p. 309 ss; STAUDER, Klauseln, p. 33 et note 73, p. 40; SCHMID J., Richtlinienvorschlag, p. 254 s., et Klauselkatalog, p. 52, 54.

673 Cf. en détail *infra* no 282 ss.

choix des Etats membres[674]. La directive 93/13/CEE est en effet une directive d'harmonisation minimale, les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. Partant, la seule obligation à charge des Etats membres est de prévoir dans leur législation que les clauses des contrats conclus avec des consommateurs doivent être rédigées de façon claire et compréhensible et qu'en cas de doute sur une clause, si celle-ci peut être interprétée, c'est l'interprétation *contra stipulatorem* qui s'applique. Au-delà, les Etats membres devraient être libres d'adopter n'importe quelles sanctions dès lors qu'elles restent compatibles avec la directive et le traité, ou même de n'adopter aucune autre sanction[675]. Dans cette optique, un régime comme celui du "*Transparenzgebot*" en Allemagne et donc la nullité des clauses en cas de non-transparence devrait être admissible; il s'agit vraisemblablement là du meilleur système, le plus efficace pour protéger le consommateur. Nous y reviendrons[676].

233. Quoi qu'il en soit, le régime juridique préférable à une approche horizontale comme la directive concernant les clauses abusives, qui ne vise qu'à éviter que des dispositions contractuelles ne soient pas transparentes, reste toutefois une approche verticale, avec une définition précise des obligations positives d'information à respecter. Or en matière de paiements transfrontières, il existe diverses règles communautaires de ce type, règles que l'on peut décomposer selon le mode de paiement.

II. Les moyens de paiement face-à-face

234. Il n'existe pas à ce jour de textes communautaires traitant à proprement parler des paiements transfrontières face-à-face. En revanche, les textes généraux applicables à certains paiements face-à-face n'excluant pas leur application aux situations transfrontières, on doit en conclure que les exigences qu'ils posent en matière d'information sont également applicables aux paiements internationaux qui nous intéressent ici. Depuis une dizaine d'années ce sont les recommandations 87/598 et 88/590 qui ont défini le standard de transparence attendu pour les principaux moyens de paiement face-à-face. Après l'adoption de la récente recommandation 97/489, il est intéressant de voir si des améliorations ont véritablement été apportées.

---

674 Du même avis: WOLF, in: WOLF/HORN/LINDACHER, Art. 5 RiLi no 7.
675 Cf. aussi STAUDER, Klauseln, p. 33 et note 73.
676 *Infra* no 282 ss.

1. Les recommandations 87/598/CEE et 88/590/CEE

235. La recommandation 87/598 du 8 décembre 1987 portant sur un code européen de bonne conduite pose avant tout des principes généraux, qui laissent une grande marge d'appréciation aux institutions financières. Les contrats doivent être écrits et définir avec précision les conditions générales[677]. La tarification doit être fixée de façon transparente[678]. La recommandation prévoit en revanche de manière plus précise que les contrats doivent être rédigés dans la ou les langue(s) officielle(s) de l'Etat membre dans lequel le contrat est conclu.

Elle constitue par ailleurs le seul texte imposant au commerçant/prestataire de services une incombance d'information, celui-ci devant afficher "*de façon bien visible*" les cartes de paiement acceptées[679], ce qui permettra au consommateur d'être fixé à l'avance sur ses possibilités de règlement et d'éviter des déconvenues embarrassantes aux caisses lors de refus de certains moyens de paiement sans numéraire.

236. La recommandation 88/590 du 17 novembre 1988 étant, quant à elle, destinée spécialement à assurer la protection du titulaire d'un moyen de paiement, plusieurs dispositions traitent de la question de l'information. On trouve tout d'abord dans les considérants le principe selon lequel le "*consommateur doit recevoir des informations appropriées sur les clauses contractuelles, notamment sur les redevances et autres frais éventuels à payer (...)*"[680]. L'annexe de la recommandation ne correspond cependant pas tout à fait à cette exigence[681], car s'il est bien prévu que les conditions contractuelles doivent contenir un certain nombre d'informations relatives aux droits et obligations du titulaire, aucune règle n'est posée quant à la disponibilité de ces clauses dans la phase précontractuelle et quant à la manière dont l'émetteur doit les fournir au client[682].

---

677 Titre III, art. 1 lit. a. Les conditions doivent être "*clairement stipulées dans le contrat*": titre III, art. 1, lit. d. Une exigence spécifique concerne les conditions de résiliation du contrat, qui doivent être précisées et portées à la connaissance des parties préalablement à la conclusion du contrat: titre III, art. 1, lit. e. On ne voit pas pourquoi cette exigence relative à la disponibilité de l'information précontractuelle n'a pas été étendue à l'ensemble des clauses, ce qui aurait été tout à fait justifié: SCHAUSS/THUNIS, p. 56.

678 Titre III, art. 1 lit. c. S'agissant du coût des opérations pour le client, la recommandation de 1987 contient une disposition visant à faciliter les paiements tranfrontaliers, puisque la rémunération de services identiques ne devrait pas "*comporter de différence injustifiée entre services internes et transnationaux*", ce qui vise expressément - mais non uniquement - les opérations effectuées dans des régions frontalières: titre III, art. 5 lit. b.

679 Titre IV, art. 3.

680 Considérant 7.

681 Critique par STAUDER, libéralisation, p. 129.

682 Critique détaillée par FAVRE-BULLE, paiement, p. 103 s.

Avant tout, les conditions contractuelles doivent être établies par écrit, être complètes et exprimées en des termes "*aisément compréhensibles et dans une forme qui permette de les lire facilement*"[683]. Elles devront également être exprimées "*dans la langue ou les langues qui sont généralement utilisées à ces fins ou à des fins similaires là où les clauses contractuelles sont proposées*"[684]. S'agissant de la question des coûts, la recommandation prévoit que les clauses contractuelles doivent préciser la base de calcul du montant des frais à payer à l'émetteur, y compris les intérêts éventuels[685]. L'annexe contient encore des exigences d'information relatives au déroulement des opérations (indication du délai des débits et crédits, ainsi que du délai d'établissement de la facture lorsque celle-ci est nécessaire)[686].

237. On peut en conclure que les exigences, de toute façon non contraignantes, posées par ces deux textes communautaires sont trop disparates et restent lacunaires par rapport aux principes de transparence que nous avons développés. En particulier, l'information sur les frais à payer n'est pas entièrement satisfaisante, puisque la recommandation 88/590 s'en tient à la seule base de calcul du montant des frais et ne laisse aucune place à une véritable obligation d'indication de tous les éléments de coûts[687], ce qui aurait constitué une information plus complète et plus précise qu'un simple élément de calcul qui peut rester très obscur. Quant aux délais à respecter pour les opérations de débit et crédit, on regrettera que la Commission n'ait pas cherché à les définir plus précisément, en particulier quant au temps maximum qu'ils devraient prendre selon le mode de paiement[688], à l'instar de ce qui a été fait en matière de virements à distance[689].

Surtout, les deux recommandations ne font aucune distinction entre les informations à donner avant la conclusion du contrat et l'exécution d'un paiement et les informations qui devraient suivre celles-ci. Au niveau de l'information *ex post*, on ne trouve rien non plus sur la périodicité des relevés de compte[690]. On ne peut donc que déplorer ce manque de structure logique dans

---

683 Art. 3.1 et 3.2. Cf. MITCHELL/THOMAS, p. 10 s.

684 Art. 3.2. Pour une analyse critique de la question de la forme et de la langue des contrats dans les deux recommandations communautaires, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 114 ss; THUNIS, Recommendation, p. 103.

685 Art. 3.3. Analayse par MITCHELL/THOMAS, p. 9.

686 Art. 3.4.

687 KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 246. Contra: NICOLAS, recommandation, p. 70.

688 La détermination de certains délais ne devrait pourtant pas représenter une difficulté insurmontable. Cf. L'HEUREUX, responsabilité, p. 120; Guide juridique de la CNUDCI, p. 150 s. (question 23).

689 *Infra* no 425 ss.

690 GUTWIRTH/JORIS, p. 280.

l'évolution de l'information, de la phase précontractuelle jusqu'à la fin du contrat.

L'absence de référence au problème des dates de valeur constitue également une lacune, en tout cas pour certains moyens de paiement[691]. On soulignera encore que ces recommandations communautaires, contrairement à d'autres textes nationaux[692], n'exigent pas d'informations spécifiques concernant les caractéristiques des moyens de paiement délivrés et l'utilisation qui peut en être faite (types de transactions et leurs modalités, comptes bancaires concernés, etc.), ni de renseignements sur les procédures de règlement des litiges, éléments qui sont pourtant un aspect logique et essentiel de l'information nécessaire aux titulaires.

Enfin, force est de rappeler que ces textes non contraignants ont de toute manière été très peu appliqués en pratique par les émetteurs[693], du fait notamment du développement parallèle de codes de conduite[694], qui eux-mêmes n'étaient pas suffisants. C'est dans ce contexte que la Commission a adopté une nouvelle recommandation 97/489 le 30 juillet 1997, pour mettre à jour la recommandation 88/590. La question est donc de savoir ce qu'apporte ce texte pour les moyens de paiement qu'il vise.

2. L'apport de la recommandation 97/489/CE

238. A l'origine, cette nouvelle recommandation a été conçue par la Commission comme le pendant de la directive 97/5 pour assurer la transparence des paiements face-à-face. Si finalement ce texte va au delà, en actualisant la recommandation 88/590 et en englobant les nouveaux instruments de monnaie électronique, il est toujours censé répondre à un "*souci de transparence accrue*"[695]. La recommandation 97/489 fixe ainsi des exigences minimales nécessaires pour assurer un niveau adéquat d'information à la clientèle[696], exigences qui vont au delà de ce que le droit communautaire prévoyait jusqu'ici.

---

691 VAN ESCH, p. 31.

692 Référence in FAVRE-BULLE, paiement, p. 94 note 223.

693 Voir notamment les conclusions de l'étude relative à l'application de la recommandation 88/590 de MITCHELL/THOMAS (1995), p. 84 s.: s'agissant de l'information sur la base de calcul des frais, la fourniture de conditions contractuelles écrites, l'intelligibilité et la dimension de ces conditions préimprimées, la proportion de contrats d'émetteurs de cartes examinés dans les différents Etats membres et qui correspond aux exigences de la recommandation reste très faible.

694 Cf. *supra* no 132.

695 Considérant 5.

696 Considérant 5.

239. L'amélioration principale apportée par la recommandation 97/489 est de faire une distinction de principe entre l'information à donner au moment de la conclusion du contrat[697] et l'information postérieure à une opération de paiement[698]. Les exigences générales de forme de l'information n'ont en revanche pas été modifiées substantiellement[699].

240. S'agissant des informations préalables, la recommandation est cependant inacceptable en tant qu'elle prévoit la communication des conditions contractuelles au titulaire par l'émetteur seulement "*dès la signature du contrat ou, en tout état de cause, bien avant la délivrance de l'instrument de paiement électronique*"[700]. La situation est désormais bien pire qu'avec la recommandation de 1988: qu'il ne soit pas prévu que les conditions doivent être disponibles durant la phase précontractuelle est déjà critiquable, mais aller jusqu'à prévoir que les conditions doivent être remises après la conclusion du contrat est inconcevable en droit des obligations. Toute clause qui n'a pas fait l'objet d'un accord, exprès ou tacite, au moment de l'échange des manifestations de volonté (offre et acceptation) ne peut en effet être incorporée au contrat[701].

Quant au contenu des conditions contractuelles, le titulaire aura désormais droit à une description des caractéristiques du moyen de paiement et des obligations des parties, ainsi qu'à des indications sur les procédures de réclamation (délais, modalités)[702]. La date de valeur sera également mentionnée, mais aucune amélioration n'a été apportée s'agissant des délais de débit et crédit: ces délais devront simplement être indiqués le cas échéant, sans que la Commission ait cherché à les définir de manière plus précise[703].

Il est bien difficile de dire si la transparence des frais va être améliorée tant les termes utilisés dans la recommandation sont peu clairs[704]. Indiscutablement, le consommateur pourra désormais connaître le montant des "*frais initiaux*" (on ne sait toutefois pas quels sont les frais visés) et des cotisations annuelles, ainsi que le taux d'intérêt éventuel et la manière de le calculer. En revanche, que signifie l'obligation générale de faire figurer dans les

---

697 Art. 3: informations minimales relatives aux conditions d'émission et d'utilisation d'un instrument de paiement électronique.

698 Art. 4. Cf. considérant 5. La similitude de structure est frappante à cet égard avec les art. 3 et 4 de la directive 97/5 concernant les virements transfrontaliers (cf. *infra* no 249 ss).

699 Forme écrite - la voie électronique a toutefois été rajoutée -; termes simples et aisément compréhensibles; langue(s) de l'Etat dans lequel l'instrument de paiement est proposé (art. 3 para. 2; art. 4 para. 1). Sur la modification des conditions, cf. art. 7 para. 1.

700 Art. 3 para. 1.

701 Cf. *supra* note 632 et *infra* no 307 (pour le droit suisse).

702 Art. 3 para. 3 lit. a, b et e.

703 Art. 3 para. 3 lit. c.

704 Art. 3 para. 3 lit. d.

conditions contractuelles "*tous les types de frais à la charge du titulaire*", soit notamment "*la nature de toutes les commissions et de tous les frais*"? Sur ce point capital pour déterminer le coût d'un paiement, la recommandation manque de précision. Comme elle ne fait plus référence à la simple base de calcul de la recommandation 88/590, de deux choses l'une: ou l'exigence est désormais d'indiquer les frais eux-mêmes, ce qui serait un progrès, ou la recommandation fait reculer la transparence en se limitant à une simple catégorisation (indication du seul type ou de la seule nature des frais, ce qui serait une porte ouverte aux abus avec l'utilisation d'expressions absconses telles que "commission interbancaire", "commission d'interchange"[705], etc., le consommateur ne sachant absolument pas les frais qui l'attendent). Ce point ne manquera pas de susciter des controverses tant il est important et mal explicité.

Hormis ce problème de transparence des frais pour tous les types de paiement, l'information spécifique pour les paiements transfrontières sera tout de même meilleure puisque le titulaire se verra communiquer le montant des commissions, frais et taux pour les opérations effectuées en devise étrangère en dehors de l'Etat de l'émetteur, ainsi que le cours de change de référence et la date déterminante[706]. L'hypothèse principale visée est vraisemblablement celle des commissions de change qui sont prélevées par les émetteurs lors de l'utilisation de cartes de paiement à l'étranger[707]. Dans ces cas, ce n'est donc pas la "nature" de la commission qui devra être indiquée, mais bien le "montant".

241. S'agissant des informations postérieures à une opération, l'émetteur devra au moins indiquer au titulaire les données permettant d'identifier la transaction, le montant débité avec toutes les commissions et frais, ainsi que le cours de change éventuel[708]. Il n'est pas précisé à quel moment ces informations doivent être fournies. Il existe pourtant une différence importante, notamment sous l'angle des moyens de preuve[709], entre le ticket justificatif qui est délivré immédiatement après une opération auprès d'un terminal électronique (GAB, DAB, EFTPOS) et un relevé transmis postérieurement par l'établissement à son client. La recommandation devrait être plus précise sur ces questions.

242. En conclusion, force est de constater que la recommandation 97/489 a autant de qualités que de défauts quant aux exigences de transparence des paiements électroniques par rapport aux initiatives plus anciennes de la Commission. Certaines imperfections sont graves, en particulier le moment de la

---

705 Voir les exemples français *supra* note 505.

706 Art. 3 para. 4 (lit. a et b).

707 Pour l'exemple des cartes de crédit en Allemagne, cf. *infra* no 357 ss.

708 Art. 4 para. 1. Pour un instrument de monnaie électronique, le titulaire ne bénéficiera pas des droits énoncés à l'art. 4 para. 1 (cf. art. 1 para. 2), mais il aura la possibilité de vérifier les cinq dernières transactions et la valeur résiduelle stockée (art. 4 para. 2).

709 Cf. *infra* no 533.

communication des conditions contractuelles, lequel devrait impérativement être revu si la recommandation devait à terme être transformée en directive.

III. Les moyens de paiement à distance

243. Parmi tous les moyens de paiement transfrontière, seul le virement fait l'objet d'une réglementation spécifique. Initialement, il a été régi par la recommandation 90/109 et par les Lignes directrices du secteur bancaire, mais les différentes études du BEUC et de la Commission ont montré que la transparence restait largement insuffisante. C'est pourquoi une directive concernant les virements transfrontaliers a finalement été adoptée.

1. La recommandation 90/109/CEE

244. La recommandation 90/109 du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières a été le premier texte adopté par la Commission qui se voulait spécialement focalisé sur la question de l'information des clients lors de virements *intra* communautaires. Les Etats membres ont été chargés par là de surveiller que les établissements qui procèdent à des transactions transfrontalières appliquent certains principes de transparence[710].

---

710 Les principes énoncés dans la recommandation visent généralement à "*rendre plus transparentes les informations et les règles de facturation*" observées par les établissements de crédit et les services postaux lors de transactions financières transfrontalières. Plus concrètement, l'annexe prévoit tout d'abord que les établissements concernés doivent porter à la connaissance de la clientèle une information *ex ante* "*aisément compréhensible et accessible*". Les moyens proposés sont: l'affichage ou tout autre moyen d'information permanent indiquant les frais et les délais pour effectuer une opération financière transfrontalière, pour autant qu'ils incitent la clientèle à s'informer; une information standardisée, par exemple sous forme de brochure, spécifiant notamment les commissions prélevées et les conditions relatives aux dates de valeur; une information plus spécifique sur demande, qui devra permettre au donneur d'ordre de connaître les différentes modalités offertes par l'établissement dans l'exécution des ordres et d'estimer les frais et délais fixés par les banques intermédiaires. La différence entre ces méthodes ne saute cependant pas aux yeux.
Deuxièmement, s'agissant de l'information *ex post*, le texte communautaire prévoit que les décomptes consécutifs à une transaction doivent indiquer le détail des commissions et des frais facturés, ainsi que le taux de change appliqué. La Commission propose là encore différentes méthodes permettant d'appliquer ce principe.
Dans une troisième partie, la recommandation vise à éviter le double prélèvement des frais: le client devrait ainsi être informé des possibilités qu'il a de garder à sa charge les frais et commissions encourus ou au contraire de les faire supporter au bénéficiaire du virement, qu'il s'agisse des frais prélevés par la banque du donneur d'ordre ou de ceux de la banque du bénéficiaire. Le donneur d'ordre devrait dès lors recevoir une information préalable (évaluation forfaitaire ou estimation) sur les frais qu'il devra encourir pour l'intervention des différents intermédiaires.

245. La portée de cette recommandation a toujours laissé perplexe[711]. En effet, on y trouve tant des dispositions très précises que des principes beaucoup plus généraux. On ne peut manquer de relever la différence de formulation entre ce texte et un document comme la recommandation 88/590: si cette dernière est caractérisée par des termes très rigoureux ("*les clauses contractuelles imposent ... l'obligation*", "*l'émetteur ... est tenu*", etc.), la recommandation 90/109 est elle beaucoup moins stricte, la Commission proposant par exemple pour chaque principe exposé qu"*une des méthodes d'application ... pourrait être*", ce qui laisse ainsi la possibilité d'opter pour d'autres procédés, tous les principes à suivre étant par ailleurs mentionnés au conditionnel ("*chaque établissement devrait ...*"). Il est clair que la recommandation reste de toute manière un instrument juridiquement non contraignant au sens de l'art. 189 al. 5 du traité CE[712], mais on peut se demander si la formulation plus ou moins stricte des règles à respecter ne réduit pas plus encore l'efficacité du texte[713].

Quoi qu'il en soit, la recommandation 90/109 devrait perdre toute portée véritable. Ses insuffisances, son non-respect, le fait qu'elle ait été largement effacée par l'adoption de Lignes directrices du secteur bancaire ont en effet conduit à la mise en chantier de la directive 97/5, qui devrait faire seule référence en matière de transparence des conditions applicables aux virements transfrontières maintenant qu'elle est en vigueur.

2. La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers

246. Les Lignes directrices des Associations européennes du secteur du crédit (AESC) pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers auraient dû être appliquées par les banques dès le 1er janvier

---

La recommandation devient plus précise s'agissant du temps d'exécution des opérations, puisque dans un quatrième et un cinquième principe, il est prévu que les différents établissement bancaires devraient traiter les ordres de transfert dans des délais déterminés (deux jours généralement. Voir en détail *infra* note 1121).
La recommandation contient encore un sixième principe relatif au traitement des plaintes (cf. *infra* note 1951).

711 Critique par STAUDER, Droit de la consommation, p. 209.

712 Cf. toutefois *supra* no 127.

713 En outre, on peut reprocher à la recommandation 90/109 d'être incomplète sur certains points (voir les critiques de GOYENS, Payer, p. 88, et de HÖRMANN, p. 210 ss). En particulier, elle ne définit pas de régime juridique spécifiquement applicable aux dates de valeur (cf. aussi DUSSEAUX, conditions, p. 79; ALLIX, Developments, p. 139) - si ce n'est un principe général d'information -, alors que les dates de valeur constituent un problème important des services bancaires aujourd'hui. De plus, il n'y a pas d'exigences quant à l'information précontractuelle sur le taux de change appliqué, celui-ci n'étant indiqué que dans le décompte de la transaction.

1993[714], or les deux études réalisées par la Commission en 1993 et 1994 ont montré que le respect de ces règles déontologiques était pour le moins relatif. En matière de transparence, la directive sur les virements transfrontaliers ne vise donc, dans une certaine mesure, qu'à transformer ces lignes directrices non obligatoires en un instrument contraignant. Comme ces Lignes directrices s'inspiraient elles-mêmes de la recommandation 90/109, il en découle, comme on peut le lire dans un considérant de la directive, que la directive "*satisfait aux conditions découlant des principes énoncés dans la recommandation*"[715].

247. Comme l'expose la Commission, les dispositions adoptées définissent des obligations générales de transparence que les établissements proposant des virements transfrontières seront tenus de respecter, et les Etats membres ainsi que lesdits établissements pourront librement déterminer le détail du contenu de ces exigences[716]. Conformément à l'art. 3 B al. 3 du traité sur l'Union européenne, la directive n'établit donc que les exigences minimales nécessaires pour assurer un niveau adéquat d'information à la clientèle[717].

248. Seuls les virements sont concernés, alors qu'initialement, la Commission avait prévu d'étendre les dispositions relatives à la transparence à d'autres modes de paiement transfrontaliers, tels que les débits directs, les chèques et les cartes de paiement[718]. Ce champ d'application restreint constitue donc une lacune puisque les problèmes d'information se posent bien évidemment également pour d'autres moyens de paiement transfrontière que les virements. Cette lacune a en partie été comblée par la recommandation 97/489 pour les instruments de paiement électroniques et en particulier les cartes, bien qu'un tel texte juridiquement non contraignant n'ait évidemment pas la même valeur qu'une directive.

249. La directive 97/5 s'attache à juste titre à distinguer deux périodes quant à la transparence des condition applicables aux virements: la période qui précède le moment où le donneur d'ordre initie le paiement et où le bénéficiaire le reçoit (information *ex ante*) et la période qui suit l'exécution du paiement tant pour le donneur d'ordre que pour le bénéficiaire (*ex post*)[719].

---

714 Cf. *supra* note 409.

715 Consid. 8.

716 Commission [UE], Transferts, p. 20.

717 Consid. 8.

718 Premier projet de proposition de directive du Conseil concernant la transparence et la qualité d'exécution des paiements transfrontaliers à distance, art. 1 para. 2, art. 2 lit. d, art. 3 et 4, in: Communication de M. VANNI D'ARCHIRAFI et de Mme SCRIVENER à la Commission, Transparence et qualité d'exécution des paiements transfrontaliers, SEC(93) 1968 (non publiée; cf. *supra* note 427). SOUSI-ROUBI, Dates de valeur, p. 218.

719 VEREECKEN/TROBERG, p. 149 ss; MATUSCHE, p. 136 ss (avec une comparaison avec le droit allemand, dans la perspective de la transposition de la directive); SCHNEIDER, Angleichung, p. 590 s. Présentation des dispositions de la proposition de directive, de la

250. S'agissant tout d'abord des informations préalables[720], les établissements doivent fournir des informations écrites sur les conditions applicables aux virements transfrontaliers, cas échéant aussi par voie électronique[721], et sous une forme aisément compréhensible[722]. Cette transparence doit être pratiquée à deux niveaux: d'une part pour les clients potentiels, soit une information générale destinée au marché; d'autre part pour les clients effectifs, c'est-à-dire les cocontractants des établissements[723]. Le minimum d'informations à fournir a été défini de la manière suivante:

a) indication des délais, d'un côté pour le donneur d'ordre jusqu'à ce que le compte de l'établissement du bénéficiaire soit crédité, de l'autre pour le bénéficiaire jusqu'à ce que le montant soit crédité sur son propre compte. Cette différence formelle entre l'expédition et la réception d'un paiement a été introduite par le Conseil dans sa position commune. Elle résulte du régime fixé dans la directive quant à la durée des délais eux-mêmes. La directive fixe en effet, en nombre de jours, d'une part un délai maximum pour l'établissement du donneur d'ordre, entre l'acceptation du virement et son crédit sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, d'autre part un délai maximum pour l'établissement du bénéficiaire, entre le moment où son compte est crédité et le moment où il crédite le compte du bénéficiaire[724];

b) modalités de calcul de toutes les commissions et frais payables par le client à son établissement, les taux y compris le cas échéant;

c) indication des cours de change de référence utilisés[725];

d) la date de valeur appliquée par l'établissement, s'il en existe une;

e) indication des procédures de réclamation et de recours pour la clientèle, avec modalités d'accès[726];

---

proposition modifiée et de la position commune du Conseil par HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 195 ss. Analyse critique de la proposition in BEUC, directive, p. 4 s.

720 Art. 3.

721 Introduit par le Parlement européen en première lecture.

722 Dans les propositions de la Commission, les informations devaient en plus être *"précises"*.

723 Introduit par le Conseil dans sa position commune.

724 Art. 6. Cf. *infra* no 425 ss.

725 En première lecture, le Parlement européen avait proposé que les informations données comportent toutes les commissions et tous les frais de virement, y compris toutes les taxes et assiettes sur la base desquelles le taux de change est appliqué, mais cette exigence de transparence beaucoup plus précise qu'une simple base de calcul n'a pas été reprise par la Commission.

726 Le Parlement européen avait proposé en première lecture que toutes ces informations soient fournies directement au client dans un format standardisé pour faciliter la

251. S'agissant maintenant des informations postérieures à un virement transfrontalier[727], tant pour le donneur d'ordre qui a exécuté le paiement que pour le bénéficiaire qui l'a reçu, les exigences à respecter par les établissements sont sensiblement les mêmes que pour la période *ex ante* au niveau de la forme[728]. Au niveau du fond, les informations minimum à donner sont les suivantes:

a) référence permettant au client d'identifier le virement transfrontalier. Il est en effet important, non seulement pour le donneur d'ordre, mais aussi pour le bénéficiaire de pouvoir déterminer précisément la contrepartie concernée par le paiement;

b) le montant initial du virement, ce qui favorise la transparence des coût puisque le bénéficiaire pourra par exemple se rendre compte que si le montant qui lui est viré est inférieur au montant de sa créance contre le donneur d'ordre, cette différence n'est peut-être pas due à une somme trop faible payée par ce dernier, mais aux frais prélevés pour l'exécution d'un virement international faisant intervenir plusieurs établissements;

c) le montant de tous les frais et commissions à charge du client. S'agissant des questions de répartition des frais, la directive prévoit que si le donneur d'ordre a spécifié que les frais doivent être en tout ou en partie imputés au bénéficiaire, ce dernier doit en être informé par son établissement. Si la directive ne prévoit pas que le bénéficiaire soit informé du choix inverse du donneur d'ordre de garder tous les frais à sa charge (ce qui permettrait de déceler un éventuel "*double charging*"), c'est tout simplement parce que cela est implicite: il s'agit là de l'hypothèse normale. Nous verrons en effet que la directive ne laisse pas le choix aux institutions financières de proposer ou non un service de paiement international net de frais[729]. Les établissements sont tenus d'exécuter chaque virement transfrontière pour son montant intégral, sauf si le donneur d'ordre a expressément spécifié que les frais relatifs au virement doivent être imputés au bénéficiaire[730]. Le bénéficiaire peut donc partir de l'idée que si son établissement ne l'informe pas d'une répartition particulière des frais, ceux-ci sont théoriquement entièrement à la charge du donneur d'ordre.

La directive ne prévoit en revanche rien quant à l'information du donneur d'ordre sur la décomposition des frais entre les différents établissements

---

comparaison entre les coûts, mais la Commission n'a pas suivi cette voie de la normalisation.

727 Art. 4.

728 Quoi que les informations écrites doivent à ce stade être "*claires*", ce qui n'était pas précisé pour la période *ex ante* !

729 Cf. *infra* no 433.

730 Art. 7 para. 1.

participants, non seulement après l'exécution du virement, mais également dans la période précédant cette exécution. Une transparence efficace au niveau de l'origine des frais facturés au donneur d'ordre est pourtant un corollaire important à l'interdiction du "*double charging*" donneur d'ordre/bénéficiaire, en tant que moyen d'éviter que l'on reporte sur ledit donneur d'ordre un ensemble de frais ne correspondant pas à la réalité des coûts de chaque établissement et pouvant concerner la même activité déployée (service payé deux fois)[731];

d) la date de valeur appliquée, s'il en existe une;

e) le taux de change utilisé (l'établissement qui a effectué la conversion en informe son client)[732].

252. Quant au détail des informations à fournir, les exigences contenues dans la directive sont à saluer et vont constituer un progrès indéniable par rapport à la situation actuelle. L'information précontractuelle n'a pas été omise ("*clients potentiels*"). Les supports sont résolument tournés vers l'avenir puisque l'on prévoit tant une information écrite que par voie électronique. L'exigence de forme est globalement adéquate ("*aisément compréhensible*"), bien que l'on ait pu insister également, comme dans la recommandation 88/590[733], sur une forme qui permette de lire facilement les conditions (limitation des trop petits imprimés par exemple).

253. Il est curieux en revanche qu'à l'inverse des recommandations de la Commission touchant aux paiements face-à-face, il n'existe aucune disposition sur la langue des contrats. On peut se demander également ce qu'il faut entendre par une information sur "*les conditions applicables aux virements transfrontaliers*": cela comprend-il une description des services disponibles, une aide au choix du mode de paiement le plus approprié dans des circonstances données, des indications sur le mode d'utilisation, un résumé des droits et obligations des parties, etc.? On peut en douter dans la mesure où la directive prévoit une liste précise de ce que doivent au moins comprendre les informations préalables et que de tels éléments n'y figurent pas. Il aurait donc été souhaitable de rallonger quelque peu cette liste d'informations minimum et d'insister plus, non seulement sur des indications d'ordre juridique (le client devant savoir quels seront ses droits et obligations avant d'effectuer un paiement), mais aussi tout simplement sur des renseignements factuels quant aux services offerts et leur mode d'utilisation[734].

---

731 *Supra* no 205.

732 Introduit par le Conseil dans sa position commune.

733 Art. 3.2.

734 Ceci était par exemple prévu dans les Lignes directrices des Associations européennes du secteur du crédit pour une information à la clientèle sur les paiements à distance

254. De même, s'il a été admis que la directive fixe des délais (plus ou moins) précis en matière d'exécution[735], on peut s'étonner que l'on s'en tienne aux seules modalités de calcul des frais, sans chercher à cerner le montant effectif de ces derniers de manière plus précise. Les professionnels ont en effet toujours avancé qu'il était difficile au stade actuel de chiffrer tant les délais que les coûts, compte tenu de la diversité des procédures d'exécution des virements transfrontières. Si des délais ont malgré tout été fixés de manière impérative dans le texte communautaire, on ne voit dès lors pas pourquoi il ne pourrait pas en être de même avec les frais, du moins avec une partie d'entre eux.

255. On regrettera également que la Communauté n'ait pas saisi l'occasion de réglementer la question des dates de valeur, ce d'autant plus si les délais d'exécution ont eux été fixés de manière fort précise. Le consommateur sera certes mieux informé des dates de valeur appliquées, mais il continuera d'être soumis d'un Etat à l'autre à des pratiques largement divergentes, à des variations importantes des jours d'intérêt, ce qui ne contribue pas à faciliter les paiements transfrontières[736]. Il n'est pas certain que le seul jeu de la concurrence permette d'harmoniser de manière optimale les pratiques commerciales, dans un domaine où l'impact pour le client est peut-être moins évidente que pour les frais directs, les dates de valeur n'apparaissant en effet que comme un coût indirect et peu clair pour beaucoup. C'est donc essentiellement sous l'angle contractuel, selon les particularités des droits nationaux et en particulier des législations sur les clauses abusives, que la validité des clauses de dates de valeur pourra dans certains cas être remise en cause[737].

256. Relevons enfin qu'à la lettre du texte, la directive ne prévoit aucune sanction si les exigences de transparence ne sont pas respectées. A l'instar de nos développements relatifs à l'art. 5 de la directive 93/13 sur les clauses abusives[738], ces sanctions seront de la compétence des Etats membres[739]. Ceux-ci devraient adopter de telles mesures afin de respecter le principe de l'effet utile de la directive et ils seront totalement libres dans le choix des moyens (sanctions civiles, administratives ou pénales), tant qu'ils ne contreviennent pas au droit communautaire (en général ou par rapport aux dispositions de la directive). On rappellera à cet égard que la directive ne fixe que des exigences minimales en matière de transparence et que tant les Etats membres que les professionnels sont donc libres d'adopter des dispositions complémentaires

---

transfrontaliers et a été introduit dans la recommandation 97/489 sur les paiements électroniques (art. 3 lit. a et b; *supra* no 240).

735 Cf. *infra* no 425 ss.

736 Cf. SOUSI-ROUBI, Dates de valeur, p. 215 ss.

737 Voir les exemples développés *infra* no 289 ss.

738 *Supra* no 232.

739 Comparer avec la directive "*time-sharing*" 94/47/CE (référence *supra* note 657), qui prévoit expressément en son art. 10 que: "*Les Etats membres prévoient dans leur législation les conséquences du non-respect des dispositions de la présente directive*".

d'application. Il serait d'ailleurs souhaitable qu'ils le fassent. Il est vraisemblable que les obligations d'information contenues dans la directive ne seront véritablement respectées que si des sanctions efficaces sont appliquées en cas de violation[740].

257. Après la profusion dès 1990 de textes non contraignants relatifs à la transparence des paiements à distance, la fin de ce siècle devrait donc être marquée par la seule prédominance d'une directive contraignante, ce qui est à saluer compte tenu du constat d'échec du "*soft law*" pour remédier aux différents obstacles qui entravent les paiements transfrontières. Force est cependant de constater que ladite directive que les Etats membres devront mettre en oeuvre ne traite que des virements. La transparence des paiements face-à-face reste soumise au bon vouloir des professionnels et des Etats membres quant au respect des recommandations non contraignantes de la Commission et en particulier de la nouvelle recommandation 97/489. Le droit communautaire des paiements transfrontières n'étant ainsi pas totalement harmonisé, il peut être intéressant de se pencher sur certains développements récents dans différents droits nationaux sous l'angle de la transparence.

D. Le droit européen non harmonisé: quelle place pour des mesures de droit national?

258. En l'absence d'intégration positive par voie d'harmonisation dans certains domaines des paiements transfrontières, on aura affaire à une intégration dite négative, axée sur l'élimination des obstacles aux échanges par la voie jurisprudentielle, avec comme postulat l'équivalence des législations nationales et donc leur reconnaissance mutuelle. La liberté pour les professionnels de s'établir dans d'autres Etats communautaires et celle de prester des services depuis leur Etat d'origine sont garanties par le traité CE. L'information du consommateur, soit les obligations de transparence que les mêmes professionnels devraient respecter dans la fourniture de leurs services de paiement, constitue-t-elle une entrave à ces libertés? Si oui, comment un Etat membre pourrait-il justifier l'application de certaines de ces règles nationales en matière d'information? Ce qui va être dit sous l'angle du droit de l'Union européenne vaut *mutatis mutandis* pour l'Espace économique européen (EEE).

740 Sur les divers modes de sanctions possibles, voir nos développements *supra* no 224 ss.

I. L'information du consommateur comme intérêt général

259. L'information est incontestablement un des piliers de la politique communautaire en matière de protection des consommateurs[741]. La Cour de justice l'a d'ailleurs elle-même confirmé dans son arrêt *GB-INNO-BM*[742]. Or la protection des consommateurs peut constituer un intérêt général[743]. Dès lors, conformément à la jurisprudence de la Cour en matière de biens et services, conformément à la communication de la Commission au sujet de l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, la liberté d'établissement d'institutions financières et surtout la libre prestation de services de paiement transfrontière devraient pouvoir être limitées à certaines conditions par des raisons impérieuses d'intérêt général touchant à l'information du consommateur. Ces conditions sont celles que nous avons présentées précédemment (proportionnalité, non-discrimination, etc.) et en particulier le fait que les règles nationales ne devraient pas entrer en collision avec des domaines déjà harmonisés au niveau communautaire, tel que certaines exigences en matière de transparence des virements transfrontières ou des clauses des contrats conclus avec des consommateurs.

260. Les règles d'intérêt général en matière de transparence sont généralement celles de l'Etat d'accueil. On peut toutefois se demander si elles ne pourraient pas également provenir de l'Etat d'origine, cela à la suite de l'arrêt *Alpine* sur le "*cold calling*"[744]. On rappellera que dans cette affaire, la Cour de justice a reconnu d'intérêt général une loi nationale applicable aux prestataires de services établis dans l'Etat en cause qui offraient leurs services dans d'autres Etats. L'intérêt en jeu était plus en l'espèce le maintien de la bonne réputation du secteur financier national, mais on ne voit pas ce qui empêcherait d'appliquer le même principe en matière de protection des consommateurs[745]. De même, si la législation nationale litigieuse dans l'affaire *Alpine* tendait à interdire une pratique, il ne nous semble pas qu'une législation qui exigerait à l'inverse un

741 Cf. *supra* no 228.

742 Arrêt du 7.3.1990, affaire C-362/88, GB-INNO-BM c. Confédération du Commerce Luxembourgeois, in: Rec. 1990, p. 667 ss, attendu no 18: "*le droit communautaire en matière de protection des consommateurs considère l'information de ceux-ci comme l'une des exigences principales*". Voir aussi dans une certaine mesure l'arrêt du 27.6.1996, affaire C-240/95, Procédure pénale c. Rémy Schmit, in: Rec. 1996, p. I-3179 ss, attendu no 24 s.

743 *Supra* no 81.

744 Référence *supra* note 215.

745 La protection des consommateurs est d'ailleurs expressément citée dans l'arrêt, notamment attendu no 43.

certain contenu positif au niveau de l'information à donner devrait *per se* constituer une atteinte injustifiée[746].

Pour l'heure, la Cour européenne de justice n'a pas encore été amenée à se prononcer sur l'admissibilité d'une législation nationale en matière de transparence susceptible de s'appliquer directement aux activités à l'étranger d'établissements résidents et donc sur l'éventuelle extension de sa jurisprudence *Alpine* à une législation positive de protection des consommateurs de l'Etat d'origine[747]. En tous les cas, tant que certaines exigences de transparence ne seront pas harmonisées au niveau communautaire, l'application d'une législation nationale topique à des institutions financières résidentes, mais également actives dans d'autres Etats, permettrait d'assurer une meilleure protection des consommateurs dans chaque Etat de destination du service qui n'aurait pas lui-même une telle législation.

261. Ajoutons que ce qui a été dit quant à la libre prestation de services et l'admissibilité d'une restriction au motif de l'intérêt général de la protection des consommateurs vaut bien sûr également en matière de paiement transfrontière dans le cadre d'une relation contractuelle nationale, soit le cas le plus fréquent où un client est simplement en relation avec une institution financière dans son Etat, que le bénéficiaire a une relation bancaire identique avec un établissement dans un autre pays et que seul le paiement traverse la frontière (il n'y a pas de prestation de service transfrontière entre le client et sa banque, ni avec déplacement de l'un ou de l'autre, ni à distance). En effet, si de prime abord le service de paiement offert par l'institution financière à son client n'a rien de directement transfrontière, il n'en reste pas moins que l'exécution ultérieure d'un paiement transfrontière (à distance ou face-à-face), et donc une partie du service fourni, va mettre en relation l'établissement avec un correspondant à l'étranger et que cette relation entre elle dans la notion de prestation de service transfrontière. Compte tenu donc du caractère international du paiement, du lien contractuel entre les institutions financières participant au paiement dans des Etats différents, la prestation de service de paiement globalement fournie au client est protégée par le traité. Ce n'est que lorsque tous les éléments pertinents se cantonnent à

---

746 Un établissement de crédit qui fournit ses services dans un autre Etat et qui est contrôlé par son Etat d'origine conformément à la deuxième directive bancaire n'aura en tout cas pas à respecter des obligations de transparence tant de son Etat d'origine que de l'Etat d'accueil, car une telle cohexistence de deux législations est interdite. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, si l'intérêt général est déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi, une autre mesure ne peut plus être opposée au prestataire de services dans l'Etat destinataire (interdiction du double emploi). Cf. *supra* no 82.

747 Il faut reconnaître que la jurisprudence *Alpine* traite d'un cas bien particulier (interdiction de prendre contact par téléphone, sans leur consentement préalable, avec des clients potentiels se trouvant dans un autre Etat membre), dont le principe - intervention d'un Etat pour limiter les pratiques commerciales de ses résidents dans un autre Etat - ne doit pas se rencontrer fréquemment.

l'intérieur d'un seul Etat membre que les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services ne peuvent s'appliquer[748].

En outre, on sait que l'art. 59 du traité exige la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre où il fournit légalement des services analogues (par exemple des mesures qui rendent la prestation plus onéreuse ou qui la découragent)[749]. Ainsi, même une législation nationale en matière de transparence, qui tend avant tout à imposer certaines obligations aux institutions financières du pays pour leur clientèle, doit être jugée sous l'angle du traité CE si elle handicape un prestataire étranger qui n'est pas soumis à de pareilles obligations dans son pays. Si la matière n'a pas été harmonisée et que la législation nationale en matière de transparence est admissible sous l'angle du droit communautaire, par exemple parce que les obligations d'information sont reconnues comme raisons impérieuses d'intérêt général, ladite législation pourra donc s'appliquer aux prestataires étrangers, mais aussi *a fortiori* à la simple relation entre un client et sa banque dans le même pays (qu'il s'agisse de la législation d'un Etat A: entre le donneur d'ordre et son établissement, ou d'une législation d'un Etat B: entre le bénéficiaire et son établissement).

262. En marge de cette analyse, on peut se demander plus généralement comment les législations nationales en matière de transparence des services financiers devraient être appréciées à l'avenir par la Cour de justice et cela en particulier après les très importants développements intervenus en matière de libre circulation des marchandises.

Pendant de nombreuses années depuis les arrêts *Dassonville*[750] puis *Cassis de Dijon*[751], la Cour a clairement favorisé une dynamique de libre circulation en éliminant toutes sortes d'entraves directes ou indirectes aux échanges. Dans l'arrêt *GB-INNO-BM* de 1990[752], elle a même écarté l'idée qu'une loi nationale concernant la concurrence déloyale et limitant certaines formes de publicité puisse être justifiée par des exigences impératives tenant à la défense des consommateurs, pour retenir l'inverse, à savoir que le fait de limiter la publicité commerciale équivaut à limiter l'accès à certaines informations et que

748 Arrêt de la Cour européenne de justice du 18.3.1980, affaire 52/79, Procureur du Roi c. Marc J.V.C. Debauve et autres, in: Rec. 1980, p. 833 ss, attendu no 9; Commentaire MEGRET, p. 61.

749 Rappel de la jurisprudence de la Cour dans la Communication interprétative de la Commission [UE], services, p. 4.

750 Arrêt du 11.7.1974, affaire 8/74, Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville, in: Rec. 1974, p. 837 ss.

751 Référence *supra* note 202.

752 Référence *supra* note 249.

comme l'information est un élément fondamental de la protection des consommateurs, la loi nationale concernant la concurrence déloyale ne peut être justifiée par la protection des consommateurs. Cette assimilation de la publicité comme mode d'information est pour le moins discutable: s'il est théoriquement exact que la publicité devrait contribuer à éclairer le consommateur sur les caractéristiques des biens et services et lui permettre de comparer et de choisir ce qui lui convient le mieux, on sait que la réalité est toute autre et que la publicité est un pur moyen d'optimaliser la commercialisation d'un produit.

La Cour de justice est arrivé au même résultat dans son arrêt *Yves Rocher* de 1993, en considérant que la loi contre la concurrence déloyale allemande interdisant un certain type de publicité n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi, l'information du consommateur pouvant être assurée par des mesures moins restrictives[753]. On pensait donc que la jurisprudence européenne laisserait de moins en moins de place à de telles législations nationales touchant à la protection des consommateurs, jusqu'à ce que, quelques mois plus tard, plusieurs arrêts successifs viennent totalement bouleverser le régime de la libre circulation des marchandises.

263. Dans un désormais célèbre arrêt *Keck et Mithouard* de novembre 1993, la Cour a modifié sa jurisprudence en ce sens que: "*contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les Etats membres, au sens de la jurisprudence Dassonville (...), l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres*"[754]. Ainsi, aux conditions indiquées, des législations nationales n'ont même plus besoin d'être examinées sous l'angle des exigences impérieuses d'un intérêt général comme la protection des consommateurs, elles ne sont tout simplement plus des obstacles aux échanges (mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives); les modalités de vente ne sont pas (plus) visées par les art. 30 ss du traité CE.

Cette jurisprudence révolutionnaire a bien évidemment suscité de larges commentaires[755], mais elle n'en a pas moins été confirmée. D'abord dans l'arrêt

---

753 Arrêt du 18.5.1993, affaire C-126/91, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft c. Yves Rocher GmbH, in: Rec. 1993, p. I-2361 ss.

754 Arrêt du 24.11.1993, affaires jointes C-267/91 et C-268/91, Procédures pénales contre Bernard Keck et Daniel Mithouard, in: Rec. 1993, p. I-6097 ss, attendu no 16.

755 La doctrine est innombrable. On citera en particulier: MATTERA A., De l'arrêt «Dassonville» à l'arrêt «Keck»: l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes

Hünermund de décembre 1993[756], puis dans l'arrêt *Clinique* de février 1994[757], dans plusieurs arrêts de 1995 - *Leclerc-Siplec*[758], l'affaire des laits transformés du premier âge (*Commission c. Grèce*)[759], *Belgapom*[760] et *Banchero*[761]-, sans parler de la jurisprudence relative aux heures d'ouverture des commerces[762]. Les arrêts encore plus récents ne vont pas dans un autre sens[763].

---

novateurs et en contradictions, in: Revue du Marché Unique Européen 1/1994, p. 117 ss; COULON Emmanuel, Un revirement jurisprudentiel d'ampleur: l'arrêt «Keck et Mithouard», in: RAE 1994, p. 59 ss; STUYCK J., L'arrêt Keck et Mithouard et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises, in: CDE 1994, p. 431 ss; WAINWRIGHT Richard / MELGAR Virginia, Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence: de Dassonville à Keck et Mithouard, in: RMC 1994, p. 533 ss; REICH Norbert, The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited, in: CML Rev. 1994, p. 459 ss; CHALMERS Damian, Repackaging the Internal Market - The Ramifications of the *Keck* Judgment, in: European Law Review 1994, p. 385 ss; SCHILLING Theodor, Rechtsfragen zu Art. 30 EGV - Zugleich eine Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 24.11.1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267 und 268/91, in: Europarecht 1994, p. 50 ss; BECKER Ulrich, Von «Dassonville» über «Cassis» zu «Keck» - Der Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, in: Europarecht 1994, p. 162 ss; LÜDER Tilman E., Die Grenzen der Keck-Rechtsprechung, Neue Entwicklungen im Bereich grenzüberschreitender Werbung im Binnenmarkt, in: EuZW 1996, p. 615 ss; PECNARD Christophe / HENIN Christophe, Keck et Mithouard, deux ans après: le nouvel emballage de la libre circulation des marchandises, in: RDAI 1996, p. 371 ss; CAPELLI Fausto, Les malentendus provoqués par l'arrêt «Cassis de Dijon», vingt ans après, in: RMC 1996, p. 678 ss; WEATHERILL Stephen, After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification, in: CML Rev. 1996, p. 885 ss; HOFFMANN Dieter, Die Welt nach "Keck" - oder die Artisten in der Zirkuskuppel: ratlos, in: MAYER G. (éd.), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1994-1995, Vienne 1996, p. 131 ss; VAN HUFFEL, libre circulation, p. 95 ss; CML Rev. 1994, p. 845 ss (ROTH W.-H.); REDC 1993, p. 229 s. (BOURGOIGNIE Thierry); ainsi que d'autres références citées par STAUDER, Konsumentenrecht, p. 96 note 53.

756 Arrêt du 15.12.1993, affaire C-292/92, Ruth Hünermund e.a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, in: Rec. 1993, p. I-6787 ss.

757 Arrêt du 2.2.1994, affaire C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV c. Clinique Laboratories SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH, in: Rec. 1994, p. I-317 ss.

758 Arrêt du 9.2.1995, affaire C-412/93, Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA, in: Rec. 1995, p. I-179 ss.

759 Arrêt du 29.6.1995, affaire C-391/92, Commission c. République hellénique, in: Rec. 1995, p. I-1621 ss.

760 Arrêt du 11.8.1995, affaire C-63/94, Groupement national des négociants en pommes de terre de Belgique (Belgapom) c. ITM Belgium SA et Vocarex SA, in: Rec. 1995, p. I-2467 ss.

761 Arrêt du 14.12.1995, affaire C-387/93, Procédure pénale c. Giorgio Domingo Banchero, in: Rec. 1995, p. I-4663 ss.

762 En particulier: arrêt du 2.6.1994, affaires jointes C-401/92 et C-402/92, Procédures pénales c. Tankstation 't Heukske vof et J.B.E. Boermans, in: Rec. 1994, p. I-2199 ss; arrêt du 2.6.1994, affaires jointes C-69/93 et C-258/93, Punto Casa SpA c. Sindaco del Comune di Capena et Comune di Capena et Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) c. Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo et Comune di Torri di Quartesolo, in: Rec. 1994, p. I-2355 ss; arrêt du 20.6.1996 (affaires jointes C-418/93 et quinze autres), Semeraro Casa Uno Srl e.a. c. Sindaco del Comune di Erbusco e.a., in: Rec. 1996, p. I-2975 ss.

763 Arrêt du 26.6.1997, affaire C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag, in: Rec. 1997, p. I-3689 ss; arrêt du 9.7.1997,

264. Quelles pourraient être dès lors les conséquences éventuelles de ces jurisprudences pour un domaine comme les paiements transfrontières ou plus généralement pour la transparence des services financiers[764]?

265. La doctrine *Cassis de Dijon*, développée pour la libre circulation des marchandises, a été appliquée plus tard aux services sans que cela ait posé un quelconque problème[765]. Il nous paraît ainsi tout à fait envisageable que la jurisprudence *Keck/Mithouard* puisse être étendue à la libre prestation de services[766]. Ainsi, dans le cas qui nous intéresse, les modalités de "vente" des services de paiement transfrontière sortiraient du champ d'application de l'art. 59 du traité CE et les Etats membres pourraient limiter ou interdire certaines de ces modalités. Reste bien sûr à imaginer ce que pourraient être les modalités de "vente" visées, dans le cas d'un service, et la réponse n'est pas aisée.

266. Déjà dans le cadre de la libre circulation des marchandises, la Cour de justice n'a pas vraiment défini ce qu'elle entend pas modalités de vente. On croit pouvoir déduire de l'arrêt *Keck/Mithouard* que les règles nationales qui restent dans le champ d'application de l'art. 30 du traité et qui peuvent constituer des

---

affaire C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB et TV-Shop i Sverige AB, in: Rec. 1997, p. I-3843 ss. Sur toute cette jurisprudence consécutive à l'arrêt Keck/Mithouard, voir la très intéressante synthèse de VAN HUFFEL, droit communautaire, p. 275 ss.

764 DECKERT, p. 78 s.; WERNICKE, p. 64 ss.

765 Cf. *supra* no 79.

766 Voir dans ce sens les conclusions de l'avocat général JACOBS dans l'affaire Alpine Investments, in: Rec. 1995, p. 1141 ss, para. 60. Contrairement à ce que l'on peut lire chez STAUDER, Konsumentenrecht, p. 97 note 58 et p. 107 note 100, la Cour européenne de justice n'a pas jugé de manière générale dans cet arrêt Alpine (réf. *supra* note 215) que la jurisprudence Keck n'est pas applicable à la libre prestation de services. La Cour a simplement considéré, dans le cas d'espèce, que l'interdiction en cause émanant de l'Etat membre d'établissement du prestataire de services et concernant, non seulement les offres faites à des destinataires sur le territoire de cet Etat mais également les offres adressées à des destinataires se trouvant sur le territoire d'un autre Etat membre, n'est pas analogue aux réglementations concernant les modalités de vente de la jurisprudence Keck/Mithouard puisqu'elle conditionne directement l'accès au marché des services dans les autres Etats membres et qu'elle est donc apte à entraver le commerce intracommunautaire des services (attendus no 36 à 38). Ce jugement lié à un état de fait donné ne remet pas en cause à notre avis la possible application future de la jurisprudence Keck/Mithouard aux services. La Cour de Luxembourg s'est d'ailleurs retrouvée dans la même situation avec l'affaire Bosman (arrêt du 15.12.1995, affaire C-415/93, Union royale belge des sociétés de football ASBL e.a. c. Jean-Marc Bosman e.a., in: Rec. 1995, p. I-4921 ss): elle a écarté l'application de la jurisprudence Keck/Mithouard parce que les mesures en cause, qui étaient aptes à entraver la libre circulation des travailleurs, ne pouvaient être assimilées aux réglementations concernant les modalités de vente, mais elle n'a pas exclu en soi la transposition de la jurisprudence Keck/Mithouard à une autre liberté que la libre circulation des marchandises (cf. attendus no 102 s.). Voir aussi l'analyse de MUSCHIETTI Giuseppe, Ist die "*Cassis de Dijon*"-Rechtsprechung auch auf Arbeitnehmer anwendbar? Anmerkung zu EuGH Rs C-415/93 (Bosman), in: AJP 1997, p. 44 ss, 47.

obstacles aux échanges si elles ne sont pas justifiées par un but d'intérêt général sont celles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises, "*telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement*"[767]. Ces définitions ont d'ailleurs été confirmées par la suite, en particulier dans l'arrêt *Mars* de 1995[768].

A contrario, les normes nationales limitant ou interdisant certaines modalités de vente et qui ne sont pas aptes à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire auraient donc trait non aux produits eux-mêmes, mais à l'activité commerciale: qui peut vendre certains biens, dans quelles conditions de temps et de lieu, de quelle manière, à quel prix, quel doit être l'usage des produits, etc. De telles mesures nationales, qui doivent être indistinctement applicables et qui réglementent seulement de manière générale et neutre les circonstances dans lesquelles des biens peuvent être vendus ou utilisés ne seraient donc pas incompatibles avec les exigences du marché intérieur[769]. Nous ne pouvons nous étendre ici sur les détails de cette délicate délimitation de ce que sont exactement les modalités de vente, la Cour et la doctrine auront certainement encore l'occasion à de nombreuses reprises d'apporter d'utiles éclaircissements, mais en retenant la catégorisation globale que nous venons d'indiquer, il est intéressant d'examiner ce que cela peut signifier pour le domaine des services.

267. Aujourd'hui, la "vente" d'un service devient somme toute de moins en moins différente de celle d'un bien. On a de plus en plus affaire à des services standardisés, que l'on aime d'ailleurs à qualifier de "produits" dans le jargon financier, et qui sont commercialisés selon des méthodes comparables à celles des biens: publicité, démarchage, vente à distance, etc. On comprend dès lors aisément quelle pourrait être la portée de l'arrêt *Keck/Mithouard* pour les services: le fait pour un Etat membre de définir de manière rigide le contenu d'un service tomberait sous le coup de l'art. 59 du traité, alors que le fait de simplement réglementer dans quelles conditions le service peut être fourni (modalités de "vente") sortirait du champ de la libre prestation de services protégée par le traité.

268. Sur cette base, il est bien difficile de déterminer dans quelle catégorie exacte entrent des normes nationales en matière de transparence. De prime abord, le fait de prévoir des obligations positives d'information à charge des

---

767 Arrêt Keck/Mithouard (référence *supra* note 754), attendu no 15.

768 Arrêt du 6.7.1995, affaire C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V. c. Mars GmbH, in: Rec. 1995, p. I-1923 ss, attendu no 12. L'entrave à la libre circulation des marchandises reste donc celle qui porte sur le contenu même des produits: arrêt Familiapress (référence *supra* note 763), attendu no 11.

769 VAN HUFFEL, libre circulation, p. 109 s.

prestataires ne correspond pas à la règle posée par la jurisprudence *Keck/Mithouard*, qui ne vise que des législations nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente. Ainsi, des règles nationales qui imposeraient un contenu informatif particulièrement détaillé pour la commercialisation d'un service devraient être assimilées à une réglementation de l'objet du produit et donc tomber sous le coup de l'art. 59 du traité. Par analogie avec l'arrêt *Mars*, cela devrait être le cas lorsque le prestataire est contraint d'aménager de façon différente la présentation de ses services en fonction du lieu de commercialisation et à supporter par conséquent des frais supplémentaires (publicité, supports d'information, etc.)[770].

Doit-on pour autant faire systématiquement une distinction, par trop formelle, entre d'un côté une réglementation de l'information et de l'autre des pratiques commerciales au sens étroit (revente à perte, vente à domicile, vente à distance, publicité, etc.) qui seules seraient visées par la jurisprudence *Keck/Mithouard*? Ne pourrait-on pas considérer qu'une législation nationale ne posant que des exigences très générales en matière de transparence aurait des effets analogues à une limitation d'une modalité de vente - soit le fait de commercialiser un service sans l'information nécessaire, donc de manière potentiellement déloyale - et, partant, sortirait aussi du champ du traité[771]?

269. Par une autre voie, car un peu plus d'un mois avant l'arrêt *Keck/Mithouard*, la Cour de justice de Luxembourg a peut-être fait un pas dans cette direction, en jugeant que l'art. 30 du traité (mais le raisonnement serait logiquement le même en matière de services) ne s'oppose pas à une règle jurisprudentielle d'un Etat membre qui impose une obligation d'information dans les relations précontractuelles[772]; "*les effets restrictifs que l'obligation d'information en question pourrait produire sur la libre circulation des marchandises sont trop aléatoires et trop indirects pour que cette obligation puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les Etats membres*"[773].

270. En conclusion, et à l'heure où l'on s'interroge encore sur la notion de modalités de vente en matière de libre circulation des marchandises, on ne peut affirmer de façon générale que des exigences nationales en matière d'information

---

770 Arrêt Mars (référence *supra* in note 768), attendu no 13.

771 Le même genre de question pourrait également se poser pour les clauses contractuelles: le fait d'interdire des clauses abusives est-il assimilable ou non à l'interdiction d'une modalité de vente? Voir la note de BOURGOIGNIE Thierry, in: REDC 1993, p. 230.

772 Arrêt du 13.10.1993, affaire C-93/92, CMC Motorradcenter GmbH c. Pelin Baskiciogullari, in: Rec. 1993, p. I-5009 ss, attendu no 13. REDC 1993, p. 225 s.; BRÜSSELBACH Christiane, Vorvertragliche Rechtspflichten als Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung - EuGH, EuZW 1993, 743, in: JuS 1995, p. 21 ss.

773 Attendu no 12.

sur les services de paiement transfrontière devraient ou ne devraient pas constituer une entrave au commerce visée par le traité. Une distinction doit en tous les cas être faite en fonction du type de règles nationales applicables en matière de transparence, des législations administratives particulièrement exigeantes et interventionnistes aux obligations toutes générales d'information découlant du droit des contrats, basées sur le principe de la confiance et indistinctement applicables à toutes les relations contractuelles relevant du droit national concerné.

En l'état actuel de la jurisprudence, il parait peu probable qu'une législation nationale prévoyant des obligations positives d'information des consommateurs, allant au-delà d'obligations traditionnelles d'ordre contractuel ou précontractuel telles que celles visées par l'arrêt *CMC Motorradcenter*, soit considérée comme n'entrant pas dans le champ des obstacles aux libertés de circulation, en particulier en tant qu'elle toucherait des modalités de vente. Non seulement la jurisprudence *Keck/Mithouard* n'a pas encore été étendue aux services, mais surtout elle ne vise pour l'heure que des dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, non des règles positives d'information, et elle ne devrait pas englober dans les modalités de vente les informations à fournir sur la dénomination, la forme, la composition et la présentation d'un service. Une nouvelle décision de la Cour de Luxembourg est en tout cas vivement attendue au sujet de ces différents problèmes. Au delà des états de fait qui ont conduit aux arrêts de l'ère *Keck/Mithouard* et plus dans la logique de la jurisprudence *CMC Motorradcenter*, une évolution générale de la jurisprudence serait souhaitable dans le sens d'une plus grande admissibilité sous l'angle du droit communautaire des dispositions utiles pour les consommateurs en matière de transparence.

271. Si toute cette problématique est extrêmement intéressante sur le plan théorique, puisqu'elle touche au champ d'application des dispositions les plus fondamentales du droit du marché intérieur, sa portée pratique ne saute toutefois pas aux yeux. L'essentiel pour le consommateur est de pouvoir disposer d'informations efficaces sur un marché des services financiers transparent. Si la législation nationale permettant de réaliser cet objectif est considérée comme constituant une entrave aux échanges, mais qu'elle n'est malgré tout pas écartée parce qu'elle répond à un intérêt général tel que la protection des consommateurs[774], le résultat sera finalement le même que si ladite législation avait tout simplement été "évacuée" du champ d'application de l'art. 59 par analogie avec la jurisprudence *Keck/Mithouard*.

774 Voir le raisonnement de la Cour de justice dans l'arrêt De Agostini (référence *supra* note 763), attendus no 44 ss.

272. Ces principes étant posés, il convient maintenant d'examiner quelques exemples de mesures nationales qui pourraient théoriquement s'appliquer de la sorte en matière de transparence. Il s'agit bien sûr de textes législatifs ou réglementaires, voire de jurisprudence. Lorsqu'il n'existe pas de telles règles, une certaine place est de fait laissée à l'autoréglementation. Nous étudierons donc également quel rôle certains codes de conduite peuvent jouer au niveau national pour faire évoluer les pratiques bancaire[775].

II. Les législations nationales spécifiques

273. Au niveau de l'intervention des pouvoirs publics, le problème de l'information en matière de paiements transfrontières peut être analysé sous trois angles différents. Tout d'abord, on peut rencontrer dans certains Etats des législations sur l'information des consommateurs en matière de services ou d'autres textes généraux susceptibles de concerner indirectement cette question (lois contre la concurrence déloyale, lois sur l'indication des prix, règles de droit privé en matière d'information contractuelle[776], etc.)[777]. Deuxièmement, il existe parfois des textes spécifiques sur la transparence des services financiers en général. Troisièmement, on peut trouver également dans les textes traitant uniquement des systèmes de paiement des exigences en matière d'information. Nous ne traiterons que d'exemples de ces deux dernières catégories, afin de pas entrer dans trop de généralités[778], mais il convient tout de même de souligner que certains textes à vocation horizontale, régissant par exemple l'indication des

775 Précisons encore en marge du droit communautaire et des droits nationaux en Europe qu'il n'existe pas de dispositions relatives à la transparence des paiements transfrontières à l'échelle internationale. Si la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux contient des dispositions intéressantes au niveau de l'exécution d'un paiement pour la relation contractuelle client-banque (cf. *infra* no 448 ss), elle ne prévoit en revanche rien de spécifique en matière d'information de l'utilisateur avant et après cette exécution (voir toutefois l'exception mentionnée *infra* note 886.

776 Force est toutefois de constater qu'il n'existe le plus souvent pas d'exigences spéciales de transparence découlant du droit général des contrats et que l'information que les banques doivent donner à leur clientèle au sujet du service de trafic des paiements et plus spécialement des paiements transfrontières, dans le cadre général du contrat bancaire qui les lient, peut rester très modeste. Conformément à l'évolution de la jurisprudence dans de nombreux pays, le degré d'information que l'on attend dans ce domaine reste par exemple très inférieur à ce que l'on exige en matière de placements financiers. Sur l'exemple allemand, cf. WAND, Beratungspflichten, p. 10.

777 Cf. REICH/MICKLITZ, p. 32 ss.

778 En outre, nous ne prétendons pas donner ici un aperçu complet des textes législatifs adoptés dans tous les Etats membres. Notre intention est plutôt de nous arrêter sur des textes importants, dont il est souvent fait mention dans la discussion à l'échelon international.

prix de tous les services, gardent théoriquement toute leur importance pour la question des paiements transfrontières[779].

274. La législation nationale la plus caractéristique au sein de l'Union européenne au sujet de la transparence des services financiers en général est celle que connaît l'**Italie** dans le cadre du "*Testo Unico*" regroupant la législation bancaire[780]. Aux termes de ces dispositions légales, impératives et considérées

---

779 Ainsi, en Allemagne fédérale par exemple, les banques sont soumises à l'obligation d'affichage des frais des services principaux du simple fait de la "*Verordnung zur Regelung der Preisangaben*" (PAngV), du 14.3.1985, in: BGBl. 1985 I, p. 580 ss, ordonnance prise en application de la "*Gesetz zur Regelung der Preisangaben*", du 3.12.1984, in: BGBl 1984 I, p. 1429 ss; OCDE, information, p. 39 s.; SCHOECHLE, p. 149; DUSSEAUX, conditions, p. 78, qui précise qu'il existe une affiche-type des prix qui est applicable "*aux opérations standardisées pour le compte de clients privés*". Cela étant, selon HÖRMANN, p. 208, les listes de prix établies en conséquence par les banques allemandes ne donnent aucune information sur les paiements transfrontières. Pour les autres Etats de la Communauté, cf. REICH/MICKLITZ, p. 27 s.

780 Historiquement, on peut distinguer trois étapes. En 1988, un accord interbancaire a été conclu sous l'égide de l'Association bancaire italienne (ABI) pour appliquer des règles de "*soft law*" relatives à l'affichage standardisé d'informations sur les conditions (notamment tarifaires) des principaux services, ainsi que d'autres mesures, touchant notamment aux relevés de compte et aux dates de valeur (OCDE, information, p. 39; RUOZI, p. 5 s., avec le texte en annexe p. 28 s.: "*Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela*"; MITCHELL, services financiers, p. 252).
Cette démarche déontologique ne s'étant cependant pas avérée efficace, le Parlement italien a adopté le 17 février 1992 une loi no 154 sur la transparence des opérations et des services bancaires et financiers, qui reprenait en partie le contenu de l'accord interbancaire: Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, in: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 24.2.1992, no 45, p. 7 ss (également in: Commercial Laws of Europe 1992, F278 ss; texte en anglais dans la même revue 1993, p. 189 ss). Présentation, commentaires in REDC 1992, p. 223 s. (MARTINELLO Paolo); HESBERT, Italie, p. 30 ss; GIORDANO Ugo Maria, La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria, in: Rivista delle Società 1993, p. 1234 ss. La loi a encore été complétée la même année par des décrets ministériels et par une circulaire de la Banque d'Italie (cf. PARDOLESI Roberto / SQUILLACE Nicola, Codice dell'attività di intermediazione mobiliare, Milan 1993, p. 463 ss).
Dans une troisième étape, ce texte légal a finalement été abrogé pour être intégré dans une loi bancaire plus globale et consolidée, à la suite notamment de la transposition de directives communautaires en matière bancaire. La transparence des conditions de banque est donc désormais traitée dans un chapitre du décret-loi no 385 du 1er septembre 1993, en vigueur depuis le 1er janvier 1994, appelé également "*Testo Unico*" (T.U.). Cf. Titre VI, art. 115 ss du Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 30.9.1993, no 230. Cf. CALIA, p. 550 ss; FORTUNATO, p. 14 ss; RODDI Giuseppe, in: Commentario alla Nuova Legge Bancaria, Milan 1993, p. 197 ss (art. 115 à 120); ROCCATAGLIATA Tomaso, The New Banking Law in Italy, in: JIBL 1994, p. 207 ss; REDC 1993, p. 247 (MARTINELLO Paolo). Cette loi est complétée par des directives de la Banque d'Italie (Istruzioni di vigilanza in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, mises à jour au 20.6.1996), ainsi que par une circulaire de l'Association bancaire italienne du 8.6.1996 (Pubblicità e trasparenza delle condizioni applicate alla clientela), publiées in: Diritto della banca e del mercato finanziario 1996, p. 215 ss. En doctrine, voir encore en dernier lieu et de manière plus générale sur la transparence: MINERVINI Enrico, La trasparenza delle condizioni

en Italie comme d'intérêt public, les établissements de crédit doivent porter certaines informations à la connaissance du public, notamment les taux d'intérêt pratiqués, les dates de valeur, le prix et les autres conditions applicables aux services visés par la loi. Ces informations doivent être disponibles dans les différents établissements sous forme d'avis et de notices explicatives standardisés et doivent également apparaître dans la publicité. Les contrats doivent être écrits et un certain nombre d'informations doivent expressément y être indiquées; le client doit en recevoir un exemplaire. La loi contient encore des dispositions relatives à la modification des contrats, aux communications périodiques envoyées à la clientèle (information complète et claire sur divers éléments liés aux transactions effectuées, extraits de compte, etc.) et fixe impérativement les dates de valeur (jour du versement / jour du prélèvement). Les sanctions en cas de violation de certaines dispositions légales peuvent être tant civiles (notamment nullité relative du contrat, ne pouvant être invoquée que par le client) qu'administratives (y compris des amendes).

275. Un autre Etat européen possède également des textes réglementaires spécifiques et très complets en matière de transparence des services financiers: il s'agit de l'**Espagne**. Le document de base est la loi générale no 26/1988 sur la discipline et l'intervention des établissements de crédit, complété par une ordonnance du Ministère de l'Economie et des Finances du 12 décembre 1989, ainsi que par différentes circulaires de la Banque centrale (Banco de España) remises à jour à plusieurs reprises. Cet ensemble de textes aboutit à des exigences élevées et détaillées en matière d'information de la clientèle dans la phase précontractuelle, au moment de la conclusion du contrat et après celle-ci (sous forme d'affichage normalisé, brochures, conditions contractuelles écrites, etc.), en particulier sur les taux d'intérêt, les commissions, les dates de valeur (qui sont fixées de manière précise), le document contractuel, ainsi que pour la publicité et le service de réclamation de la Banque d'Espagne[781].

276. En **Belgique**, un arrêté royal relatif à l'indication des tarifs des services financiers homogènes a été adopté le 23 mars 1995[782]. Ce texte, s'il ne traite

---

contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori) in: Banca, borsa e titoli di credito 1997, p. 94 ss.

781 Présentation, commentaires, références in DE LAS CUEVAS/GARAYAR, p. 293 ss; LOPEZ SANCHEZ, p. 50 ss. Sur la transparence dans le domaine spécifique des cartes, voir les résultats de l'étude de BUESO GUILLEN / SANTOS RUIZ DE EGUILAZ.

782 Moniteur belge, 26.4.1995, p. 11022 ss. Cf. REDC 1995, p. 121 s. (DOMONT-NAERT Françoise); DCCR 1995, p. 380 ss (DE NAYER Benoît). Sont des services homogènes tous les services bancaires dont les modalités sont identiques ou similaires, indépendamment notamment du moment ou du lieu d'exécution, du prestataire ou du destinataire. La transparence des conditions de banque avait tout d'abord été améliorée par des mesures de "*soft law*", l'Association belge des banques (ABB) ayant notamment recommandé à ses membres en 1989 d'afficher les tarifs appliqués aux principaux services offerts aux particuliers (ABB, Rapport annuel 1989, p. 34). En juin 1991, un avis remarqué sur l'indication des tarifs bancaires avait été publié par le Conseil de la

que de la transparence de la tarification, n'en assure pas moins une standardisation fort détaillée de celle-ci, en distinguant différentes façons de communiquer les prix au consommateur selon que l'offre de vente du service a lieu dans ou en dehors de l'établissement du prestataire (voire même en dehors de la présence physique simultanée du prestataire et du consommateur, soit la banque à distance). La présentation des tarifs doit être conforme à un modèle qui figure en annexe de l'arrêté et cela pour tous les services énumérés. Se trouvent par exemple dans la liste des services concernés et des informations à donner, les dates de valeur des versements et retraits, ainsi surtout que les "*paiements internationaux*", avec une exigence spécifique d'indication des commissions prélevées par l'établissement belge qui exécute l'opération. Cette information est cependant insuffisante puisqu'elle ne concerne pas les commissions prélevées par les autres banques correspondantes participant à un paiement transfrontière.

277. En **France**, le principe de la transparence des conditions de banque et celui d'une information claire de la clientèle sur les droit et obligations qui régissent les relations avec les établissements a été posé dans un décret de 1984, pris en application de la loi bancaire du 24 janvier 1984. Ce texte prévoit que les établissements de crédit sont tenus de porter à la connaissance de leur clientèle et du public les conditions générales de banque qu'ils pratiquent. En outre, lors de l'ouverture d'un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services accessibles et les engagements réciproques de l'établissement et du client[783].

Consommation. Selon les principes de transparence qui y était fixés, l'information devrait être accessible, non publicitaire, complète, précise, comparable et actuelle (le texte de cet avis détaillé est publié in: La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés, De nouveaux défis pour les entreprises, 43ème séminaire, Université de Liège - Commission Droit et vie des affaires, Bruges 21-22.1.1993, Documentation, vol. 2, p. 519 ss). Cet avis a ensuite conduit à la mise en chantier d'un projet réglementaire en la matière, un texte général comme la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur se révélant insuffisant pour assurer une transparence efficace de la tarification des services bancaires. C'est ainsi qu'a été adopté l'arrêté royal de 1995.

783 Art. 7 du décret no 84-708 du 24 juillet 1984 pris pour l'application de la loi n. 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (JO 25 juillet 1984); ANDERLONI, Francia, p. 68. Cette disposition fait office de *lex specialis* par rapport à la nouvelle norme générale d'information du Code français de la consommation (art. L. 111-1: "*Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service*"; ancien art. 2 al. 1 de la loi 92-60 du 18.1.1992 renforçant la protection des consommateurs; cf. GRALL, p. 16). Des enquêtes ont montré que les exhortations du gouvernement sont d'abord en partie restées lettre morte puisque les banques n'ont que peu modifié leurs pratiques et se sont contentées, pour se conformer au décret, de remettre à leur clientèle un barème indicatif du coût de quelques services (D'ORNANO, p. 2). L'Association française des banques a toutefois adopté par la suite des mesures déontologiques qui devraient théoriquement améliorer l'information des clients (cf. *infra* no 827). Voir aussi pour une amélioration de l'information en matière de paiements face-à-face la recommandation de la Commission

278. Enfin, le **Danemark** est le seul Etat membre de la Communauté à posséder un texte législatif régissant l'émission et l'utilisation des cartes de paiement ainsi que d'autres systèmes électroniques de paiement, et cette loi contient des exigences notables en matière d'information. Les émetteurs doivent en effet remettre aux clients potentiels, avant la conclusion de tout contrat, une documentation écrite contenant un certain nombre de renseignements, notamment sur les possibilités d'utilisation des moyens de paiement, les conditions y relatives, les frais, la périodicité des relevés de compte ou encore les modalités de déclaration de vol ou de perte des moyens d'accès au système de paiement[784].

279. En conclusion, on constate que certains Etats membres ont adopté des normes très complètes en matière de transparence des services bancaires, qui pourraient largement inspirer la Communauté si celle-ci devait adopter un instrument général dans ce domaine. Dans la plupart des cas, les paiements transfrontières ne sont pas directement visés, mais les exigences plus larges qui sont posées sont malgré tout pertinentes pour l'information à fournir pour ce genre de services.

280. Sous l'angle du droit communautaire, de telles législations nationales devraient être reconnues comme d'intérêt général en tant qu'elles protègent les consommateurs. Dans la mesure où elles ne sont pas discriminatoires, qu'elles ne touchent pas à un domaine déjà harmonisé au niveau communautaire (un double emploi ne serait en particulier pas admissible avec les normes de transparence contenues dans la directive 97/5 sur les virements transfrontières), qu'elles sont adéquates et proportionnées et si l'intérêt général en cause n'est pas déjà sauvegardé dans le pays d'origine, de telles législations nationales devraient pouvoir être appliquées même si elles limitent les libertés de circulation des prestataires de services dans le pays d'accueil concerné. Au regard de la jurisprudence européenne depuis l'arrêt *Keck/Mithouard* et même avec une extension de cette jurisprudence aux services, de telles législations nationales, lorsqu'elles prévoient des obligations détaillées en matière d'information, ne devraient en revanche pas pouvoir être assimilées à des dispositions nationales relatives aux modalités de vente inaptes à entraver le commerce entre Etats membres.

---

des clauses abusives no 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit (référence in bibliographie).

784 Art. 13 al. 1 et 2 (pour les cartes de paiement), art. 26 b al. 1 et 2 (pour les autres systèmes électroniques de paiement); il a déjà été fait référence à ces dispositions dans quelques notes de ce chapitre. D'une façon générale, la loi danoise prévoit que: "*Payment card systems shall be designed and operate so as to ensure users transparency* (...)" (art. 12 a al. 1). Le contrôle du respect de ces exigences est assuré par l'Ombudsman des consommateurs. Cf. STORM, paiement, p. 158 s.

III. Les développements jurisprudentiels au niveau national

281. De l'évolution récente de la jurisprudence dans les Etats membres, nous retiendrons deux exemples majeurs quant à l'information des consommateurs de services financiers. Le premier cas est celui de l'Allemagne, où le Bundesgerichtshof a développé depuis quelque temps une jurisprudence exemplaire en matière de transparence des clauses contractuelles[785].

1. Le "*Transparenzgebot*" (Allemagne)

282. Si quelques arrêts allemands avaient déjà par le passé fait référence à la question de la transparence des clauses[786], c'est surtout en matière bancaire et en particulier à la suite de deux décisions importantes relatives aux clauses qui donnent lieu à des intérêts sur une base fictive ("*Zinsfiktion*") que le principe du "*Transparenzgebot*" a été définitivement consacré.

283. Après un premier arrêt de 1988 sur la compensation des amortissements des crédits hypothécaires, dans lequel une clause contractuelle avait été déclarée nulle parce qu'elle manquait de clarté et de transparence[787], la Cour fédérale allemande s'est penchée sur un autre problème très discuté: la question des dates de valeur. L'affaire était la suivante: un vendredi, un client désirant passer un ordre de virement de 576,84 DM, avait remis directement au guichet la somme de 580 DM pour exécuter cette opération car son compte-courant n'était pas suffisamment provisionné. De son côté, la banque débita le jour même le compte du client du montant à virer, mais ne crédita ledit compte du montant versé en espèces que le lundi suivant, des intérêts débiteurs de 0, 43 DM pour ces trois jours étant alors mis à la charge du client. Cette pratique résultait d'une clause de valeur ("*Wertstellung*"), qui ne figurait non pas dans les conditions générales de l'établissement, mais dans un dépliant auquel renvoyaient les CG.

---

785 Pour une présentation des différentes catégories de clauses que l'on peut qualifier de non transparentes, cf. SCHÄFER, p. 8 ss.

786 Cf. REICH, transparence, p. 81 ss; KOLLER Ingo, p. 671 ss; WAGNER-WIEDUWILT, p. 38 ss; KÖNDGEN, p. 944 s.

787 BGHZ 106, 42, 49 s. = WM 1988, 1780, 1783 = NJW 1989, 222, 224 = ZIP 1988, 1530, 1532 s.; WuB I E 4.-2.89 (CANARIS Claus-Wilhelm); BGH EWiR § 9 AGBG 1/89, p. 1 s. (LÖWE Walter). La clause ("*Tilgungsverrechnungsklausel*") prévoyait que les paiements effectués par les clients quatre fois par année à titre de remboursement de capital n'étaient crédités qu'une fois, à la fin de l'année. Le consommateur moyen ne pouvait ainsi pas se rendre compte qu'il payait pendant une certaine période des intérêts sur une partie du capital emprunté qu'il avait en réalité déjà remboursée. Cf. REICH, transparence, p. 87.

Dans un arrêt désormais célèbre du 17 janvier 1989[788], le Bundesgerichtshof a jugé que la pratique des banques allemandes, qui consistait à créditer les comptes de leurs clients avec une date de valeur correspondant au premier jour ouvrable après la remise des chèques ou espèces (alors que les débits étaient, eux, inscrits avec une date de valeur équivalente à celle du jour du retrait), était contraire à l'exigence formelle de transparence (violation du "*Transparenzgebot*") et désavantageait matériellement le client d'une manière contraire à la bonne foi et l'équité (selon la définition de l'art. 9 de la loi réglementant le droit des conditions générales des contrats[789]). En application de cette dernière disposition légale, les juges ont posé comme principe que le professionnel est obligé de "*définir clairement et nettement les droits et devoirs des parties contractantes, afin que celles-ci puissent s'informer sur l'ampleur juridique des conditions de manière adéquate au moment de la conclusion du contrat*", la notion de "consommateur moyen" devant servir de critère pour juger si une cause a été formulée de manière suffisamment précise[790]. Les banques ne peuvent ainsi se servir de clauses voilées - qui plus est dans une simple brochure -, qui ne disent pas clairement quels sont les frais à payer pour certains services, ne permettant pas ainsi aux clients ne possédant pas de connaissances juridiques ou économiques spécifiques de comprendre la portée des clauses sans commentaire particulier[791].

284. Traditionnellement, la question de la transparence des clauses a toujours été traitée en relation avec le contrôle de l'incorporation de celles-ci dans le contrat et de leur interprétation, par le biais des conditions spécifiques posées par la législation (transparence formelle)[792]. Aujourd'hui, on peut dire qu'elle n'est plus liée au seul problème de la conclusion du contrat et qu'elle va plus loin, qu'elle doit être examinée au titre du contenu même du contrat (transparence matérielle)[793]. La question a cependant été controversée en doctrine[794]. Si aucun

---

788 BGHZ 106, 259 = WM 1989, 126 = NJW 1989, 582 = ZIP 1989, 154; BGH EWiR § 9 AGBG 3/89, p. 111 s. (KÖNDGEN Johannes); WuB I A. Nr. 14 AGB-Banken 2.89 (WOLF Manfred); SCHOECHLE, p. 151 s.; WITZ, p. 222 s.; DUSSEAUX, conditions, p. 77 ss.

789 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), du 9.12.1976, in: BGBl. 1976 I, p. 3317 ss.

790 REICH, transparence, p. 86; V. HOYNINGEN-HUENE, Inhaltskontrolle, no 200; BGHZ 106, 259, 264 s.; également: BGHZ 106, 42, 49.

791 REICH, transparence, p. 86; BGHZ 106, 259, 265.

792 Art. 2 ("*Einbeziehung in den Vertrag*"), art. 3 ("*Überraschende Klauseln*") et art. 5 ("*Unklarheitenregel*") AGBG. Cf. HANSEN, p. 1522.

793 REICH, transparence, p. 80.

794 Voir notamment les critiques de WAGNER-WIEDUWILT, p. 42 ss; HELLNER, AGB, p. 582 ss; HANSEN, p. 1523 ss. Contra: V. HOYNINGEN-HUENE, Inhaltskontrolle, no 201. Sur l'ensemble de la question, SCHÄFER, p. 39 ss; GOZZO, notamment p. 65, 70 ss; HEINRICHS, Transparenzgebot, p. 157 ss.

auteur n'a mis en doute le principe même de la transparence des clauses[795], il n'en reste pas moins que les deux décisions susmentionnées ont été critiquées par certains et qu'un problème important a été de savoir si l'intransparence peut à elle seule être un motif de nullité d'une clause par le biais du contrôle de l'équité du contenu prévu à l'art. 9 AGBG[796].

285. Dans un arrêt ultérieur du 10 juillet 1990[797], le Tribunal fédéral allemand a eu l'occasion de préciser sa position, en tenant compte des critiques de la doctrine. Tout en maintenant le principe du "*Transparenzgebot*", il a reconnu que cela pouvait poser des difficultés et qu'il convenait donc de ne pas exagérer les besoins de la transparence. Cela n'a pas empêché les juges de faire des propositions sur la manière de formuler des clauses de façon transparente (par exemple par une meilleure séparation des clauses entre elles pour assurer une plus grande clarté), les obligations d'information des professionnels variant en fonction de la complexité et du caractère normal ou anormal des clauses[798].

Le Bundesgerichtshof a encore traité du "*Transparenzgebot*" dans d'autres arrêts où le principe a une nouvelle fois été affiné, pour trancher certaines controverses, en particulier quant aux particularités du contrôle abstrait des clauses par le biais de l'action collective des organisations économiques et des associations de consommateurs (§ 13 AGBG)[799].

---

795 Un auteur comme KÖNDGEN, p. 946 s., justifie d'ailleurs le principe de la transparence au vu des effets pervers des conditions générales dans la concurrence: la non-transparence des clauses réduit le choix du consommateur, elle empêche une concurrence efficace entre des conditions contractuelles plus favorables et occasionne par conséquent un mauvais fonctionnement du marché par manque d'information ("*Marktversagen durch die Informationsdefizite*").

796 Cf. REICH, transparence, p. 87 ss; WESTERMANN, p. 823 ss. En détail: SCHÄFER, p. 117 ss.

797 BGHZ 112, 115 = WM 1990, 1367 = NJW 1990, 2383 = ZIP 1990, 980; WuB I E 4. - 12.90 (WESTERMANN Harm Peter); BGH EWiR §9 AGBG 11/90, p. 841 s. (KOLLER Ingo). Voir aussi quelques mois plus tard l'arrêt du BGH du 30.4.1991: WM 1991, 1115 = NJW 1991, 1889 = ZIP 1991, 791; WuB I E 4. - 12.91 (VON ROTTENBURG Franz); BGH EWiR § 9 AGBG 19/91, p. 837 s. (BRÜGGEMEIER Gert).

798 REICH, transparence, p. 90; BGHZ 112, 115, 119 ss.

799 Notamment, arrêt du 15.10.1991: WM 1991, 1944 = NJW 1992, 179 = ZIP 1991, 1474 = JZ 1992, 640; WuB IV B. § 13 AGBG 1.93 (OTT Claus); BHG EWiR § 13 AGBG 2/91, p. 1145 s. (HENSEN Horst-Dieter). Arrêt du 5.11.1991: WM 1991, 2055 = NJW 1992, 180 = ZIP 1991, 1566 = JZ 1992, 642, avec note de KÖNDGEN Johannes, p. 643 s.; WuB IV B. § 13 AGBG 2.93 (OTT Claus); BGH EWiR § 13 AGBG 1/92, p. 3 s. (TAUPITZ Jochen). Arrêt du 10.12.1991: WM 1992, 218 = NJW 1992, 1108 = ZIP 1992, 105; WuB I E 4. - 2.92 (WAGNER-WIEDUWILT Klaus); BGH EWiR § 9 AGBG 4/92, p. 217 s. (ECKERT Jörn). Arrêt du 11.2.1992: WM 1992, 395 = NJW 1992, 1097 = ZIP 1992, 469; WuB I E 4. - 5.92 (WAGNER-WIEDUWILT Klaus); BGH EWiR §607 BGB 1/92, p. 329 s. (ALISCH Herbert) (en rapport avec la procédure de contrôle concret). Le principe a encore été réaffirmé dans un arrêt du 4.2.1997: WM 1997, 518 = ZIP 1997, 496; WuB I E 3. - 6.97 (ZELLER Sven); BGH EWiR §9 AGBG 9/97, p. 627 s. (ECKERT Jörn). Nous ne pouvons en outre citer ici toutes les décisions des tribunaux inférieurs qui ont également appliqué le principe du "*Transparenzgebot*".

286. Nous n'examinerons pas plus en détail toutes ces questions qui relèvent spécifiquement du droit allemand[800]. Nous retiendrons en revanche l'importance que l'on donne à la fonction d'information des clauses contractuelles[801]. Le "*Transparenzgebot*" implique que les droits et obligations des parties doivent être clairement définis dans les conditions générales[802]. Les conditions générales des banques et des caisses d'épargne allemandes ont d'ailleurs été révisées en 1993 dans cette optique[803].

Cette thèse de la transparence a en outre été confirmée par le Comité économique et social des Communautés européennes, qui, lorsqu'il a approuvé la proposition de directive communautaire de 1990 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, a souligné que l'on ne devait pas se limiter à la seule approche négative de l'interdiction de clauses et qu'il fallait obliger le professionnel à fournir une information positive sur les conditions du contrat. Le Comité a en outre proposé que la non-transparence soit un critère supplémentaire pour juger du caractère abusif d'une clause[804].

Certaines décisions récentes de quelques-uns desdits tribunaux sont toutefois très intéressantes, non seulement dans la perspective générale de l'exigence de transparence des clauses, mais également parce qu'elles traitent d'un problème spécifique des paiements transfrontières, à savoir le prélèvement de frais spéciaux pour l'utilisation de cartes de crédit à l'étranger: les clauses contractuelles prévoyant une telle tarification sont-elles de simples clauses de prix non contrôlables (§ 8 AGBG) ou peuvent-elles au contraire être annulées parce qu'abusives en tombant sous le coup de la loi sur les conditions générales? Voir notre analyse *infra* no 356 ss.

800 Pour une étude très complète du principe de la transparence des clauses des contrats de consommation, voir la thèse de GOZZO. Cf. aussi le commentaire de WOLF in: WOLF/HORN/LINDACHER, § 9 no 143 ss. Dans une perspective comparative avec le droit suisse vient également d'être publié: MATT Peter C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Bâle 1997.

801 Voir en détail: NIEDENFÜHR, notamment p. 37 ss; LINDACHER, p. 349 ss; V. HOYNINGEN-HUENE, Inhaltskontrolle, no 202.

802 REICH, transparence, p. 84; V. HOYNINGEN-HUENE, Inhaltskontrolle, no 199. Sur les différentes composantes du principe de la transparence telles que dégagées par la jurisprudence allemande ("*Verständlichkeit*", "*Bestimmtheit*", "*Rechtsklarheit*"), cf. WOLF/UNGEHEUER, p. 180 s.

803 GOZZO, p. 118 ss; WESTERMANN Harm Peter, Fortschritte durch die neuen AGB der Banken und Sparkassen?, in: WM 1993, p. 1865 ss; SONNENHOL Jürgen, Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, in: WM 1993, p. 677 ss (Teil I: Nr. 1-10) et p. 725 ss (Teil II: Nr. 11-20); GRAF VON WESTPHALEN Friedrich, Die neuen Sparkassen-AGB unter der Lupe des AGB-Gesetzes, in: BB 1993, p. 8 ss; HOEREN Thomas, Die neuen AGB-Banken, in: NJW 1992, p. 3263 ss; KRINGS Günter, Die Neufassung der AGB-Banken, in: ZBB 1992, p. 326 ss; HORN Norbert, Die Rechtsbeziehungen Bank-Kunde, insbesondere die neuen AGB der deutschen Banken, in: WIEGAND W. (éd.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Berne 1994, p. 87 ss; ainsi que les contributions de l'ouvrage collectif: HORN Norbert (éd.), Die AGB-Banken 1993, Berlin - New York 1994. Le texte de ces nouvelles "*AGB*" est notamment publié in: WM 1993, p. 711 ss.

804 Comité économique et social [UE], clauses abusives, p. 36 no 2.5.1 ss; Agence Europe, Bulletin no 5482, 29/30.4.1991, p. 13. Voir également les propositions du European

Le texte final de la directive 93/13/CEE n'est pas allé aussi loin, puisqu'il se contente de prévoir que les clauses doivent être claires et compréhensibles, sans exiger une véritable information positive sur le contenu du contrat et sans prévoir de sanctions spéciales en cas de non-transparence[805]. Malgré tout, certains auteurs ont vu là la consécration expresse du principe de la transparence et ont appelé à ce que celui-ci soit dès lors tout aussi expressément repris en droit national[806]. Le législateur allemand n'a toutefois pas jugé nécessaire de reprendre cette obligation limitée de transparence dans sa loi de transposition de la directive (modification de l'AGB-Gesetz), adoptée le 19.7.1996 et entrée en vigueur le 25.7.1996, le "*Transparenzgebot*" développé par la jurisprudence lui paraissant suffisant[807].

287. En conclusion, on peut d'un côté regretter que la transposition de la directive n'ait pas été l'occasion d'introduire *expressis verbis* l'obligation de transparence dans la législation allemande; d'un autre côté, on peut saluer le fait que la jurisprudence du "*Transparenzgebot*" puisse perdurer et que, d'un point de vue sanctionnel, elle apporte un complément extrêmement utile à la directive en permettant en Allemagne que des clauses pas claires ou pas compréhensibles puissent en principe être déclarées nulles au sens de l'art. 9 AGBG, soit avec un contrôle du contenu des clauses étendu et une sanction que d'autres Etats ne connaissent pas, même après transposition de la directive 93/13.

288. En tant que jurisprudence établie exigeant une certaine forme d'information contractuelle, le "*Transparenzgebot*" devrait être admissible sous l'angle du droit communautaire. On peut vraisemblablement considérer, par analogie avec l'arrêt *CMC Motorradcenter*[808] de la Cour de Luxembourg, qu'une telle pratique nationale n'entrave tout simplement pas les libertés de circulation entre Etats membres[809]. Sinon, de telles obligations d'information

---

Consumer Law Group (ECLG), clauses abusives, no 13 p. 304, et du Consumers in the European Community Group (CECG), p. 6. Cf. toutefois la critique de WILHELMSSON, p. 74 (les présupposés de la transparence et de la rationnalité du consommateur quant à l'information ne sont pas suffisants pour protéger celui-ci).

805 Cf. *supra* 231 s.

806 MICHALSKI, p. 667; MICKLITZ, AGB, p. 533, et Umsetzung, p. 78; REICH, Umsetzung, p. 5; KIENDL, p. 205 s.

807 BGBl. 1996 I, p. 1013; REDC 1996, p. 252 s. (JOHNEN Eva). Approuvé notamment par ECKERT, Geschäftsbedingungen, p. 1241.

808 Références *supra* note 772.

809 Voir les développements relatifs à la jurisprudence CMC Motorradcenter *supra* no 269 s. A l'instar de ce qui a été dit plus haut pour les législations nationales en matière de transparence (*supra* no 280), le "*Tranzparenzgebot*" ne devrait pas pouvoir être assimilé à une pratique nationale en matière de modalités de vente au sens de la jurisprudence Keck/Mithouard, même étendue aux services. En l'état actuel de la jurisprudence européenne, si le "*Tranzparenzgebot*" n'entre pas dans le champ des obstacles aux libertés de circulation protégées par le traité CE, ce n'est pas en application des principes de l'arrêt Keck/Mithouard, mais de ceux de l'arrêt CMC Motorradcenter, puisque le

devraient à tout le moins être reconnues comme d'intérêt général (protection des consommateurs) et permettre de restreindre les libertés du marché intérieur dans les limites autorisées par la jurisprudence communautaire, en particulier tant que ce domaine n'est pas harmonisé.

289. Au-delà de la transparence des conditions contractuelles, la jurisprudence allemande a apporté, nous l'avons vu, un éclaircissement nouveau sur un autre problème, celui des dates de valeur[810]. En 1989, ce sont les dates de valeur pour les dépôts d'espèces qui ont été jugées[811]. Plus récemment, dans une décision du 6 mai 1997 que d'aucuns appellent "*Wertstellung II*"[812], le Bundesgerichtshof s'est prononcé sur les dates de valeur pratiquées par une banque populaire pour la bonification des virements et de certains chèques, notamment pour des opérations transfrontières. Sans se référer au "*Transparenzgebot*", la Cour fédérale a considéré que la clause contenue dans des conditions générales qui prévoyait une date de valeur pour la bonification d'un virement de un jour ouvrable postérieur à la réception du montant viré désavantageait les clients d'une manière inappropriée et était donc nulle en application du § 9 AGBG. Le 17 juin 1997, le Bundesgerichtshof a encore rendu un arrêt "*Wertstellung III*"[813], qui a étendu aux commerçants la jurisprudence relative aux dates de valeur pour les dépôts d'espèces.

C'est dire qu'en matière de dates de valeur, la tendance est aussi d'examiner l'équité et la loyauté du contenu même des clauses[814] et d'en tirer les conséquences qui s'imposent sur le plan de la validité contractuelle si les clauses en question apparaissent comme abusives, quel que soit leur degré de transparence. Pour sanctionner les abus, certains Etats ont pris des mesures législatives spécifiques pour que la date de valeur d'une opération bancaire corresponde à la date effective à laquelle elle est effectuée[815]. Souvent, le droit

---

"*Tranzparenzgebot*" reste une obligation générale de transparence contractuelle dégagée par la jurisprudence allemande.

810 Cf. en détail WITZ, p. 221 ss. Sur les désavantages que les dates de valeur représentent pour les consommateurs, cf. *supra* no 207.

811 *Supra* no 283.

812 WM 1997, 1192 = ZIP 1997, 1146; BGH EWiR Nr. 12 AGB-Bk 1/97, p. 723 s. (BÜLOW Peter).

813 WM 1997, 1661 = ZIP 1997, 1540; BGH EWiR Nr. 12 AGB-Bk 2/97, p. 913 s. (HUBER Herwart). Sur ces nouveaux arrêts: BORGES Georg, Die Wertstellung im Giroverhältnis - zugleich eine Besprechung der BGH-Urteile vom 6. Mai und 17. Juni 1997, in: WM 1998, p. 105 ss.

814 Sur le problème des clauses contractuelles matériellement abusives, cf. *infra* no 340 ss.

815 Sans parler des lois italienne et espagnole déjà citées sur la transparence en général, on peut mentionner l'exemple de la récente loi belge du 10 juillet 1997 relative aux dates de valeur des opérations bancaires, destinée à entrer en vigueur le 1er janvier 1999: Moniteur belge, 8.8.1997; DCCR 1997, p. 408, et REDC 1997, p. 318 (DOMONT-NAERT Françoise); sur la proposition: REDC 1996, p. 259 (DOMONT-NAERT Françoise), et DCCR 1996, p. 395 ss (DE CONINCK Hans). Sur la situation dans d'autres ordres

contractuel existant est cependant suffisant pour intervenir et c'est donc aux tribunaux que revient le rôle de faire jurisprudence en la matière.

A part l'Allemagne, les dates de valeur ont ainsi occupés les tribunaux d'autres Etats ces dernières années et l'exemple de la France est assez frappant à cet égard car les clauses de dates de valeur ont été jugées nulles sans même le recours à la législation sur les clauses abusives.

2. Les dates de valeur (France)

290. En France, la pratique des dates de valeur a longtemps été considérée comme un usage bancaire admissible. Cela n'a pas empêché une partie de la doctrine et les associations de défense des consommateurs de dénoncer les abus auxquels on pouvait aboutir[816]. Dans un arrêt du 17.1.1992, la Cour d'appel de Versailles a toutefois jugé, ce qui est intéressant dans une optique de transparence, que l'usage des dates de valeur, qui n'est d'ailleurs pas suivi par toutes les banques, "*ne peut se justifier que s'il est porté à la connaissance de la clientèle et s'il ne dépasse pas de légères différences de dates*"[817].

Puis, c'est la Cour de cassation elle-même qui est allé beaucoup plus loin puisque, dans un arrêt du 6.4.1993, elle a tout simplement banni les dates de valeur dans le cas de dépôts d'espèces ou de retraits (soit pour des opérations autres que les remises de chèques à l'encaissement)[818]. Par référence au droit des contrats, au lien qui unit le client à sa banque, la Cour a jugé que ces

---

juridiques, voir par exemple SOUSI-ROUBI, Dates de valeur, p. 215; OCDE, information, p. 40; KOZIOL, p. 643 ss.

816 Dates de valeur de 1 à 10 jours postérieures pour le crédit, de 2 à 27 jours antérieures pour le débit: Dalloz Affaires 1995, p. 24.

817 D 1992, Jurisprudence, p. 352, avec note de MARTIN Didier R.; GAVALDA Christian / STOUFFLET Jean, Chronique de droit bancaire, in: La Semaine Juridique (J.C.P.) 1993, Doctrine, no 3686, p. 289.

818 D 1993, Jurisprudence, p. 310 ss, note GAVALDA Christian; La Semaine Juridique (J.C.P.) 1993, Jurisprudence, no 22062, note STOUFFLET Jean; D. J.-P., Le problème des dates de valeur en matière bancaire (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 avr. 1993), in: Les Petites Affiches, 14.4.1993, no 45, p. 12 ss; SAMIN Thierry, A propos d'un arrêt récent de la Cour de cassation relatif aux dates de valeur: la rémunération des opérations qui n'exigent aucun délai reste possible..., in: Les Petites Affiches, 5.7.1993, no 80, p. 17 ss; COURTIER Jean-Loup, Anatocisme et dates de valeur, in: Les Petites Affiches, 21.7.1993, no 87, p. 13 ss; MOULY Christian, Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur, in: Les Petites Affiches, 10.9.1993, no 109, p. 9 ss, et 15.9.1993, no 111, p. 5 ss; FERRY Claude, La remise en cause des dates de valeur: la parade, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1993, p. 106 ss; INC Hebdo, Jurisprudence, no 852, 25.3.1994, p. 9 s. (MUNIER Isabelle); ainsi que les différentes contributions publiées à l'occasion du séminaire du Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Les dates de valeur ont-elles un avenir? Aspects juridiques et économiques, Lyon 31.3.1994.

opérations n'impliquaient pas que les dates de crédit ou de débit soient différées ou avancées; partant, de telles dates de valeur modifiant le cours des intérêts sont dépourvue de cause et donc nulles. Cette jurisprudence a été confirmé à plusieurs reprises par la suite[819].

Enfin, la Cour de cassation a encore tranché par un arrêt du 27.6.1995 la question qui restait ouverte des dates de valeur pour un autre mode de paiement: les virements. En considérant qu'une société est en droit de disposer du montant d'un virement dès que la banque l'a reçu, sans devoir attendre l'écoulement d'un délai supplémentaire, les magistrats français ont là également refusé d'affecter les virements de jours de valeur, de telles opérations ne nécessitant pas de délais techniques[820]. Ainsi, mis à part le cas des chèques, qui prennent un certain temps pour leur encaissement, les autres modes de paiement qui sont généralement utilisés pour des opérations transfrontières ne devraient plus donner lieu en France à des dates de valeur défavorables pour le consommateur.

291. Cette solution radicale, qui a pu intervenir même sans initiative législative, est à saluer. Elle règle par la force des choses toute la problématique de la transparence insuffisante sur les dates de valeur. Sous l'angle du droit communautaire, une telle jurisprudence ne devrait pas représenter un obstacle aux échanges entre Etats membres et devrait donc être admissible sans que se pose la question d'un éventuel intérêt général ou de l'applicabilité de la jurisprudence *Keck/Mithouard* étendue aux services.

IV. Les codes de conduite

292. Le texte déontologique le plus intéressant au niveau national est le "*Banking Code*" en vigueur au Royaume-Uni, d'une part parce qu'il constitue le seul texte de ce genre s'appliquant aux systèmes de paiement dans un pays européen, d'autre part parce qu'il est récent, qu'il est régulièrement remis à jour et que ses rédacteurs peuvent donc tenir compte des derniers développements en

819 Références in: Dalloz Affaires 1995, p. 24; D 1995, Jurisprudence, p. 229 ss, avec note de GAVALDA Christian; REDC 1995, p. 69 (LÉVY Lionel / PETIT Etienne); Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 80 (CREDOT Francis J. / GERARD Yves); Consum.L.J. 1995, CS39 (FRANCK Jérôme); MUNIER Isabelle, Les dates de valeur, Panorama de jurisprudence, in: INC Hebdo, Document, no 943, 12.4.1996, p. 3 ss; MOULY C., Dates de valeur: blocage actuel et possibilités de déblocage, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 227 ss.

820 Dalloz Affaires 1995, p. 24, une partie de la doctrine en concluant que la pratique des dates de valeur devrait dès lors complètement disparaître "*au profit d'un système de tarification économiquement mieux fondé et plus transparent*". Contra: ROMANI Anne-Marie, note in D 1996, Jurisprudence, p. 383 s.

matière de transparence[821]. Le code prévoit que les institutions financières fournissent certaines informations aux consommateurs[822]. La différence de structure qui existait entre les services bancaires en général (partie B, qui concernait les banques, les caisses de crédit hypothécaire et leurs clients) et les questions relatives aux cartes en plastique (partie C, qui concernait les émetteurs de cartes et leurs clients) a été supprimée dans la dernière édition de 1997.

Une disposition est spécifiquement consacrée aux paiements transfrontières depuis 1994[823]. Selon la teneur actuelle, il est prévu que les institutions financières indiquent aux clients comment effectuer des paiements transfrontières et fournissent au moins une description des services et de leur utilisation, une explication quant au terme auquel le paiement devrait parvenir à son destinataire, ainsi que les frais ou commissions à payer[824].

Cela étant, les exigences du "*Banking Code*" sont bien moins nombreuses et moins précises (s'agissant des délais et des frais, la question de la description des services exceptée) que celles de la directive communautaire concernant les virements transfrontaliers. Lorsque celle-ci aura été transposée par le Royaume-Uni, le code des banques devrait donc perdre presque tout intérêt en matière de virements transfrontières, à moins bien sûr que ledit code soit complété et qu'il améliore la transparence sur des points non prévus par la directive, l'idée des institutions communautaires étant que, les exigences minimum une fois posées dans un texte contraignant, les professionnels prennent d'autres engagements complémentaires sous forme d'autoréglementation. Le code devrait en revanche garder toute sa portée pour tous les modes de paiement transfrontière autres que les virements (débit direct, chèque, carte, etc.). Sa compatibilité avec la nouvelle recommandation 97/489 devra toutefois être examinée.

---

821 Sur les recommandations, notamment en matière de transparence, qui ont conduit à l'adoption de ce code, voir les rapports du National Consumer Council et du Jack Committe, ainsi que le Livre blanc du gouvernement (cités *supra* no 64 et notes 584 s.).

822 Sur la nature juridique du code et donc de ces exigences, cf. REICH, AGB, p. 53 note 33. Sur la transparence en général, pour les différentes versions du code: CAMPBELL, Revised Code, p. 172; DUXBURY, p. 117; DEHN/CRANSTON, p. 144 s.; MITCHELL, Banker's, p. 28; HESBERT, britannique, p. 34; CAMPBELL, Consumer, p. 82, 84.

823 L'art. 13.2 du code "*Good Banking*" dans sa version de 1994 (2ème éd.) parlait expressément de "*cross-border payments*". Aujourd'hui, "*The Banking Code*" de 1997 utilise à l'art. 3.16 les termes plus vulgarisés de "*to transfer money abroad*".

824 Ces exigences de transparence sont en fait un condensé des Lignes directrices des Associations européennes du crédit pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers (cf. *supra* note 409). Cela signifie qu'à ce jour, par rapport aux Etats dans lesquels ces Lignes directrices n'ont pas été correctement appliquées et avant que la directive 97/5 ne soit transposée en droit national, le Royaume-Uni assure une meilleure transparence de l'information relative aux paiements transfrontières et donc une meilleure protection des consommateurs dès lors que le "*Banking Code*" est lui en principe respecté par les banques. Voir toutefois CAMPBELL, Revised Code, p. 171, 173.

Relevons encore que le "*Banking Code*" contient d'autres dispositions intéressantes en matière de transparence des services bancaires en général. Il est prévu que des informations doivent être fournies lorsque l'on devient client ou à tout moment si on le demande[825]. D'une manière générale, les termes et conditions doivent être écrits dans un langage simple et clair[826], les clients doivent régulièrement recevoir des extraits de compte[827], sans parler des informations sur les divers frais et taux d'intérêt débiteur et créditeur[828], sur les procédures de réclamation[829] ou encore en matière de cartes et de codes confidentiels PIN[830].

293. Des initiatives en matière d'autorégulation ont également été prises dans d'autres Etats européens, mais elles se limitent à des aspects très ponctuels et ne vont donc pas aussi loin que le "*Banking Code*"[831]. S'agissant spécifiquement des paiements transfrontières, les associations bancaires nationales ont souvent adopté des recommandations et autres directives (non contraignantes) pour que leurs membres respectent les Lignes directrices des Associations européennes du secteur du crédit (AESC) pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers, mais comme les résultats n'ont pas été satisfaisants, le "*soft law*" a dû faire place à une directive communautaire sur les virements transfrontaliers.

Cela étant, à ce jour et avant la transposition de la directive 97/5 en droit national, les mesures d'autorégulation prises qui sont peut-être les plus concrètes pour les consommateurs sont l'élaboration de brochures explicatives destinées aux clients devant procéder ponctuellement à des paiements transfrontaliers et qui leur indiquent avec un certain degré de vulgarisation les services offerts et leurs caractéristiques principales[832]. Reste en pratique, comme des études l'ont montré, que ces supports d'information, qui souvent ne sont déjà pas assez

825 Art. 2.1.
826 Art. 2.6.
827 Art. 3.1.
828 Art. 2.1, 2.2, 2.3 et 2.5.
829 Art. 5.5.
830 Art. 3.9 à 3.12.
831 On peut citer le cas de la France, où l'Association française des banques (AFB) a établi un formulaire type visant à l'harmonisation des conditions d'affichage des opérations bancaires, en donnant des informations sur sept services bancaires de base et notamment les services de paiement. Cette grille normalisée élaborée en 1988 a ensuite été complétée en 1992 par l'affichage du coût des opérations transfrontières. Cf. Comité consultatif [France], Rapport 1988-1989, p. 15 ss (avec le résultat de deux enquêtes menées pour vérifier l'efficacité de l'affichage normalisé), Rapport 1991-1992, p. 147, et Rapport 1992-1993, p. 101 ss, 131 s.; OCDE, information, p. 39. En 1993, l'AFB a encore adopté une autre recommandation renforçant les modalités d'information des particuliers sur la facturation des services bancaires: Actualité Bancaire, no 200, 19.7.1993, p. 1 s.
832 Voir l'exemple de l'Allemagne cité *supra* note 526 ou encore de la France, avec la plaquette d'information élaborée par l'Association française des banques ("*Les paiements à distance vers l'étranger*"; INC Hebdo, no 795, 18.12.1992, p. 2).

complets, ne se trouvent pas toujours dans les agences, de sorte que la transparence ne s'en trouve pas vraiment améliorée[833].

294. Sous l'angle du droit communautaire, tous ces codes et autres mesures d'autoréglementation, dès lors qu'ils n'ont pas de liens avec des dispositions nationales que les institutions financières devraient impérativement respecter, ne constituent en aucun cas des entraves aux échanges, des restrictions aux libertés de circulation garanties par le traité CE. La question de l'intérêt général ou du rôle de la jurisprudence *Keck/Mithouard* ne se pose donc pas.

E. Le droit suisse

295. L'information du consommateur est également une question abordée en droit suisse, surtout depuis l'adoption en 1981 d'un nouvel article constitutionnel, l'art. 31 *sexies*, destiné à protéger les consommateurs[834]. L'alinéa 1 de cette disposition donne en effet un mandat clair à la Confédération de prendre des mesures pour protéger les consommateurs et crée ainsi une base constitutionnelle pour une politique active dans le domaine de l'information des consommateurs[835].

Cela ne veut pas dire pour autant que la situation soit très satisfaisante *de lege lata*, surtout dans le domaine des services financiers et encore plus pour les systèmes de paiement[836]. Nous examinerons tout d'abord des textes légaux spécifiques en matière d'information, susceptibles de présenter un intérêt pour l'utilisateur de moyens de paiement. Nous nous arrêterons ensuite sur les particularités du droit des obligations traditionnel, pour constater qu'il ne répond plus parfaitement aux exigences d'une société de consommation moderne où la demande d'information est importante et qu'il ne permet en tout cas pas de combler les lacunes des textes légaux spécifiques en matière d'information. Enfin, nous présenterons brièvement quelques recommandations faites par certains organismes et leurs effets pratiques.

---

833 Cf. *supra* no 167.

834 Cf. Message sur l'initiative populaire "pour la protection des droits des consommateurs" et Avis du Conseil fédéral sur l'initiative parlementaire concernant la protection des consommateurs, du 11 juillet 1979, in: FF 1979 II 713, 717 s.; Message à l'appui d'une loi fédérale visant à améliorer l'information des consommateurs et d'une loi fédérale modifiant le code des obligations (De la formation des obligations), du 7 mai 1986, in: FF 1986 II 360, 368.

835 FAVRE-BULLE, 31 sexies, p. 267 et 269 s.; RHINOW, no 62.

836 Voir les critiques de la Commission fédérale de la consommation, politique, p. 23; STAUDER, libéralisation, p. 130 ss, et Droit de la consommation, p. 209 ss. Pour une analyse récente des devoirs d'information en matière de prestations de services, voir ABEGGLEN, Aufklärungspflichten, p. 89 ss, et plus spécifiquement pour les services bancaires ABEGGLEN, Bankgeschäft.

I. La loi sur l'information des consommateurs

296. En exécution du mandat constitutionnel conféré à la Confédération à l'art. 31 *sexies* al. 1 Cst. pour protéger les consommateurs, la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC) a été adoptée le 5 octobre 1990[837]. Le but de la loi est d'améliorer l'information objective des consommateurs[838] et d'accroître ainsi la transparence du marché. Pour se faire, on a prévu une "*déclaration sur les biens et les services*": si l'intérêt des consommateurs le justifie, les professionnels devront indiquer, sous une forme qui permette les comparaisons, les caractéristiques et éléments essentiels des biens et des services[839]. S'agissant des services, il doivent être désignés par le Conseil fédéral, or aucune ordonnance n'a été adoptée jusqu'à présent à cet égard[840].

297. On a estimé par ailleurs que la forme de la déclaration ne pouvait être unique pour toutes les branches et que le meilleur système serait donc de prévoir une négociation entre les milieux économiques concernés et les organisations de consommateurs[841], devant aboutir à la conclusion de "*conventions de droit privé*", fixant notamment les exigences auxquelles devraient satisfaire la forme et

---

837 RO 1992 910. La LIC est entrée en vigueur le 1er mai 1992. Cf. en détail FAVRE-BULLE, 31 sexies, p. 270 ss; KOLLER-TUMLER, p. 119 ss, avec références.

838 Art. 1.

839 Art. 2 al. 1.

840 Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1995 (Législation: BRUNNER Alexander / MOSER Josef / VERNAY Anny), p. 140. Initialement, seuls certains services semblaient "sur la sellette" (voyages à forfait, cours par correspondance par exemple) et la désignation des services bancaires n'était pas en cause (cf. FF 1986 II 360, 369; BO CE 1987 546; BO CN 1990 553 et 556). Pourtant, les déclarations devraient en principe viser les services qui "*sont proposés en nombre illimité, à des conditions standardisées et avec un contenu unifié*" (FF 1986 II 360, 369), ce qui devrait également concerner les services bancaires. Plus récemment, la Commission fédérale de la consommation a adressé une recommandation formelle au Conseil fédéral le 29.3.1995, invitant celui-ci à adopter une ordonnance énumérant les services devant être soumis à déclaration et parmi ces services figurent notamment expressément les services bancaires dont: "*Zahlungsverkehr Inland und grenzüberschreitend (...), Debit-, Kredit-, Wertkarten und Multifunktionskarten*"; Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1996 (Législation: BRUNNER Alexander / MOSER Josef / VERNAY Anny), p. 230 s. Cette proposition de soumettre à déclaration des services touchant aux activités de banque et d'assurance a ensuite fait l'objet le 16.7.1996 d'un rapport intermédiaire par un groupe de travail de départements de la Confédération (ZULAUF Urs, Bankenkommission und Konsumentenschutz - Bank- und Finanzmarktrecht zum Schutz der Konsumenten?, in: Annuaire de droit suisse de la consommation [ADC] 1996, p. 121 ss, 134). Il reste maintenant à voir quelle suite sera donnée à ces initiatives au niveau du Conseil fédéral lui-même. L'assujetissement des services bancaires à une obligation de déclaration conformément à la LIC se heurte en tout cas à une "*opposition globale et totale des milieux bancaires*" (ASB, Rapport 1996/97, p. 70).

841 FF 1986 II 360, 368.

le contenu des déclarations sur les services désignés par le Conseil fédéral[842]. Si aucune entente ne peut avoir lieu en temps utile ou si les termes de celle-ci ne sont pas respectés de manière satisfaisante (mais pas si le contenu d'une convention est insuffisant), il a été prévu que le Conseil fédéral peut[843] intervenir et adopter des ordonnances pour prescrire la forme et le contenu de la déclaration litigieuse[844]. On n'en est toutefois pas encore là. Tant que le Conseil fédéral n'aura pas désigné les services financiers comme devant être sujets à déclaration, il est peu probable que les institutions financières adopteront d'elles-mêmes une déclaration ou accepteront d'entrer en négociation avec les organisations de consommateurs à ce sujet.

298. De toute manière, le système proposé n'apparaît pas d'une efficacité exemplaire[845]. Formellement, aucun critère de représentativité des organisations, aucune indication sur la procédure de la négociation ne sont formulés. Mais surtout, aucune référence n'est faite aux problèmes de l'application effective par les professionnels des normes adoptées. Or, premièrement, les entreprises non-membres des associations professionnelles qui auront négocié les conventions n'auront pas à respecter ces dernières. Deuxièmement, il est possible qu'au sein même des organisations économiques ayant conclu des accords avec les associations de consommateurs, certaines entreprises ne respectent pas les consignes, puisque seuls des mécanismes internes de sanction entreront en ligne de compte (lorsqu'ils existent), les associations de consommateurs ne pouvant agir en exécution que contre les organisations professionnelles qui ont négocié les conventions, pas contre leurs membres[846]. Enfin, les conventions ne peuvent revêtir une force obligatoire générale en l'absence d'une norme constitutionnelle expresse[847].

299. Force est de constater, quelques années après son entrée en vigueur, que la LIC n'est pas loin de rester lettre morte puisque très peu de déclarations (relatives à des biens uniquement) ont formellement été adoptées, qu'aucun service n'a été désigné par l'autorité et qu'il n'existe pas de négociations notables entre organisations professionnelles et associations de consommateurs. La LIC, pourtant consacrée à l'information du consommateur, ne peut donc, pour l'heure en tout cas, améliorer la transparence des services de paiement transfrontière.

---

842 Art. 3.

843 Il s'agit d'un pouvoir et non d'un devoir (cf. aussi BO CE 1987 543).

844 Art. 4.

845 Cf. STAUDER, clauses abusives, p. 91 s., et in REDC 1991, p. 159 s. Selon le Conseil fédéral, l'art. 2 al. 1 fixant les principes de la déclaration sur les biens et les services doit être considéré comme une simple "*déclaration d'intention qui, à elle seule, n'est pas applicable*" (FF 1986 II 360, 378, également p. 369)!

846 Cf. FF 1986 II 360, 381.

847 FF 1986 II 360, 369. Voir, pour les conventions collectives de travail, l'art. 34 ter al. 1 lit. c Cst.

II. La loi contre la concurrence déloyale et l'ordonnance sur l'indication des prix

300. D'une manière générale, la loi contre la concurrence déloyale (LCD) de 1986 ne contient pas d'obligation quant à une information positive[848]. Elle tend seulement à ce que les indications données sur les prestations, sur les prix, etc. ne soient pas inexactes ou fallacieuses[849] et, d'une manière plus générale, que les comportements ou pratiques commerciales ne soient pas trompeurs ou contreviennent aux règles de la bonne foi[850].

301. Quant aux conditions générales, elles ne doivent pas être de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante (art. 8 LCD). En soi, cette disposition vise la question de l'équité d'une clause contractuelle préformulée - avec les conditions légales qui sont posées pour en contrôler le contenu et donc lutter contre les clauses abusives[851] -, non le problème de la présentation formelle des conditions générales. Cependant, la condition d'erreur de l'art. 8 - fort critiquée en doctrine[852] - pourrait être interprétée comme une exigence en matière de clarté, de transparence et de présentation des clauses[853]. Même avec une telle interprétation, il n'en reste pas moins que la non-transparence d'une clause ne devrait pas à elle seule être suffisante pour que la clause soit considérée comme abusive et donc illicite au sens de l'art. 2 LCD, car les critères matériels de contrôle de l'équilibre de la clause énoncés à l'art. 8 (lit.

---

848 STAUDER, libéralisation, p. 132, et Droit de la consommation, p. 210; Commission fédérale de la consommation [Suisse], politique, p. 23. Seul l'art. 3 lit. k à m LCD prévoit qu'un certain nombre d'informations doivent être fournies en matière de vente à tempérament et de petit crédit.

849 Art. 3 lit. b LCD. Voir aussi les hypothèses de tromperie de l'art. 3 lit. g et lit. i.

850 Clause générale de l'art. 2 LCD. Analyse des mesures visant à garantir l'information des consommateurs dans la LCD et l'OIP par TROLLER Kamen, Manuel du droit suisse des biens immatériels, tome II, 2ème éd., Bâle - Francfort 1996, p. 990 ss.

851 Cf. *infra* no 620 ss.

852 Cf. *infra* no 622.

853 Cf. STAUDER, clauses abusives, p. 88; GAUCH, p. 55; AJP 1994, p. 640 (note de KRAMER Ernst A. sous ATF 119 II 443); DESSEMONTET, contrôle, p. 71. Ce dernier auteur ajoute cependant de manière plus restrictive, Art. 8, p. 110, que l'usage des CG doit être réellement trompeur, "*Il ne suffit pas qu'elles suscitent le doute ou l'incertitude, voire l'incompréhension*". Voir surtout MÜLBERT, p. 723 ss, 728, qui interprète l'art. 8 LCD de manière extensive comme comportant une exigence spécifique de "*Transparenzgebot*" pour les conditions générales, à l'image de ce que connaît aujourd'hui le droit allemand: "*Irreführend ist eine intransparente Klausel, also eine Klausel, die die Rechte und Pflichten der beiden Vertragsparteien nicht ohne weiteres erkennen lässt*", "*Das in Art. 8 UWG verwirklichte Modell der wettbewerblichen AGB-Kontrolle verwirklicht sich in einem AGB-rechtlichen Transparenzgebot: Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen erhebliche Abweichungen vom Leitbild des dispositiven Rechts bzw. der Vertragsnatur durch eine entsprechende Ausgestaltung und durch geeignete Formulierung der Vertragsbestimmungen durchschaubar, richtig, bestimmt und möglichst klar darstellen*".

a et b)[854] sont en principe des conditions cumulatives par rapport à l'exigence de l'erreur[855]. Ainsi, le fait d'utiliser une clause non transparente mais équitable, ou inversement une clause inéquitable mais néanmoins claire[856], ne peut en principe être constitutif d'un acte de concurrence déloyale[857]. L'art. 8 LCD est donc inefficace *de lege lata* et devrait être remplacé par un meilleur système de contrôle des clauses abusives et des clauses non transparentes.

302. En matière d'indication des prix, la LCD prévoit que le prix à payer effectivement pour les services doit être indiqué, mais cela ne vise que les services désignés par le Conseil fédéral[858]. Or si l'on se reporte au texte d'application de la LCD, l'ordonnance sur l'indication des prix du 11 décembre 1978 (OIP), on constate que la liste de ces services - qui touche à des domaines aussi divers que les salons de coiffure, les travaux effectués dans les garages, les taxis, le nettoyage chimique, etc. - ne comprend pas les services bancaires[859]. Ainsi, en matière de paiements transfrontières, les institutions financières n'ont aucune obligation légale d'indiquer le détail des frais de leurs services.

303. Il est regrettable que la législation suisse en matière de concurrence déloyale ne contienne pas plus d'exigences en matière d'information car le contrôle et les sanctions en cas de violation pourraient être assurés assez efficacement par le biais de l'action collective des organisations de consommateurs prévue par la LCD[860]. Dans la mesure où les actions civiles individuelles peuvent s'avérer laborieuses en cas de violation d'obligations

---

854 Cf. *infra* no 621.

855 ATF 117 II 332, 333; DESSEMONTET, contrôle, p. 71 s.; FAVRE-BULLE, Note, p. 646 s.

856 Cf. STAUDER, Droit suisse, p. 125. Voir toutefois l'ATF 119 II 443 = SJ 1994 637 et notre interprétation de cet arrêt: FAVRE-BULLE, Note, p. 648 (le Tribunal fédéral pourrait avoir utilisé un moyen déguisé pour neutraliser la condition d'erreur, en qualifiant d'"*ambiguë*" une clause parfaitement claire, du simple fait qu'elle dérogeait notablement au droit dispositif); cf. aussi BAUDENBACHER, Bemerkungen, p. 84.

857 Un auteur comme BAUDENBACHER, Rechtslage, p. 9, confirme que l'utilisation de clauses de conditions générales s'écartant notablement du droit dispositif mais n'induisant pas en erreur ne tombe pas sous le coup de l'art. 8 LCD. Il estime cependant que de telles clauses pourraient tout de même tomber sous le coup de la clause générale de l'art. 2 LCD "*wenn die erhebliche Abweichung von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung oder der aus der Vertragsnatur folgenden Verteilung von Rechten und Pflichten besonders ausgeprägt ist*"; cf. aussi HARDEGGER, p. 179. Voir aussi les situations de fait décrites par MÜLBERT, p. 730 s., dans lesquelles l'obligation de transparence jouerait aussi un rôle dans le cadre de la clause générale de l'art. 2 LCD.

858 Art. 16 al. 1 LCD. D'après la jurisprudence, l'obligation d'indiquer les prix est destinée aujourd'hui à favoriser une concurrence loyale, à lutter contre les abus et à donner plus de transparence au marché: ATF 116 IV 371, 376; ATF 118 IV 184, 186.

859 Art. 10 al. 1 OIP (qui énumère onze domaines aux lettres a à l). Cf. Commission fédérale de la consommation [Suisse], politique, p. 23; STAUDER, libéralisation, p. 130 s.; WEBER Rolf H., Konsumentenschutz, p. 58.

860 Art. 10 al. 2 lit. b LCD.

d'information, l'existence d'un mécanisme collectif devrait permettre de mieux représenter les intérêts des consommateurs devant la justice[861], ce d'autant plus qu'il peut être couplé avec les dispositions pénales de la LCD, une organisation de consommateurs ayant en effet la qualité tant pour intenter une action civile que pour porter plainte auprès des autorités pénales compétentes[862].

III. L'information en droit des obligations

304. A l'inverse d'autres droits nationaux, le droit suisse des obligations ne connaît pas de véritable devoir général d'information[863]. Notre code plus que centenaire se réfère traditionnellement à des parties, supposées être sur un pied d'égalité, négociant à armes égales en vue de la conclusion d'un contrat, bénéficiant pleinement du principe de l'autonomie de la volonté. L'apparition de la société de consommation et de production de masse, avec la diversité de l'offre de biens et services qui la caractérise, a cependant modifié ces données de base. Aujourd'hui, le consommateur ne peut faire jeu égal avec le professionnel lors de la conclusion d'un contrat. Vu la complexité des propositions contractuelles qui s'offrent à lui, le consommateur a de plus en plus besoin d'une information pertinente, lui permettant d'évaluer les avantages et les désavantages de tel ou tel contrat, de comparer les diverses offres du marché, tout ceci dans l'optique de parvenir à la conclusion d'un contrat basé sur un véritable consentement, libre, éclairé et réfléchi et non sur un simple échange formel de déclarations de volonté réciproques et concordantes tel que prévu par l'art. 1 al. 1 du Code des obligations (CO)[864].

305. Notre droit ne répond que très partiellement à ce besoin d'information objective du consommateur à fournir par le professionnel. Dans la phase précontractuelle, le principe fondamental est que les parties doivent agir selon les

---

861 Cf. *supra* no 227.

862 Art. 23 LCD.

863 JÄGGI, no 576 ad art. 1; LAUER, p. 27; WAHRENBERGER, p. 17 s., 63 s.; STAUDER, Pacta sunt servanda, p. 491; MERZ, obligations, p. 47; VON TUHR/PETER, p. 322. En comparaison, en France, comme dans beaucoup d'Etats, la loi n'a dans un premier temps prévu d'obligations d'information que dans certains cas bien spécifiques; mais de son côté, la jurisprudence, même si elle n'a pas à proprement parler consacré un principe général selon lequel toute personne serait tenue d'informer son éventuel cocontractant sur les éléments essentiels pour la conclusion du contrat, n'a pas hésité à étendre au maximum les obligations d'information dans les contrats. Cf. FABRE-MAGNAN, p. 315 ss; LAUER, p. 230 ss. Pour codifier cette jurisprudence, une obligation générale d'information a d'ailleurs été récemment consacrée dans la législation (cf. *supra* note 783). Au Danemark, on trouve un tel devoir général d'information à l'art. 3 de la Gesetz Nr. 297 über Marktverhalten, du 14.6.1974 (traduction allemande in: GRUR Int. 1976, p. 345 ss); REICH, Informationspflichten, p. 516.

864 STAUDER, Pacta sunt servanda, p. 484 ss.

règles de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 du Code civil (CC)[865]. Cela signifie en particulier que l'on est tenu de renseigner l'autre partie, dans une certaine mesure, sur les faits qu'elle ne connaît pas ou n'est pas tenue de connaître, pour autant que ces circonstances particulières soient propres à influencer sa décision de conclure le contrat ou de le faire à certaines conditions[866]. Une personne qualifiée devrait en outre faire profiter loyalement l'autre partie de ses connaissances lorsque cela s'inscrit dans un rapport de confiance particulier, ce qui signifie qu'en matière bancaire les exigences en matière d'information devraient être plus élevées[867].

306. Ces devoirs de renseignement et de conseil ne sont cependant pas illimités et la jurisprudence - peu abondante au demeurant - reste très prudente quant aux obligations d'information à imposer aux professionnels[868]. Tout dépend des circonstances de chaque cas d'espèce, en particulier de la nature du contrat, du déroulement des pourparlers, de ce que voulaient et savaient les parties[869]. Ainsi, il n'est pas nécessaire de vérifier que l'autre partie ne se trouve pas dans l'erreur lorsqu'elle devrait être à même de connaître la vérité. Le devoir d'information ne concerne pas les circonstances que l'autre partie est censée connaître; il convient seulement de corriger les erreurs constatées[870]. La violation de tels devoirs précontractuels entraînera l'obligation de réparer le préjudice subi par l'autre partie, c'est le principe de la *culpa in contrahendo*[871].

---

865 ATF 105 II 75, 79 = JT 1980 I 66, 70; GAUCH/SCHLUEP, no 948; WAHRENBERGER, p. 23 ss; SCHÖNLE, bonne foi, p. 195; GUGGENHEIM, p. 17 (en matière bancaire).

866 ATF 92 II 328, 333 s. = JT 1968 I 34, 38 s.; ATF 102 II 81, 84 = JT 1977 I 210, 213; ATF 105 II 75, 80 = JT 1980 I 66, 70; GAUCH/SCHLUEP, no 957. Sur la question de l'obligation précontractuelle d'information lorsque des circonstances, dans un cas d'espèce donné, sont tellement inhabituelles que l'autre partie ne devait pas s'y attendre normalement, cf. LAUER, p. 292 ss.

867 ENGEL, Traité, p. 187 s.; GAUCH/SCHLUEP, no 959; LAUER, p. 70 et p. 317 ss; SCHÖNLE, bonne foi, p. 198.

868 Voir par exemple TF SJ 1961 127, 128; ATF 92 II 328, 334 = JT 1968 I 34, 39 ("*Il n'existe pas en revanche un devoir général de le renseigner sur tous les éléments essentiels du contrat*"). Il est vrai que l'on constate un certain renforcement des obligations d'information dans la jurisprudence plus récente, mais les cas restent peu nombreux et ont plus trait à des mandats classiques (médecin, gérant de fortune) qu'au trafic des paiements (voir par exemple WEBER, Informationsflusses, p. 692 ss).

869 ATF 105 II 75, 80 = JT 1980 I 66, 70; ATF 116 II 431, 434 = JT 1991 I 45, 48; ENGEL, Traité, p. 188; VON TUHR/PETER, p. 322; WAHRENBERGER, p. 64 s.

870 ATF 92 II 328, 334 = JT 1968 I 34, 39; GAUCH/SCHLUEP, no 862 s.; LAUER, p. 70.

871 Pour des études récentes de la *culpa in contrahendo*, citant et synthétisant la doctrine très abondante en la matière, voir notamment WAHRENBERGER, p. 27 ss, 73; SCHENKER Franz, Switzerland, in: HONDIUS E. (éd.), Precontractual Liability (Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990), Deventer - Boston 1991, p. 309 ss; BUCHER Eugen, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2ème éd., Bâle - Francfort 1996, no 78 ss ad art. 1; GAUCH/SCHLUEP, no 962a ss.

307. Le fait que les services offerts par les institutions financières en matière de paiements soient le plus généralement basés sur des conditions générales (CG) pose d'autres difficultés en matière d'information du consommateur. En effet, comment peut-on garantir que ce dernier aura eu connaissance des CG, qu'il les aura correctement comprises et qu'il contractera donc sur la base d'un consentement véritable? En partant de l'art. 1 CO, en liaison avec le principe de la confiance qui découle des règles de la bonne foi de l'art. 2 al. 1 CC, la doctrine et la jurisprudence ont développé quelques critères permettant de contrôler le consentement du cocontractant pour l'incorporation des clauses de conditions générales dans le contrat[872].

Pour des transactions de consommation, le professionnel doit tout d'abord attirer clairement l'attention du consommateur sur ses conditions générales et doit manifester sans équivoque sa volonté de les incorporer. Dès lors, des exigences plus strictes devront être respectées en cas de renvoi global aux clauses[873]. Il faut également que le professionnel donne la possibilité matérielle à son client de prendre connaissance des conditions générales avant la conclusion du contrat, ce qui devrait aussi impliquer que les clauses doivent être présentées d'une manière claire et doivent être compréhensibles pour un profane[874]. Si ces conditions sont réalisées, on présuppose que selon les règles de la bonne foi, le client aura compris que le professionnel désire incorporer ses conditions générales dans le contrat et le professionnel pourra lui en déduire que le client accepte de s'y soumettre[875]. Dès lors que le client ne s'oppose pas aux conditions générales, elles seront considérées comme incorporées globalement au contrat, cela même s'il ne les a pas lues[876].

Ces conditions, qui visent à assurer un consentement libre et éclairé du client, ne sont toutefois pas suffisantes pour tous les types de clauses. Des exigences supplémentaires ont dû être posées dans certaines circonstances. Il s'agit tout d'abord du problème des clauses insolites - par exemple les clauses de prorogation de for -, qui ne peuvent être incorporées au contrat que si l'attention du cocontractant, dont l'inexpérience est reconnaissable pour l'autre partie, a été particulièrement attirée sur leur existence et leur portée juridique, notamment par

---

872 Notamment: JÄGGI, no 457 ad art. 1; GIGER, p. 52; STAUDER, clauses abusives, p. 282; ATF 77 II 154, 156 = JT 1952 I 11, 15 s.; ATF 100 II 200, 209 s. = JT 1975 I 180, 182.

873 Pour la concrétisation de ces conditions dégagées des règles de la bonne foi, cf. GIGER, p. 51 ss; KRAMER, no 187 ss ad art. 1; STAUDER, Droit suisse, p. 104.

874 STAUDER, Droit suisse, p. 104; GIGER, p. 54. Certains exigent même la remise des conditions générales au client: CHAUDET, p. 17 (en matière bancaire).

875 STAUDER, Droit suisse, p. 103.

876 TF SJ 1996 623, 625; ATF 119 II 443, 445 = SJ 1994 637, 639 s.; ATF 108 II 416, 418 = JT 1983 I 218; WESSNER, consommateur, p. 63; FORSTMOSER, p. 38.

une mise en évidence au moyen de procédés techniques d'impression[877]. Ensuite, il s'agit de la question de l'interprétation des CG, puisqu'en cas de doute sur la signification d'une clause, on pourra recourir à des règles particulières, comme par exemple l'interprétation *contra proferentem*, qui tend indirectement à favoriser l'information du consommateur, puisque le professionnel aura tout intérêt à rédiger ses clauses d'une manière claire pour éviter que dans le cas contraire elles puissent être interprétées en sa défaveur[878].

308. Mis à part ces quelques règles visant à favoriser une certaine information sur les conditions générales, règles qui s'avèrent d'ailleurs bien souvent insuffisantes pour assurer un consentement véritable du consommateur, le droit suisse des obligations ne connaît pas d'autres exigences particulières en matière de transparence des clauses. Rien n'oblige les professionnels à mettre leurs conditions générales à disposition de la clientèle avant la conclusion d'un contrat ou à donner des informations à leur sujet, les règles d'incorporation nécessitant que ces clauses soient simplement disponibles au moment de la conclusion du contrat. L'absence d'un principe comme celui du "*Transparenzgebot*" développé par la jurisprudence allemande[879] et d'une loi spéciale sur les conditions générales se révèle par ailleurs préjudiciable dans la phase postérieure à la conclusion du contrat, moment où le consommateur devrait pouvoir se référer à des clauses claires et compréhensibles en cas de litige[880].

309. Il faut noter que dans la phase d'exécution proprement dite du contrat, des devoirs d'information pourront toujours être imposés au professionnel à l'égard du consommateur. En effet, en matière bancaire, si certains devoirs d'information ne peuvent être considérés comme des obligations principales (c'est la fourniture du service de paiement lui même qui constitue une telle obligation principale), ils peuvent en revanche souvent être vus comme des devoirs accessoires imposés par les règles de la bonne foi de l'art. 2 al. 1 CC[881]. La violation de telles obligations accessoires d'information, sanctionnée avant la conclusion du contrat par la *culpa in contrahendo*, conduira après la

---

877 Sur le rôle de la règle de l'insolite pour la transparence des conditions générales, cf. MÜLBERT, p. 724.

878 Sur la question des clauses insolites et des règles d'interprétation, voir surtout *infra* no 606 ss.

879 Cf. *supra* no 282 ss.

880 KOLLER Ingo, p. 670.

881 Sur les devoirs accessoires d'information: MERZ, obligations, p. 47 s.; DESCHENAUX, p. 165 s.; WIEGAND, no 32 ss ad art. 97; plus spécifiquement pour le contrat de mandat: FELLMANN, no 143 ss ad art. 398. Ainsi, en droit suisse, les banques fournissent leurs prestations de trafic des paiements dans le cadre d'un mandat (art. 394 ss CO) et sont également soumises à des obligations contractuelles accessoires dépendantes résultant du devoir général fixé à l'art. 2 al. 1 CC: SCHÖNLE, responsabilité, p. 76; BILLOTTE-TONGUE, no 101.

conclusion du contrat à une responsabilité contractuelle ("*positive Vertragsverletzung*")[882].

310. Sur la base des règles générales qui précèdent et s'agissant maintenant *in concreto* des services de paiement transfrontière, il nous paraît douteux, en droit suisse des obligations, que des devoirs très particuliers puissent être imposés aux institutions financières en matière d'information. Dans la phase précontractuelle, malgré la réalisation des conditions mentionnées plus haut[883] quant aux connaissances particulières des institutions financières par rapport aux consommateurs, quant au rapport de confiance qui caractérise ce genre de relations et quant à l'importance de certains renseignements pour le choix d'un service optimal, nous ne pensons pas que l'on puisse imposer *de lege lata* une obligation générale d'information sur les caractéristiques et le coût des services proposés. Il est suffisant que les banques remettent à leur clientèle les conditions générales lors de la conclusion d'un contrat et que celles-ci respectent un minimum d'intelligibilité.

Il est vrai, comme certains auteurs l'ont soutenu, que des exigences plus élevées devraient logiquement être respectées par exemple lors de l'utilisation de systèmes de paiement électronique[884]. En effet, ceux-ci se caractérisent par une technologie avancée et des procédures d'accès par conséquent compliquées,

---

882 WIEGAND, Leistungsstörungen, p. 18; WAHRENBERGER, p. 74; cf. toutefois SCHÖNLE, renseignements, p. 393 et l'ATF 68 II 295. En droit allemand: NIEDENFÜHR, p. 3; REICH, Informationspflichten, p. 515. Sur la question de la "*positive Vertragsverletzung*" - théorie encore controversée en droit suisse -, voir notamment: GAUCH/SCHLUEP, no 2603 ss; BUCHER Eugen, Obligationenrecht, p. 335 ss; ENGEL, Traité, p. 709 s.; VON TUHR/ESCHER, p. 106 s.; KOLLER Alfred, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, in: AJP 1992, p. 1483 ss. En droit français, voir la critique détaillée de FABRE-MAGNAN, no 279 ss, quant à la distinction traditionnelle entre les obligations précontractuelles et les obligations contractuelles de renseignement, à laquelle elle préfère une distinction originale entre les obligations d'information ayant une incidence sur le consentement du cocontractant et celles qui ont une incidence sur l'exécution d'un contrat (distinction fonctionnelle et non chronologique). En droit suisse, ABEGGLEN, Bankgeschäft, p. 131 ss, vient également de développer une thèse selon laquelle il conviendrait d'abandonner la distinction classique faite par la doctrine et la jurisprudence entre devoirs d'information précontractuels et contractuels, pour retenir un devoir d'information uniforme dont l'existence, l'objet et l'étendue ne seraient pas modifiés par la conclusion du contrat. Ce même auteur avance au surplus une autre thèse au sujet des fondements dogmatiques des devoirs d'information, p. 141 ss, en soutenant qu'il n'y a pas de raisons de les rattacher à une base contractuelle mais bien plutôt à un rapport de confiance, de telle sorte que leur violation entraînerait une responsabilité spéciale, la "*Vertrauenshaftung*". Sur cette nouvelle source de responsabilité en droit suisse, récemment consacrée par la jurisprudence, cf. *infra* note 1540.

883 *Supra* no 305.

884 WETTSTEIN, p. 95 ss (pour les systèmes de banque à domicile); BILLOTTE-TONGUE, no 107. En droit allemand: REISER, Zahlungsverkehrsnetze, p. 1403 s. Pour le devoir d'information des banques dans le contexte de la circulation des chèques et des risques de fraude qu'ils représentent, voir les brefs développements du Tribunal fédéral in ATF 122 III 26, 33.

pour prévenir les risques. Les clients devraient donc pouvoir obtenir des informations écrites sur le fonctionnement, sur les conditions d'utilisation des systèmes, sur les risques d'accès non autorisé par un tiers ou de mauvais fonctionnement et sur les mesures de sécurité à prendre, en mettant notamment en évidence le rôle important des codes secrets (NIP).

311. Dans le cadre de l'exécution du contrat, les obligations ne devraient pas être beaucoup plus lourdes. En l'absence de "*Transparenzgebot*", le manque de transparence sur les divers éléments de coûts, dates de valeur y compris, ne sera pas sanctionné. En outre, si les banques doivent exécuter les paiements dans un délai correspondant à ce que l'on attend d'une "*bonne et fidèle exécution du mandat*" (art. 398 al. 2 CO), on ne voit pas par exemple ce qui pourrait les obliger à informer de manière très précise leurs clients desdits délais.

En revanche, elles devront régulièrement faire parvenir des avis de débit et crédit ou tout au moins des extraits de compte périodiques, afin que chaque client puisse être correctement informé des opérations effectuées sur son compte[885]. De même, elles devraient informer immédiatement et obtenir des renseignements précis du client en cas de problème lié à l'exécution d'un ordre de paiement (données insuffisantes ou erreurs apparentes quant au nom ou numéro de compte du bénéficiaire, quant au montant à virer, quant à la date d'exécution, etc.)[886]. Pourraient également entrer dans ses obligations accessoires d'information dans le cadre de l'exécution du contrat, une information générale sur certains coûts, particulièrement s'ils sont notablement

---

885 BILLOTTE-TONGUE, no 106. En vertu de l'obligation de rendre compte de la gestion effectuée, prévue à l'art. 400 al. 1 CO.

886 ABEGGLEN, Bankgeschäft, p. 16. De telles obligations de notification en cas de données insuffisantes ou erronées sont prévues par la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (cf. art. 8 para. 4 et 5, art. 9 para. 2, art. 10 para. 2 à 4; BØJER, p. 225). Le fait de ne pas effectuer les vérifications nécessaires est une négligence qui peut engager la responsabilité contractuelle de la banque. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé dans un arrêt du 12.1.1996 (D 1996, Jurisprudence, p. 507 s., avec note de VRAY Henri) qu'une banque a commis une faute à défaut d'avoir pris contact avec son client pour s'assurer de la validité d'un ordre de virement, alors que son attention aurait dû être attirée par le caractère international dudit virement pour un client de longue date n'ayant aucune activité hors frontière. Voir aussi le jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles du 13.1.1992, in: RDC 1993, p. 980 ss (commentaire BUYLE J.-P. / THUNIS X.). ABEGGLEN, Bankgeschäft, p. 16 ss, ajoute que le droit suisse ne connaît en revanche aucun devoir général d'information quant à l'opportunité ("*Zweckmässigkeit*") d'un ordre de paiement (cf. aussi en droit allemand VORTMANN, Banken, no 216 ss). Parmi les très rares exceptions à ce principe, on relève notamment un jugement du Tribunal de commerce argovien de 1975 qui a imposé à une banque un devoir d'information sur les risques d'un virement dès lors qu'elle pouvait se rendre compte d'après les circonstances que l'ordre donné n'était pas opportun (RSJ 1976, p. 380 ss, notamment 382 s.; cf. aussi ABEGGLEN, Bankgeschäft, p. 191 s.).

plus élevés que pour des paiements nationaux[887], des renseignements plus spécifiques en cas de procédures complexes (systèmes électroniques par exemple)[888] ou en présence de circonstances particulières (longs délais de paiement, changement de conditions d'utilisation, etc.). Nous ne pensons pas en revanche que l'on puisse attendre une information détaillée, avant un paiement, sur la répartition des frais entre les parties et donc sur un problème comme le "*double charging*".

312. Les tribunaux n'ont en tout cas pas eu encore à se prononcer sur ces questions et il est probable que des réponses très diverses seraient apportées, si tel devait être le cas, quant au degré de transparence à respecter par les institutions financières, tant il est difficile de cerner avec précision quelles peuvent être des obligations d'information pour un certain mode de paiement, sur la base uniquement d'un droit contractuel général centenaire. Force est dès lors de constater que le droit des obligations traditionnel ne permet pas d'assurer une information adéquate des consommateurs en matière de paiements transfrontières et qu'il n'apporte donc pas de solutions aux imperfections de la législation spécifique de droit public relative à l'information des consommateurs.

IV. Les recommandations de la Commission fédérale de la consommation

313. Dans ses recommandations de février 1986 sur "*La monnaie de plastique*", la Commission fédérale de la consommation a consacré un chapitre à la transparence, dans lequel elle insistait notamment sur les différences entre le paiement sans espèces et le règlement avec de l'argent liquide, quant aux possibilités de contrôle de la situation financière de chaque client. Elle recommandait ainsi que le consommateur ait la possibilité de contrôler l'état de son compte avant et après une opération de paiement électronique au point de vente et que les limites d'utilisation fixées par les émetteurs soient communiquées aux titulaires de cartes[889]. Mis à part des questions spécifiques liées à l'indication des prix et à la tarification des services[890], aucune autre exigence en matière d'information du consommateur, en particulier pour des paiements transfrontières, n'était indiquée. Quoi qu'il en soit, ces recommandations, non contraignantes, n'ont à notre connaissance pas été suivies d'effets.

---

887 Par analogie avec l'ATF 119 II 456, dans lequel le Tribunal fédéral a reconnu un devoir d'information du médecin (mandataire au même titre que le banquier) en matière économique (frais de traitement non couverts par une assurance).

888 Cf. BILLOTTE-TONGUE, no 107.

889 Commission fédérale de la consommation [Suisse], monnaie, p. 115.

890 Commission fédérale de la consommation [Suisse], monnaie, p. 117 s.

314. Dans son rapport de janvier 1990 consacré à "*La politique suisse de rapprochement avec la CE dans l'optique des consommateurs*", la Commission fédérale de la consommation a accordé plus de place à la question de la transparence du marché et de l'information des consommateurs dans le domaine des services financiers, pour constater que ni le droit suisse ni le droit communautaire ne garantissent un niveau de protection suffisant, en particulier pour les formes de paiement sans espèces, où les coûts restent très variables et sont généralement peu transparents. Elle a ainsi recommandé que l'on ne se contente pas "*d'une telle euro-compatibilité à un «degré zéro»*", invitant le Conseil fédéral à déclarer applicable l'ordonnance sur l'indication des prix aux prestations de services bancaires et à soumettre ceux-ci à l'obligation de déclaration prévue dans la LIC[891]. Là encore, ces recommandations non obligatoires n'ont pas été appliquées.

315. Plus récemment, dans le cadre de travaux sur la transparence, la Commission fédérale de la consommation a adressé le 29.3.1995 une recommandation spécifique au Conseil fédéral pour qu'il adopte une ordonnance énumérant les services devant être soumis à déclaration au sens de la LIC. Parmi ces services figurent notamment les services bancaires et plus particulièrement le trafic des paiements, y compris transfrontière. Cette recommandation a été examinée dans le cadre d'un groupe de travail de la Confédération et l'on ne sait pas pour l'heure quelle suite sera éventuellement donnée par le gouvernement[892].

V. Les recommandations de la Commission des cartels et leurs effets sur les conventions bancaires

316. Dans son important rapport de 1989, intitulé "*Les effets de portée nationale d'accords entre banques*", la Commission suisse des cartels[893] a critiqué, sous l'angle du droit de la concurrence[894], certaines pratiques des banques reposant sur des conventions de l'Association suisse des banquiers (ASB). La Commission réfute l'argument selon lequel les conventions permettent que les opérations bancaires soient réalisées en toute clarté, que le client n'ait plus à faire de difficiles comparaisons entre les différentes offres mais

---

891 Commission fédérale de la consommation [Suisse], politique, p. 22 ss.

892 Références complètes *supra* note 840.

893 Aujourd'hui "*Commission de la concurrence*" dans la nouvelle loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) du 6.10.1995 (RO 1996 546), entrée en vigueur (pour les dispositions principales) le 1.7.1996.

894 Ancienne loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (LCart) du 20.12.1985.

bénéficie au contraire d'une meilleure transparence par l'uniformisation de certaines conditions. Elle considère au contraire que la transparence créée par les conventions profite plus aux banques signataires qu'à la clientèle. Celle-ci n'est en réalité renseignée que sur les paramètres de la concurrence fixés de façon cartellaire et ne peut opérer son choix d'après des principes économiques, la transparence prônée par les banques ne devenant alors, sous l'angle de la politique de la concurrence, qu'un "*produit secondaire indésirable de l'entente cartellaire*"[895]. Favorable à une information objective et aussi complète que possible des clients sur les prestations, les prix et les conditions des banques, la Commission des cartels conteste tout particulièrement la fixation de tarifs uniformes, dans un domaine où le prix est un des seuls critères intéressants de comparaison, la qualité des différents services restant elle difficile à établir[896].

Nous n'entrerons pas dans les particularités juridiques de ces questions d'entraves à la concurrence, mais nous relevons qu'en relation avec la question de la transparence du marché et en jugeant que plusieurs conventions bancaires de portée nationale étaient contraires à la loi suisse sur les cartels, la Commission a fait un certain nombre de recommandations qui peuvent toucher également aux paiements transfrontières[897].

---

895 Commission des cartels [Suisse], p. 127, 174 s.

896 Commission des cartels [Suisse], p. 175 s.

897 S'agissant de la "*convention VII concernant les frais et la valeur dans le trafic des paiements et les paiements au comptant*", la Commission a - curieusement - admis la fixation uniforme de certains frais à facturer aux clients, mais elle n'en a pas moins constaté que la réglementation uniforme des dates de valeur faisait prendre un certain retard à la Suisse par rapport à d'autres places financières et qu'elle n'était pas compatible avec la loi sur les cartels. A l'instar de la pratique allemande dénoncée dans l'arrêt phare du Bundesgerichtshof sur le "*Transparenzgebot*" (*supra* no 283), les banques suisses recouraient en effet aux valeurs échelonnées, en débitant immédiatement les sorties de fonds mais en retardant d'un jour ouvrable les versements en faveur des clients. La Commission des cartels recommanda donc à l'Association suisse des banquiers d'adapter les prescriptions s'appliquant à la valeur, de telle manière qu'il soit possible d'éviter des pertes de valeur partout où cela serait possible (p. 135 s. et 189 s. du rapport).
Pour la "*convention XV concernant la production, la distribution et l'utilisation de la carte eurochèque*", la Commission des cartels a considéré que la fixation uniforme des conditions générales et du prix de la carte constituait une entrave notable à la concurrence, qui pouvait cependant être justifiée, en particulier parce que le recours à des conditions uniformisées pour les utilisateurs est en principe logique, le prix restant modéré et représentant une contribution à la couverture des coûts pour l'organisation eurochèque, cette dernière permettant elle d'améliorer les possibilités d'utilisation de la carte par la clientèle (p. 143 ss et 195 s.). En revanche, elle critiqua les conditions de responsabilité fixées dans la convention et recommanda que la formulation d'une des dispositions soit modifiée pour être plus équilibrée. Cette question, qui touche au problème de l'équité des clauses contractuelles et non à celui de la transparence des clauses, sera abordée ultérieurement. Il en sera de même des recommandations de la Commission des cartels au sujet des Conditions Générales uniformes proposées par l'ASB (p. 149 ss et 199 ss du rapport). Cf. *infra* no 649 et 665.
La Commission s'en est pris encore aux différents "*tarif d'encaissement*" des effets de commerce et en particulier des chèques, prétendument destinés à assurer un traitement

317. Ces recommandations ont dans un premier temps suscité d'importantes réactions de la part des banques suisses et notamment de l'Association suisse des banquiers, qui a critiqué l'enquête de la Commission des cartels dans un ouvrage également publié en 1989[898]. De toutes les recommandations, dont plusieurs ne concernent pas le trafic des paiements, certaines ont malgré tout été acceptées, d'autres ne l'ont été qu'après décision du Département fédéral de l'économie publique confirmant la position de la Commission des cartels. Par la suite, d'autres conventions de l'ASB ont même été abrogées sans recommandations particulières[899].

---

uniforme de la clientèle, la couverture des coûts, la rationalisation des opérations et la transparence, car les clients n'avaient plus aucune possibilité de choix au niveau des prix. Elle recommanda donc de biffer, dans ces tarifs d'encaissement, les taux contraignants qu'avaient à acquitter les clients pour les frais et de modifier les prescriptions relatives aux dates de valeur dans le sens de la recommandation mentionnée précédemment pour la convention VII (p. 148 et 198 s.).
En revanche, la Commission estima que la "*convention VI concernant les conditions valables pour les paiements en espèces, les prestations dans le trafic touristique, l'émission de lettres de crédit et les envois d'espèces par poste*", qui fixait un tarif uniforme pour les taux des commissions de certaines opérations de base dans le trafic des paiements, opérations dont l'importance diminue toutefois aujourd'hui avec le développement de la monnaie plastique et des chèques, constituait une entrave notable à la concurrence malgré tout admissible sous l'angle de la loi sur les cartels au regard du principe de la proportionnalité (p. 135 et 188 s.).
De même, elle a considéré que la "*convention XIV concernant la production, la distribution et l'utilisation des chèques uniformisés suisses*", convention de nature purement technique qui visait à rationaliser les opérations, en particulier dans le cadre de la participation au système eurochèque européen, n'entraînait pas d'entrave à la concurrence (p. 141 ss et 195).

898 Banken im Wettbewerb / Les banques et la concurrence (cf. in bibliographie; voir aussi ASB, Rapport 1989/90, p. 67 ss). Les conventions contribueraient grandement à la qualité, à la stabilité et à la sécurité de la place financière suisse (p. 121). En matière de transparence, il serait hautement rationnel et dans l'intérêt de la clientèle d'introduire des réglementations uniformes (p. 126 s.). Le critère de prix ne serait qu'illusion: si les marchandises peuvent être aisément comparées, il n'en est pas de même des prestations de services qui présentent des critères de qualité fort complexes, la concurrence en matière de services bancaires porte ainsi bien plus sur la qualité que sur les prix et il n'est donc pas approprié de procéder à des comparaisons de prix (p. 127 s.). En conclusion, l'ASB estimait que les recommandations de la Commission des cartels visant à abolir certaines conventions n'auraient fait que réduire la transparence du marché, ce qui aurait désavantagé les petits clients (p. 127, 135). Une telle argumentation est pour le moins discutable sur le plan économique.

899 Cf. notamment ASB, Rapport 1990/91, p. 69 ss, Rapport 1991/92, p. 65 ss, Rapport 1992/93, p. 67 ss; Rapport annuel 1989 de la Commission des cartels, in: Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix, 1a 1990, p. 44 s.; Rapport annuel 1990 de la Commission des cartels, in: Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix, 1a 1991, p. 32; Rapport annuel 1991 de la Commission des cartels, in: Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix, 1a 1992, p. 46 s.; ATF 117 Ib 481 et RSDA 1992, p. 196 ss, avec note de THOMANN Felix H.; THÉVENOZ, banquier, p. 41.

Dans l'optique des paiements, l'ASB a notamment admis de retirer la recommandation faite à ses membres de conformer leurs conditions générales à son modèle de CG[900], la convention VI (concernant les conditions valables pour les paiements en espèces, les prestations dans le trafic touristique, l'émission de lettres de crédit et les envois d'espèces par poste) n'est plus en vigueur depuis le 1.1.1991, il en est de même de la convention VII (concernant les frais et la valeur dans le trafic des paiements et les paiements au comptant) depuis le 1.1.1992 et des tarifs d'encaissement depuis le 1.1.1993. Quant aux conventions XIV (concernant la production, la distribution et l'utilisation des chèques uniformisés suisses) et XV (concernant la production, la distribution et l'utilisation de la carte eurochèque), elles ont dans un premier temps été modifiées en 1990[901], pour être ensuite totalement abrogées en 1995[902].

318. C'est dire, s'agissant des paiements transfrontières, que plus aucune convention d'ordre cartellaire est susceptible de s'appliquer. Selon les propres termes de l'Association suisse des banquiers, "*le trafic des paiements est totalement libéralisé. Il appartient donc à chaque établissement de fixer ses propres tarifs*"[903]. Théoriquement, si les banques suisses sont désormais libres de gérer leurs services de paiement comme elles l'entendent, elles restent malgré tout soumises en pratique à des règles uniformes s'agissant de certains systèmes[904].

---

900 ASB, banques, p. 141 s., 148. Par circulaire no 857D du 6.7.1989, l'ASB, non sans critiquer le fondement et le contenu des recommandations de la Commission des cartels, a ainsi déclaré caduque la phrase de sa circulaire no 180D du 19.1.1966 par laquelle elle recommandait aux banques membres de soumettre à un examen les conditions générales en vigueur dans leurs établissements et de les adapter, au moins dans leur esprit, au modèle proposé par l'ASB (THÉVENOZ/ZULAUF, BF 97/45-1c). Voir aussi *infra* no 636.

901 La convention XV modifiée, entrée en vigueur le 1.11.1990, prévoyait par exemple que "*Les frais liés à l'octroi de la carte ec aux clients sont fixés par la banque émettrice de la carte. Les clients doivent être informés des frais de manière appropriée*" (art. 4).

902 ASB, Rapport 1994/95, p. 76, et Rapport 1995/96, p. 72 s.

903 ASB, Rapport 1992/93, p. 76.

904 Tous les moyens de paiement eurochèques (cartes, chèques) sont par exemple aujourd'hui sous la responsabilité de Europay (Switzerland) SA, qui détient depuis le 1.1.1995 l'ensemble des droits d'utilisation et d'exploitation de toutes ces marques "eurochèques" sur le territoire de la Suisse et de la Principauté de Liechtenstein. Dès le 31.12.1995, les conventions XIV et XV de l'ASB concernant la production, la distribution et l'utilisation des chèques uniformisés suisses et de la carte eurochèque ont en fait été remplacées par une "*Convention de licence concernant l'utilisation des marques «eurochèque»*" (THÉVENOZ/ZULAUF, BF 95/59-1; ASB, Rapport 1994/95, p. 76, et Rapport 1995/96, p. 72 s.). Toute banque souhaitant offrir de tels moyens de paiement à sa clientèle doit être partie à cette licence de marque avec Europay (Switzerland) SA, ainsi qu'à des contrats connexes plus spécifiques définissant les règles à respecter pour les différents services: "*Contrat concernant les prestations de services ec-Direct*" avec Europay (Switzerland) SA (règlement d'achats de marchandises et de prestations de services avec la carte ec) (THÉVENOZ/ZULAUF, BF 95/59-2) (aux termes de l'art. 7.1 par exemple, "*La banque s'engage à convenir avec ses clients désirant participer au système ec-Direct des «Conditions (uniformes) d'utilisation de la carte ec» y compris le règlement des dommages*", ces Conditions uniformes faisant partie intégrante du contrat selon l'art. 9;

Quant à la renonciation aux dates de valeur, l'ASB annonçait en 1989 qu'une telle mesure provoquerait l'introduction de taxes pour supporter les coûts réels du trafic des paiements (principe de causalité)[905]. En pratique, il semblerait que la très large majorité des banques aient donné suite à l'abolition des accords cartellaires en appliquant des dates de valeur déterminant le moment de la rémunération des fonds qui coïncident avec les dates d'enregistrement comptable déterminant la disponibilité desdits fonds, mais, effectivement, au prix de frais plus élevés[906]. Pour la clientèle, la transparence sur l'ensemble des frais s'en est vue apparemment améliorée, puisque de nombreuses banques en ont profité pour adopter des tarifs assez détaillés, publiés dans des brochures et autres supports d'information, de tels renseignements plus clairs sur les services offerts et leur prix devant permettre de meilleurs comparaisons entre les prestations des différentes banques.

319. Des études ont toutefois montré que la transparence du marché est encore loin d'être parfaite, au vu notamment des difficultés de comparaison entre des désignations différentes pour des produits semblables[907]. Il ressort en tout cas de la "jungle" des divers frais que la tendance est de favoriser l'utilisation de l'"*electronic banking*" et que les diffférentes formes de paiement transfrontière impliquent des coûts relativement importants, coûts qui, même s'ils sont indiqués aujourd'hui un peu plus clairement dans les tarifs des diverses banques, ne comprennent pas les éventuels frais complémentaires de banques correspondantes à l'étranger.

VI. L'autorégulation

320. L'Association suisse des banquiers (ASB) est membre associé de la Fédération Bancaire de la Communauté européenne (elle-même membre des Associations européennes du secteur du crédit). L'ASB participe aux travaux de la Fédération et est notamment représentée dans son Comité "Systèmes de paiement" et dans son Groupe directeur des systèmes de paiement[908].

---

voir *infra* no 637); "*Contrat concernant les prestations de services ec-Bancomat*" avec Telekurs SA (retraits au comptant au moyen de la carte ec); "*Contrat concernant les prestations de services «chèques uniformisés»*" avec Telekurs SA (traitement des chèques uniformisés).

905 ASB, banques, p. 135, 177 s.

906 GIOVANOLI, Geldbegriff, p. 102 note 62, avec références; Journal de Genève, 31.1.1995.

907 Voir par exemple l'étude de la Fédération romande des consommateurs (FRC), Tarifs bancaires: de la transparence, svp!, in: J'achète mieux, no 203, juin 1992, p. 4 ss., qui prône l'adoption d'une déclaration des services uniforme, au sens de la LIC, c'est-à-dire sur la base de négociations entre les organisations de consommateurs et les branches économiques concernées, pour aboutir à une terminologie claire et précise.

908 ASB, Rapport 1991/92, p. 106, et Rapport 1992/93, p. 115.

321. En conséquence, l'ASB a adopté le 30.9.1992 une circulaire no 1041 D adressée aux directions des banques suisses membres de l'association et relative à l'information de la clientèle sur les transactions transfrontalières. L'ASB y résume les travaux entrepris en la matière au niveau communautaire, indique qu'elle a approuvé les Lignes directrices du secteur bancaire européen pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers et qu'elle recommande à ses membres de les appliquer.

Par ailleurs, sur le plan national, l'ASB a participé à l'élaboration, par un groupe de travail du secteur bancaire, d'une notice modèle répertoriant les services de paiement à distance transfrontalier existants et devant permettre aux banques d'établir un document d'information destiné à la clientèle, conformément aux exigences de transparence mentionnées dans les Lignes directrices européennes. L'ASB a ensuite adressé cette notice aux directions des banques suisses membres de l'association par circulaire no 1050 D du 27.11.1992[909].

322. Nous ne savons pas quelle suite a été donnée à ces circulaires non contraignantes et ne concernant que les banques membres de l'ASB (la poste et des émetteurs non bancaires ne sont donc pas visés). Aucune étude n'a été menée à notre connaissance pour vérifier le respect des recommandations de transparence par les banques destinataires. L'expérience a pourtant montré à l'échelle communautaire que les banques membres des Associations européennes du secteur du crédit n'ont pas appliqué les Lignes directrices comme il l'aurait fallu, Lignes directrices qui pour le surplus ne prévoient pas un niveau de transparence suffisant, en particulier par rapport à la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers[910].

Pour les moyens de paiement transfrontière face-à-face, la situation est encore moins satisfaisante puisqu'il n'existe pas à ce jour, à notre connaissance, de mesures d'autorégulation en Suisse, alors que la Communauté européenne vient de renforcer de son côté la transparence pour de tels paiements avec la recommandation 97/489/CE[911].

---

909 ASB, Rapport 1992/93, p. 113.

910 *Supra* note 409.

911 Si l'on compare par exemple les conditions pratiquées dans un Etat communautaire comme l'Allemagne et en Suisse s'agissant de la carte eurochèque (ec), on constate des différences importantes au niveau de l'information. En Allemagne, les conditions ec des banques font clairement état de la possibilité d'utiliser la carte pour des retraits ou des achats (paiement électronique) à l'étranger. Une disposition traite même spécifiquement des questions de change pour de telles opérations transfrontières (art. II.4 "*Umrechnung von Fremdwährungsbeträgen*": (...) "*Die Umrechnung von Fremdwährungsbeträgen wird im Inland von der Stelle vorgenommen, die den Vorgang vom Ausland zur weiteren Bearbeitung erhält. Dabei legt sie den Devisenbriefkurs des dem Eingang vorangegangenen Börsentages zugrunde. Die Bank gibt dem Kontoinhaber mit dem Kontoauszug den Eingangstag und den Umrechnungskurs bekannt*"). Le client est ainsi

F. Bilan

323. Au vu des thèses dégagées, notamment à la lumière de certains exemples de droit comparé, quelle appréciation peut-on faire du droit européen et du droit suisse *de lege lata*?

I. Le droit européen

324. Le bilan que l'on peut tirer aujourd'hui du droit de l'Union européenne, et ce constat est globalement transposable au droit de l'Espace économique européen, est que les dispositions applicables aux paiements transfrontières sont disparates et de valeur inégale.

325. Après l'échec de la recommandation 90/109, l'information sur les virements transfrontières est désormais réglementée par une directive du Conseil, qui, mis à part quelques lacunes que nous avons mises en évidence, est dans l'ensemble assez satisfaisante. Ce texte va certainement apporter des progrès considérables dans la transparence du marché par rapport à la situation actuelle, pour autant bien sûr que les Etats membres qui auront à transposer la directive contrôlent vraiment le respect des obligations d'information et sanctionnent leur violation. Cela étant, la directive ne concerne que les virements et les autres modes possibles de paiement transfrontière (débit direct, carte, chèque, etc.) continueront par conséquent de ne pas être soumis à des obligations contraignantes de transparence.

326. Une autre directive, horizontale, aurait il est vrai pu contribuer à améliorer l'information contractuelle de manière plus générale: la directive concernant les clauses abusives, qui devait être transposée dans les Etats membres jusqu'au 31.12.1994. Nous avons vu toutefois que les exigences qu'elle contient quant à la clarté et au caractère compréhensible des clauses ne sont pas aussi efficaces qu'une règle comme le "*Transparenzgebot*" allemand, en ce sens qu'au contraire de cette dernière elles ne prévoient pas expressément que

---

correctement informé, dans le contrat, des conditions de change qui lui seront appliquées (voir aussi, pour un autre exemple, le Contrat porteur "CB" - version 6 - des banques françaises, in: Comité consultatif [France], Rapport 1993-1994, p. 147 ss, notamment art. 7). Rien de tel n'existe en Suisse: les conditions d'utilisation de la carte ec ne contiennent pas de dispositions particulières pour les opérations à l'étranger (alors que de telles opérations sont tout à fait courantes: en 1995, les titulaires de cartes ec des banques suisses ont effectué à l'étranger, dans 25 pays, 2.23 millions de retraits d'argent, pour un total de 478.2 millions de francs; ASB, Rapport 1995/96, p. 75) et il n'y a donc pas de transparence contractuelle directe sur des éléments aussi importants que le taux de change (les questions de frais et de taux de change sont en réalité traitées de manière plus globale par chaque établissement bancaire, selon sa politique commerciale, mais sans que la transparence n'en soit vraiment améliorée pour autant).

la non-transparence d'une clause devrait pouvoir, à elle seule, être un motif de nullité. Une très grande liberté est donc laissée aux Etats membres par cette directive minimale pour assurer une information positive sur les conditions du contrat et adopter les sanctions adéquates, de sorte qu'un manque d'harmonisation pourrait à nouveau se faire sentir à terme si les solutions législatives ou jurisprudentielles nationales se révèlent par trop divergentes.

327. En ce qui concerne les paiements face-à-face, les recommandations 87/598 et 88/590 ont été décevantes sous l'angle de l'information des titulaires, ce d'autant plus qu'il s'agit de textes non contraignants qui n'ont pas (recommandation 87/598) ou peu (recommandation 88/590) été appliqués en pratique. On attendait donc beaucoup de la révision de la recommandation 88/590, mais l'adoption de la recommandation 97/489 qui en a résulté n'est pas à la hauteur de ces attentes. Elle apporte certes des améliorations, s'agissant notamment de la transparence des nouveaux moyens de paiement en monnaie électronique, mais elle crée aussi de nouvelles controverses (disponibilité des conditions contractuelles avant l'exécution du contrat, information sur les frais) et ne comble en tout cas pas toutes les lacunes, en particulier parce que l'on ne sait pas si la crainte de l'adoption d'une directive sera suffisante pour que la recommandation soit correctement appliquée par les professionnels et les Etats membres.

328. Force est donc de constater que l'harmonisation européenne des règles applicables aux paiements transfrontières n'est pas optimale. On ne peut s'empêcher de relever par exemple certaines différences - injustifiées - existant entre la directive 97/5 et la recommandation 97/489 s'agissant des principes de base d'une transparence efficace. La directive prévoit ainsi la mise à disposition d'informations aux clients potentiels tandis que la recommandation ne prévoit la remise des conditions qu'à partir de la signature du contrat[912]. La recommandation exige une description des caractéristiques du moyen de paiement et des obligations des parties, tel n'est pas le cas de la directive[913]. La directive s'en tient aux modalités de calcul des frais, alors que la recommandation parle de "types" de frais et de "nature" des commissions[914]. Si le droit communautaire ne prévoit pas de critères uniformes pour tous les moyens de paiement lorsque cela est possible, les consommateurs ne seront pas en mesure de comparer les services offerts, notamment au niveau des coûts[915], et ne pourront donc pas faire jouer la concurrence de manière efficace. Lorsque l'on sait par ailleurs qu'un virement transfrontière effectué depuis un système de banque à domicile tombe en principe sous le coup de la directive 97/5 et de la

912 *Supra* no 240 et 252.
913 *Supra* no 240 et 253.
914 *Supra* no 240 et 254.
915 GOUBAND, no 323.

recommandation 97/489[916], tant les consommateurs que les institutions financières rencontreront inévitablement des difficultés quant aux normes applicables pour chaque problème particulier. Ces quelques exemples, non exhaustifs, montrent que si la recommandation 97/489 devait être transformée à terme en directive, un effort de coordination entre les textes communautaires ne serait pas inutile.

329. En l'état, en l'absence d'une harmonisation suffisante, certaines pratiques peu transparentes, réglementées çà et là par des législations nationales disparates, pourront bien souvent persister, au détriment d'un fonctionnement efficace du marché intérieur. Il faudra dans chaque cas examiner si les quelques dispositions nationales existantes sont susceptibles d'entraver le commerce entre Etats membres et, dans l'affirmative, si elles sont admissibles sous l'angle du droit communautaire à la lumière des "tests" d'intérêt général[917]. Partant de ce constat, il semble souhaitable *de lege ferenda* que l'Union européenne se dote d'un cadre juridique plus complet en matière de transparence, sur la base de l'art. 129 A du traité CE.

330. A l'instar des intéressantes réglementations nationales espagnole et italienne[918], on peut se demander si la Communauté ne devrait pas adopter une réglementation sur l'information des consommateurs dans le domaine des services financiers en général, au lieu de se limiter aux seuls problèmes de certains services tels que les paiements transfrontières[919]. En effet, les règles relatives à la transparence des conditions de banque, notamment au niveau des coûts, étant encore souvent insuffisantes, voire inexistantes au niveau national, une harmonisation au niveau communautaire permettrait par conséquent de remédier à ces lacunes et d'éviter certaines distorsions entre Etats membres[920]. Cela favoriserait le fonctionnement du marché intérieur et permettrait d'assurer une meilleure protection des consommateurs, en permettant aux clients désireux de profiter des liberté de circulation de retrouver un niveau égal de transparence des prestations de services financiers dans toute la Communauté, cette réglementation devant pouvoir être étendue également à l'Espace économique européen.

---

916 Cf. *supra* no 146.

917 Selon l'expression de la Commission: *supra* no 87.

918 *Supra* no 274 et 275.

919 Dans le même sens: DEJEMEPPE, p. 31; ainsi que les recommandations de: Consumers in Europe Group, and Jeremy MITCHELL of the International Consumer Policy Bureau, Response to the Commission Green Paper: Financial Services: Meeting Consumers' Expectations, in: JCP 1997, p. 379 ss, 390, "*The Commission should develop a systematic strategy to cover the information requirements in financial services directives, based on research into consumers' actual information needs*". Si l'on suit GOUBAND, no 322 s., c'est en tout cas l'ensemble des moyens de paiement qui devrait être encadré par une directive.

920 NIELSEN, p. 254.

En optant pour une harmonisation horizontale, pour une transparence globale des services financiers, à tout le moins pour les moyens de paiement pris dans leur ensemble, au lieu d'adopter petit à petit de nouveaux textes réglementaires sectoriels (virements transfrontaliers, paiements électroniques), le détail des informations à fournir pour certains services pourrait cas échéant être laissé à l'autoréglementation pour tenir compte des intérêts des institutions financières. Cette démarche paraît plus judicieuse que la politique de la Commission, encore réitérée dans sa communication postérieure au livre vert sur les services financiers[921], consistant à chercher d'abord des solutions dans les seules améliorations volontaires (codes de conduite et autres recommandations), pour constater ensuite généralement que ces améliorations sont insuffisantes et adopter finalement des textes contraignants, avec un retard certain par rapport au moment où les problèmes à régler sont apparus et les conséquences négatives qui en découlent pour la protection des consommateurs.

II. Le droit suisse

331. La voie de l'autoréglementation bancaire mise à part, il n'existe actuellement en droit suisse aucune règle permettant d'améliorer la transparence des paiements transfrontières. L'application de la loi sur l'information des consommateurs aux prestations de services bancaires n'a pas été décidée par l'autorité compétente. Aucune obligation légale n'est faite aux institutions financières d'indiquer leurs tarifs à la clientèle. Quant au code des obligations, il ne permet pas de combler ces lacunes puisqu'il n'oblige pas systématiquement un professionnel à donner des informations sur les caractéristiques essentielles de ses services. Les exigences quant à la transparence des clauses contractuelles se limitent au strict minimum, la jurisprudence suisse n'ayant pas posé des conditions aussi sévères que les tribunaux allemands.

332. Seules les recommandations de la Commission des cartels de 1989 et un certain renforcement général de la concurrence au sein du monde bancaire ont permis, dans un premier temps, une certaine amélioration de la transparence par le biais de l'abrogation de conventions bancaires anticoncurrentielles, en particulier quant aux frais et dates de valeur uniformes dans le trafic des paiements. Puis, avec l'adoption en 1992 de circulaires spécifiques de l'ASB, la transparence des paiements transfrontières a théoriquement pu être directement améliorée dans une mesure conforme aux Lignes directrices du secteur bancaire européen par la voie de l'autorégulation, mais nous ne connaissons pas l'efficacité de celle-ci (*quid* du respect par les banques membres de l'ASB? *Quid* des institutions financières non-membres de l'ASB, les services financiers postaux par exemple?). En outre, les Lignes directrices en question se sont de

921 *Supra* no 228. Tant pour les services de paiement que pour l'information en général.

toute façon révélées insuffisantes au niveau européen et elles seront à terme remplacées dans les Etats membres de l'Union par des textes législatifs transposant la directive sur les virements transfrontières.

333. *De lege lata*, force est dès lors de constater que la situation suisse est critiquable, tant par rapport au droit communautaire qu'à d'autres droits nationaux. En raison du refus de la Suisse d'adhérer à l'Espace économique européen, il n'y a pour l'heure aucune obligation de reprise de l'acquis communautaire. Il n'en reste pas moins que dans la perspective d'un possible futur élan d'intégration européenne, il serait tout à fait judicieux d'adapter le droit suisse à une certaine eurocompatibilité, ce que tente d'ailleurs de faire le Conseil fédéral à l'instar des lois proposées puis adoptées dans le cadre du programme Swisslex, notamment en matière de protection des consommateurs[922]. En outre, il nous semble que les banques suisses, particulièrement actives sur le marché européen, auraient un certain intérêt, dans une optique de concurrence, à suivre l'évolution du processus réglementaire entamé au niveau communautaire et à se conformer dans la mesure du possible à des instruments tels que la directive sur les virements transfrontières[923] ou la recommandation 97/489 sur les paiements électroniques.

334. Mis à part les initiatives qui pourraient ainsi spontanément être prises par les professionnels, il nous paraît important d'améliorer également le droit positif suisse sous l'angle de l'information du consommateur de services financiers, d'une manière plus générale que la seule problématique des paiements transfrontières, soit avec une approche plus horizontale que verticale. Plutôt que d'imaginer une modification, forcément délicate, de la partie générale d'un Code des obligations déjà séculaire, plutôt que d'attendre d'hypothétiques développements jurisprudentiels, la voie la plus conforme à l'art. 31 *sexies* al. 1 Cst. et à nos traditions juridiques pour améliorer l'information sur les caractéristiques essentielles des services devrait être de mieux solliciter la loi sur l'information des consommateurs.

La LIC contient déjà, *de lege lata*, la base légale nécessaire pour une déclaration sur les services bancaires, la seule condition manquante étant que ceux-ci soient désignés par le Conseil fédéral. Malgré les critiques que nous avons formulées à l'égard de la LIC, le recours à une telle loi existante aurait l'avantage d'éviter, au moins dans un premier temps, l'adoption d'un nouveau texte, et la déclaration en cause pourrait être négociée entre les milieux bancaires

---

922 Adoption de nouvelles lois, en principe eurocompatibles, relatives notamment à la responsabilité du fait des produits, au crédit à la consommation et aux voyages à forfait.

923 A titre de comparaison, en 1992, l'ASB recommandait par exemple à ses membres d'appliquer les Lignes directrices du secteur bancaire européen, cela quelle que soit l'issue du vote populaire du 6 décembre de la même année relatif à l'accord sur l'Espace économique européen.

et les organisations de consommateurs. Le fait que le détail des informations à fournir, notamment en matière de paiements transfrontières, pourrait ainsi découler de conventions de droit privé et donc reposer sur un certain consensus, devrait favoriser un certain respect des mesures décidées.

335. Une autre innovation législative pourrait bien sûr être la soumission des institutions financières à une obligation d'information sur leurs tarifs, conformément à l'art. 10 de l'ordonnance sur l'indication des prix. Une telle mesure, incontestablement interventionniste, aurait cependant le désavantage de ne résoudre qu'une partie du problème, le besoin d'information de l'utilisateur de services financiers tels que les paiements transfrontières allant au-delà de la seule question des coûts. La voie de la négociation prévue par la LIC nous paraît plus souple et plus susceptible de tenir compte de l'ensemble des problèmes à régler.

336. Il est vrai que si la LIC n'a pas été efficacement utilisée depuis son adoption, faute notamment pour les organisations de consommateurs d'avoir les structures et les moyens financiers nécessaires, il n'est pas certain qu'un processus efficace de négociation entre partenaires puisse se développer à l'avenir, surtout si l'on se heurte à une opposition de principe des professionnels. Dans ces circonstances, une solution théoriquement envisageable pourrait être l'adoption d'une législation spécifique sur la transparence des opérations bancaires, à l'instar de ce que connaît par exemple l'Italie. Un résultat comparable ne pourrait être atteint par la voie d'un code de conduite que s'il était appliqué par toutes les institutions financières.

337. Dans la perspective plus générale de la transparence des clauses contractuelles, il nous semble que le droit des obligations suisse devrait être complété par un principe tel que celui du "*Transparenzgebot*" développé par la jurisprudence allemande. Aucune norme légale ne permettant *de lege lata* un tel développement, l'adoption d'une législation spécifique sur les condition générales ou clauses abusives serait nécessaire[924]. Comme nous allons le voir, un tel instrument, s'il est important dans une optique de transparence, apparaît au surplus indispensable aujourd'hui pour favoriser une certaine équité de la relation contractuelle entre les institutions financières et leurs clients.

---

924 Rappelons en effet que la jurisprudence allemande a développé le principe du "*Transparenzgebot*" sur la base de l'art. 9 de la loi réglementant le droit des conditions générales des contrats.

Chapitre 5: La relation contractuelle entre une institution financière et son client

338. Les relations contractuelles entre les parties concernées par un paiement transfrontière reposent aujourd'hui essentiellement sur des contrats prérédigés par les institutions financières, qui contiennent de nombreuses clauses de conditions générales que les consommateurs sont amenés à signer, souvent sans connaître la véritable portée de leur engagement. Pour assurer un fonctionnement efficace et une sécurité juridique optimale des paiements transfrontières, pour éviter que les règles établies unilatéralement par les institutions financières ne soient inéquitables, il est important que des normes harmonisées soient développées au sein d'un espace financier européen homogène. Comme chaque droit national a ses propres particularités et comme les règles contractuelles appliquées par les professionnels sont souvent divergentes, une opération de paiement transfrontière peut pour l'heure poser des problèmes juridiques délicats, notamment en cas de conflits de lois[925].

339. Notre démarche visera donc essentiellement à rechercher les possibilités d'harmonisation en fonction des principaux problèmes posés à l'utilisateur de services de paiement transfrontière, dans l'optique d'éviter des distorsions de concurrence résultant du degré plus ou moins contraignant des réglementations nationales et que de telles disparités ne compliquent par trop le règlement des litiges transfrontières. Les problèmes posés aux consommateurs ont principalement trait à l'allocation des risques dans les cas où un paiement est mal effectué (retard, perte, double prélèvement des frais notamment) ou lorsqu'un tiers procède sans droit à une opération au détriment d'un client, avec les problèmes de preuve qui peuvent en découler, ainsi qu'à la question de la révocabilité des paiements[926].

Nous montrerons les limites que le droit civil classique présente pour remédier à ces problèmes. A l'instar du travail du juge appelé à faire acte de législateur lorsqu'il se trouve confronté à des lacunes, il s'agira parfois de proposer des solutions juridiques nouvelles, inspirées d'expériences de droit

925 Voir à ce sujet le sixième chapitre consacré au droit international privé, *infra* no 711 ss.

926 Nous n'étudierons pas en revanche d'autres thèmes qui ont une portée beaucoup plus générale et qui ne sont pas spécifiques aux paiements transfrontières, tels que les règles relatives à la conclusion du contrat, à la modification des clauses contractuelles et à la résiliation du contrat. Pour une analyse critique de toutes ces questions sous l'angle de la recommandation 88/590/CEE, voir FAVRE-BULLE, paiement, p. 110 ss. Sur la modification des conditions dans la nouvelle recommandation 97/489/CE, cf. art. 7 para. 1.

comparé, notamment législatives et jurisprudentielles, et des enseignements de la doctrine. Des compromis doivent être trouvés pour les divergences qui peuvent exister entre les intérêts des professionnels et des consommateurs, entre l'analyse économique et le droit positif, entre des règles nationales de droit des obligations séculaires et des nouvelles théories développées pour tenir compte des risques représentés par l'évolution de la technologie des paiements, en particulier lorsque l'on est confronté à la dématérialisation des opérations effectuées de manière électronique. Nous constaterons ainsi qu'un cadre normatif doit être créé, avec des critères objectifs, loyaux et efficaces, pour que les paiements transfrontières puissent être effectués sans obstacles en Europe et que chaque juge national saisi d'un litige puisse appliquer des règles autant que possible uniformes, qui contribueront à rétablir une certaine équité contractuelle pour tous les utilisateurs.

Sur la base des modèles théoriques qui auront été développés, nous examinerons ensuite les efforts d'harmonisation déjà menés au niveau communautaire, tant pour les paiements face-à-face que pour les paiements à distance, ainsi qu'à l'échelle internationale (loi modèle de la CNUDCI), pour voir notamment dans quelle mesure ces initiatives peuvent répondre de façon satisfaisante aux attentes du consommateur de services financiers. Nous procéderons enfin à l'analyse du droit suisse et des règles contractuelles pratiquées par les institutions financières helvétiques, ce qui, dans une optique d'eurocompatibilité, montrera notamment qu'un certain nombre d'ajustements devraient être opérés.

Avant cependant de parler de mauvaise exécution ou de fraude, et avant de se pencher sur des réglementations verticales définissant quelles règles doivent être respectées pour l'utilisation de tel ou tel moyen de paiement, il convient de s'arrêter dans un premier temps sur la problématique de base, à savoir la question de l'équité des clauses contractuelles en général et le rôle que peut jouer dans l'optique des paiements transfrontières une législation horizontale destinée à lutter contre les clauses abusives.

A. La question de fond: l'équité des clauses contractuelles

340. On trouve parfois dans les textes régissant les systèmes de paiement quelques exigences de principe au sujet des clauses contractuelles. Ainsi, la recommandation communautaire 88/590 prévoit par exemple que les clauses établies par les émetteurs doivent être "*complètes et loyales*"[927]. Le "*Banking*

927 Art. 3.1. Pour l'interprétation à donner à cette disposition, cf. GÉRARD/SVENDSEN, p. 51; NICOLAS, recommandation, p. 69; FAVRE-BULLE, paiement, p. 119. Comparer

Code" britannique prévoit lui que les termes et conditions "*will be fair in substance*"[928]. Dans la loi danoise consolidée relative aux cartes de paiement etc., on trouve une disposition enjoignant le Médiateur des consommateurs (Ombudsman) de s'efforcer, en principe par la voie de négociations, de modifier toute situation dans laquelle les conditions commerciales d'un émetteur seraient unilatéralement en faveur des seuls intérêts d'une partie (telle précisément que l'émetteur)[929].

Ces règles sont certes à saluer puisqu'elles visent à assurer une équité générale des clauses des contrats d'adhésion, mais leur portée pratique reste sujette à caution. On sait en effet que les recommandations de la Commission européenne et les différents codes de conduite des professionnels sont dépourvus d'effet juridique contraignant. Par conséquent, il est tout à fait loisible aux institutions financières de s'écarter de ces règles de conduite toutes générales et d'adopter des clauses contractuelles inéquitables. Dans de telles hypothèses, et s'il n'existe aucune norme impérative régissant spécifiquement le domaine en question, seul le recours à une législation horizontale - destinée à combattre les clauses abusives d'une manière générale et non uniquement dans un domaine donné - permettra de mettre un frein à certaines pratiques contractuelles[930].

I. La directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives

341. Au niveau communautaire, le domaine des clauses abusives a toujours été au centre de la politique de protection des intérêts économiques des

---

avec l'art. 1 du code de bonne conduite des Associations européennes du secteur du crédit concernant les systèmes de paiement par cartes (les clauses "*veilleront à maintenir un équilibre adéquat entre les intérêts des parties concernées*") et l'art. 2.2 du code de conduite du Comité du commerce et de la distribution concernant les systèmes de paiement (relations porteurs - émetteurs de cartes privatives) (les émetteurs devront fournir "*un aperçu loyal et complet*" des conditions contractuelles) (sur ces codes de conduite, cf. *supra* no 132).

928 Art. 2.6. Sur les recommandations initiales du Review Committee on Banking Services ("*Jack Committee*", cf. *supra* no 64), voir le rapport de l'OCDE, information, p. 43.

929 Art. 12 a al. 2. Même en l'absence de toute contrainte légale, cette voie de la négociation a également été utilisée dans d'autres Etats, aux Pays- Bas et en France notamment, les conditions générales des services bancaires étant établies sur la base des résultats de consultations entre banques et organisations de consommateurs. Cf. OCDE, information, p. 42 s. Voir aussi *supra* no 66.

930 Sur la différence entre l'approche positive d'une réglementation spéciale, qui vise à ce que les conditions générales utilisées dans un domaine donné aient un contenu particulier, et l'approche négative d'une législation générale, où l'on cherche uniquement à éliminer des clauses inéquitables, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 122.

consommateurs[931]. Il fallut pourtant attendre le 5 avril 1993 pour que soit adoptée une directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[932]. Cette directive a pour objet le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur[933]. Il s'agit cependant d'une harmonisation minimale: les Etats membres gardent le droit d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes "*pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur*"[934].

342. Le champ d'application personnel est relativement limité puisqu'il ne vise que les relations entre une personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle publique ou privée (le professionnel) et une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle (définition étroite du consommateur[935])[936]. Quant au champ d'application matériel, il a été restreint par rapport aux propositions de la Commission[937]. La directive ne vise en effet aujourd'hui que les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle[938], alors qu'il avait été initialement prévu que toute clause abusive d'un contrat, quelle qu'elle soit, devait tomber sous le coup du texte communautaire[939].

343. En ce qui concerne les critères de contrôle, il a été retenu conformément à la position commune du Conseil qu'une clause serait considérée comme abusive

---

931 Voir les références citées in FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 164 note 147.

932 Cf. aussi *supra* no 230 ss. La doctrine y relative est innombrable, ce d'autant plus si l'on tient compte des publications traitant également des spécificités de transposition dans tel ou tel droit national. On ne peut donc citer ici toutes les références scientifiques relatives à la directive. Le lecteur pourra notamment se reporter à la bibliographie très complète (trois pages!) de STAUDER, Klauseln, p. 12 ss. Voir aussi récemment, dans la perspective du droit bancaire et de la protection des consommateurs, MATUSCHE, p. 63 ss. Sur la genèse de la directive (proposition du 24.7.1990, proposition modifiée du 5.3.1992, position commune du Conseil, proposition réexaminée de la Commission, amendements du Parlement européen, avis du Comité économique et social, etc.), cf. FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 164 ss; REICH, Verbraucherrecht, no 156a ss.

933 Art. 1 para. 1.

934 Art. 8.

935 Cf. *supra* no 16 et note 22.

936 Art. 2. Voir notamment les critiques de HONDIUS, directive, p. 594 s.; CHAMBRAUD/THIRY, p. 7; KIENDL, p. 199; (déjà au stade de la proposition de directive: BRANDNER/ULMER, p. 702 s.; PAISANT, no 6; European Consumer Law Group [ECLG], clauses abusives, no 14). Pour une analyse de droit comparé: GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, p. 11 ss.

937 Voir les commentaires de TENREIRO, clauses abusives, p. 2; TROCHU, p. 317; ECKERT, Richtlinie, p. 1072; GOZZO, p. 128 ss.

938 Art. 3 para. 1.

939 Cela aurait constitué une innovation importante puisque certaines lois nationales, comme l'AGB-Gesetz allemande par exemple, ne s'appliquaient qu'aux seules conditions générales, rédigées à l'avance. Pour d'autres éléments de droit comparé: GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, p. 17 ss.

"*lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat*"[940]. Il s'agit là d'une simplification sujette à caution par rapport aux propositions de la Commission, qui avait imaginé des critères de contrôle plus larges, sous forme de deux conditions alternatives[941]. Le principe d'un contrôle basé sur des critères alternatifs paraît préférable si l'on veut toucher un grand nombre de situations tout en laissant une certaine marge de manoeuvre au juge saisi du litige[942].

En fait, si la directive européenne ne contient qu'un seul critère de contrôle dans le corps même de son texte, critère qui s'attache à la seule notion de l'équilibre contractuel, on peut tout de même soutenir qu'il existe une référence au droit dispositif comme modèle de cet équilibre. L'annexe prévoit en effet que les clauses qui ont pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie peuvent être considérées comme abusives (mais cela est toutefois limité aux cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations

---

940 Art. 3 para. 1. Sur le rôle de la bonne foi dans la directive communautaire, cf. TENREIRO, Unfair Terms, p. 274 ss; FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 165 ss; STAUDER, Klauseln, p. 28 s.

941 Une clause non négociée aurait été considérée comme abusive dans les cas de déséquilibre significatif - notion reprise par le Conseil -, mais également lorsqu'elle "*engendre une exécution du contrat significativement différente de celle à laquelle le consommateur pouvait légitimement s'attendre*" (art. 3 para. 1 de la proposition modifiée de directive du 5 mars 1992, repris dans la proposition réexaminée du 26 janvier 1993). La proposition de directive initiale du 24 juillet 1990 était elle plus critiquable puisqu'elle ne contenait pas moins de quatre critères de contrôle différents (art. 2 ch. 1) dont le flou tenait plus à "*un laborieux patchwork*" qu'à "*une vigoureuse et claire synthèse*" des droits nationaux européens: PAISANT, no 3.

942 Ainsi, en droit allemand par exemple, le principe général selon lequel les conditions générales ne doivent pas désavantager l'autre partie de manière inappropriée (§ 9 al. 1 AGB-Gesetz) est affiné par le § 9 al. 2 qui prévoit que: "*Dans le doute, il convient de présumer qu'un tel préjudice anormal existe, dès lors qu'une disposition:*
1. n'est pas compatible avec des principes fondamentaux de la réglementation légale, à laquelle elle déroge, ou
2. restreint à un tel point des droits ou obligations essentiels relevant de la nature même du contrat, qu'il semble compromis que la finalité du contrat puisse être atteinte".
Le juge doit ainsi examiner les conditions générales à la lumière des normes dispositives de la loi, qui servent de modèle. Lorsqu'on ne peut se référer au droit dispositif, en particulier pour les contrats innommés, c'est l'ampleur de la restriction des droits et obligations essentiels découlant de la nature du contrat ("*Kardinalpflichten*") qui devra être mesurée pour juger si une clause est admissible (STAUDER, législation allemande, p. 25 s.). Le même système a d'ailleurs été repris en droit suisse avec l'art. 8 LCD, qui contient deux critères matériels de contrôle alternatifs: "*Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales (...) qui:*
a. Dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou
b. Prévoient une répartition des droits et obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat" (cf. *infra* no 621).

contractuelles)[943]. Il aurait été préférable, pour plus de cohérence juridique, que ce critère ne se trouve pas dans l'annexe de la directive - annexe dont le statut est en outre critiquable[944] - mais bien dans la norme générale relative au contrôle du contenu des clauses contractuelles.

344. Lors de litiges individuels, les sanctions prévues sont que les clauses abusives ne lieront pas les consommateurs[945]. Mais il existe également un mécanisme collectif de lutte contre les dispositions contractuelles inéquitables: les Etats membres doivent en effet veiller à ce qu'existent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de clauses abusives, ce qui comprend en particulier le contrôle judiciaire ou administratif abstrait consécutif à une action collective d'une organisation de consommateurs[946].

345. Pour guider le juge dans sa tâche de contrôle, la directive contient en annexe, à l'instar de nombreuses législations nationales, une liste de clauses abusives. Cette liste n'est cependant qu'"*une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives*", point qui a été très discuté en doctrine[947]. Quant à son contenu, on y trouve la panoplie bien connue des clauses généralement reconnues comme abusives dans beaucoup d'ordres juridiques, notamment dans le domaine des exonérations de responsabilité, des limitations de droits légaux (garanties, compensation, opposabilité des exceptions en cas de cession, accès à la justice et règles de procédure, etc.), ou encore en matière de prorogation, de modification et de résiliation des contrats, certaines exceptions étant toutefois prévues pour les services financiers.

---

943 Cf. art. 1 lit. b de l'annexe; critique *infra* no 353. Sur l'importance de cette disposition dans l'optique de la lutte contre les clauses contractuelles qui s'écartent trop du droit supplétif, cf. TENREIRO, consommateurs, no 12 s.

944 Cf. *infra* no 353.

945 Art. 6 para. 1. Analyse (notamment) par TENREIRO, Unfair Terms, p. 280 ss; WOLF, in: WOLF/HORN/ LINDACHER, Art. 6 RiLi no 1 ss; GRAF VON WESTPHALEN, p. 166.

946 Art. 7.

947 Art. 3 para. 3. Cf. TENREIRO, clauses abusives, p. 2 s.; STAUDER, Klauseln, p. 30 s.; TROCHU, p. 318; WOLF, in: WOLF/HORN/LINDACHER, Art. 3 RiLi no 31 s.; BUESO GUILLEN, p. 321 s. Dans la première proposition de directive, la nature juridique de cette liste n'était pas précisée. Par la suite, la Commission a indiqué dans sa proposition modifiée que la liste serait non exhaustive et qu'il s'agirait d'une liste noire de clauses devant toujours être considérées comme abusives (on considère généralement qu'une liste dite "*noire*" est constituée de clauses absolument interdites, dans toutes circonstances, alors qu'une liste dite "*grise*" contient, elle, des clauses qui sont présumées abusives mais qui peuvent être admises dans certaines circonstances. Cf. GHESTIN/MARCHESSAUX-VAN MELLE, p. 46 s.). Le Conseil n'a cependant pas accepté ce caractère contraignant et a précisé dans sa position commune que l'annexe ne serait qu'"*une liste indicative des clauses qui peuvent être déclarées abusives*". La Commission a ensuite reprécisé la valeur juridique de l'annexe, en adoptant le principe d'une liste grise ("*clauses présumées abusives*"), soit plus que la simple liste indicative de la position commune du Conseil mais moins que la liste noire contraignante proposée de son côté par le Parlement européen. C'est cependant la version du Conseil qui l'a finalement emporté.

346. Les Etats membres devaient prendre les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard pour le 31 décembre 1994, les mesures de transposition devant s'appliquer à tous les contrats conclus après cette date[948]. Les mesures prises ont été plus ou moins importantes selon les Etats et les législations qui existaient déjà en matière de clauses abusives; la transposition est aussi parfois intervenue avec beaucoup de retard[949]. Certaines règles nationales continuent d'aller plus loin que ce qu'exige la directive communautaire, mais celle-ci a au moins le mérite de créer un corps minimum d'harmonisation en Europe, au sein de l'Union européenne et aussi au niveau de l'Espace économique européen[950]. La Commission devra encore examiner si tous les Etats membres ont correctement transposé la directive.

II. Application aux paiements transfrontières

347. Une distinction peut être faite selon le type de paiement. D'aucuns ont souligné que dans le domaine des virements transfrontières, la directive "clauses abusives" (93/13) ne jouera qu'un rôle résiduel après l'adoption de la directive "virements" (97/5)[951]. Ce constat est en partie exact. Il va de soi que le fait de réglementer un certain nombre de points dans un domaine donné empêchera les institutions financières d'utiliser des clauses contractuelles divergentes et que le recours à une législation horizontale destinée à combattre les clauses abusives ne sera plus nécessaire pour la partie réglementée.

348. Cela étant, la directive 97/5 ne vise que certains aspects contractuels et la directive 93/13 conservera donc son intérêt pour les volets non réglementés: clauses contractuelles défavorables aux consommateurs en matière de dates de valeur, clauses d'adaptation de tarif permettant aux établissements de modifier unilatéralement des frais convenus, clauses sur la répartition du fardeau de la preuve en cas d'opérations non autorisées, etc. En outre, tous les autres modes de paiement transfrontière que les virements, qui ne font l'objet d'aucune réglementation européenne (débit direct, chèques) ou qui sont visés par des recommandations non contraignantes (cartes, banque à domicile, paiements cybernétiques, porte-monnaie électroniques) auxquelles les professionnels peuvent déroger par des clauses de conditions générales, sont concernés par la directive 93/13. De façon générale et quel que soit le moyen de paiement, de

---

948 Art. 10 para. 1. Sur cette transposition dans quelques Etats membres, voir REICH, Verbraucherrecht, no 156r.

949 Voir par exemple les modifications de l'AGB-Gesetz en Allemagne (citées *supra* no 286 et note 807), qui datent seulement de juillet 1996.

950 Sur la reprise de la directive 93/13 au niveau de l'Espace économique européen, voir l'annexe 17 de la décision no 7/94 du Comité mixte de l'EEE in JOCE L 160 du 28.6.1994, p. 142.

951 HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 195.

nombreuses clauses contractuelles resteront donc soumises au seul droit des clauses abusives dans les secteurs non harmonisés au niveau communautaire.

Le recours à des législations horizontales destinées à lutter contre les clauses abusives est utile dans de telles conditions, pour garantir un certain équilibre des contrats conclus avec les titulaires de moyens de paiement. Ainsi, en Allemagne par exemple, où il n'existe pas de normes impératives spécifiques dans le domaine des paiements grand public, les tribunaux ont déjà recouru abondamment à la loi sur les conditions générales de 1976 pour annuler des clauses contractuelles inéquitables, notamment pour ce qui est de la répartition des risques entre banque et client[952].

349. Dans la perspective d'un espace financier européen des paiements transfrontières, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs est-elle dès lors un instrument juridique de première importance? On ne peut répondre que de façon nuancée. Certes, la mise en place de mécanismes de contrôle concret et abstrait (mis en oeuvre notamment par des actions collectives d'organisations de consommateurs), contrôle basé sur des critères matériels expressément définis, ne peut servir qu'à l'assainissement du marché, où les clauses contractuelles inéquitables devraient devenir moins fréquentes, également dans le domaine des systèmes de paiement. Il n'en reste pas moins que la directive communautaire s'avère beaucoup moins protectrice des consommateurs que le prévoyaient les propositions de la Commission[953] et qu'elle recèle certaines faiblesses, sur lesquelles il convient de s'arrêter.

350. Tout d'abord, la définition étroite du "*consommateur*" à l'art. 2 lit. b[954] pourrait éventuellement poser problème dans les cas où les moyens de paiement transfrontières sont utilisés par des petites et moyennes entreprises, constituées sous la forme de personnes morales, mais nécessitant malgré tout une certaine protection contre les clauses inéquitables au vu de leur position de faiblesse vis-à-vis des institutions financières cocontractantes, ou lors d'opérations en rapport direct ou indirect avec une profession (par exemple: petit commerçant équipé d'un terminal de banque à domicile qu'il utiliserait parfois pour le règlement de dettes à caractère commercial; les cartes de crédit d'entreprise; etc.)[955]. Cela n'empêche cependant pas les Etats membres d'adopter ou de maintenir des règles basées sur une définition plus large du consommateur, tant qu'elles ne constituent pas des obstacles aux échanges prohibés par les dispositions du traité

952 Voir les différents exemples cités en notes dans la suite de ce chapitre.
953 Voir la sévère critique de HUET, clauses abusives, no 1.
954 Cf. *supra* no 342.
955 Voir nos développements sur le champ d'application personnel des mesures protectrices à adopter en matière de paiements transfrontières, *supra* no 16.

CE, en particulier en tant qu'entraves à la libre circulation des marchandises (art. 30 ss) ou la libre prestation de services (art. 59 ss)[956].

351. Le fait que la directive ne vise que les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle ne devrait en revanche pas poser trop de problèmes pour les contrats portant sur des moyens de paiement transfrontière, domaine privilégié des relations de masse standardisées, "forfaitisées", ne laissant pas de place à la négociation.

352. Au niveau des critères de contrôle, la qualification juridique à donner à un contrat portant sur des moyens de paiement transfrontière à un rôle à jouer. Si l'on avait affaire à un contrat nommé classique, de type mandat, l'on pourrait se référer à des droits et obligations de base et définir sans trop de difficultés la limite d'un déséquilibre inacceptable entre le droit dispositif et le régime dérogatoire défini dans la clause contractuelle incriminée. En revanche, si l'on est confronté à un contrat innommé, que les droits et obligations des parties sont plus définis par les clauses de conditions générales elles-mêmes que par le droit civil classique, comment apprécier le caractère abusif d'une clause si celui-ci est défini, comme à l'art. 3 para. 1 de la directive, en fonction du déséquilibre significatif créé entre les droits et obligations des parties découlant du contrat[957]? C'est tout le problème des services financiers modernes: il est difficile de voir d'emblée un déséquilibre dans des clauses contractuelles qui définissent elles-mêmes les droits et obligations des cocontractants, droits et obligations qui devraient servir de référence pour apprécier ledit déséquilibre! Cette contradiction a été très bien mise en évidence par STAUDER, qui relève que les conditions générales des banques ne peuvent pas servir de référence au contrôle puisqu'elles font en même temps l'objet de ce contrôle; "*L'autorité compétente*

---

956 Comparer avec HUET, clauses abusives, no 2, qui se réfert à tort au caractère d'harmonisation minimale de la directive. Si cette dernière notion permet en effet aux Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus protectrices des consommateurs, cela se situe toujours dans le champ d'application de la directive où le consommateur est défini comme "*toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionelle*" (art. 2 lit. b). Si les législations nationales s'écartent de ce champ d'application, pour prévoir par exemple que les personnes morales peuvent à certaines conditions êtres assimilées à des consommateurs, on ne se trouve plus alors dans le domaine régi par la directive 93/13/CEE, l'art. 8 sur l'harmonisation minimale est donc irrelevant et ce sont les dispositions générales du traité CE auxquelles il faut se référer directement. Cette interprétation est confirmée par l'arrêt Di Pinto de la Cour européenne de justice (arrêt du 14.3.1991, affaire C-361/89, Procédure pénale c. Patrice Di Pinto, in: Rec. 1991, p. I-1189 ss, attendus no 21 ss); comme le relève ALLIX, contrats à distance, p. 100, "*On peut conclure de cet arrêt qu'un Etat membre peut, s'il le souhaite, et en respectant les règles du Traité, étendre à d'autres catégories de personnes certaines mesures de protection des consommateurs prévues par un texte communautaire*".

957 Cf. STAUDER, Klauseln, p. 27.

doit alors elle-même, modo legislatoris, établir les critères de contrôle avant de les appliquer aux clauses contractuelles"[958].

Ce problème est en outre accentué par l'art. 4 para. 2 de la directive, qui prévoit que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne peut porter sur la définition de l'objet principal du contrat. Si l'objet du contrat est défini par les seules conditions générales, ce qui est le cas pour les paiements transfrontières, cela signifie-t-il que les clauses contractuelles échappent à tout contrôle? Une interprétation restrictive doit être donnée à cette notion et seules la ou les clauses portant sur la définition du service contracté au sens étroit doivent être soustraites à un contrôle. Tel ne serait donc pas le cas par exemple d'une exonération de responsabilité, directe ou indirecte, dans le cadre du service fourni[959]. Reste que pour une telle exonération se pose toujours la question du droit de référence permettant d'apprécier un éventuel déséquilibre. Si l'on a affaire à un mode de paiement classique sur support papier, que l'exonération de responsabilité se réfère à la notion traditionnelle de faute pour défaut de diligence du banquier dans le contrôle d'un ordre, on pourra toujours se référer au droit dispositif, aux règles classiques de la responsabilité du mandataire. En revanche, pour des moyens de paiement transfrontière modernes recourant à l'électronique et donc à la déshumanisation des opérations, il est beaucoup plus difficile de trouver un droit de référence pour définir un déséquilibre contractuel - comment apprécier par exemple une exonération de responsabilité d'une banque pour les défauts de fonctionnement d'un ordinateur ou en cas d'utilisation frauduleuse du code d'identification personnel d'un client[960] - ? C'est la raison pour laquelle l'autorité chargée du contrôle devra définir elle-même les critères à appliquer aux clauses contractuelles, cas échéant par analogie avec certaines règle du droit des obligations traditionnel.

353. En l'absence de critères de contrôle suffisamment précis pour s'appliquer facilement à des contrats tels que ceux relatifs aux paiements transfrontières, la critique principale que l'on peut adresser à la directive 93/13 est l'absence d'une véritable liste noire et/ou grise détaillant clairement les clauses considérées comme abusives[961]. Certes, l'annexe de la directive contient une liste de clauses qui peuvent être déclarées abusives, mais il ne s'agit finalement que d'une liste indicative, le Conseil n'ayant pas voulu de liste contraignante[962]. La portée, même exemplative, de cette liste restera donc bien mince[963]. En outre, le

958 STAUDER, services bancaires, p. 138.

959 Comparer avec STAUDER, services bancaires, p. 139, qui prend l'exemple d'un virement bancaire.

960 Sur ces particularités juridiques des moyens électroniques de paiement, cf. *infra* no 375 ss et 456 ss.

961 Sur l'importance d'une liste de clauses abusives comme système mixte avec la norme générale de contrôle, cf. GHESTIN-MARCHESSAUX-VAN MELLE, p. 53.

962 Cf. *supra* no 345.

963 Cf. toutefois TENREIRO, clauses abusives, p. 3.

contenu de la liste est discutable. Si l'on s'arrête sur les quelques dispositions susceptibles de s'appliquer au domaine des paiements transfrontières, on constate que les conséquences juridiques restent souvent floues ou de peu d'importance.

Ainsi, une clause ayant pour objet ou pour effet "*d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles (...)*" est qualifiée d'abusive[964], mais l'on ne sait pas exactement quelles hypothèses peuvent tomber sous le coup de cette disposition. Que signifient par exemple les termes "*de façon inappropriée*"[965]? Une exonération de responsabilité pour faute légère resterait-elle par exemple admissible, seules les exonérations en cas de faute grave étant visées? Dans l'optique des paiements, ces critères devraient être plus précis[966].

Est en revanche plus satisfaisante la disposition qualifiant d'abusive la clause ayant pour objet ou pour effet "*de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment (...) en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat*"[967]. On sait en effet que dans ce domaine, certaines clauses de contrats portant sur des moyens de paiement peuvent s'avérer inéquitables, notamment pour ce qui est des opérations électroniques (le journal informatique des transactions effectuées est reconnu comme le seul moyen de preuve admissible, le consommateur a la charge de preuves non prévues par le droit civil, etc.)[968]. Une telle disposition, dont les cas d'application semblent plus clairs et concrets que pour l'art. 1 lit. b de l'annexe, pourrait donc avoir une certaine portée[969],

---

964 Art. 1 lit. b de l'annexe. Voir la critique de HUET, clauses abusives, no 3, quant au "*caractère extrêmement vague*" de cette disposition.

965 Voir notamment en doctrine: SCHMID J., Klauselkatalog, p. 61; WOLF, in: WOLF/HORN/ LINDACHER, Anh RiLi no 26.

966 Se pose dès lors la question de savoir si, pour les litiges touchant aux moyens de paiement tombant sous le coup des recommandations de la Commission (en particulier 88/590 - 97/489), les juges nationaux ne devraient pas rechercher ce complément de précision à la directive 93/13 dans ces recommandations, par une explication extensive de la jurisprudence *Grimaldi* (cf. *supra* note 382).

967 Art. 1 lit. q de l'annexe.

968 En détail: THUNIS, automatisation, p. 231 ss. Cf. aussi *infra* note 1376.

969 Voir les remarques de HUET, clauses abusives, no 3, et preuve, p. 50.

bien que la référence au droit applicable puisse finalement conduire à des résultats fort divergents d'une affaire à l'autre[970] [971].

354. S'agissant enfin des moyens effectifs de lutte contre les clauses abusives, on peut s'interroger sur la portée des actions collectives des organisations de consommateurs rendues possibles par la directive, si de telles organisations ne bénéficient pas de moyens appropriés pour faire valoir leurs droits de manière transfrontière. Aux possibilités offertes aux institutions financières de proposer des services de paiements transfrontières devraient correspondre des droits des associations de défense des intérêts des clients de lutter contre des clauses contractuelles inéquitables au-delà de leur seul territoire national[972].

---

970 Voir nos développements *infra* no 529 dans le cadre du chapitre consacré plus spécifiquement aux problèmes de preuve.

971 D'autres dispositions de l'annexe de la directive peuvent encore être signalées, dans la mesure où elles concernent la modification, la prorogation et la résiliation des contrats et qu'elles souffrent en outre de nombreuses exceptions en matière de services financiers. Nous avons toutefois écarté de notre étude l'examen de tels problèmes généraux du droit des contrats pour nous focaliser sur des aspects plus spécifiques des paiements transfrontières (voir sur les questions de modification, de prorogation et de résiliation des contrats portant sur des moyens de paiement nos développements à l'occasion du projet de directive sur les clauses abusives, FAVRE-BULLE, paiement, p. 109 s. et 126 ss).
Premièrement, la directive considère comme abusive une clause autorisant le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave (art. 1 lit. g de l'annexe). Cette règle ne s'applique pas au fournisseur de services financiers si l'absence de préavis repose sur une raison valable et si le professionnel informe immédiatement la ou les autres parties contractantes (art. 2 lit. a de l'annexe).
Deuxièmement, est jugé abusif le fait de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence de manifestation de volonté contraire du consommateur dans les cas où une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur (art. 1 lit. h de l'annexe).
Troisièmement, est également abusive une clause qui autorise le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat (art. 1 lit. j de l'annexe), ou qui autorise le professionnel à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du service à fournir (art. 1 lit. k de l'annexe). Les fournisseurs de services financiers pourront en revanche se réserver le droit de modifier le taux d'intérêt dû par les consommateurs ou dû à ceux-ci, ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de raison valable, pour autant qu'ils en informent la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat (art. 2 lit. b de l'annexe, première phrase). De même, tout professionnel peut se réserver le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée pourvu que soit mis à sa charge le devoir d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que celui-ci soit libre de résilier le contrat (art. 2 lit. b de l'annexe, deuxième phrase). Voir notamment en doctrine: SCHMID J., Klauselkatalog, p. 73 ss.

972 Cf. European Consumer Law Group (ECLG), clauses abusives, no 5; CHAMBRAUD/THIRY, p. 9. Cette question de mise en oeuvre des droits sera examinée ultérieurement, dans le cadre du chapitre sur le règlement des litiges (*infra* no 786 ss), à la lumière notamment de la proposition de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

355. En conclusion, il nous semble que l'adoption de la directive 93/13/CEE doit être saluée en tant qu'elle permet de mettre à disposition des consommateurs et de leurs associations des moyens de s'opposer à certaines pratiques contractuelles abusives, mais son caractère trop général ne la destine cependant pas à être l'outil le plus adéquat pour régler tous les problèmes posés dans le domaine des paiements transfrontières. Pour faire face aux questions très spécifiques posées par ces derniers, seuls des instruments juridiques spécialement axés sur les moyens de paiement peuvent être d'une véritable efficacité, par une approche positive - en déterminant quel doit être le contenu des clauses - et non négative - en interdisant seulement certaines clauses -.

III. Un contrôle des frais est-il possible?

356. Si le principe d'une réglementation de certains droits et obligations dans le cadre général de l'exécution d'un contrat portant sur un service de paiement transfrontière est acceptable pour beaucoup et admissible dans le cadre du parachèvement du marché intérieur européen, le problème est tout autre s'agissant du coût du service lui-même. On imagine mal en effet, politiquement et juridiquement, une législation européenne définissant de manière contraignante l'ensemble des tarifs applicables aux paiements internationaux. Si les professionnels peuvent dès lors jouir d'une grande liberté en matière de prix, les seules véritables limites étant d'ordre cartellaire, qu'en est-il s'ils abusent de cette situation et fixent des frais ne correspondant absolument pas à la réalité du coût des paiements transfrontières? N'y a-t-il pas là place pour l'application d'une législation horizontale en matière de clauses abusives, permettant de sanctionner les seuls abus de prix, en l'absence d'une harmonisation des prix eux-mêmes? Des exemples tirés de la jurisprudence allemande récente sont édifiants à cet égard.

357. Le Landgericht (LG) de Hambourg a par exemple eu à examiner une clause de conditions générales d'une carte de crédit qui prévoyait une commission forfaitaire de change ("*Umrechnungsgebühr*") de 2,39% pour chaque opération effectuée avec la carte à l'étranger, ces frais venant s'ajouter à la cotisation annuelle et au taux de change pratiqué. Dans un jugement du 20 octobre 1995[973], ce tribunal a considéré qu'une telle clause était contraire à la loi allemande sur les conditions générales[974] dans la mesure où elle déroge aux principes fondamentaux de la réglementation légale et qu'elle désavantage de manière inappropriée le titulaire de la carte: sur la base des informations données

973 NJW 1996, 599 = WM 1995, 2062; WuB I D 5 a. - 2.96 (HAUN Norbert); VuR 1996, p. 52 s. et p. 83 ss (avec note du Verbraucherschutzverein Berlin e.V.); REDC 1996, p. 175 s. (JOHNEN Eva). Critiques par WAND, Auslandseinsatz, p. 289 ss; MEDER, Kreditkarten, p. 1849 ss.

974 § 9 AGBG.

quant au caractère international de la carte de crédit en question, un consommateur pouvait partir de l'idée que la cotisation annuelle couvrait toutes les utilisations de la carte à l'étranger; comment considérer sinon qu'une carte de crédit est internationale si tout usage transfrontière est pénalisé par des frais supplémentaires, comme s'il s'agissait d'un usage non conforme du moyen de paiement[975]? Un autre tribunal inférieur en Allemagne, le Amtsgericht (AG) de Francfort, avait d'ailleurs déjà rendu un jugement allant dans le même sens le 2 juillet 1993[976] et le Landgericht (LG) de Francfort a encore récemment rendu une décision le 20 mars 1997 annulant une clause de commission de change de 1%[977].

358. Ces décisions sont très intéressantes puisqu'elles concernent directement un moyen de paiement transfrontière (face-à-face). Le jugement de Hambourg a été confirmé en appel[978] et une procédure s'est alors engagée devant le Tribunal fédéral allemand sur recours de la banque[979].

Le jugement puis l'arrêt de Hambourg semblaient pourtant se situer dans la droite ligne d'une jurisprudence établie quelque temps auparavant par le Bundesgerichtshof lui-même, jurisprudence qui n'a pas trait à des aspects transfrontières mais simplement aux versements et aux retraits auprès de guichets bancaires. Dans un arrêt du 30 novembre 1993[980], le Tribunal fédéral allemand a jugé que des clauses de conditions générales fixant des frais pour de telles opérations aux guichets peuvent être examinées sous l'angle de l'AGBG et que, ce faisant, elles doivent être considérées comme nulles[981]. En substance, la

---

975 A noter qu'une autre partie de la clause a également été considérée comme abusive, mais cette fois-ci pour un manque de transparence, s'agissant du droit pour la banque de prévoir des frais pour d'autres prestations en rapport avec la carte.

976 WM 1993, 1548 = NJW-RR 1993, 1136; WuB I D 5. - 6.93 (critique par AHLERS Horst); EWiR §9 AGBG 4/94, p. 109 s. (HUFF Martin W.). Sur la différence d'état de fait entre les deux affaires (contenu des clauses contractuelles litigieuses), voir les remarques de WAND, Auslandseinsatz, p. 290.

977 VuR 1997, 314. Le 18.4.1996, le Amtsgericht (AG) de Francfort avait toutefois jugé en sens contraire que les frais litigieux de change et en cas de retrait d'espèces en matière de carte de crédit étaient admissibles sous l'angle de l'AGBG (WM 1996, 1177; WuB I D 5 a. - 1.97, GÖBEL Karin).

978 Hans. OLG Hambourg, 15.5.1996 (confirmation seulement pour la commission de change; l'autre partie de la clause relative aux frais d'autres prestations et mentionnée *supra* note 975 n'a pas été jugée en appel contraire au "*Transparenzgebot*"): WM 1996, 1173 = NJW 1996, 1902 = ZIP 1996, 1462; EWiR §9 AGBG 19/96, p. 913 s. (PFEIFFER Thomas); MEDER Stephan, Führt die Kreditkartennutzung im Ausland zu einer Fremdwährungsschuld gemäss § 244 BGB?, in: WM 1996, p. 2085 ss.

979 REDC 1996, p. 176 (JOHNEN Eva).

980 BGHZ 124, 254 = WM 1993, 2237 = NJW 1994, 318 = ZIP 1994, 21.

981 WITZ, p. 224 s. Critiques par FISCHER Reinfrid, WuB IV B. § 8 AGBG 1.94; GRAF VON WESTPHALEN Friedrich, Rechtsmässigkeit der Entgelte im Privatkundengeschäft der Banken, in: WM 1995, p. 1209 ss. Contra: HENSEN Horst-Diether, EWiR § 8 AGBG 1/94, p. 105 s.

Haute Cour allemande a considéré que les prestations liées à l'exécution de l'obligation contractuelle principale ou d'une obligation légale du professionnel ne peuvent donner lieu au prélèvement de frais accessoires particuliers. Dans les affaires des commissions de change précitées, les tribunaux de Hambourg et celui de Francfort ont jugé de même que la conversion de transactions en monnaie étrangère constitue une prestation accessoire nécessaire à l'exécution de la prestation contractuelle principale[982]. Partant, on est bien en présence de clauses accessoires au prix ("*Preisnebenabreden*"[983]) et non du prix de la prestation principale, qui ne peut pas être revu sous l'angle de l'AGBG (§ 8)[984].

359. L'organisation de consommateurs à l'origine des décisions de Hambourg - le Verbraucherschutzverein - ayant introduit des demandes similaires par devant d'autres tribunaux allemands, la doctrine ayant de son côté émis différents avis, la position de principe du Tribunal fédéral allemand était attendue avec impatience pour que l'illégalité des frais d'utilisation des cartes de crédit à l'étranger soit définitivement scellée ou infirmée[985].

---

982 Contra: MEDER, Kreditkarten, p. 1850 s.

983 "*d.h. Abreden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann*" par opposition aux "*AGB Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regeln*": BGHZ 124, 254, 256.

984 Dans un arrêt du 7.5.1996 (WM 1996, 1080 = ZIP 1996, 1079; WuB IV C. § 8 AGBG 2.96 [HORN Norbert]), le Bundesgerichtshof a confirmé sa jurisprudence du 30.11.1993 en jugeant que des clauses de prix particulières ("*Postenpreisklauseln*") contenues dans les conditions générales de contrats de giro bancaire et traitant aussi des versements et retraits aux guichets sont bien des "*Preisnebenabreden*" pouvant être contrôlées par le juge dans le cadre de l'AGBG (contra: CANARIS Claus-Wilhelm, Die Problematik der AGB-Kontrolle von Postenpreisen für Buchungsvorgänge auf Girokonten, in: WM 1996, p. 237 ss) (tel n'est pas le cas en revanche des clauses de prix relatives à l'utilisation des distributeurs automatiques de billets, car elles règlent la rémunération d'une prestation spéciale de l'établissement de crédit). Dans le cas d'espèce, la Cour fédérale a toutefois considéré que les clauses incriminées n'étaient pas abusives (en sens contraire de l'instance inférieure, OLG Naumburg, 3.8.1995: WM 1995, 1578; VuR 1996, 20; WuB IV C. § 8 AGBG 1.95 [ENGAU Herwigh]). Sur le contrôle judiciaire et le caractère inadmissible d'autres types de frais en matière de carte de crédit, par exemple des frais de découvert forfaitaires en cas de non-paiement dans le délai, cf. BGHZ 125, 343 (29.3.1994) = WM 1994, 832 = NJW 1994, 1532 = ZIP 1994, 690; JIBL 1994 (News Section), p. 161 s. (GOLTZ Hanno); EWiR § 9 AGBG 8/94, p. 523 s. (BÜLOW Peter). Sur le cas particulier (non transfrontière) des retraits d'espèces avec carte de crédit, voir les décisions discordantes de LG Heilbronn (8.6.1995: WM 1995, 1621; VuR 1996, 20; WuB I D 5 a. - 3.96 [HARBEKE Christof]) et LG Frankfurt (26.3.1991: NJW 1991, 2842 = ZIP 1991, 864 = WM 1991, 1667; EWiR §2 AGBG 1/91, p. 835 s. [REIFNER Udo]; WuB I D 5. - 1.92 [ETZKORN Jörg]).

985 Cf. REDC 1996, p. 176 (JOHNEN Eva); VuR 1996, p. 303. Pour une synthèse de la situation en droit allemand (et un avis opposé au contrôle des clauses d'"*Auslandseinsatzgebühr*"), cf. JOOST Detlev, Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: ZIP 1996, p. 1685 ss, 1691 ss. Voir également: HORN Norbert, Die richterliche Kontrolle von Entgeltklauseln

Cette décision est intervenue le 14 octobre 1997. Le Bundesgerichtshof a considéré que dans la mesure où le contrat de carte de crédit n'est pas directement réglementé par la loi, les émetteurs sont libres de définir les différentes prestations qu'ils offrent et la rémunération qu'ils en attendent. Celle-ci peut donc être un forfait annuel, des frais plus individualisés ou une combinaison des deux. Partant, une commission forfaitaire de change pour les opérations à l'étranger est tout à fait admissible et correspond au service principal fourni, sans en être un simple accessoire. La clause contractuelle y relative ne peut donc être revue sous l'angle de l'AGBG, en raison de l'application de l'art. 8 de cette loi; elle est au surplus parfaitement valable[986].

Nous ne pouvons commenter ici ce récent arrêt, qui résulte de la situation juridique en droit allemand. Il est toutefois regrettable que le sort des pratiques entravant les paiements transfrontières dépendent ainsi des seuls tribunaux nationaux et de droits de fond qui peuvent diverger d'un Etat à l'autre. Il n'est pas sûr en effet que des clauses de frais de change soient jugées dans d'autres Etats européens de la même manière qu'en Allemagne. Le droit communautaire et de l'EEE n'apportent en tout cas pour l'heure aucune réponse directe et spécifique à ces problèmes dans la mesure où il n'existe pas de réglementation contraignante de moyens de paiement face-à-face tels que les cartes de crédit. Reste donc à voir le rôle que pourrait jouer une législation horizontale plus large en matière de clauses contractuelles[987].

360. S'agissant de la directive 93/13/CEE, la règle est que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne peut porter sur "*l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part*"[988]. Cette expression peut claire signifie simplement que l'appréciation du caractère abusif ne doit pas porter sur des clauses décrivant le rapport qualité/prix de la prestation[989]. Mais, comme le relève STAUDER, si le prix lui-même ne peut à juste titre faire l'objet d'un contrôle, qu'en est-il par exemple de clauses qui déterminent les conditions de la formation du prix[990]? Un bon exemple à cet égard est représenté par les dates de valeur: elles peuvent

---

nach dem AGB-Gesetz am Beispiel der Kreditwirtschaft, in: WM Sonderbeilage Nr. 1/1997.

986 WM 1997, 2244 = NJW 1998, 383 = ZIP 1997, 2118.

987 Pour une autre approche des clauses de frais spéciales en cas d'utilisation de cartes de crédit à l'étranger, voir aussi l'analyse de HASSELBACH, Sonderentgelten, sous l'angle du principe de non-discrimination de l'art. 6 al. 1 du traité CE.

988 Art. 4 para. 2. La seule réserve étant que ces clauses doivent être rédigées de façon claire et compréhensible (cf. *supra* no 231); sinon, elles pourront faire l'objet d'un contrôle (STAUDER, services bancaires, p. 139).

989 Considérant no 19. En revanche, le même considérant indique que le rapport qualité/prix peut être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'autres clauses. Voir l'analyse de STAUDER, Klauseln, p. 36 ss.

990 STAUDER, services bancaires, p. 139.

se trouver dans des conditions générales et elles ne fixent pas elles-mêmes le prix de la prestation, mais participent aux conditions de la détermination de l'un de ses éléments (intérêts créditeurs ou débiteurs)[991]. STAUDER ajoute également que la qualité des services bancaires est fonction des clauses contractuelles[992]. Cela signifie-t-il là encore que des clauses pourraient échapper à tout contrôle? Tel n'est certainement pas la volonté du législateur communautaire. Avec STAUDER, nous retiendrons donc une interprétation restrictive de l'art. 4 al. 2 de la directive[993], en ce sens que toutes les clauses qui se limitent aux conditions de détermination du prix, sans concerner à proprement parler le rapport qualité/prix du service, devraient pouvoir faire l'objet d'un contrôle.

361. C'est dire également, malgré les derniers développements en droit allemand, qu'une clause de prix relative à une prestation accessoire dépendant de la prestation contractuelle principale ("*Preisnebenabrede*") devrait rester sujette au contrôle[994]. Partant, nous en concluons que des clauses qui fixent des frais spéciaux lors de l'utilisation transfrontière de certains moyens de paiement grand public devraient pouvoir également être jugées abusives sous l'angle de la directive communautaire dans les conditions qu'ont connu les tribunaux allemands (exemple typique: carte de crédit universelle, à vocation aussi bien nationale qu'internationale, des opérations de change sont dès lors forcément liées à l'obligation contractuelle principale de l'institution financière). En revanche, des frais plus habituels, non trompeurs, correspondant à la réalité des transactions transfrontières et à l'exécution de la prestation principale du contrat (par exemple virement par SWIFT, utilisation à l'étranger de cartes de débit à vocation principalement nationale) ne devraient pas tomber sous le coup de la directive 93/13 ni de la plupart des législations européennes, en tant que clauses de prix protégées dans une économie libérale.

---

991 La jurisprudence allemande l'a mis en évidence dans la première affaire célèbre des dates de valeur jugée en 1989 (cf. *supra* no 283): nous ne sommes bien en présence que de conventions accessoires au prix (WITZ, p. 222).

992 STAUDER, services bancaires, p. 139. Ce qui, à notre sens, n'est qu'en partie exacte. La qualité d'un service doit aussi logiquement s'apprécier en fonction de la forme des prestations à la clientèle (travail des employés, caractéristiques d'un système automatisé de banque électronique, etc.), soit par des éléments qui ne sont pas contenus dans les clauses contractuelles.

993 Cf. aussi *supra* no 352.

994 STAUDER, Klauseln, p. 21 note 31 et ses références.

B. Les spécificités des systèmes de paiement transfrontière sans espèces

I. Introduction

362. Le but de la présente étude n'est pas de procéder à une analyse approfondie en droit contractuel des particularités de chaque moyen de paiement permettant d'effectuer des opérations transfrontières. De nombreuses monographies et d'innombrables articles de doctrine sont en effet déjà venus enrichir la science juridique dans les différents Etats européens, d'abord dans des domaines traditionnels comme celui du chèque, puis plus récemment dans le domaine des nouveaux moyens électroniques de paiement. Il ne paraît donc pas utile d'y revenir en détail[995]. Notre démarche vise plutôt à partir de ces acquis théoriques pour les confronter à la pratique et essayer de dégager des solutions permettant de remédier aux problèmes spécifiques posés dans le cadre de paiements transfrontières[996].

Nous tenterons de rechercher les meilleurs moyens pour remédier à l'échelle européenne aux dysfonctionnements constatés, soit un régime d'allocation des risques objectif et équitable, basé sur des modèles législatifs, jurisprudentiels et scientifiques, tenant compte aussi bien des impératifs de protection des consommateurs que des intérêts et de la faisabilité pour les professionnels, les solutions pouvant en théorie s'intégrer tant dans des textes réglementaires contraignants que simplement dans des codes de conduite, si ceux-ci étaient respectés à l'échelle européenne. L'essentiel est que chaque problème soit réglé positivement par une norme adéquate et spécifique et que le système mis en place soit véritablement efficace.

363. Nous avons vu qu'au niveau de la relation contractuelle client - institution financière, la "pathologie" principale des paiements transfrontières à distance sans espèces mise en évidence par des études a trait aux délais (retards), à la fiabilité (pertes) et au double prélèvement des frais (non-respect des instructions du donneur d'ordre)[997]. En réalité, ces problèmes ne sont pas nouveaux et

995 Le lecteur à la recherche d'une étude thématique sur le virement, les distributeurs automatiques de billets, le paiement électronique au point de vente (EFTPOS), etc. trouvera de nombreuses références dans notre bibliographie (notamment en droit suisse et en droit allemand).

996 Il nous semble en outre que nombre d'études traditionnelles qui ont été menées à une échelle nationale en droit des obligations se trouvent en trop grand décalage par rapport à la pratique bancaire. A l'heure de la révolution informatique, on peut en effet s'interroger sur l'intérêt de longs développements sur la qualification juridique de telle ou telle opération selon le droit dispositif alors que les contrats prérédigés par les professionnels dérogent systématiquement à celui-ci et créent un nouveau droit *sui generis* des systèmes de paiement.

997 *Supra* no 167 ss.

totalement spécifiques aux paiements transfrontières. Même s'ils sont effectivement accentués pour ces derniers, ils peuvent également se rencontrer pour une transaction purement nationale (surtout pour les retards et les pertes, beaucoup plus rarement il est vrai pour le "*double charging*"). Ainsi, dans l'optique des paiements face-à-face, un consommateur qui n'obtient pas le nombre correct de billets auprès d'un distributeur automatique est victime d'un incident dont l'origine est la même, que l'opération ait lieu à l'échelle locale ou lors d'un déplacement à l'étranger. En outre, les études passent trop sous silence d'autres incidents qui peuvent se produire tant au niveau interne qu'international et qui sont provoqués par des fraudes de tiers. Ainsi, avant de discuter des solutions apportées ou à apporter aux paiements transfrontières, il nous paraît intéressant dans un premier temps de les recadrer dans la problématique plus générale des risques que représente l'utilisation de moyens de paiement sans espèces.

II. Les différents risques

364. Dans l'optique du consommateur et dans le cadre des opérations traditionnelles du trafic des paiements (virement sur support papier par exemple), que celles-ci aient un caractère national ou international, on distingue généralement deux risques principaux: la mauvaise exécution des opérations et la fraude commise par un tiers. Relève notamment de la mauvaise exécution, le fait d'effectuer un paiement avec retard, de ne virer qu'une partie du montant, de verser l'argent à la mauvaise personne, sur le mauvais compte du titulaire, ou de "perdre" de toute autre manière le montant du paiement, le fait de ne pas exécuter du tout l'ordre du client étant lui constitutif d'une véritable inexécution[998]. Dans ces cas classiques, l'erreur est généralement humaine. Quant à la fraude, il s'agit de toutes les opérations qui sont effectuées par un tiers non autorisé sur le compte du titulaire légitime (falsification ou contrefaçon d'un chèque, d'un ordre de paiement, etc.).

365. Avec le développement des systèmes de transfert électronique de fonds, de nouveaux risques sont cependant apparus, comme plusieurs études l'ont montré[999]. En fait, il s'agit toujours au sens large de cas d'erreur ou de fraude,

---

998 Nous ne ferons pas de différences entre inexécution et exécution imparfaite s'agissant de leurs conséquences juridiques. Il s'agit toujours de la violation d'une obligation contractuelle préexistante emportant responsabilité du fautif en cas de dommage.

999 Voir notamment: THÉVENOZ, Transfers, p. 35 ss; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 16 s.; MEIJBOOM, Problems, p. 23 ss; OCDE, cartes, p. 68 ss; Guide juridique de la CNUDCI, p. 53 ss; Australian Payments System Council, Report of Advisory Committee on EFT Security Survey, novembre 1990; LAFFERTY BUSINESS RESEARCH, p. 55 ss (Appendix B), qui relate les études menées par le National Consumer Council en Grande-Bretagne, le Justice Department aux Etats-Unis et

mais les causes d'incident sont désormais très diverses et surtout de plus en plus difficiles à déceler[1000]. Si l'électronique a certes apporté de grands avantages dans le domaine du trafic des paiements grand public, elle n'en pose pas moins des nouvelles questions très délicates sur le plan juridique de par la dématérialisation des opérations.

366. Premièrement, un système électronique de paiement peut subir une défaillance et occasionner par là une mauvaise exécution ou une inexécution des opérations[1001]. Les causes d'un tel dysfonctionnement peuvent théoriquement être très diverses: une panne d'électricité, une chute de tension, la foudre, mais aussi une erreur de construction, un défaut des logiciels, un mauvais entretien des appareils, une utilisation incorrecte, etc. Ces défaillances peuvent survenir à plusieurs niveaux: dans le terminal sur lequel l'ordre est initié, dans le réseau de télécommunication ou dans le système informatique de la banque. Dans tous ces cas, les conséquences pourront être par exemple une altération du message électronique, un retard dans la transmission de l'information, une perte pure et simple des données (effacement d'un support magnétique par exemple) ou tout simplement l'impossibilité d'utiliser l'appareil qui est tombé en panne.

Plus spécifiquement pour les paiements face-à-face, on a relevé en pratique les incidents suivants pour des distributeurs automatiques de billets: le débit du compte du titulaire sans argent délivré[1002] ou avec remise d'une somme inexacte, la délivrance du nombre de billets désiré mais avec un débit erroné du compte, la délivrance de la somme trop tard (après une première panne) - somme qui sera prise par l'utilisateur suivant -, le débit fait deux fois au lieu d'une sur le compte du titulaire[1003]. Pour les terminaux points de vente, on peut imaginer, outre les cas de panne ou autre défectuosité des appareils ou du réseau de télécommunication, que le commerçant insère des données incorrectes ou, plus généralement, qu'il utilise le terminal d'une mauvaise façon[1004].

---

l'Australian Consumers' Association en Australie. Sur les techniques de prévention des risques: THUNIS, automatisation, no 18 ss.

1000 Guide juridique de la CNUDCI, p. 62 s. no 36.

1001 Cf. SCHÖNLE, responsabilité, p. 76; STAUDER, contrat, p. 227 s.; L'HEUREUX, Droit bancaire, p. 431; FROTZ, p. 133 ss; Guide juridique de la CNUDCI, p. 61 ss; OCDE, cartes, p. 68 s.; VASSEUR, paiement, no 37; BUYLE, carte, p. 45; MEIJBOOM, Problems, p. 26 ss.

1002 Voir les causes possibles mentionnées in AG Aschaffenburg (2.8.1988), WM 1989, 213, 214.

1003 MITCHELL, payment systems, p. 135; L'HEUREUX, Droit bancaire, p. 403; MEIJBOOM, Problems, p. 23. Voir en détail les cas examinés dans le rapport du National Consumer Council de 1985, Losing at Cards.

1004 MEIJBOOM, Problems, p. 25. Pour la banque à domicile, cf. MEIJBOOM, Problems, p. 24 s.

367. Deuxièmement, un tiers peut frauduleusement accéder au système de transfert électronique de fonds, sans l'autorisation du titulaire légitime[1005]. Il faut souligner dans cette perspective que le risque financier peut être très important pour le consommateur puisqu'une carte de débit ou un système de banque à domicile donne un accès direct à son compte bancaire ou postal[1006]. Les incidents peuvent tout d'abord provenir d'un défaut de sécurité ou d'une malversation dans le processus de conception et de fabrication des moyens d'accès: des personnes pourraient par exemple avoir connaissance des codes confidentiels attribués aux clients ou obtenir des informations sur la technique utilisée pour les appareils de paiement et les pistes magnétiques ou les microprocesseurs des cartes[1007]. Dans le même ordre d'idée, on a constaté en pratique l'envoi de cartes avec codes confidentiels à des adresses erronées, ce qui a occasionné des fraudes commises par les destinataires, ou même lors d'envois à une adresse exacte, l'interception par des tiers malveillants[1008]. Plus simplement, on peut imaginer le cas où un employé de l'émetteur utiliserait ses connaissances informatiques pour procéder au moyen d'un ordinateur à des opérations frauduleuses sur le compte d'un titulaire.

Ensuite, il se pourrait qu'un tiers ("*hacker*") puisse accéder au terminal du client, au système informatique de l'émetteur ou encore parvienne à se brancher sur le réseau de télécommunication et à obtenir des informations lors des transferts[1009]. Il faut aussi tenir compte de la fraude dite "familiale": de nombreuses opérations non expliquées sont en réalité initiées par des proches du titulaire légitime, qui ont connaissance du code confidentiel et qui utilisent le

---

1005 Voir les hypothèses mentionnées par SCHÖNLE, responsabilité, p. 75; FROTZ, p. 133; Guide juridique de la CNUDCI, p. 57 ss; OCDE, cartes, p. 71 ss; VASSEUR, paiement, no 25 ss; BERTRAND/LE CLECH, p. 336 ss; DELAFAYE, p. 190 ss; GUTWIRTH/JORIS, p. 269. Plus spécifiquement, pour les DAB/GAB, cf. BIEBER, p. 4. Sur l'importance de la distinction, en matière de sécurité, entre mode de fonctionnement "*on line*" et "*off line*", cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 28 s.; REED, p. 452.

1006 L'HEUREUX, Droit bancaire, p. 399.

1007 SCHAUSS, Contract, p. 98.

1008 MITCHELL, payment systems, p. 135; cf. aussi REIFNER, Haftung, p. 1918; BERTRAND/LE CLECH, p. 343 s.; mais: LG Köln (20.9.1994), WM 1995, 976. Ces hypothèses de fraude avant la réception du moyen de paiement par le titulaire légitime et leurs conséquences juridiques ne seront pas traitées dans ce chapitre car elles sont liées à la question du moment de la conclusion du contrat que nous avons délibérément laissée de côté pour nous concentrer sur les problèmes de répartition des risques qui surviennent dans le cadre d'une relation contractuelle déjà établie. Pour une étude sous l'angle de la recommandation 88/590/CEE, voir toutefois FAVRE-BULLE, paiement, p. 111 ss. A noter que les textes destinés à régir le droit des cartes de paiement peuvent parfois prévoir expressément cette hypothèse; voir par exemple le "*Banking Code*" britannique qui rend l'émetteur responsable de tout dommage lorsque la carte n'a pas encoe été reçue par le titulaire et qu'elle est utilisée frauduleusement par un tiers (art. 4.12).

1009 CONSEIL DE L'EUROPE (Comité d'experts sur la protection des données), p. 32; OCDE, cartes, p. 72 s.; THÉVENOZ, Transfers, p. 71; BIRKELBACH, p. 2099 s.

moyen de paiement de ce dernier, à son insu[1010]. Une grande difficulté posée en matière de risques dans le paiement électronique est constituée par les retraits ou autres opérations "fantômes": le client, qui n'a pas perdu ses moyens d'accès au système, ni n'a été victime d'un vol, conteste avoir procédé à une transaction alors que l'émetteur prétend le contraire et considère le débit du compte comme justifié au vu de ses relevés informatiques[1011]. Il pourra s'agir en réalité de toutes les techniques de fraude précédemment décrites (fraude informatique, fraude familiale[1012], etc.), mais aussi d'erreurs techniques[1013].

368. En matière de cartes de paiement électronique, on retrouve les mêmes hypothèses traditionnelles de fraude développées pour les cartes non codées, soit le vol, la falsification, la contrefaçon ou encore l'utilisation de la carte d'un titulaire légitime à la suite d'une perte[1014]. Les fraudeurs ne peuvent toutefois plus utiliser par exemple les carbones des facturettes pour procéder à des contrefaçons et ils doivent adapter leurs méthodes à l'évolution de la technologie, puisque les cartes de paiement électronique sont normalement équipées d'une piste magnétique et/ou d'un microprocesseur avec un code secret[1015]. D'aucuns prétendent par conséquent qu'il n'est plus possible qu'un tiers utilise frauduleusement un de ces nouveaux moyens de paiement sans que le titulaire ait commis une faute dans la conservation de son code[1016]. Pourtant,

---

1010 CONSEIL DE L'EUROPE (Note du ministre de la Justice des Pays-Bas), no 17; ABB, Avis de l'Ombudsman (1.9.1991-31.8.1992), p. 37, no 91.198.

1011 GUTWIRTH/JORIS, p. 268; TYREE, p. 270; ABB, Rapport de l'Ombudsman 1992, p. 19, et 1993, p. 18. Pour les DAB/GAB, voir les rapports du National Consumer Council, Banking Services, p. 68, et Cards, p. 8 ss.

1012 ABB, Avis de l'Ombudsman (1.9.1993-31.12.1994), p. 154 no 94.005, p. 309 s. no 94.222.

1013 Cf. MEIJBOOM, Problems, p. 23 s.

1014 STAUDER, contrat, p. 228; VASSEUR, paiement, no 25. Sur la différence entre falsification et contrefaçon, cf. STROHDEICHER, p. 68.

1015 Pour une étude complète des questions pratiques et juridiques posées par l'utilisation d'un code en guise d'identification du client, voir en droit suisse la thèse de STEINMANN.

1016 Voir notamment KAISER, Zahlungsverkehr, p. 85 s.; BUYLE, carte, p. 46, 59; BIEBER, p. 31; GÖSSMANN, no 315 s. En jurisprudence, on trouve de nombreux avis d'experts décrivant en détail le haut degré de sécurité des automates (DAB essentiellement), voir par exemple: AG Frankfurt a.M. (18.12.1987), WM 1988, 1446, WuB I D 5. - 4.88 (REISER Cristof); AG Bochum (11.2.1988), WM 1988, 1629, WuB I D 5. - 1.89 (REISER Cristof); LG Köln (20.9.1994), WM 1995, 976, WuB I D 5 c. - 3.96 (AHLERS Horst). Pour une controverse entre experts: AG Wuppertal (10.4.1997), WM 1997, 1209, WuB I D 5 c. - 3.97 (AEPFELBACH Rolf / CIMIOTTI Gerd). Plus crûment, on peut lire dans un arrêt de la Cour d'appel de Pau, 17.10.1984 (reproduit par HUET, Dossier monétique, p. 125), que le titulaire d'une carte "*ne peut sérieusement soutenir qu'un voleur particulièrement doué en électronique et informatique ou particulièrement chanceux aurait pu décrypter son numéro confidentiel ou le trouver par hasard; en effet, cette hypothèse relève de la seule spéculation intellectuelle et elle doit être rejetée sans qu'il soit besoin d'ordonner une expertise*"; voir aussi Cour d'appel de Paris, 15e Ch. B, 29.3.1985 (extraits in BERTRAND/LE CLECH, p. 255 s.). En tout cas, il serait impossible de découvrir un code confidentiel à l'aide d'un ordinateur dans un délai de 30 minutes: AG Diepholz (6.9.1995), WM 1995, 1919, approuvé par HERTEL Christian,

certaines affaires ont déjà démontré qu'il était possible de découvrir des codes confidentiels par diverses méthodes[1017] - ne serait-ce qu'en observant leur frappe par les titulaires -, de reproduire des pistes magnétiques sur des fausses cartes[1018], etc. D'une manière générale, les systèmes de paiement ne seraient donc pas infaillibles[1019]. Nous ne pouvons bien sûr examiner ici en détail tous

---

WuB I D 5 c. - 1.96. Ni en 20 minutes: AG Hannover (9.5.1997), WM 1997, 1207; WuB I D 5 c. - 3.97 (AEPFELBACH Rolf / CIMIOTTI Gerd). Encore moins en 15 minutes: KG (10.1.1992), WM 1992, 729 = NJW 1992, 1051 = VuR 1992, 211; WuB I D 5. - 1.93 (HARBEKE Christof); REDC 1993, p. 57. Cf. aussi LG Bonn (11.1.1995), WM 1995, 575, soutenu par HARBEKE Christof, WuB I D 5 c. - 2.95. Pour une étude récente: WERNER, Anscheinsbeweis, p. 1516 ss.

1017 Voir par exemple SCHMITZ, p. 28 s.; FAVRE-BULLE, paiement, p. 30; Expertises des systèmes d'information, juin 1995, no 184; Que Choisir, janvier 1994, no 301, et juin 1992, no 284; AG Oschatz (6.2.1996), WM 1997, 65 = NJW 1996, 2385 = VuR 1996, 382, et WuB I D 5 c. - 2.97 (WERNER Stefan); puis surtout OLG Hamm (17.3.1997; références *infra* note 1340), décision qui, bien que limitée semble-t-il à la situation en Allemagne, n'en a pas moins contribué à la modification du NIP de 40 millions de cartes ec dans ce pays (J'achète mieux, no 257, 11-1997, p. 17; cf. toutefois WERNER, Anscheinsbeweis, p. 1519). Dans ce dernier arrêt, les juges, en se basant sur des avis d'experts, n'excluent d'ailleurs pas qu'une organisation criminelle ait fait les investissements nécessaires pour bénéficier d'un matériel sophistiqué lui ayant permis de déchiffrer la clé de codage des codes confidentiels, l'utilisation frauduleuse de cartes volées devenant ensuite très facile.

1018 Par exemple en jurisprudence: Tribunal de grande instance de Beauvais, 2e Ch., 28.6.1991, in: Expertises des systèmes d'information 1992, p. 197 ss; ainsi que les références citées *infra* à la note suivante. Financial Times, 7.10.1993. Contra: AG München (24.2.1995), WM 1995, 1995, et les explications techniques de OECHSLER Jürgen, WuB I D 5 c. - 4.96. Variantes: modifier la piste magnétique d'une carte volée pour y introduire un nouveau code confidentiel (systèmes off line; REED, p. 452), remplacer le numéro de compte du titulaire par un autre sur la piste magnétique (BayObLG, 24.6.1993, WM 1993, 2079, notes en droit pénal de OTTO Harro, WuB I D 5. - 4.94, et MARXEN Klaus, EWiR §303a StGB 1/93, p. 1111 s.), transférer des données du titulaire sur une carte vierge en les modifiant (validité, limites de retrait plus élevées; AG Böbligen, 10.2.1989; note en droit pénal de BIEBER, WuB I D 5. - 2.90), rassembler des données (numéros de compte, codes confidentiels) puis les encoder sur des cartes vierges (BGH, 22.11.1991, WM 1992, 515, note en droit pénal de OTTO Harro, WuB I D 5. - 3.92).

1019 Cf. REED, p. 452; VASSEUR, Droit, p. 1508; CONSEIL DE L'EUROPE (Comité d'experts sur la protection des données), p. 32; BERTRAND/LE CLECH, p. 115; LATHAM, p. 145; L'HEUREUX, Droit bancaire, p. 430; POLIS, p. 58 s.; GUTWIRTH/JORIS, p. 288; OCDE, cartes, p. 71, et banques, p. 115 ss; GAVALDA Christian, Note in: La Semaine Juridique (J.C.P.) 1994, Jurisprudence, no 22286, p. 272; The Sunday Times, 5.1.1992. Pour une récente étude détaillée des risques que représentent les cartes à piste magnétique, cf. PAUSCH Manfred, Risiken im automatisierten Verkehr mit Magnetstreifenkarten, in: VuR 1997, p. 121 ss. La jurisprudence est encore une fois l'occasion de constater en pratique que la sécurité n'est pas si absolue et que des personnes ont été capables d'accéder frauduleusement aux systèmes par diverses techniques. Outre les références déjà citées et d'autres dans notre chapitre consacré aux opérations non autorisées (*infra* no 455 ss), voir par exemple: Cour d'appel de Paris, 8e Ch., 1.12.1980, reproduit in: HUET, Dossier monétique, p. 124 s.; TGI de Paris, 13e Ch., 2.5.1988, in: Expertises des systèmes d'information 1989, p. 227 ss, avec note de BENAIEM Bernard, p. 225, ainsi que le recours interjeté par devant la Cour d'appel de Paris, 9e Ch. A, 28.2.1989, in: Gazette du Palais, 21/22.6.1989, p. 10 ss, note de MARCHI Jean-Pierre (retraits frauduleux pour un

ces aspects technologiques, mais force est de constater que la question de la sécurité des transferts électroniques de fonds par des moyens de paiement face-à-face tels que les cartes reste en tout cas controversée[1020].

369. Il n'en va pas différemment avec certains moyens de paiement à distance. Le plus grand risque de fraude est certainement représenté par des paiements à distance effectués par la simple indication d'un numéro de carte de paiement, par téléphone, par fax, par des moyens télématiques non protégés (Videotex, Minitel), voire tout simplement par courrier. Contrairement à un paiement face-à-face, le paiement par carte d'une place de théâtre par téléphone, d'un hôtel par fax, d'un achat par Minitel ou par correspondance ne nécessite ni signature ni code confidentiel. N'importe quelle personne non autorisée est donc en mesure de procéder à de tels paiements si elle connaît simplement le numéro de la carte et sa date d'échéance. Nous consacrerons quelques développements spécifiques à cette problématique[1021].

370. Curieusement, le progrès technologique ne s'accompagne pas toujours d'une sécurité accrue. Ainsi, à une époque où le réseau informatique mondial Internet tend à devenir le mode de communication incontournable, apte à remplacer les moyens de transmission plus classiques mentionnés plus haut, la sécurité des paiements reste un problème extrêmement délicat. Si l'on consultait au début de l'année 1997 un site Internet de carte accréditive internationale[1022], on pouvait lire par exemple qu'une telle carte ne devrait pas être utilisée pour des achats sur Internet: "*les dispositifs de sécurité internationaux ne suffisent pas encore. Nous vous conseillons de commander par les moyens habituels les produits et services offerts sur Internet. Autrement dit, ne communiquez pas votre numéro de carte sur Internet. Commandez par téléphone ou par fax en indiquant par ce biais votre adresse, votre numéro de carte et sa date*

---

montant total de 1.581.300 de francs français); AG Darmstadt (24.2.1989), WM 1990, 543, note de REISER Cristof, WuB I D 5. - 3.90 (jugement dont les considérations techniques semblent toutefois dépassées aujourd'hui). Dans une affaire française dont les faits remontent à 1984, on apprend par exemple que des fraudeurs ont pu retirer 21.600 francs français dans des distributeurs en effaçant les limites de retraits enregistrées sur la carte, puis qu'ils ont pu retirer 386.000 francs avec des cartes contrefaites contenant les informations d'une carte authentique (TGI de Paris, 17e Ch., 27.1.1987, dont de larges extraits sont publiés in: BERTRAND/LE CLECH, p. 353 ss). Certaines techniques de fraude sont rocambolesques: on a vu en France des faux distributeurs automatiques de billets "avaler" les cartes des clients et permettre ainsi aux fraudeurs de prendre possession tant de la carte que du code; cf. Conseil consultatif des consommateurs [UE], TEF, p. 8 s.

1020 Nous reviendrons sur certains aspects de la sécurité des paiements lors de nos développements en matière d'allocation des risques. Pour une présentation et une évaluation critique de certaines particularités techniques des systèmes électroniques de paiement, voir aussi FAVRE-BULLE, paiement, p. 22 ss.

1021 *Infra* no 496 ss.

1022 Dans notre exemple: le site EUROCARD/MasterCard de EUROPAY (Switzerland) SA, http://www.eurocard.ch (modifié depuis lors).

d'échéance". Compte tenu des risques majeurs de fraude lors de la transmission de données *via* Internet, les professionnels ont donc longtemps considéré qu'il était moins dangereux de communiquer un numéro de carte par des voies aussi traditionnelles que le téléphone ou le fax!

La sécurité des paiements par carte sur Internet tend cependant à s'améliorer. Compte tenu du marché que va de plus en plus représenter le réseau informatique mondial, notamment dans le cadre du commerce électronique, il est impensable que les paiements de biens ou de services commandés *via* Internet continuent de devoir être effectués par d'autres voies. Des travaux sont menés à différents échelons pour sécuriser de tels paiements par un standard avec cryptage des données et des logiciels sont déjà commercialisés[1023].

Avec le développement de procédures plus fiables pour transmettre en toute sécurité sur Internet des données aussi confidentielles que des coordonnées de cartes bancaires, un autre moyen électronique de paiement est appelé à transiter de plus en plus par des réseaux informatiques: le Telebanking[1024]. Le Telebanking - ou banque à domicile - a traditionnellement été utilisé par la clientèle privée par la voie téléphonique (*via* un modem, éventuellement en liaison avec un système télématique de type Videotex), système qui ne présente pas un niveau de sécurité élevé. Le Telebanking *via* Internet, une fois sécurisé, devrait être d'usage plus simple encore et moins coûteux pour les consommateurs. Mais il est encore trop tôt pour évaluer les risques qui pourraient tout de même subsister avec cette nouvelle technologie.

371. Si l'on parle de risques et de nouvelles technologies, il convient encore d'examiner les particularités des systèmes actuellement en développement de type porte-monnaie électronique (carte à puce) et paiements cybernétiques

---

1023 Voir notamment FURCHE/WRIGHTSON, p. 41 ss; WALDEN, p. 237; WIDMER/BÄHLER, p. 341 ss; L'Agefi, 2.7.1997; L'Hebdo, 12.3.1998. Il s'agit surtout du système SET (Secure Electronic Transaction) développé par MasterCard et Visa. Sur le développement de ce mode de paiement sécurisé en Suisse: Journal de Genève, 27.11.1997; IB Zoom, décembre 1997, p. 36 s. Des sociétés se spécialisent en outre dans le domaine des paiements sur Internet, par exemple CyberCash (http://www.cybercash.com). Certains vont même jusqu'à se demander si le transfert d'un numéro de carte de crédit non crypté sur Internet n'équivaut pas à une négligence grave: WALDEN, p. 236. Cela est assurément trop sévère pour le consommateur, à ce jour en tout cas, dans la mesure où les sollicitations sont très grandes pour que l'on recoure au commerce électronique alors que les systèmes de paiement sécurisés sont encore peu disponibles. Voir aussi les observations de KÖHLER, p. 189 s., s'agissant des questions de fraude, de sécurité et de protection des consommateurs pour les paiements *via* Internet.

1024 Cf. Journal de Genève, 30.8.1996 et 24.1.1997; Schweizer Bank, no 11/1996, p. 9; BIRKELBACH, p. 2099 s. Certaines banques suisses, de même que la Poste, proposent déjà ou vont proposer prochainement des services de Telebanking sur Internet: Journal de Genève, 11.4.1997, 17.4.1997 et 5.5.1997; Le Nouveau Quotidien, 25.9.1997; IB Zoom, décembre 1997, p. 33 s.

(monnaie électronique dans un porte-monnaie virtuel sur Internet)[1025]. Plusieurs phases doivent à cet égard être distinguées. Tout d'abord, lorsque le consommateur charge sa carte porte-monnaie électronique ou son porte-monnaie virtuel sur Internet en faisant débiter son compte par son institution financière depuis un guichet bancaire ou un terminal de banque à domicile, le schéma est comparable à celui d'un virement traditionnel: transfert d'un montant d'un compte vers un bénéficiaire (en l'occurrence le même client). Les risques de fraude et d'erreur sont donc globalement les mêmes que ceux décrits plus haut pour des systèmes EFTPOS ou Telebanking (accès non autorisé par un tiers au compte du donneur d'ordre, transfert erroné, etc.).

En revanche, une fois qu'un certain montant a été chargé dans la carte à puce ou dans le porte-monnaie virtuel sur Internet, les problèmes potentiels deviennent beaucoup plus spécifiques et n'ont encore que peu été abordés par la doctrine. *Quid* si le titulaire perd ou se fait voler sa carte avec la valeur qu'elle contient? *Quid* si le titulaire voit son porte-monnaie informatique totalement disparaître de son écran (fraude, défaillance du système)? *Quid* encore si le titulaire ne peut pas utiliser son moyen de paiement à la suite d'une défectuosité technique (la carte ou le porte-monnaie virtuel a bien été chargé mais le montant crédité n'apparaît pas ou qu'en partie)? *Quid* enfin une fois qu'un tiers malveillant est en possession d'un tel moyen de paiement; pourrait-il par exemple techniquement charger de nouveaux montants, mais sans accéder au compte du titulaire légitime, c'est-à-dire en créant purement et simplement de la monnaie électronique, comme pourrait le faire un faux-monnayeur avec une planche à billets? Le titulaire légitime devrait-il supporter certaines conséquences dans une telle hypothèse, alors qu'il ne s'agit pas de son argent?

Ces risques théoriques ne sont que des exemples. Il en existe probablement d'autres. Le peu d'informations disponibles actuellement sur ces nouvelles technologies en plein développement comme le porte-monnaie électronique ou les paiements cybernétiques, le fait que des incidents concrets n'ont pas encore été dénoncés en pratique, qu'il n'existe pas de jurisprudence en la matière, nous empêche cependant d'approfondir ce volet. De toute manière, ces nouvelles méthodes ne représentent pas encore des moyens de paiement transfrontières à part entière. Pratiquement, les porte-monnaie électroniques ne sont pas encore multi-devises[1026] et les paiements avec de l'argent virtuel sur Internet, même s'ils vont bien souvent avoir un caractère international, n'en sont qu'à leurs tout débuts, les grands établissements bancaires ne s'étant pas à ce jour lancés dans ce type d'opérations.

1025 Cf. *supra* no 33 et 37.
1026 Cf. *supra* no 37 et note 79.

Nous ne nous arrêterons donc par la suite que très ponctuellement sur les risques de cette nouvelle génération de moyens de paiement et leurs conséquences juridiques. Il s'agira plus de tracer quelques pistes de réflexion pour l'avenir plutôt que de procéder à des analyses juridiques de détail qui pourrait rapidement être dépassées par l'évolution technologique. Ajoutons d'ailleurs que, d'une manière générale, nous n'étudierons pas ci-après tous les risques et leurs conséquences pour chaque type de système de paiement grand public à caractère transfrontière. Nous préférerons une approche plus globale, en retenant seulement pour l'ensemble de ces modes de paiement, face-à-face et à distance, sans distinctions trop techniques entre chaque instrument, les deux grandes hypothèses que sont les erreurs (inexécution, mauvaise exécution) et la fraude.

372. Toutes les hypothèses décrites jusqu'à présent ne concernent pas spécifiquement les paiements transfrontières, elles peuvent se produire également lors d'opérations à caractère national. Si l'on a affaire à un paiement international, on rencontre les mêmes problèmes d'erreur et de fraude, mais le facteur de risques est cette fois-ci beaucoup plus élevé.

En matière de mauvaise exécution, les causes peuvent en effet être beaucoup plus nombreuses du fait de la complexité d'une opération de paiement international[1027]: interventions de plusieurs institutions financières, utilisation de plusieurs systèmes différents de transmission des données et de paiement dont la fiabilité peut être très variable, problèmes parfois aussi simples que l'incompréhension linguistique entre les opérateurs ou l'incompatibilité des systèmes, etc. C'est alors dans de telles circonstances qu'un consommateur pourra être victime des incidents déjà décrits: retards, pertes et "*double charging*".

En matière de fraude, on ne peut pas dire que le caractère transfrontière des paiements crée de véritables nouveaux risques, mais il est clair que les risques susmentionnés déjà existants au niveau national sont accentués du fait de l'éloignement des opérateurs: en cas d'opérations effectuées illicitement par un tiers, les possibilités de contrôle et de blocage d'urgence sont en effet moins performantes et surtout plus longues si les procédures mettent en jeu plusieurs intervenants dans des pays différents.

373. En conséquence de toutes ces imperfections, le client pourra subir divers dommages[1028]. La perte totale ou partielle du principal et des intérêts tout d'abord, mais aussi des pertes supplémentaires résultant de l'exécution imparfaite ou de l'inexécution d'un ordre: le client est par exemple mis en

1027 THÉVENOZ, banquier, p. 24.

1028 Cf. THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 18; THÉVENOZ, banquier, p. 24; Guide juridique de la CNUDCI, p. 75 ss.

demeure par son créancier et doit lui payer un intérêt moratoire et des dommages-intérêts de retard, il subit un gain manqué parce que l'absence de paiement lui fait perdre le bénéfice d'un contrat[1029], une assurance lui refuse toute couverture parce que le paiement de la prime n'a pas été fait à temps, il perd ses droits dans une procédure judiciaire parce que l'avance de frais n'a pas été versée dans le délai[1030], ou encore il doit supporter une perte due à la variation du taux de change, hypothèse non négligeable lors d'un paiement transfrontière. Il se pourrait aussi que le consommateur subisse un dommage si son compte se retrouve à découvert, par erreur ou à la suite d'une fraude, et qu'il ait à payer des intérêts débiteurs à sa banque.

III. La répartition des risques en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite des opérations

374. D'un point de vue méthodologique, la recherche de solutions d'harmonisation pour remédier aux obstacles rencontrés en Europe en matière de paiements transfrontières devrait faire référence à des principes de droit civil lorsque ces obstacles sont d'ordre contractuel. Avec le développement de nouvelles techniques de paiement, le droit civil trouve cependant certaines limites dont il faudra tenir compte. Les règles de droit civil auxquels nous allons nous référer pour cette démonstration sont avant tout ceux du droit suisse, mais les solutions devraient souvent être les mêmes dans d'autres ordres juridiques en Europe, notamment en droit allemand.

1. Le droit civil et ses limites

375. Quelle est la situation juridique lorsque le bénéficiaire du paiement n'est pas crédité du montant dû, qu'il est crédité avec retard ou qu'il ne reçoit qu'une partie du montant, ou encore lorsqu'un système électronique de paiement ne fonctionne pas correctement, le consommateur ne recevant par exemple pas le nombre de billets voulu auprès d'un distributeur automatique?

1029 BERGSTEN, Transfers, p. 659. Si l'on prend l'exemple du célèbre arrêt américain Evra Corporation c. Swiss Bank Corporation, où l'inexécution d'un ordre de paiement de 27.000 $ a occasionné un dommage de 2,1 millions $ au donneur d'ordre (cf. THÉVENOZ, Transfers, p. 51, avec d'autres exemples dans sa note 208; BILLOTTE-TONGUE, no 547), on constate que la disproportion entre le montant d'un virement et le préjudice indirect peut être considérable. De tels dommages sont cependant caractéristiques des affaires commerciales et les petits paiements effectués par les consommateurs n'ont généralement pas de telles conséquences.

1030 Sur ces deux exemples, voir la jurisprudence suisse citée par BILLOTTE-TONGUE, no 546. Cf. aussi *infra* note 1563.

376. Dans le cadre de la relation entre le client donneur d'ordre et son institution financière et pour une situation théorique simple, à l'échelon national et sans multiples intervenants (hypothèse: donneur d'ordre et bénéficiaire sont clients auprès du même établissement), les règles générales du droit civil que l'on peut appliquer aux paiements grand public impliquent, en tout cas dans l'optique du droit suisse qui sera présenté plus en détail ultérieurement dans ce chapitre[1031], que l'institution financière ne peut se libérer de son obligation contractuelle de rembourser les fonds déposés par son client auprès d'elle ou demander le remboursement des frais avancés pour le paiement que si elle exécute correctement les opérations initiées par le titulaire.

Ainsi, si l'erreur est imputable à l'institution financière, c'est celle-ci qui devrait théoriquement supporter le risque de mauvaise exécution[1032]. Elle ne pourra débiter ou devra rembourser le montant du principal à son client si un transfert s'est perdu. En outre, si le consommateur subit un préjudice supérieur au montant du principal (gain manqué, dommages-intérêts résultant d'une mise en demeure par le créancier bénéficiaire à la suite d'un retard dans le paiement, etc.), l'institution financière cocontractante devra également en répondre si elle a commis une faute (responsabilité contractuelle).

377. Ce constat laisse penser que le droit civil "classique" permet de protéger suffisamment le consommateur s'agissant des exécutions incorrectes les plus caractéristiques (perte ou retard d'un paiement). Tel n'est cependant pas le cas, surtout si l'on a affaire à des paiements transfrontières et cela pour plusieurs raisons.

378. Premièrement, les règles du droit civil en question sont normalement d'ordre dispositif et l'on constate en pratique que certains émetteurs de moyens de paiement s'exonèrent en tout ou en partie des conséquences d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution[1033]. Ce faisant, ils transfèrent en réalité l'ensemble du risque aux consommateurs, puisqu'en plus d'une limitation de la responsabilité pour faute du professionnel, les clients perdent également leur action en remboursement des fonds déposés. Les conséquences d'une clause de conditions générales du type "*Sauf en cas de faute grave, la banque ne répond pas des dommages résultant d'une mauvaise exécution du paiement*" sont en effet claires: même en cas de faute légère de la banque, c'est le client qui supportera la perte d'un paiement; le montant du principal lui sera quand même débité et il ne pourra pas prétendre à des dommages-intérêts pour son éventuel dommage supplémentaire, alors même que la banque a pu être à l'origine de

---

1031 *Infra* no 567 ss.

1032 SCHÖNLE, responsabilité, p. 88 s.; STAUDER, contrat, p. 233, 235; European Consumer Law Group (ECLG), Payment, p. 10.

1033 Voir les exemples relevés par KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 37 s.; MITCHELL, Electronic funds transfer, p. 76; STAUDER, contrat, p. 233.

l'erreur. De telles dérogations au droit dispositif peuvent parfois être combattues par le biais des législations relatives aux clauses contractuelles abusives, mais nous avons vu qu'une approche horizontale n'est pas forcément le meilleur moyen de garantir un bon équilibre contractuel dans un domaine aussi spécifique que le trafic des paiements.

379. Deuxièmement, la responsabilité d'une institution financière ne peut s'apprécier que par rapport à la violation d'obligations de diligence bien définies. Or celles-ci peuvent faire défaut dans certains cas. Dans la mesure où les moyens de paiement ne font généralement pas l'objet d'une réglementation spéciale, les règles de droit civil qu'on leur applique en Europe peuvent avoir trait à des contrats classiques (mandat par exemple). On peut donc avoir à juger une erreur technique d'une institution financière avec pour seules références des obligations toutes générales pouvant s'appliquer aussi bien à la diligence du banquier qu'à celle du médecin ou de l'avocat. Ce manque de précision du droit civil traditionnel s'illustre bien dans le cas des retards tant dénoncés pour les paiements transfrontières. En l'absence de dispositions légales expresses, des délais précis ne sont en effet le plus souvent pas fixés dans les différents droits nationaux. On exigera simplement que les institutions financières procèdent avec diligence, ce qui signifie exécuter l'ordre émanant du client avec célérité ou en tout cas dans un délai raisonnable; mais la jurisprudence ne pose généralement pas d'exigences plus précises et laisse donc une grande marge d'appréciation dans chaque cas d'espèce[1034]. Dans l'optique des paiements transfrontières, il ne peut donc en résulter que des divergences d'un droit national à l'autre, ce qui ne facilite pas les opérations pour le consommateur.

380. Troisièmement, il n'est pas toujours facile de savoir quel rôle l'on doit juridiquement attribuer aux autres intervenants dans le processus d'un paiement, après qu'un consommateur ait transmis un ordre à son établissement et jusqu'à ce que le bénéficiaire puisse bénéficier de la somme transférée. Dans le cas des paiements transfrontières, ce problème est particulièrement important compte tenu du nombre de personnes impliquées. Nous n'avons plus en effet le cas de figure simple décrit plus haut où le consommateur donneur d'ordre et le bénéficiaire sont clients de la même institution financière, dans le même pays. Au contraire, le schéma classique d'un paiement international à distance met en jeu au moins quatre acteurs: le client donneur d'ordre et l'institution financière à laquelle l'ordre est transmis dans le pays A, l'institution financière auprès de laquelle le bénéficiaire a son compte et le bénéficiaire lui-même dans le pays B[1035]. Bien souvent, d'autres intervenants sont encore impliqués: une ou des banques correspondantes (si les banques du donneur d'ordre et du bénéficiaire

---

1034 Cf. Commission [UE], PSULG, para. 16; HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 188, 191, qui constatent, pour la plupart des Etats membres, que le "*délai raisonnable*" peut aller de 1 à 6 jours...

1035 Cf. *supra* no 41.

ne sont pas en relation de compte directe), un système de transfert de fonds (SWIFT par exemple) et des systèmes nationaux de clearing pour le règlement interbancaire[1036].

Quid dès lors si le bénéficiaire n'est pas crédité du montant dû par le donneur d'ordre parce que le virement s'est "perdu" dans la chaîne des intervenants ou si le transfert a été effectué avec un retard important? La multiplicité des intervenants complique par définition la localisation de l'erreur et la poursuite du responsable. Mais les problèmes ne s'arrêtent pas là pour le consommateur: toute la question est précisément de savoir contre qui il pourra se retourner. Selon quel fondement légal pourrait-il actionner un tiers responsable avec lequel il n'est pas lié contractuellement? Si une telle action n'est pas possible ou est rendue compliquée par le caractère international du paiement (tiers responsable ayant son siège dans un autre Etat que celui du donneur d'ordre), on peut se demander si l'institution financière qui gère le compte du consommateur ne devrait pas elle-même répondre contractuellement des agissements des autres intervenants dans la chaîne du paiement. C'est encore une fois tout le problème de la qualification juridique du rôle joué par lesdits intervenants. S'agit-il de tiers totalement étrangers à la relation client - institution financière? S'agit-il au contraire d'auxiliaires dont l'institution financière devrait répondre? Est-on en présence d'une forme plus hybride (substitution par exemple) dont les conséquences juridiques pourraient alors varier d'un ordre juridique à l'autre[1037]?

Des réponses divergentes ont été apportées à ces questions d'un Etat à l'autre[1038] et cela montre à nouveau les limites du droit civil traditionnel, qui ne peut apporter de solutions claires et uniformes et qui ne facilite donc pas l'évolution des paiements transfrontières dans un cadre juridique international sûr. En outre, dans la mesure où les intermédiaires participant au paiement peuvent avoir des rôles très différents, on peut se demander si, dans l'optique de la relation consommateur - institution financière, les conséquences juridiques devraient être les mêmes pour des incidents tels qu'une faute commise par une banque correspondante, par la banque du bénéficiaire, un défaut de fonctionnement d'un système électronique de paiement ou une erreur imputable au réseau de télécommunication.

On relèvera par ailleurs qu'une mauvaise exécution peut ne pas être imputable à l'établissement cocontractant du consommateur ou à un tiers. Il peut s'agir d'un cas fortuit, voire d'un cas de force majeure. La question est alors de savoir si le consommateur devra supporter lui-même le préjudice en résultant,

---

1036 Cf. en détail Commission [UE], Les paiements, para. 41 ss.
1037 Voir la présentation de STAUDER, Richtlinie, p. 589 s.
1038 Cf. *infra* no 395.

qu'il s'agisse de la perte du principal ou de dommages-intérêts supplémentaires (gain manqué ou autre), ou s'il peut obtenir un dédommagement d'une partie ayant participé au transfert.

381. Quatrièmement, le droit civil traditionnel montre encore plus ses limites lorsque l'on a affaire à des paiements informatisés. Comment peut-on encore se baser sur des obligations de diligence toute générales, sur une responsabilité pour faute, alors qu'en l'absence de supports papiers, les systèmes automatisés rendent plus difficile la localisation de l'origine des erreurs[1039], et donc la possibilité d'apprécier et de prouver les éventuelles fautes commises[1040]? Il se peut même que l'incident reste totalement inexpliqué[1041]. Plus fondamentalement, l'erreur tend à se déplacer de l'exécution du paiement à la conception même du système. Il conviendra donc inévitablement de faire une distinction entre des systèmes de paiement classiques, qui permettent encore de retracer les éventuelles négligences, et des systèmes électroniques, de plus en plus déshumanisés, dont les défauts de fiabilité ne devraient pas être à la charge des utilisateurs, faute pour ceux-ci de pouvoir désigner facilement le ou les responsables selon le concept classique de faute.

382. En résumé, l'absence de réglementation spéciale des paiements transfrontières fait que l'inexécution ou l'exécution imparfaite de ceux-ci ne peut être jugée que par des règles de droit civil nationales par trop divergentes, bien souvent inadaptées aux techniques modernes de paiement et auxquelles il est trop fréquemment dérogé compte tenu de leur caractère dispositif. Le problème est que même avec un régime contractuel plus détaillé découlant de conditions générales utilisées par les professionnels - et sans parler du déséquilibre qui peut en résulter pour le consommateur -, les règles restent divergentes d'un ordre juridique à l'autre et nécessitent un recours au droit international privé[1042]. Le seul moyen de favoriser le développement des paiements transfrontières en Europe dans un cadre juridique clair et équitable pour les utilisateurs est donc de recourir à un processus d'harmonisation. Nous présenterons ci-après nos thèses en la matière pour les principaux problèmes relevés en matière de paiements transfrontières, avant de procéder à un examen critique des initiatives prises par la Communauté européenne.

1039 L'HEUREUX, Droit bancaire, p. 431; BERGSTEN, Transfers, p. 656; FROTZ, p. 135; Guide juridique de la CNUDCI, p. 68 no 59.

1040 Comme le relève STAUDER, contrat, p. 233, "*La négligence, conçue comme une faute individuelle d'une personne, ne peut plus avoir, dans un système technologique complexe, la même signification qu'autrefois*". SCHAUSS, Contract, p. 107; THÉVENOZ, banquier, p. 22 s.

1041 Cf. VASSEUR, paiement, no 37; STAUDER, contrat, p. 228.

1042 Cf. *infra* no 712 ss.

2. Propositions d'harmonisation

383. Une réglementation européenne d'un domaine comme les paiements transfrontières grand public devrait concilier trois règles. Premièrement, et afin de ne pas trop s'écarter de principes généraux qui ont guidé le droit des contrats pendant des décennies, elle devrait rester dans la mesure du possible proche des règles traditionnelles du droit civil, tout en intégrant les changements nécessaires pour tenir compte des développements nouveaux liés à l'internationalisation, à l'automatisation et à la dématérialisation des opérations de paiement. Deuxièmement, dans la mesure où trop de contrats dérogent au droit dispositif au détriment des clients, un certain rééquilibrage de la relation consommateur - institution financière devrait être effectué afin de protéger la partie faible. Enfin, troisièmement, une approche de droit de la consommation et de protection des utilisateurs n'empêche pas de tenir compte également de certains aspects économiques.

A cet égard, on empruntera à HARRIS-BURLAND/DONÀ[1043] la définition des principes qui devraient régir l'allocation des risques: "*Afin de minimaliser les coûts de l'ensemble du processus de virement, il y a lieu de répartir de manière efficace les risques d'exploitation qu'implique un système de transfert de fonds. La répartition efficace de tels risques devrait se baser sur deux principes fondamentaux: a) le risque de perte devrait être supporté par la partie contractante la mieux à même de découvrir et d'empêcher des défectuosités et des omissions, et définie par Lingl*[1044] *comme celle qui «peut, au moindre coût, éviter la perte»; b) une responsabilité rigoureuse devrait incomber à la partie pouvant, au moindre coût, éviter les pertes, lorsque cette partie est également la mieux en mesure d'amortir et de répartir lesdites pertes*"[1045].

a. La durée

384. Un des premiers problèmes dénoncés est la durée des paiements transfrontières. Le seul moyen d'éviter que la durée ne varie trop d'un Etat à l'autre et d'une institution financière à l'autre est de fixer au niveau européen des délais maximum déterminés dans lesquels les opérations de paiement devraient être exécutées, à moins d'instructions contraires du donneur d'ordre (si celui-ci

1043 HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 211 (ces auteurs sont administrateurs à la Commission européenne et ont étroitement participé à l'élaboration de la directive sur les virements transfrontaliers).

1044 LINGL Herbert F., Risk Allocation In International Interbank Electronic Fund Transfers: CHIPS & SWIFT, Harvard International Law Journal 1981, p. 621 ss.

1045 Sur la recherche d'un compromis équitable et efficient, en droit et en économie, entre individualisation et socialisation des pertes, tenant compte des nécessités de souplesse pour ne pas entraver un progrès technologique constant, voir aussi les intéressantes réflexions de THÉVENOZ, banquier, p. 48 ss.

souhaitait par hypothèse que son paiement soit exécuté dans un délai plus long). Idéalement, de tels délais devraient également exister au niveau national. Il serait en effet regrettable pour les consommateurs que l'exécution des paiements transfrontières soit réglementée avec précision au niveau communautaire alors que les paiements nationaux continueraient eux d'être effectués avec des délais par trop variables d'un ordre juridique à l'autre, en fonction de la législation et de la jurisprudence applicables. Peut-on imaginer des paiements qui seraient finalement exécutés beaucoup plus rapidement entre deux Etats aux confins de l'Europe qu'au sein d'un seul pays?

385. La détermination des délais en question reste cependant une question délicate compte tenu des intérêts divergents des parties concernées. Il est évident que pour les utilisateurs des systèmes de paiement, une exécution immédiate ou tout au moins la plus rapide possible serait la bienvenue. En revanche, il peut être plus difficile pour les professionnels de respecter des délais très brefs puisqu'ils dépendent étroitement des développements technologiques des systèmes et de l'efficacité des établissements intermédiaires intervenant dans le processus de paiement. Des initiatives ont toutefois été prises en Europe pour améliorer le système traditionnel et trop lent du "*correspondent banking*" et des organisations proposent aujourd'hui à leurs clients des délais d'exécution de plus en plus courts[1046]. L'important est donc de trouver une solution médiane. On ne peut contraindre juridiquement les institutions financières à respecter des délais qui ne sont pas techniquement envisageables. En revanche, on peut faire en sorte d'éviter qu'un ordre donné soit perdu dans une pile, aux mains d'un employé non diligent et qu'un traitement avec retard auprès de la première institution financière concernée puisse se reproduire auprès de chaque établissement participant au transfert. Il s'agit là d'une simple question d'organisation que toute entreprise peut mettre en oeuvre sans trop de difficultés.

386. Partant, nous considérons qu'au vu de la diligence que l'on est en droit d'attendre d'un partenaire professionnel d'un consommateur, l'institution financière du donneur d'ordre devrait s'exécuter en principe le jour même de la réception de l'ordre, sauf circonstances particulières à déterminer[1047]. Sachant cependant qu'il est peut-être parfois difficile de respecter un délai aussi court (périodes de fêtes, fins de mois, etc.), l'on pourrait à la rigueur prévoir un droit d'effectuer le paiement le deuxième jour, mais moyennant une certaine pénalité prédéterminée. La CNUDCI a opté pour ce système dans sa loi type, en prévoyant comme pénalité qu'un paiement effectué le deuxième jour doit porter

---

1046 Cf. *supra* no 31 (TIPA, Eurogiro, UBS Euro plus, etc.).

1047 Par exemple lorsque l'ordre est reçu après la clôture journalière du système de paiement utilisé ou, si le système n'est pas soumis à des horaires particuliers, lorsque l'ordre est reçu en fin de journée et qu'il n'est plus possible pour l'établissement de l'exécuter avant la fermeture du service (voir à cet égard la solution choisie par la CNUDCI, art. 11 para. 5 de la loi type, *infra* no 448).

la date valeur de la veille, jour de la réception de l'ordre et du moment auquel celui-ci aurait normalement dû être exécuté.

387. Un tel délai d'exécution devrait ensuite être identique pour tous les établissements intermédiaires ainsi que pour l'établissement du bénéficiaire. Il paraît en effet raisonnable - et admissible pour les utilisateurs - d'attendre qu'un paiement transfrontière prenne en principe un jour ouvrable, exceptionnellement deux, par institution financière concernée. Si une opération devait faire intervenir deux banques correspondantes en plus des établissements du donneur d'ordre et du bénéficiaire, ce qui représente l'hypothèse du paiement transfrontière le plus compliqué, c'est donc un total de quatre jours maximum que devrait en principe prendre le transfert pour un traitement auprès des quatre intervenants. Dans un cas de figure plus fréquent avec trois intervenants (une seule banque correspondante) et si ceux-ci exécutaient tous le paiement le jour suivant la réception (moyennant pénalité), le délai total serait de six jours[1048].

388. Reste la question des sanctions en cas de non-respect de ces délais. Conformément aux principes généraux du droit civil, il est normal que si le donneur d'ordre subit un dommage du fait du retard dans le paiement (intérêts moratoires et dommages-intérêts de retard à payer au créancier bénéficiaire, gain manqué, etc.)[1049], il puisse obtenir réparation de l'établissement fautif. On peut imaginer également une sanction sous forme de clause pénale, voire d'autres types d'amende, mais avec le danger que l'on s'éloigne un peu trop du régime classique du droit des contrats: si le client n'a subi aucun dommage, son établissement financier devrait-il malgré tout être tenu de payer un montant? Il convient cependant de relever que pour des petits paiements grand public, il est rare qu'un retard de paiement occasionne un dommage important. Il se peut donc que des établissements continuent de ne pas respecter les délais fixés sachant le risque minime qu'ils soient actionnés en dommages-intérêts. Le seul moyen d'éviter de tels abus est dès lors bien d'opter pour un système sanctionnel

---

1048 Lorsque les paiements transfrontières auront techniquement été améliorés, en ce sens qu'ils pourront être exécutés plus rapidement grâce à des systèmes mieux automatisés, à des procédures plus uniformes, on peut se demander si dans une optique d'efficacité économique, la meilleure solution ne sera pas alors de s'écarter de la fixation du délai total en fonction du nombre d'intervenants (caractéristique du système actuel, dont la complexité peut varier d'un cas à l'autre), pour préférer un délai maximum précis, uniforme et raisonnable (par exemple quatre jours), laissant la possibilité aux professionnels de faire mieux encore, au besoin moyennant des frais supplémentaires. Pourquoi ne pas imaginer en effet une sorte de service "exprès" en plus du service normal, totalement soumis à la concurrence entre établissements spécialisés quant à son coût et au délai garanti. Le consommateur se verrait ainsi offrir un choix selon le critère qu'il juge primordial, le coût ou la rapidité.

1049 Sur les différents types de dommage possibles, notamment les dommages indirects, cf. *supra* no 373.

dissuasif; nous verrons à cet égard la voie choisie en droit communautaire et qui se réfère à la perte d'intérêts due au retard dans le paiement[1050].

389. *Quid* enfin des éventuelles conséquences d'un tel retard pour l'établissement du donneur d'ordre? Est-ce que cet établissement, en tant que cocontractant du consommateur, devrait être responsable des délais pris par les autres intermédiaires, et pouvoir exercer une action récursoire? Comme déjà relevé, le régime contractuel classique peut en effet avoir un désavantage pour le consommateur puisque celui-ci n'est lié qu'avec l'institution financière qui lui a contractuellement fourni le moyen de paiement transfrontière. Si c'est cette institution financière qui effectue le transfert avec retard, elle engagera sa responsabilité contractuelle pour faute; en revanche, si le retard fautif est l'oeuvre d'un autre établissement dans la chaîne du paiement, l'absence de lien contractuel direct avec le consommateur pourra poser problème à ce dernier pour être dédommagé. C'est la raison pour laquelle on a beaucoup discuté dans la littérature juridique récente de la question de savoir si l'institution financière du donneur d'ordre doit également répondre des erreurs des établissements intermédiaires. Ce problème va donc plus loin que les seuls retards puisqu'il touche en fait à toute mauvaise exécution, quelle que soit son origine. Partant, nous le traiterons plus en détail en relation avec un autre type d'incident: la perte des paiements.

b. La fiabilité

390. Un autre grand obstacle à la pratique des paiements transfrontières est leur manque de fiabilité. Il s'est avéré en effet que des virements se soient - si l'on peut dire - perdus: le donneur d'ordre est débité comme en cas d'exécution correcte, mais le bénéficiaire ne reçoit jamais le transfert. Le montant en cause est bien souvent crédité quelque part par erreur et il n'est pas sûr que l'on puisse le retrouver. La question est donc de savoir qui devrait supporter de telles pertes dans le cadre d'une harmonisation du droit au niveau européen.

391. Si l'erreur a été commise par l'établissement du donneur d'ordre, les principes de droit civil tels que ceux que l'on connaît en droit suisse semblent tout à fait appropriés pour régler la situation. L'institution financière fautive ne devrait pas pouvoir débiter son client puisqu'elle n'a pas correctement exécuté l'ordre; c'est elle qui devrait donc supporter la perte du principal. En outre, elle devrait indemniser le consommateur pour tout dommage supplémentaire dans le cadre de sa responsabilité contractuelle. En revanche, qu'en est-il si l'erreur est imputable à un autre intermédiaire dans la chaîne du paiement[1051]? Cela revient

1050 *Infra* no 430.

1051 Nous n'examinons pas ici les hypothèses où la mauvaise exécution pourrait en tout ou en partie être imputable au consommateur lui-même.

tout d'abord à examiner le rapport entre le donneur d'ordre et de tels intermédiaires.

aa. Droits à l'encontre des établissements intermédiaires

392. Conformément au principe de la relativité des contrats, le client donneur d'ordre n'est en principe lié contractuellement qu'à son institution financière (rapport de couverture) et au bénéficiaire (rapport de base). Il n'a aucun rapport contractuel direct avec des établissements intermédiaires, tels que des banques correspondantes ou l'établissement du bénéficiaire[1052]. C'est dire qu'en principe, une action contractuelle n'est pas possible. Une action délictuelle peut de son côté être difficile à fonder puisqu'il faudrait établir un acte illicite, alors que l'on se trouve dans certains ordres juridiques en présence de la seule violation d'un droit subjectif relatif (droit de créance du consommateur et non droit absolu)[1053].

393. Malgré tout, certains droits nationaux prévoient une prétention directe du mandant contre l'intermédiaire qui a été substitué au premier mandataire et lorsqu'une telle prétention n'est pas codifiée, des théories développées par la doctrine et appliquées par la jurisprudence ont parfois permis de remédier aux difficultés posées[1054]. Des clients ont ainsi pu rechercher directement un intermédiaire avec lequel ils n'étaient pas liés contractuellement, en se servant notamment de la relation qui unissait ledit intermédiaire à leur propre banque (rapports interbancaires). On peut par exemple citer à cet égard la théorie appliquée dans certains cas en droit allemand du "*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*"[1055].

1052 BOTHE/KILIAN, p. 509.

1053 Par exemple en droit allemand: SCHÜRMANN, p. 212 ss; SCHODERMEIER, p. 104.

1054 HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 189 et 191; ATF 121 III 310, 315-317 = JT 1996 I 359, 365 s. (droits français, allemand et autrichien; pour le droit suisse, cf. *infra* no 590 ss).

1055 HUBER, p. 61 ss; JUNG, p. 665 ss; HADDING/SCHNEIDER, p. 636; ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 80 s.; HAMMAN, Gebührenfragen, p. 251; BÜLOW, p. 433; en détail: SCHÜRMANN, p. 129 ss; HIKEL, p. 316 ss; HADDING Walther, Drittschadensliquidation und "Schutzwirkungen für Dritte" im bargeldlosen Zahlungsverkehr, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin - New York 1984, p. 165 ss; HÜFFER Uwe, Die Haftung gegenüber dem ersten Auftraggeber im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, in: ZHR 1987, p. 93 ss; SCHRÖTER Jürgen, Bankenhaftung im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, in: ZHR 1987, p. 118 ss; HIRTH René-Alexander, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr, Berlin 1991. Ces auteurs examinent également une autre théorie, appliquée par certains tribunaux, permettant au client donneur d'ordre, mais dans des conditions différentes, d'être indemnisé du dommage causé par un établissement intermédiaire, la "*Drittschadensliquidation*". Sur la théorie, beaucoup plus marginale, du "*Netzvertrag*": MÖSCHEL Wernhard, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, in: AcP 1986, p. 187 ss. Sur le rôle également de la

En pratique, ces constructions juridiques n'ont toutefois eu de portée que dans des affaires purement nationales et l'on peut donc rencontrer des difficultés si l'on est confronté à des paiements transfrontières[1056]. Comme nous le verrons dans la partie consacrée au droit international privé[1057], les relations contractuelles nouées entre les différentes parties dans un transfert international peuvent faire intervenir plusieurs droits nationaux. Or il se peut très bien qu'un droit national prévoit la possibilité pour un donneur d'ordre, dans un cadre contractuel, de rechercher un intermédiaire (par exemple sous-mandataire), alors que le droit finalement reconnu applicable à la relation contractuelle litigieuse ne connaît absolument pas une telle action directe. Les conflits de lois peuvent encore être compliqués en fonction de la nature juridique de l'action directe: d'ordre contractuel pour certains, elle pourrait être considérée différemment dans d'autres ordres juridiques (origine délictuelle ou autre).

394. Nous ne pensons pas par conséquent que les théories en question puissent être utilisées de manière efficiente dans le cadre d'une harmonisation européenne du droit des paiements transfrontières. Ce d'autant plus que dans l'optique des consommateurs, il paraît bien plus difficile d'actionner un intermédiaire pour un paiement transfrontière mal exécuté que pour un paiement national. Il faut tout d'abord déterminer quel intermédiaire est à l'origine de l'erreur. S'il s'agit d'une banque correspondante, elle aura été choisie par l'établissement du donneur d'ordre et ce dernier n'aura aucune information à son sujet. Le plus souvent, le client lésé ne pourra pas rechercher l'établissement fautif dans son propre pays mais devra saisir le tribunal du siège dudit établissement à l'étranger. Pour un paiement de détail, il est donc économiquement préjudiciable qu'un consommateur danois doive par exemple actionner l'institution financière fautive devant un juge grec. Sans compter qu'à ces problèmes de for, de procédure, de droit applicable, de coût, peut venir s'ajouter le risque théorique d'insolvabilité de l'intermédiaire fautif[1058]. La seule voie pour permettre à un client lésé d'avoir un interlocuteur direct, le plus souvent domicilié dans le même Etat, et donc d'économiser des frais de procédure est de rendre son établissement cocontractant responsable des actes fautifs des intermédiaires[1059]. En ce sens, et pour reprendre l'expression de

théorie de la "*Vertrauenshaftung*": VAN GELDER Alfons, Schutzpflichten zugunsten Dritter im balgeldlosen Zahlungsverkehr?, in: WM 1995, p. 1253 ss. Pour une synthèse de toutes ces théories, voir encore l'ouvrage de ALBRECHT A. et HÖLSCHEIDT, p. 244 ss. Pour une analyse comparative droit français / droit allemand: SCHODERMEIER, p. 103 ss.

1056 Un auteur comme HESS, Überweisung, p. 154, conçoit ainsi par exemple l'utilité d'une théorie comme la "*Vertrauenshaftung*" pour des virements purement nationaux, mais considère pour d'autres raisons que cette théorie n'est pas applicable aux paiements transfrontières.

1057 *Infra* no 725 ss.

1058 Pour une présentation complète de ces inconvénients pour le client, cf. THÉVENOZ, banquier, p. 31 s.

1059 SCHODERMEIER, p. 107.

STAUDER[1060], il s'agit de "nationaliser" un litige potentionnellement international.

bb. Droits à l'encontre de l'établissement du donneur d'ordre

395. La question de la responsabilité de l'institution financière cocontractante du consommateur pour les agissements d'autres intervenants dans la chaîne d'un paiement transfrontière est controversée dans les divers ordres juridiques européens et les solutions peuvent être variables[1061]. Une institution financière intermédiaire peut être considérée comme un auxiliaire de l'établissement du donneur d'ordre, de sorte qu'en cas d'erreur à n'importe quel stade de la chaîne du paiement, ledit établissement sera toujours responsable vis-à-vis du consommateur, ce qui est bien évidemment très favorable à ce dernier[1062]. Il arrive plus fréquemment que le transfert du paiement d'un établissement à l'autre soit qualifié de délégation, de substitution ou de sous-mandat, formes juridiques aux conséquences bien moins strictes, puisque l'établissement du donneur d'ordre sera généralement considéré comme ayant bien exécuté le paiement dès qu'il aura diligemment transmis l'ordre à l'intermédiaire suivant[1063].

396. Afin de tenir compte du besoin de protection de l'utilisateur d'un moyen de paiement transfrontière, nous considérons que les différents intermédiaires dans l'exécution d'un transfert devraient être assimilés à des auxiliaires de l'établissement du donneur d'ordre[1064]. Cela concernerait les banques correspondantes[1065] ou plus généralement toutes les institutions financières

---

1060 STAUDER, Richtlinie, p. 509.

1061 Voir à cet égard la synthèse (pas toujours très claire cependant) de l'étude commandée par la Commission européenne (cf. *supra* no 136 et note 422) par HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 189 ss et 212 s. Pour le droit suisse, cf. *infra* no 585 ss.

1062 Position par exemple soutenue par la doctrine minoritaire en Allemagne (en particulier: HUBER, p. 57 ss; voir aussi les références citées par GENNER, UNCITRAL, p. 87 note 100, ainsi que sa discussion p. 143 s.); critique détaillée notamment par HÖLSCHEIDT, p. 249 ss.

1063 VASSEUR, CNUDCI, no 9, 22, 24, et, plus spécifiquement pour la France (avec certaines controverses), Transfers, p. 261 ss. En Allemagne: BGH (19.3.1991) WM 1991, 797, approuvé par HORN Norbert, WuB I D 1. - 4.91, et BLAUROCK Uwe, EWiR § 670 BGB 1/91, p. 661 s.; D 1992, Sommaires commentés, p. 21 (VASSEUR Michel); GÖBEL, p. 1835; SCHNEIDER, Haftung, p. 1301 s. (voir aussi pour le droit anglais et le droit français p. 1303 s.); HADDING/SCHNEIDER, p. 636; ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 79 s.; BÜLOW, p. 432; KÜMPEL Siegfried, Die begrenzte Haftung der Bank bei weitergeleiteten Kundenaufträgen, in: WM 1996, p. 1893 ss; ainsi que les références de doctrine citées par GENNER, UNCITRAL, p. 88 note 101. Pour une analyse comparative droit français / droit allemand: SCHODERMEIER, p. 103, 105 ss. Pour une discussion approfondie en droits belge et français: THUNIS, automatisation, no 65 ss, 183.

1064 Cf. aussi HESS, Überweisung, p. 154; STAUDER, Richtlinie, p. 592.

1065 HUBER, p. 78. En droit allemand, cet auteur considère déjà *de lege lata* que: "*Entgegen der in der Literatur herrschenden und neuerdings auch vom Bundesgerichtshof*

participant à un système de paiement transfrontière, ainsi que d'autres intervenants tels que les entreprises chargées du réseau de télécommunication[1066]. La seule exception devrait concerner l'établissement du bénéficiaire, qui ne peut avoir le même statut. Dans l'optique de la relation entre le donneur d'ordre et son institution financière, on constate en effet que le bénéficiaire et son établissement sont imposés par le donneur d'ordre à son institution financière, alors que c'est l'inverse pour tous les autres intervenants, qui sont choisis par ladite institution financière pour l'aider dans l'exécution du paiement, sans intervention du donneur d'ordre. On devrait donc considérer que le fait pour l'établissement du donneur d'ordre de transmettre un paiement à l'établissement du bénéficiaire relève plutôt de la délégation, de la substitution, l'établissement mandaté par le donneur d'ordre ne devant pas répondre de l'établissement du bénéficiaire comme d'un auxiliaire mais comme d'un sous-mandataire[1067].

397. Le régime que nous proposons aurait pour conséquence - et c'est là l'intérêt pour les utilisateurs - que les institutions financières cocontractantes des consommateurs devraient elles-mêmes indemniser ceux-ci dans toutes les hypothèses de mauvaise exécution (c'est-à-dire *in casu* en cas de perte du paiement, mais la situation serait la même en cas de retard), même si elles ne sont pas directement à l'origine de l'incident et que celui-ci a été provoqué par un intermédiaire dans la chaîne du transfert[1068]. L'établissement d'un donneur d'ordre devrait ainsi recréditer le montant d'un paiement non achevé et réparer tout éventuel préjudice de son client, dès lors qu'un intermédiaire n'a pas fait preuve de la diligence que l'on était en droit d'attendre de l'établissement du donneur d'ordre lui-même. En revanche, la responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre ne devrait pas être aussi étendue en cas d'erreur de l'établissement du bénéficiaire, puisqu'il n'en répondra que comme d'un sous-mandataire et non d'un auxiliaire. C'est dire que dans un tel cas, l'établissement du donneur d'ordre devrait être libéré dès qu'il aura correctement transmis l'ordre à l'établissement du bénéficiaire, soit au moment où le paiement quittera en fait sa sphère de puissance.

398. Cette allocation des risques se justifie également économiquement: entre le consommateur donneur d'ordre et son établissement, c'est bien ce dernier qui représente la partie contractante la mieux à même de découvrir et d'empêcher des erreurs. C'est lui qui peut, au moindre coût, éviter une perte; il peut en outre

---

übernommenen Ansicht, aber in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht, sind die Korrespondenzbanken als Erfüllungsgehilfen der erstbeauftragten Bank anzusehen".

1066 STROHDEICHER, p. 112.

1067 Voir en droit suisse BILLOTTE-TONGUE, no 210 ss.

1068 En doctrine, les controverses dans ce domaine ont surtout été exprimées en relation avec la loi type de la CNUDCI et son régime de "*money-back guarantee*". On se reportera donc aux références citées au sujet de la loi type *infra* note 1208.

mieux amortir et répartir une telle perte (par le biais d'un système d'assurance au besoin)[1069].

L'établissement ayant indemnisé son client devrait bien entendu bénéficier d'une action récursoire. Plutôt que de prévoir un droit d'action directe contre l'intermédiaire fautif, avec les aléas que cela peut représenter, un règlement plus simplifié des litiges devrait être favorisé, par un mécanisme en chaîne où chaque établissement tenu d'indemniser en amont se retournerait contre celui avec lequel il est en contact en aval, jusqu'à ce que l'on remonte à l'établissement où le problème s'est produit, établissement qui supporterait alors seul le dommage.

399. Quant au donneur d'ordre, il n'est dès lors pas nécessaire de lui aménager en plus une action directe spécifique contre les intermédiaires auxiliaires de son établissement (une éventuelle prétention d'ordre délictuel mise à part). Une analyse de droit comparé montre d'ailleurs que l'on arrive souvent *de lege lata* à l'une ou l'autre des solutions, non les deux: soit l'établissement du donneur d'ordre répond des intermédiaires de la chaîne du paiement et le donneur d'ordre n'a alors en principe pas d'action directe contre ces intermédiaires, soit l'établissement du donneur d'ordre est libéré dès qu'il a transmis le paiement à l'intermédiaire suivant et le donneur d'ordre peut alors jouir d'une action directe contre l'intermédiaire fautif[1070]. En outre, on rappellera que l'intérêt de rendre l'établissement du donneur d'ordre responsable des intermédiaires est d'éviter dans la mesure du possible tout contentieux transfrontière, puisque le client n'aura pas à rechercher un intermédiaire à l'étranger, mais pourra s'adresser à son propre établissement, généralement établi dans le même Etat[1071]. L'adoption d'un régime d'action directe contre les intermédiaires ne ferait donc que conforter les difficultés pratiques que connaissent actuellement les consommateurs dans le cadre d'un litige international.

Une exception devrait cependant être réservée encore une fois pour la responsabilité de l'établissement du bénéficiaire. Si l'on considère que dans le cadre de la délégation, de la substitution évoquée plus haut, l'établissement du donneur d'ordre ne devrait plus répondre de toute erreur une fois le paiement

---

1069 Pour reprendre les propos tout à fait pertinents de THÉVENOZ, banquier, p. 35: "*il est non seulement inéquitable, mais surtout économiquement inefficace de faire supporter au donneur d'ordre le risque lié au choix d'une banque intermédiaire, car c'est un risque sur lequel il ne peut pas agir. Il n'a ni les connaissances ni les compétences professionnelles pour réduire la probabilité d'une perte en choisissant, mieux que sa banque, le chemin que devront suivre les fonds pour parvenir au bénéficiaire. Seule la banque qui a désigné celle où les fonds se trouveront bloqués pouvait agir sur ce risque. Le lui faire supporter, c'est l'inciter à le réduire, c'est-à-dire à faire un choix économiquement optimal*".

1070 HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 189 ss. Voir toutefois SCHODERMEIER, p. 107.

1071 Cf. *supra* no 394.

transmis à l'établissement du bénéficiaire, il serait normal que le donneur d'ordre puisse lui directement actionner ce dernier établissement pour obtenir réparation de son éventuel dommage[1072]. On pense par exemple au cas où l'établissement d'un bénéficiaire serait responsable du retard dans le paiement d'une prime d'assurance: si le donneur d'ordre devait subir un dommage indirect du fait de la perte de couverture de l'assurance, l'établissement du bénéficiaire devrait en répondre.

Compte tenu du rôle spécial joué par l'établissement du bénéficiaire, la plupart des questions devraient pouvoir également être réglées dans le cadre du rapport de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Nous considérons en effet que sous l'angle du rapport de base, l'établissement du donneur d'ordre et les intermédiaires devraient être qualifiés d'auxiliaires du donneur d'ordre, alors que l'établissement du bénéficiaire serait lui auxiliaire du bénéficiaire[1073]. Partant, le bénéficiaire ne pourrait par exemple pas actionner le donneur d'ordre en dommages-intérêts en cas de retard ou de perte du paiement si l'incident est dû à la négligence de son établissement. Il devrait se retourner contre cet établissement[1074]. De même devrait-il se laisser opposer tous les autres actes de cet établissement, en particulier en cas de dommage du donneur d'ordre.

400. Reste à examiner les hypothèses dans lesquelles aucun intervenant n'aurait commis de faute, soit les cas fortuits ou plus rarement la force majeure, qui représente un événement plus imprévisible et extraordinaire survenant avec une force irrésistible[1075]. Dans le cadre de paiements transfrontières effectués selon un mode traditionnel, non entièrement automatisé, l'on devrait s'en tenir à une stricte responsabilité pour faute des institutions financières[1076]. C'est dire qu'en l'absence de faute, celles-ci ne devraient pas avoir à supporter les éventuels dommages des consommateurs (gain manqué, demeure vis-à-vis du créancier bénéficiaire, etc.) consécutifs à une mauvaise exécution du paiement. Le problème est en revanche différent pour le sort du seul montant principal en cas de perte du paiement. Nous avons vu en effet que dans la tradition de certains droits civils, une institution financière ne peut débiter ce montant à son client qu'en cas d'exécution correcte du mandat, indépendamment de toute question de faute et de responsabilité contractuelle. Nous considérons donc que l'établissement du donneur d'ordre devrait rembourser à celui-ci tout paiement

1072 BUYLE J.P. / THUNIS X., in: RDC 1996, p. 1039 ss, 1041.

1073 Cf. en droit suisse BILLOTTE-TONGUE, no 179; HEINI, p. 82 ss. En droit allemand: CANARIS, no 475a.

1074 Comparer: HUBER, p. 66 s.

1075 Sur la distinction: FAVRE-BULLE, paiement, p. 185 et note 594.

1076 Nous verrons que la problématique peut être différente pour des paiements électroniques, sans intervention humaine directe pour le traitement (*infra* no 406 ss). Il est d'ailleurs probable en pratique que les hypothèses de cas fortuits pouvant causer une erreur dans l'exécution d'un paiement sont plus fréquentes pour des systèmes entièrement automatisés: pannes d'électricité, chutes de tension, foudre, etc.

inachevé (le montant principal, à l'exclusion de tout dommage supplémentaire), quelles que soient les circonstances, cas fortuit ou force majeure[1077].

c. Le "*double charging*"

401. On rappellera que selon la définition donnée par la Commission européenne dans sa communication relative aux règles de concurrence applicables aux systèmes de virement transfrontalier, il y a double prélèvement des frais ("*double charging*") "*lorsque le donneur d'ordre d'un virement transfrontalier demande à payer l'intégralité des frais afférents au virement (...) et que, malgré ses instructions, une banque intermédiaire ou la banque du bénéficiaire opère une déduction sur le montant transféré, ou que cette dernière facture au bénéficiaire un montant supérieur à celui qui aurait été facturé pour un virement domestique*"[1078]. Dans le cadre de l'étude des problèmes contractuels entre un client et son institution financière dans le présent chapitre, nous adopterons cette définition large, qui vise toute instruction de virement net de frais non respectée, qu'il y ait ou non des frais véritablement prélevés à double[1079].

402. Si un consommateur donne pour instruction à sa banque de lui facturer la totalité des frais d'un paiement à distance et que le bénéficiaire se voit malgré tout débité finalement d'une partie de ces frais, l'ordre de paiement a manifestement mal été exécuté[1080] et cette mauvaise exécution n'est pas plus particulière qu'un retard ou la perte d'un paiement. Le "*double charging*" ne doit donc pas être vu comme un problème tout à fait spécial et sa solution juridique peut s'inspirer des développements généraux faits précédemment pour toutes les hypothèses d'erreurs.

403. Si le double prélèvement est imputable à l'établissement du donneur d'ordre, il serait conforme aux principes de certains droits civils que ledit établissement en supporte les conséquences. Si le prélèvement de frais auprès du bénéficiaire, non autorisé par le donneur d'ordre, devait occasionner un dommage à ce dernier (le créancier bénéficiaire le met par exemple en demeure pour le montant impayé - soit le montant de la créance moins les frais prélevés à tort -)[1081], l'établissement du donneur d'ordre devrait en répondre sur la base de

---

1077 SCHÖNLE, responsabilité, p. 88 s.; STAUDER, contrat, p. 233.

1078 Commission [UE], concurrence, no 47. Voir aussi *supra* no 157.

1079 Voir notre présentation générale du problème du "*double charging*" *supra* no 170 ss. MITCHELL, payments, p. 28.

1080 SCHNEIDER, Entwurf, p. 481. Pour une étude des conséquences juridiques en droit allemand du non-respect d'instructions en matière de frais (dans les différents rapports créés par un virement), cf. HAMMAN, Gebührenfragen, p. 250 ss.

1081 Sur ce dommage, HAMMAN, Gebührenfragen, p. 250.

sa responsabilité contractuelle pour faute[1082]. Par souci de simplification et pour éviter dans la mesure du possible un véritable dommage du bénéficiaire répercuté sur le donneur d'ordre puis sur sa banque, on pourrait aussi prévoir plus simplement qu'en cas de double prélèvement, la banque du donneur d'ordre devrait immédiatement faire créditer le bénéficiaire des frais perçus à tort[1083].

404. Si maintenant le double prélèvement de frais n'est pas imputable à l'établissement du donneur d'ordre, mais à un autre intermédiaire dans la chaîne du paiement, se pose à nouveau la question de la répartition du risque vis-à-vis du consommateur. Comme celui-ci, au contraire de sa banque, n'a absolument aucun pouvoir quant au prélèvement des frais auprès des intervenants, comme il peut être très difficile pour le consommateur de rechercher un intermédiaire fautif à l'étranger et comme les établissements intermédiaires devraient d'une manière générale être assimilés à des auxiliaires de la banque du donneur d'ordre, il nous semble que c'est cette dernière, la banque du donneur d'ordre, qui devrait à nouveau assumer les conséquences de tout double prélèvement non autorisé, quelle que soit son origine.

Elle devrait bien sûr bénéficier en contrepartie d'une action récursoire contre l'intervenant suivant dans la chaîne du paiement, selon un mécanisme permettant de remonter d'établissement en établissement jusqu'à l'intermédiaire fautif.

Devrait être toutefois réservée l'hypothèse d'un prélèvement erroné imputable à la banque du bénéficiaire: si la banque du donneur d'ordre a facturé à son client un montant total des frais de manière correcte, si les établissements intermédiaires ont respecté la tarification, mais que c'est finalement l'établissement du bénéficiaire qui prélève des frais sans droit au détriment ce dernier, il ne serait pas équitable d'en rendre responsable la banque du donneur d'ordre. Le donneur d'ordre devrait pouvoir actionner l'établissement fautif en cas de dommage (paiement insuffisant d'une prime d'assurance par exemple). Si c'est le bénéficiaire qui subit le dommage dû au double prélèvement des frais (parce que le montant viré est inférieur au montant attendu), il devrait se retourner contre son établissement fautif avec lequel il est en relation

---

1082 En droit allemand: GENNER, UNCITRAL, p. 94. Pour un jugement condamnant le "*double charging*" et accordant une prétention en enrichissement illégitime au bénéficiaire contre la banque correspondante ayant prélevé des frais: AG Düsseldorf, 14.12.1992, in: ZIP 1993, 1227 (critique par SCHNEIDER Uwe H., EWiR § 675 BGB 6/93, p. 969 s.). Contra: Cour de cassation française, Chambre commerciale, 12.12.1995, Pavillon c. BNP, in: Banque & Droit, no 48, juillet-août 1996, p. 40 s. (GUILLOT Jean-Louis); Revue de droit bancaire et de la bourse 1996, p. 48 s. (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves).

1083 Solution adoptée dans la directive communautaire sur les virements transfrontaliers, cf. *infra* no 434.

contractuelle, établissement dont il devrait répondre plus généralement comme d'un auxiliaire[1084].

405. Dans la mesure où le dommage à supporter par la banque sera généralement très faible, on peut à nouveau se demander quelle pourrait être la portée pratique d'une interdiction du "*double charging*" aux conséquences limitées à la notion traditionnelle de réparation d'un préjudice contractuel. A l'instar de ce que l'on a dit pour la question des retards dans les paiements[1085], certaines institutions financières prendront peut-être le risque d'un double prélèvement des frais, qui ne leur coûtera pas grand chose. Le seul moyen de prévenir un tel risque serait alors d'accompagner l'interdiction du "*double charging*" de sanctions appropriées, allant au-delà des principes généraux du droit civil. On pense à nouveau à l'adoption d'une clause pénale ou autre forme d'amende: si l'institution financière ne respecte pas ses obligations, elle sera tenue d'indemniser le client sur la base d'une peine au caractère dissuasif.

d. Le cas particulier des paiements électroniques

406. Jusqu'ici, pour les principaux problèmes soulevés en matière de paiements transfrontières (retards, pertes, "*double charging*"), nous avons pu proposer des règles d'harmonisation qui s'inspirent de certains principes de droit civil applicables aux hypothèses générales d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations du mandataire: obligation de remboursement des fonds perdus, responsabilité pour faute en cas de dommage, responsabilité pour les auxiliaires intervenant dans le processus de paiement. Si ces propositions sont adaptées à des moyens de paiement traditionnels, tels que les virements transfrontières classiques avec ordre donné sur un support papier et traitement encore en grande partie assuré par des employés, la situation peut être différente lorsque les opérations sont entièrement effectuées électroniquement.

En effet, la théorie classique de la responsabilité pour faute se rapporte à des comportements humains. On sanctionne un manquement de la volonté à un devoir imposé par l'ordre juridique. Or nous avons de plus en plus affaire à des systèmes informatisés qui peuvent être l'objet de dysfonctionnements, occasionnant par là des dommages en dehors de toute intervention humaine. La question est donc de savoir si et comment les institutions financières doivent répondre des défauts de leur systèmes électroniques[1086]. L'évolution de la technologie est peut-être l'occasion de repenser aujourd'hui les bases de la responsabilité des institutions financières en cas de paiements automatisés, en se détachant de la notion de faute pour retenir une responsabilité causale.

1084 Cf. *supra* no 399.
1085 *Supra* no 388.
1086 Cf. THÉVENOZ, banquier, p. 22 s.

407. En termes de risques, il apparaît que l'établissement qui offre un service de paiement électronique, tel l'émetteur de cartes, est la partie qui est la plus à même de prévenir et d'assumer les risques de mauvais fonctionnement. C'est lui, le professionnel, qui est maître de l'organisation et de l'exploitation du système; c'est lui seul qui détermine le niveau de fiabilité de ce système par le choix qu'il opère entre les coûts d'un perfectionnement et les risques encourus, alors que l'utilisateur n'a aucune influence sur les aspects technologiques[1087]. Une partie de la doctrine a ainsi développé, en s'inspirant des principes régissant la responsabilité du fait des produits[1088], une théorie du risque, selon laquelle tout établissement, tout émetteur de moyens électroniques de paiement devrait répondre intégralement du dommage occasionné à ses clients par un système de transfert électronique de fonds, indépendamment de toute faute et sans que celui-ci puisse s'exonérer par le biais de conditions générales, de sorte que l'on pourrait parler de responsabilité causale du fait d'un service[1089].

408. Dans une perspective d'harmonisation européenne, on peut dès lors se demander, pour les cas d'exécution irrégulière d'un transfert électronique de fonds, due par exemple à un mauvais fonctionnement du système, s'il ne faudrait pas faire supporter le dommage dans son intégralité (perte du principal, gain manqué, etc.) à l'établissement émetteur du moyen de paiement, quelle que soit sa faute, pour autant qu'il y ait un rapport de causalité adéquate entre le fait générateur de la responsabilité (exécution incorrecte d'une obligation préexistante) et le dommage du consommateur[1090]. Cela signifie que l'émetteur devrait en principe supporter le préjudice du titulaire même si la cause du mauvais fonctionnement du système se situe en dehors de sa sphère de puissance[1091].

1087 Pour VASSEUR, paiement, no 38 (en faveur toutefois d'une simple présomption de responsabilité): "*Professionnel, le banquier répond de sa technique; il en répond, c'est-à-dire qu'il en est responsable; il en assume le risque; ce risque n'est pas le risque, la faute de l'homme, mais le risque de l'entreprise, de la machine, engendrant une responsabilité spécifique, du fait des choses*".

1088 Pour la comparaison avec la directive du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (in: JOCE L 210 du 7.8.1985, p. 29 ss), voir surtout SCHAUSS, Contract, p. 109 s.

1089 Voir les nombreuses références citées (ainsi que pour d'autres théories comparables en droit comparé) in FAVRE-BULLE, paiement, p. 183 note 588; THÉVENOZ, banquier, p. 18 et note 4. Pour une analyse récente: THUNIS, automatisation, no 182.

1090 Tout au plus peut-on imaginer des cas où la faute d'un tiers serait si grave qu'elle reléguerait à l'arrière-plan le risque inhérent du système de paiement électronique, de sorte que le lien de causalité adéquate serait interrompu et que l'émetteur ne devrait pas être tenu pour responsable du dommage (par exemple si l'inexécution d'un ordre de virement, initié auprès d'un guichet automatique, a provoqué un gain manqué du client alors qu'elle a été causée par l'explosion d'une bombe posée par un terroriste devant la banque).

1091 La seule exception devrait concerner les ordinateurs ou autres terminaux Videotex se trouvant chez le consommateur et servant à des prestations de banque à domicile: c'est le client, et non son établissement, qui devrait supporter une défaillance de l'appareil, car

409. L'émetteur devrait également supporter les cas fortuits, mais pas la force majeure. Il est conforme aux principes généraux de certains droits civils que le consommateur conserve son action en remboursement des fonds déposés même en cas de force majeure (perte du principal)[1092]. De même est-il normal que toutes les conséquences d'un cas fortuit (dommage supplémentaire du client y compris) soient couvertes par une responsabilité causale. En revanche, la question de la force majeure est plus discutable dans le cadre d'une responsabilité causale pour tout préjudice supplémentaire du client (au-delà du montant de la transaction)[1093]. Sous l'angle de l'équité, et toujours dans une perspective *de lege ferenda*, il nous semble que cette controverse devrait être tranchée dans le sens d'une libération des institutions financières concernées.

On rappellera tout d'abord que la force majeure est apte à interrompre le lien de causalité adéquate entre l'inexécution de l'opération et le dommage[1094], de sorte que les institutions financières pourraient ne pas être tenues pour responsables dans une telle hypothèse. Ensuite, on peut dire d'une façon générale que la force majeure ne se maîtrise pas, qu'elle n'entre pas dans la sphère de contrôle des parties et qu'il est donc impossible de procéder à une allocation des risques comme on peut le faire dans des cas normaux d'erreur. Il faut reconnaître en outre que les professionnels n'apparaissent plus forcément comme les partie économiquement les plus aptes à supporter un dommage dû à la force majeure, car si l'on avait affaire à un tremblement de terre ou à une guerre, les préjudices seraient de toute façon considérables, que ce soit pour les consommateurs ou pour les institutions financières. D'ailleurs, il n'est pas sûr que celles-ci puissent toujours recourir à un système d'assurance[1095], car les assureurs excluent souvent toute couverture en cas de force majeure.

410. Si un établissement devait supporter une responsabilité causale du fait de son système automatisé, il devrait en contrepartie bénéficier d'un droit de recours contre le ou les éventuels tiers à l'origine de la cause ayant occasionné l'erreur et donc le dommage[1096]. Il pourrait en outre recourir à un système

---

c'est lui qui aura choisi et entretenu celui-ci, les risques sont donc entièrement dans sa sphère de contrôle; cf. CONSEIL DE L'EUROPE (Note du ministre de la Justice des Pays-Bas), no 12; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 43; BILLOTTE-TONGUE, no 626; VAN ESCH, p. 33. Cette exception ne devrait toutefois pas viser les incidents relevant du système de communication, du matériel informatique de l'émetteur ou les incidents dont l'origine ne pourrait être décelée.

1092 Cf. *supra* no 376. Comme le relève STAUDER, contrat, p. 233, il n'y a par exemple "*pas de justification à ce que l'émetteur soit libéré de son obligation de rembourser si la foudre a entraîné l'effacement des opérations sur des bandes magnétiques*".

1093 Références in FAVRE-BULLE, paiement, p. 184.

1094 SCHÖNLE, responsabilité, p. 89.

1095 STAUDER, contrat, p. 234.

1096 Cf. STAUDER, contrat, p. 234. L'émetteur est économiquement et juridiquement plus apte que le consommateur pour se retourner contre le ou les responsables du dommage, surtout s'ils se trouvent à l'étranger. Certaines institutions financières bénéficient

d'assurance pour couvrir les pertes à supporter du fait d'un tel régime de répartition des risques. Le coût d'une assurance pourrait bien sûr être reporté sur les clients, par exemple comme composante de la cotisation annuelle du moyen de paiement ou des frais prélevés lors des opérations[1097]. De toute façon, les dommages supplémentaires des consommateurs sont généralement rares et peu élevés, par rapport à ce qui se produit lors de transferts électroniques de fonds entre professionnels[1098], et ils seraient donc plus facilement supportables par l'institution financière que par le client isolé.

411. Les développements qui précèdent visent bien sûr les systèmes entièrement automatisés permettant d'effectuer des transferts électroniques de fonds grand public, d'un compte du donneur d'ordre en faveur d'un bénéficiaire (DAB, GAB, EFTPOS, Telebanking), mais ils devraient logiquement être étendus également aux autres systèmes informatisés, sans intervention humaine directe, auxquels recourent de plus en plus les institutions financières pour exécuter d'autres formes de paiements transfrontières. Les moyens électroniques de paiement de la nouvelle génération (porte-monnaie électronique, paiements cybernétiques) peuvent toutefois présenter un cas particulier.

Quelle sera en effet la situation juridique une fois qu'un certain montant aura été chargé dans la puce du porte-monnaie électronique ou dans le porte-monnaie virtuel sur Internet? Si un problème d'exécution survient avant, lors du transfert depuis un terminal du montant à charger du compte du consommateur vers son porte-monnaie informatique (crédit incorrect), les règles décrites plus haut pourront s'appliquer puisque l'on reste dans le cadre d'un virement électronique effectué par l'institution financière qui tient le compte du consommateur. Que se passera-t-il en revanche si le montant, correctement chargé dans le porte-monnaie informatique, ne peut plus être utilisé ensuite?

412. Il conviendra de distinguer selon que la défaillance est imputable au client porteur ou au responsable du système, en l'occurrence l'institution financière qui met ce moyen de paiement à la disposition de son client. Dans la première hypothèse - le client détériore sa carte à puce, manipule incorrectement son porte-monnaie virtuel sur Internet et provoque sa perte, etc. -, c'est le client qui

---

d'ailleurs déjà aujourd'hui d'un droit de recours dans les contrats-cadres qu'elles concluent avec les autres intervenants. Le problème peut toutefois être plus délicat en ce qui concerne les réseaux publics de télécommunication dont la responsabilité est souvent limitée, car cela signifie que l'émetteur ne pourra pas se faire indemniser entièrement s'il a couvert la perte du consommateur alors que l'incident technique provenait des lignes de télécommunication; cf. NICOLAS, recommandation, p. 71. Pour une analyse et des suggestions à cet égard: FAVRE-BULLE, paiement, p. 190 note 618.

1097 Le coût à supporter par les consommateurs ne devrait vraisemblablement pas être trop élevé si l'on se réfère aux systèmes d'assurance existants en cas de fraude (voir l'exemple cité in FAVRE-BULLE, paiement, p. 243 note 825).

1098 Cf. *supra* note 1029.

devrait assumer les conséquences de sa maladresse, par analogie avec ce qui se passerait avec des espèces, par exemple si des billets de banque étaient endommagés et devenaient ainsi inutilisables. En revanche, dans la deuxième hypothèse - le client ne commet aucune faute, il essaie simplement d'utiliser sa carte porte-monnaie ou son porte-monnaie virtuel sur Internet mais cela ne fonctionne pas ou mal, le système est défaillant -, c'est l'institution financière du client qui devrait en assumer les conséquences. Nous ne savons pas aujourd'hui quel sera exactement le degré de fiabilité de cette nouvelle monnaie électronique, mais il n'est pas d'emblée exclu que des problèmes techniques puissent survenir, provoquant la perte - peut-être définitive - du montant chargé dans le porte-monnaie informatique. Le consommateur non fautif ne devrait pas assumer une telle perte sous prétexte qu'il est responsable de son moyen de paiement une fois celui-ci chargé. C'est le professionnel qui devrait supporter le dommage consécutif à un défaut de son système.

Reste que les problèmes de preuve pourront peut-être être délicats: comment établir en effet qu'à la suite du chargement d'un montant X dans le porte-monnaie et après quelques achats, il devrait rester un montant Y, alors que la machine indique 0? Même si le client était en mesure de produire les reçus de ses achats, rien ne l'empêcherait de taire d'autres dépenses, qui expliqueraient la réalité d'un crédit 0 plutôt que d'un montant Y. Le risque de fraude par les titulaires eux-mêmes est donc important. En fait, la situation sous l'angle probatoire est comparable aux problèmes que l'on peut rencontrer avec des distributeurs de billets: comment un client peut-il établir qu'il n'a reçu que trois billets de cent francs alors qu'il avait demandé quatre cents francs et qu'il a été débité pour ce montant? Seul l'examen du système de paiement lui-même (enregistrements dans le DAB, informations contenues dans la carte à puce ou dans le fichier informatique pour le porte-monnaie virtuel) permettra d'y voir plus clair. Nous reviendrons sur ce point dans le chapitre consacré aux problèmes de preuve[1099].

3. Le droit communautaire

413. A l'instar de la partie consacrée aux problèmes de transparence, une étude du droit communautaire *de lege lata* s'agissant de la mauvaise exécution de paiements transfrontières peut être divisée en deux parties. Un volet important touchant aux paiements à distance est constitué par la directive 97/5/CE sur les virements transfrontières, avec la recommandation 90/109/CEE qui l'a précédée. Une place doit par ailleurs être laissée aux recommandations qui traitent plus particulièrement des paiements face-à-face. Si elles ne concernent pas directement les paiements transfrontières, ces recommandations n'ont constituent

1099 *Infra* no 505 ss.

pas moins une tentative d'harmonisation des pratiques nationales en matière de systèmes de paiement grand public au sein de l'Union européenne, harmonisation qui peut également avoir des effets en cas de paiements internationaux.

a. Les moyens de paiement face-à-face

aa. De la recommandation 88/590/CEE à la recommandation 97/489/CE[1100]

414. La recommandation du 17.11.1988 (concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes) rend les émetteurs responsables vis-à-vis des titulaires de la "*non-exécution ou de l'exécution fautive des opérations*"[1101], responsabilité que la recommandation du 30.7.1997 (concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire) exprime désormais plus clairement en parlant "*de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte des opérations*"[1102] et qu'elle étend à toute erreur ou irrégularité commise dans la gestion du compte du titulaire[1103]. Dans les deux textes, la responsabilité pour inexécution ou mauvaise exécution s'applique même lorsque les opérations sont effectuées depuis des systèmes sur lesquels l'émetteur n'a

---

1100 La recommandation 87/598/CEE (code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique) ne contient aucune norme relative à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite d'un contrat.

1101 Art. 7.1 premier tiret. Au premier abord, une interprétation littérale de cette disposition pourrait laisser penser que le texte communautaire instaure une allocation des risques assez particulière, où l'émetteur répondrait de toute inexécution, quelle que soit sa faute, mais où il ne serait en revanche responsable d'une exécution imparfaite qu'en cas de comportement fautif. Il n'en est rien: la version originale de la recommandation, en anglais, parle de "*non-execution or defective execution*". Sur le rapport entre cette responsabilité du professionnel et les obligations de diligence à charge du titulaire et mentionnées à l'art. 4 (soit principalement avertir l'émetteur sans délai excessif après avoir constaté une erreur ou toute autre irrégularité dans la gestion de son compte: art. 4.1 lit. b troisième tiret. Obligation reprise à l'art. 5 lit. b troisième tiret de la recommandation 97/489, avec pour modification que le titulaire doit notifier l'incident à l'émetteur "*dès qu'il en a connaissance*"), voir notre analyse, FAVRE-BULLE, paiement, p. 186.

1102 Art. 8 para. 1 lit. a.

1103 Art. 8 para. 1 lit. b. Dispositions (art. 8 para. 1 à 3) toutefois inapplicables pour les transactions effectuées au moyen d'un instrument de monnaie électronique, sauf lors de charges ou décharges de valeurs *via* un accès à distance au compte du titulaire (art. 1 para. 2). En cas de perte de valeur stockée sur un instrument de monnaie électronique ou d'exécution incorrecte des opérations effectuées par le titulaire, l'émetteur est spécifiquement responsable si ces incidents sont dus à un dysfonctionnement de l'instrument lui-même ou des autres appareils agréés et que ce dysfonctionnement n'a pas été provoqué par le titulaire, sciemment ou en violation des conditions d'utilisation: art. 8 para. 4.

pas de contrôle direct ou exclusif[1104], ce qui devrait notamment viser les terminaux points de vente des commerçants et les distributeurs automatiques de billets gérés par d'autres institutions financières[1105].

415. *Prima facie*, il pourrait donc s'agir d'une responsabilité causale, l'émetteur devant répondre du dommage du titulaire quelle que soit sa faute, même si l'origine du dysfonctionnement est hors de sa sphère de contrôle. Toutefois, la responsabilité de l'émetteur prévue n'est pas illimitée: elle ne porte que sur le montant de l'opération non exécutée ou exécutée incorrectement[1106]. Toutes les autres conséquences financières, en particulier quant à l'étendue du dommage indemnisable, sont régies par le droit applicable au contrat entre l'émetteur et le titulaire et ne sont donc à la charge de l'émetteur que dans la mesure prévue par ce droit[1107].

416. Le régime juridique finalement instauré par les recommandations est donc le suivant: le consommateur peut prétendre au recrédit de son compte si le paiement n'a pas été exécuté conformément à ses ordres, quelle que soit la raison ayant occasionné un mauvais fonctionnement du système. Pour la responsabilité contractuelle de l'émetteur, soit pour tout autre dommage du client supérieur au montant principal du paiement (gain manqué par exemple), les textes de la Commission renvoient aux droits nationaux, ce qui veut dire que la faute sera souvent exigée, dans la tradition de certains droits civils[1108]. Si l'on peut approuver le droit pour le titulaire de recouvrer ses fonds en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution et cela quelle que soit l'origine de l'erreur, il est en revanche regrettable que le droit communautaire ne règle pas le problème de l'éventuel dommage supplémentaire du client et perpétue ainsi les inconvénients

---

1104 Pour autant que ces opérations ne soient pas effectuées à partir de dispositifs, terminaux ou équipements non agréés par l'émetteur (précision de la recommandation 97/489 à l'art. 8 para. 1 lit. a).

1105 Responsabilité jugée "*extrêmement lourde*" par GÉRARD/SVENDSEN, p. 55 s.

1106 Art. 7.2 premier tiret de la recommandation 88/590 (critique par NICOLAS, recommandation, p. 71); art. 8 para. 2 lit. a de la recommandation 97/489. La recommandation de 1997 précise expressément que ce montant est "*éventuellement augmenté d'intérêts*". L'expression "éventuellement" est aussi équivoque que surprenante pour un texte officiel. Il en résulte que le titulaire n'a aucune garantie juridique d'obtenir des intérêts, alors que les consommateurs ne devraient pas subir de pertes d'intérêts en cas d'erreurs imputables aux émetteurs. Si le titulaire était par exemple débité d'une somme trop importante, celle-ci devrait être recréditée avec une date de valeur correspondant au jour du débit erroné; STAUDER, contrat, p. 235. Ce problème des intérêts, qui constituait déjà une lacune de la recommandation 88/590 (FAVRE-BULLE, paiement, p. 181 note 582), n'est donc toujours pas réglé de façon satisfaisante.

1107 Art. 7.3 de la recommandation 88/590; art. 8 para. 3 de la recommandation 97/489.

1108 Voir toutefois l'art. 22 al. 1 de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc. qui instaure par exemple une responsabilité causale (STORM [MULVAD], Denmark, p. 148 s.).

d'un manque d'harmonisation en renvoyant à des droits nationaux différents[1109].

bb. Les autres textes de référence

417. Les Associations européennes du secteur du crédit (AESC) ont prévu dans leur code de bonne conduite relatif aux systèmes de paiement par cartes[1110] que l'émetteur est responsable "*des pertes directes encourues par le titulaire de la carte dues à un mauvais fonctionnement du système sur lequel l'émetteur a un contrôle direct*"[1111]. Le fait de ne pas viser d'autres hypothèses de non-exécution ou d'exécution imparfaite que le mauvais fonctionnement du système (cas de la faute humaine par exemple) est trop restrictif. En outre, une responsabilité de l'émetteur limitée aux appareils pour lesquels l'émetteur a autorisé l'utilisation de la carte[1112] et sur lesquels il a donc un contrôle direct ne correspond pas au droit communautaire[1113].

418. Les pertes directes sont limitées au montant principal de l'opération qui a été débité du compte du titulaire, augmenté des intérêts y afférents[1114].

1109 Cf. GÉRARD/SVENDSEN, p. 56.

1110 *Supra* note 409. De son côté, le code de conduite du Comité du commerce et de la distribution (CCD) concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre porteurs et émetteurs de cartes privatives est très proche sur le fond du texte des Associations européennes du secteur du crédit (cf. art. 6.1 lit. b et 6.2).

1111 Art. 13 al. 1. Voir aussi le "*Banking Code*" au Royaume-Uni (art. 4.12), ainsi que pour un exemple de contrat au niveau national, l'art. 8.2 du Contrat porteur "CB" (version 6) des banques françaises (in Comité consultatif [France], Rapport 1993-1994, p. 147 ss). Sur la réduction de la responsabilité de l'émetteur en cas de faute du titulaire (art. 13 al. 3 du code AESC), cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 189.

1112 Cf. art. 13 al. 1 dernière phrase.

1113 Agence Europe, Bulletin no 5316, 29.8.1990, p. 8. Voir aussi les critiques d'ALLIX, consommateurs, p. 85 s. Sur le parallèle que l'on peut tirer avec les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité que l'on peut trouver dans certaines conditions générales de contrats de voyages à forfait, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 187 note 604. Dans la perspective des paiements transfrontières, la Commission a voulu savoir si l'émetteur pourrait être tenu responsable des défauts d'un automate à billets ou d'un terminal de paiement au point de vente à l'étranger. Les fédérations bancaires ont précisé que l'art. 13 du code n'est pas limité à un usage national ou international des moyens de paiement et que le problème en question est donc bien couvert (ces remarques interprétatives n'ont cependant pas été diffusées officiellement). Ainsi, si un consommateur utilise un moyen de paiement émis dans un pays A sur le réseau d'un pays B et qu'un problème survient, occasionnant par là un débit injustifié du compte dans le pays A, c'est l'émetteur du moyen de paiement qui en sera responsable, mais il aura alors la possibilité de se retourner contre d'autres parties (réseau du pays B, institution financière du bénéficiaire ou de l'emplacement du guichet automatique, système de télécommunications, etc.).

1114 Art. 13 al. 1 deuxième phrase. Le code de conduite des banques est plus explicite et donc plus satisfaisant que les recommandations en ce qui concerne le problème de la perte des intérêts.

L'émetteur ne répond pas du dommage supplémentaire du consommateur[1115], la réserve du droit national prévue par les recommandations communautaires n'apparaît donc pas dans le code. Le code prévoit en outre que l'émetteur ne pourra être tenu pour responsable d'une perte résultant d'un défaut technique du système de paiement si la panne "*est signalée au titulaire de la carte par un message sur l'appareil ou de toute autre manière évidente*"[1116]. Une telle disposition, qui ne se trouve pas dans les recommandations de la Commission, est tout à fait justifiée[1117]: il est normal qu'un consommateur qui tente de déclencher un transfert électronique de fonds alors qu'il a connaissance du vice technique de l'appareil supporte les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution. Autre est la question de savoir si l'émetteur doit répondre de l'impossibilité d'utilisation du système qui résulte de la panne annoncée[1118]. On peut effectivement imaginer des hypothèses où le titulaire pourrait subir un dommage, par exemple parce qu'il n'a pu initier un ordre de virement électronique (sur son terminal de banque à domicile ou au point de vente) ou retirer de l'argent à un automate, manquant ainsi une affaire et le gain qui devait en résulter[1119]. L'émetteur devrait dans ce cas être responsable et indemniser le client.

419. Ces quelques exemples montrent les importantes divergences qui ont caractérisé les codes de conduite des professionnels par rapport à la recommandation 88/590. Avec l'adoption de la recommandation 97/489, ces textes ne sont définitivement plus compatibles avec le droit communautaire et les institutions financières ne pourront plus les invoquer à titre d'autorégulation conforme aux exigences de la Commission.

1115 Comme le stipulent les notes explicatives du code (p. 6), l'émetteur "*n'acceptera pas de responsabilité indirecte*" (*"for consequential loss"* dans le texte anglais).

1116 Art. 13 al. 2. Ce principe est également présent dans la loi américaine sur les transferts électroniques de fonds (§ 910 (b) (2)).

1117 Cf. OCDE, cartes, p. 71; BILLOTTE-TONGUE, no 527.

1118 Pour les Associations européennes du secteur du crédit, Code, p. 7, "*Les dispositions du Code n'impliquent pas que le service sera disponible en toutes circonstances*".

1119 Ces hypothèses devraient être assez rares, ce d'autant plus si le consommateur a la possibilité de se rendre à un autre DAB ou GAB (cf. GÉRARD/SVENDSEN, p. 55). Plus problématique serait toutefois le cas où l'appareil aurait "avalé" la carte (voir l'exemple cité par FROTZ, p. 135; LAFFERTY BUSINESS RESEARCH, p. 22). Même si le titulaire voulait par exemple utiliser son terminal de banque à domicile immédiatement pour initier un ordre de virement de nuit, de manière à faire créditer le plus rapidement possible le compte du bénéficiaire dans les heures ouvrables d'un autre pays (à cause du décalage horaire), il n'est pas du tout évident que l'ordre soit exécuté en temps réel (cf. WETTSTEIN, p. 43 et 120; FAVRE-BULLE, paiement, p. 24, note 102), surtout pour des transferts internationaux, de sorte que le client ne supportera pas un dommage plus grand s'il transmet l'ordre le lendemain matin à sa banque. En revanche, on peut imaginer effectivement qu'une impossibilité de payer par carte au point de vente occasionne un dommage au client, qui n'aura pu acquérir un bien ou obtenir un service déterminé.

b. Les moyens de paiement à distance

aa. La recommandation 90/109/CEE

420. Deux problèmes ont été expressément traités dans la recommandation du 14.2.1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières: d'une part le double prélèvement des frais[1120], d'autre part les délais d'exécution des opérations, qui ont été fixés de manière précise[1121].

421. Les injonctions non contraignantes de la Commission n'ont cependant pas donné les résultats souhaités, raison pour laquelle les institutions communautaires ont adopté un texte obligatoire. Les questions de délais et de "*double charging*" sont donc aujourd'hui réglées impérativement dans la directive sur les virements transfrontières[1122].

1120 Le troisième principe prévoit que le client devrait être informé des possibilités qu'il a d'éviter le double prélèvement des frais, en gardant à sa charge les frais et commissions encourus ou au contraire en les faisant supporter au bénéficiaire du virement. Dès lors, si le donneur d'ordre demande explicitement à son établissement que le bénéficiaire soit crédité du montant exact indiqué dans l'ordre de virement, il est expressément recommandé aux institutions financières d'utiliser une méthode de transfert permettant de parvenir à ce résultat.

1121 Selon le quatrième principe, chaque établissement intermédiaire (mais *quid* de l'établissement du donneur d'ordre?) devrait traiter les ordres de transfert dans les deux jours ouvrables après réception des fonds. Restent réservés le cas d'instructions contraires du donneur d'ordre, les cas de force majeure ou encore la possibilité pour les institutions financières concernées de notifier leur refus ou un retard prévisible. En cas de retard dans l'exécution, le donneur d'ordre devrait pouvoir obtenir le remboursement d'une partie des frais de transfert. Selon le cinquième principe, l'établissement du bénéficiaire devrait s'acquitter de ses obligations au plus tard le jour ouvrable suivant la réception des fonds attachés à l'ordre de virement, à moins qu'une date d'exécution postérieure n'ait été spécifiée. Si ce délai ne peut être respecté, l'établissement du donneur d'ordre devrait être informé des causes du retard.

1122 Sur les travaux ayant conduit à ces nouvelles règles, voir notamment le document de discussion de 1990 consacré aux paiements dans le marché intérieur européen (Commission [UE], Les paiements, para. 12); le rappport du PSTDG, annexe 2, p. 20, para. 4.4; le rapport du PSULG, para. 15 s. (exemples choisis: le double prélèvement des frais contraire aux instructions du donneur d'ordre constitue une "*rupture de contrat*", cette pratique étant dès lors "*totalement injustifiée et illégale*" et devant être "*immédiatement éliminée*"; les différences de délais entre paiements nationaux et transfrontières devraient à terme disparaître); le document de travail de mars 1992 (Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 25 s., 28, 64, 66 s.); la résolution du Parlement européen du 12 février 1993 relative au système des paiements dans le cadre de l'Union économique et monétaire, para. 5 lit. b et c, para. 7 et 8 (exemple choisi: proposition d'adoption d'une directive avec fixation à quatre jours ouvrables du délai d'exécution d'un paiement transfrontalier, quel que soit le nombre de banques intervenant dans l'exécution de l'ordre, une amende devant être infligée à la banque ayant retardé l'exécution de l'opération).

bb. La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers

422. Après la section II consacrée à la transparence des conditions applicables aux virements transfrontaliers, la directive concernant les virements transfrontaliers contient une section III consacrée aux "*Obligations minimales des établissements concernant les virements transfrontaliers*".

423. Un premier art. 5, relatif aux "*Engagements spécifiques de l'établissement*", prévoit qu'une institution financière qui accepte d'entrer en relation avec un client doit, à la demande de ce dernier, s'engager sur le délai d'exécution et sur les commissions et frais (à l'exception de ceux liés au cours du change applicable) relatifs à un virement transfrontalier dont les spécifications sont précisées. La signification, l'intérêt et la portée d'une telle disposition introduite par le Conseil dans sa position commune ne sautent pas aux yeux[1123]. S'agissant des délais, l'établissement a déjà dû donner au client des informations les concernant, conformément aux obligations de transparence[1124], et nous verrons que la directive prévoit en outre un régime juridique assez précis s'agissant des délais à respecter[1125]. Il nous semble donc que l'établissement est déjà "engagé" sur le délai d'exécution, sans qu'une demande du client soit nécessaire.

Pour ce qui des commissions et frais, il est vrai qu'un engagement de l'établissement assurera le client que les prix indiqués seront respectés, sous peine d'exécution incorrecte du contrat. On eût cependant préféré qu'une telle obligation des professionnels existe sans que les clients aient expressément à le demander. Dans la mesure où les modalités de calcul des commissions et frais doivent être indiquées conformément à l'art. 3 de la directive[1126], on devrait considérer que de telles informations s'inscrivent dans le cadre d'une obligation précontractuelle ou contractuelle (selon les cas) et que le non-respect des informations données dans l'exécution ultérieure d'un paiement devrait de toute façon engager la responsabilité de l'établissement fautif.

424. Pour le surplus, la directive contient trois dispositions fixant des obligations à charge des établissements financiers: en matière de délais (art. 6), au niveau du "*double charging*" (art. 7) et en cas de perte de virements (art. 8). Ces articles règlent les trois principaux problèmes dénoncés en pratique pour les paiements transfrontières[1127]. Nous les étudierons donc séparément, en terminant par la réserve des cas de force majeure (art. 9).

1123 Voir toutefois HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 206.
1124 Art. 3.
1125 Art. 6. *Infra* no 425 ss.
1126 *Supra* no 250.
1127 Cf. *supra* no 167 ss.

aaa. Les délais

425. Le principe de base posé par la directive est que "*L'établissement du donneur d'ordre doit effectuer le virement transfrontalier concerné dans le délai convenu avec le donneur d'ordre*"[1128]. Si le délai convenu n'est pas respecté ou, lorsqu'aucun délai n'a été convenu, si à la fin du cinquième jour bancaire ouvrable qui suit la date d'acceptation de l'ordre les fonds n'ont pas été crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, l'établissement du donneur d'ordre doit indemniser son client[1129].

426. On est pour le moins surpris par cette formulation. La *ratio legis* de la directive était d'obliger les institutions financières à respecter un délai d'exécution maximum (six jours ouvrables en tout) sous peine de sanctions. Or au lieu de fixer une telle limite, en laissant la liberté au client de proposer éventuellement un autre délai[1130], la directive ouvre la porte à des abus de la liberté contractuelle par les établissements. Si institutions financières et consommateurs étaient sur un pied d'égalité pour la négociation, le régime de la directive permettrait peut-être d'améliorer la rapidité des transferts, dans les cas où des établissements accepteraient des délais très courts proposés par leur clients. Mais c'est bien l'inverse qui risque de se produire: profitant de leur position de force, des institutions financières pourraient "proposer" à leurs clients des délais plus longs[1131], en les intégrant unilatéralement dans des conditions générales. Il n'est en effet pas précisé que le délai convenu entre le donneur d'ordre et son établissement doit reposer sur un accord négocié.

Un délai trop long accepté par le consommateur, formellement mais non réellement puisqu'imposé par voie de conditions préformulées, pourra seulement être revu sous l'angle du caractère éventuellement abusif de la clause contractuelle concernée, par le biais des législations nationales *ad hoc*, transposant la directive communautaire 93/13 sur les clauses abusives. Littéralement, il ne nous semble pas que la directive sur les virements transfrontaliers puisse elle-même remédier à ce risque d'abus, ce qui est pour le moins critiquable puisque l'objectif des institutions européennes était, avec l'adoption d'un tel instrument, de raccourcir la durée d'exécution des paiements[1132], et non de donner un droit aux institutions financières de convenir de longs délais avec leur clientèle. L'effort d'harmonisation pourrait donc se révéler inefficace sur ce point. Il paraît peu probable, compte tenu de la précision de la formulation malheureuse de l'art. 6, que les Etats membres de l'Union puissent améliorer la situation lors de la future transposition de la directive et

1128 Art. 6 para. 1 al. 1.
1129 Art. 6 para. 1 al. 2.
1130 Voir nos développements théoriques *supra* 384 ss.
1131 BØJER, p. 225.
1132 Cf. considérant 9.

l'on devrait à l'avenir continuer de constater des délais pour le moins différents d'un établissement à l'autre. Les consommateurs n'auront certainement pas le poids économique suffisant pour refuser des propositions de délais objectivement trop longs et ceux-ci pourront difficilement être réduits par le seul jeu de la concurrence entre institutions financières.

427. S'agissant du délai maximum acceptable lorsqu'aucun délai n'a été convenu, la directive ne reprend pas le système instauré par la recommandation 90/109. Au lieu de prévoir un certain délai par établissement intervenant[1133], la directive fixe une durée totale de six jours ouvrables: le jour de l'acceptation de l'ordre de virement plus cinq jours[1134] [1135]. Reste que la directive ne prévoit pas très précisément le moment auquel l'ordre doit être considéré comme accepté. Les définitions contenues dans la directive indiquent simplement que la "*date d'acceptation*" est: "*la date de réalisation de toutes les conditions exigées par un établissement pour l'exécution d'un ordre de virement transfrontalier, et relatives à l'existence d'une couverture financière suffisante et aux informations nécessaires pour l'exécution de cet ordre*"[1136]. Il ne s'agit donc pas d'une acceptation selon la conception traditionnelle d'une manifestation de volonté (acte formateur), laissant l'institution financière libre de refuser cas échéant d'effectuer le paiement[1137], mais de la détermination par le seul législateur

---

1133 Cf. *supra* note 1121 pour la recommandation 90/109. Le premier projet de proposition de directive (SEC[93] 1968, 14.12.1993) prévoyait pourtant que chaque établissement aurait été "*tenu d'effectuer le virement au plus tard à la fin du jour ouvrable qui suit la réception de l'ordre de paiement*", l'établissement du donneur d'ordre étant en outre responsable de l'achèvement du virement dans un délai maximum de six jours (art. 5); SCHNEIDER, Entwurf, p. 480; HAMANN, Richtlinienentwurf, p. 405.

1134 Le calcul du délai total est sujet à controverse. Si la directive mentionnait un délai de x jours depuis réception exacte de l'ordre de virement par l'établissement concerné, on pourrait compter très précisément x périodes de 24 heures pour obtenir le terme. La formulation choisie est pourtant différente: on parle du cinquième jour qui suit la date d'acceptation de l'ordre et on laisse entendre que le délai total est de cinq jours. Nous ne partageons pas cette analyse. Nous ne voyons pas pourquoi le jour de l'acceptation de l'ordre ne compterait pas. Dès lors, c'est bien ce jour plus cinq autres qui conduisent à un total de six. Le même problème se pose pour le délai d'exécution de l'établissement du bénéficiaire, cf. *infra* note 1141.

1135 A noter que conformément à l'art. 12 al. 2 et au considérant 10 de la directive, la Commission devra réexaminer la question du délai à appliquer en l'absence d'un délai convenu entre les parties, en tenant compte tant de l'évolution technique que de la situation existant dans chacun des Etats membres, lorsqu'elle soumettra son rapport au Parlement européen et au Conseil dans les deux ans après la mise en application de la directive selon l'art. 12 al. 1. La directive pourrait en effet être révisée sur ce point, avec l'adoption d'un délai plus court que les six jours au total de l'art. 6 para. 1.

1136 Art. 2 lit. l). Comparer avec le régime extrêmement détaillé de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (acceptation ou rejet de l'ordre de paiement par une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire - art. 7 - ou par la banque du bénéficiaire - art. 9 -); cf. aussi *infra* no 448.

1137 Dans le cadre d'un contrat de giro préexistant et permettant à un client d'effectuer en tout temps son trafic des paiements nationaux et internationaux, la transmission d'un ordre ne devrait en principe pas être sujette à une véritable acceptation, comme le serait une

communautaire du moment à partir duquel l'établissement est lié par l'ordre et cela en fonction de conditions données. Reste la question de savoir quelles sont les conditions à réaliser.

Une interprétation littérale stricte devrait certes conduire à considérer l'ordre comme accepté s'il est reçu complet (informations suffisantes sur le donneur d'ordre, le bénéficiaire, etc.) et s'il est couvert (fonds suffisants sur le compte), sans que les institutions financières puissent encore ajouter d'autres conditions[1138]; mais *quid* du temps que peut prendre la vérification de la réalisation de ces conditions? Deux solutions sont envisageables. Soit l'on se fonde sur le moment où ces conditions sont réalisées de fait, sans qu'un contrôle concret soit nécessaire: il suffit que le compte ait une couverture et que l'ordre reçu soit complet; la date d'acceptation pourrait alors déjà correspondre au moment où l'établissement reçoit un tel ordre, c'est-à-dire que ledit établissement serait immédiatement lié. Soit un contrôle concret de la réalisation des conditions est nécessaire et l'on ne pourra déterminer que de cas en cas le moment où l'établissement sera lié, en fonction du temps pris par l'employé concerné pour contrôler la couverture et les informations du virement.

Le risque est grand que l'on opte, assez logiquement d'ailleurs, pour cette deuxième interprétation. Les professionnels auront dès lors tout intérêt à soutenir qu'au vu du volume des paiements de masse à traiter, le contrôle des conditions d'exécution du virement prend du temps, temps qui devrait rester juridiquement raisonnable mais qui pourra en pratique être pour le moins variable puisque la directive ne prévoit pas de limite chiffrée. La diligence de l'établissement du donneur d'ordre quant au temps mis pour accepter l'ordre, soit contrôler ses conditions d'exécution, et les conséquences en résultant en cas de faute devront par conséquent s'apprécier à la lumière du seul droit national applicable, d'où un manque d'harmonisation regrettable. Par ailleurs, comme ce n'est qu'après cette "acceptation" que commencera le délai de six jours à respecter sous peine des sanctions prévues dans la directive[1139], il devrait en pratique y avoir des délais d'exécution supérieurs à six jours depuis la remise de l'ordre par le client.

---

proposition de nouveau contrat. Il devrait plutôt s'agir d'une simple instruction dans le cadre du mandat, qui devrait être exécutée dans un certain délai, sauf circonstances déterminées (en particulier si l'instruction n'est pas exécutable parce qu'elle ne correspond pas aux caractéristiques d'un ordre de paiement au sens du contrat de giro), tout retard fautif engageant sinon la responsabilité de l'établissement concerné. Cf. GENNER, UNCITRAL, p. 73, ainsi que *infra* no 573 pour le droit suisse.

1138 Voir toutefois HARRIS-BURLAND/DONÀ, p. 214, qui citent encore un contrôle sur un éventuel blanchiment d'argent, "*etc.*".

1139 Le premier projet de proposition de directive (SEC[93] 1968, 14.12.1993) prévoyait lui une obligation de délai dès "*la réception de l'ordre de paiement*" par l'établissement.

428. Relevons également que le délai de six jours ne s'applique que jusqu'à ce que l'établissement du bénéficiaire reçoive les fonds. L'établissement du bénéficiaire devra ensuite mettre les fonds à disposition du bénéficiaire dans le délai convenu avec celui-ci[1140]. Si aucun délai n'est convenu, l'établissement du bénéficiaire doit créditer le compte de celui-ci d'ici la fin du jour bancaire ouvrable qui suit le jour où il a reçu les fonds sur son propre compte (soit deux jours au total[1141]). Si ce délai maximum ou le délai convenu n'a pas été respecté, l'établissement du bénéficiaire doit indemniser celui-ci[1142]. Il est regrettable que le délai total, depuis la transmission de l'ordre de virement par le donneur d'ordre à son établissement jusqu'à ce que les fonds soient réellement crédités au bénéficiaire, puisse finalement prendre plus de six jours, alors que la Commission soutenait pourtant, déjà en 1992, que: "*Le délai maximum d'exécution d'un virement ne devrait pas excéder deux jours ouvrables pour chaque banque intervenante et il ne devrait dépasser au total six jours ouvrables*"[1143].

429. Pour ce qui est de la chaîne de responsabilité entre les différents intervenants, le régime de la directive est satisfaisant et correspond à nos développements théoriques pour tenir compte de l'importance pour le consommateur du rôle de son établissement cocontractant et des difficultés d'agir contre d'autres responsables, se trouvant souvent à l'étranger[1144].

1140 Art. 6 para. 2 al. 1.

1141 Nous avons exposé plus haut (note 1134) la controverse pouvant exister quand au mode de calcul du nombre de jours du délai. A notre avis et selon la formulation adoptée dans la directive, le jour de réception des fonds par l'établissement du bénéficiaire devrait compter. Avec les moyens modernes d'automatisation, il est en effet tout à fait possible pour l'établissement du bénéficiaire de créditer immédiatement le compte de celui-ci après réception des fonds. Si l'on parle de fin du jour bancaire ouvrable qui suit le jour de réception des fonds par l'établissement du bénéficiaire, nous voyons donc un total de deux jours. C'est dire que pour l'ensemble du délai d'exécution, de l'acceptation de l'ordre par l'établissement du donneur d'ordre jusqu'au crédit du compte du bénéficiaire, nous arrivons concrètement à sept jours ouvrables (jour d'acceptation + cinq jours pour créditer le compte de l'établissement du bénéficiaire + un jour depuis cette date pour créditer le compte du bénéficiaire). Or les institutions européennes ont toujours avancé que leur réglementation permettait de réduire le délai total d'exécution à six jours (par exemple Agence Europe, Bulletin no 6899, 24.1.1997, p. 12. Personne ne parle à notre connaissance de sept jours). Cette différence de calcul n'a en tout cas aucune incidence juridique. La détermination des termes précis des délais est claire. C'est seulement en durée concrète totale pour le consommateur que le délai maximum est logiquement de sept et non six jours ouvrables, ce qui permet d'apprécier différemment en pratique le souci de l'Union européenne d'accélérer les virements!

1142 Art. 6 para. 2 al. 2.

1143 Commission [UE], paiements transfrontaliers, no 67. Ou même quatre jours ouvrables seulement au maximum, indépendamment du nombre de banques intervenant dans l'exécution de l'ordre, comme le proposait le Parlement européen en 1993 (résolution A3-0029/93 relative au système des paiements dans le cadre de l'Union économique et monétaire, para. 8; cf. aussi *supra* note 1122).

1144 Cf. *supra* no 394 ss.

L'établissement du donneur d'ordre répond seul vis-à-vis de celui-ci du respect des délais, jusqu'à ce que les fonds soient crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire[1145]. L'établissement du donneur d'ordre doit donc supporter, comme il le ferait pour n'importe quel autre de ses auxiliaires, le retard fautif d'un ou de plusieurs établissements intermédiaires. Toutefois, si l'établissement du donneur d'ordre assume ce risque de devoir indemniser son client, la directive lui aménage une créance récursoire: si la non-exécution du virement transfrontalier dans le délai convenu ou, en l'absence d'un tel délai, avant la fin du cinquième jour bancaire ouvrable qui suit la date d'acceptation de l'ordre, est imputable à un établissement intermédiaire, celui-ci est tenu d'indemniser l'établissement du donneur d'ordre[1146]. Une fois que les fonds ont été crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, l'établissement du donneur d'ordre ne répond plus d'éventuels retards ultérieurs vis-à-vis de son client. C'est désormais le bénéficiaire et lui seul qui obtiendra une créance en indemnisation contre son propre établissement si celui-ci ne respecte pas les délais mentionnés plus haut pour lui créditer les fonds reçus.

430. S'agissant maintenant de l'indemnisation proprement dite, la directive prévoit un système basé sur la perte d'intérêts et qui est conceptuellement le même que ce soit le donneur d'ordre ou le bénéficiaire qui doive être indemnisé par son établissement. L'indemnisation se concrétise ainsi par le versement d'un intérêt calculé sur le montant du virement transfrontière, par application du taux d'intérêt de référence pour la période s'écoulant entre le terme du délai convenu et la date à laquelle les fonds sont crédités: a) sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, s'il s'agit de l'indemnisation du donneur d'ordre[1147], ou b) sur le compte du bénéficiaire, s'il s'agit de l'indemnisation du bénéficiaire[1148]. Lorsqu'aucun délai n'a été convenu, le point de départ de la période d'intérêt est: a) la fin du cinquième jour bancaire ouvrable qui suit la date d'acceptation de l'ordre, pour l'indemnisation du donneur d'ordre[1149]; b) la fin du jour bancaire ouvrable qui suit le jour où les fonds ont été crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, pour l'indemnisation du bénéficiaire[1150].

On ne peut pas dire qu'un régime d'indemnisation basé sur le seul versement d'un intérêt est un système sanctionnel vraiment dissuasif. On est loin de l'"*amende*" prônée par le Parlement européen en 1993[1151]. Est-ce que l'addition de jours de retard à payer en intérêts pour de nombreux clients pourrait

---

1145 Art. 6 para. 1 al. 2.
1146 Art. 6 para. 1 al. 4.
1147 Art. 6 para. 1 al. 3.
1148 Art. 6 para. 2 al. 3.
1149 Art. 6 para. 1 al. 3.
1150 Art. 6 para. 2 al. 3.
1151 Résolution A3-0029/93 relative au système des paiements dans le cadre de l'Union économique et monétaire, para. 8; cf. aussi *supra* note 1122.

exercer une pression économique sur un établissement? Il est en l'état difficile de répondre, surtout si les institutions financières peuvent "convenir" avec leur clientèle de délais déjà assez longs qui limiteraient le risque de dépassements et donc d'indemnisation. En tout cas, dans l'optique du consommateur, le versement d'un tel intérêt ne va pas changer grand chose. Selon les études de la Commission européenne, le délai d'exécution moyen est inférieur à cinq jours[1152] et il sera donc rare que d'importants retards représentent un montant d'intérêt conséquent pour le client.

Le caractère modeste d'une telle indemnisation peut éventuellement trouver deux justifications aujourd'hui. Premièrement, en l'état actuel des systèmes de paiement transfrontière, du fait d'un manque général d'automatisation et des inconvénients du traditionnel "*correspondent banking*", il est encore souvent difficile d'assurer des délais d'exécution très courts; il est donc normal qu'une nouvelle réglementation contraignante tienne compte de ces aléas technologiques pour ne pas pénaliser outre mesure les professionnels[1153]. Deuxièmement, dans une logique de droit civil, on pourrait critiquer un régime sanctionnel sévère pour les institutions financières si un donneur d'ordre n'a pas subi de véritable dommage du fait du retard d'un virement[1154]. Une indemnisation indépendante d'un préjudice mais limitée au versement d'un intérêt apparaît à cet égard comme une solution de compromis.

431. Dans l'optique du consommateur, le plus important est que le donneur d'ordre puisse obtenir pleinement réparation s'il subit un véritable dommage du fait du retard dans le paiement (gain manqué, dommages-intérêts de retard à payer au bénéficiaire créancier, perte d'une couverture d'assurance, etc.). La directive ne règle pas cette question, elle réserve simplement tous les autres droits pouvant exister à côté de son régime d'indemnisation sous forme d'intérêt en cas de retard[1155]. C'est dire que la responsabilité des institutions financières pour mauvaise exécution continuera d'être appréciée selon le droit national applicable[1156] et qu'il y a donc là une lacune d'harmonisation. En revanche, il est expressément prévu dans la directive qu'aucune indemnisation au sens de l'art. 6 n'est due si l'établissement du donneur d'ordre peut établir que le retard est imputable au donneur d'ordre, la situation étant la même pour l'établissement du bénéficiaire à l'égard du bénéficiaire[1157].

1152 Cf. *supra* no 173.

1153 Quitte à ce qu'elle soit ultérieurement révisée pour tenir compte des améliorations technologiques; cf. *supra* note 1048.

1154 Voir nos développements théoriques *supra* no 388.

1155 Art. 6 para. 4: "*Les paragraphes 1, 2 et 3 ne préjugent en rien des autres droits des clients et des établissements ayant participé à l'exécution de l'ordre de virement transfrontalier*".

1156 GENNER, UNCITRAL, p. 184 s.

1157 Art. 6 para. 3.

bbb. Le "*double charging*"

432. Au contraire de ce que l'on trouve dans la communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence de la Communauté européenne aux systèmes de virements transfrontaliers[1158], la directive concernant les virements transfrontaliers ne définit pas ce qu'est le double prélèvement des frais[1159]. Elle traite de ce problème dans un art. 7 posant plus simplement à l'égard des institutions financières une "*Obligation d'effectuer le virement transfrontalier conformément aux instructions*"[1160]. Le régime choisi est strict. On n'a pas laissé la possibilité aux institutions financières de proposer ou non un service de virements internationaux nets de frais[1161], de même que l'on n'a pas prévu un simple choix pour le client de demander ou non de pouvoir bénéficier d'un tel service.

433. Le principe est qu'un virement transfrontière doit être net de frais, il ne doit pas y avoir ce que nous appelons "*double charging*". Toutes les institutions financières participant au paiement (établissement du donneur d'ordre, tout établissement intermédiaire et l'établissement du bénéficiaire) sont en effet tenues, une fois l'ordre accepté, "*d'exécuter ce virement transfrontalier pour son montant intégral*". L'exception est que le donneur d'ordre peut spécifier que les frais relatifs au virement soient imputés en tout ou en partie au bénéficiaire[1162]. Ainsi, si le donneur d'ordre transmet un ordre à son établissement sans aucune instruction particulière, cela signifie que c'est lui qui devra supporter tous les frais du paiement, le bénéficiaire devant recevoir le montant exact du virement, sans déductions. La directive autorise il est vrai l'établissement du bénéficiaire à facturer des frais à son client, mais seulement pour la gestion de son compte. Cette facturation ne doit en aucun cas porter atteinte à l'interdiction du double prélèvement lors d'un virement et libérer l'établissement du bénéficiaire de ses obligations à cet égard[1163]. Le système global instauré par la directive est à notre avis tout à fait cohérent et devrait permettre de diminuer le "*double charging*", pour autant cependant que les sanctions soient efficaces.

1158 Cf. *supra* no 401 et *infra* no 437.

1159 Comparer avec la définition proposée dans l'avis du Comité économique et social, transparence, para. 2.7.2.

1160 VEREECKEN/TROBERG, p. 153 s.; MATUSCHE, p. 165 ss; SCHNEIDER, Angleichung, p. 592; GÖBEL, p. 1834. Commentaire du projet par SCHNEIDER, Entwurf, p. 480 s.; HAMMAN, Richtlinienentwurf, p. 405.

1161 Comparer avec l'avis de la Commission, concurrence, para. 50: "*Chaque banque doit rester libre de choisir le (ou les) mode(s) de virement transfrontalier (OUR, BEN et SHARE) qu'elle entend proposer à sa clientèle*" (sur les modes OUR, BEN et SHARE, cf. *supra* note 536).

1162 Art. 7 para. 1 al. 1.

1163 Art. 7 para. 1 al. 2.

434. Les sanctions dépendent de qui est à l'origine du prélèvement de frais non autorisé. Si c'est l'établissement du donneur d'ordre ou un établissement intermédiaire qui a procédé à une déduction sur le montant du virement transfrontalier en violation de l'art. 7 para. 1, c'est l'établissement du donneur d'ordre qui en supportera les conséquences. A la demande du donneur d'ordre, il sera tenu de virer le montant déduit au bénéficiaire, sans aucune déduction et à ses propres frais. Le donneur d'ordre peut aussi demander que ce montant lui soit crédité[1164]. Ce régime est favorable au consommateur, en lui permettant d'obtenir réparation de son établissement cocontractant, sans devoir rechercher l'éventuel intermédiaire fautif, avec les difficultés que cela comporte.

L'établissement du donneur d'ordre peut de toute façon être ensuite dédommagé s'il n'est pas lui-même fautif: tout établissement intermédiaire qui procède à une déduction non autorisée est tenu de lui virer le montant déduit, sans aucune déduction et à ses propres frais. L'établissement du donneur d'ordre peut également demander que ce virement ait lieu directement en faveur du bénéficiaire du virement transfrontalier[1165]. Si le manquement à l'obligation d'exécuter l'ordre de virement transfrontalier conformément aux instructions du donneur d'ordre est cette fois-ci imputable à l'établissement du bénéficiaire, c'est cet établissement qui sera tenu de rembourser au bénéficiaire tout montant déduit à tort, à ses propres frais[1166].

435. On peut se demander quelle sera la portée pratique des sanctions en question pour réduire le "*double charging*", sanctions qui, en se limitant au remboursement de frais non autorisés, n'ont pas l'impact dissuasif d'une véritable peine conventionnelle. En tout cas, elles restent proches à la base des principes généraux du droit civil: le prélèvement de frais contrairement aux instructions du client constitue une exécution incorrecte et il est normal que ces frais aient à être remboursés par l'institution financière responsable. Les sanctions de la directive ont en outre l'avantage de limiter le dommage du consommateur: en prévoyant un recrédit en faveur du bénéficiaire des frais qui lui ont été déduits à tort, on évite en principe que le bénéficiaire subisse un préjudice (il n'obtient pas l'entier de la créance qu'il possède par hypothèse contre le donneur d'ordre) et se retourne contre le donneur d'ordre. Reste que pour limiter au maximum un tel dommage, le bénéficiaire devrait être bonifié des frais prélevés à tort dans les plus brefs délais et avec une date de valeur équivalente au moment du débit, pour replacer le bénéficiaire dans la situation dans laquelle il serait s'il n'avait jamais subi de prélèvement et avait toujours pu jouir du montant total du virement. Or la directive ne prévoit aucune exigence

1164 Art. 7 para. 2 al. 1.
1165 Art. 7 para. 2 al. 2.
1166 Art. 7 para. 3.

quant au délai pour virer les frais déduits sans droit et quant à la date de valeur de la bonification.

436. Si un client devait malgré tout subir un dommage, la question se pose de la responsabilité contractuelle de l'institution financière fautive pour mauvaise exécution du paiement. Une nouvelle fois, la directive ne règle pas ce problème. Elle réserve, pour tous les intervenants, tout autre droit allant au-delà du simple remboursement des frais déduits à tort[1167]. Ce qui renvoie implicitement au droit national applicable et constitue donc une lacune d'harmonisation.

Ex cursus: le rôle du droit de la concurrence

437. La Commission européenne a choisi de traiter également du "*double charging*" dans sa communication relative à l'application des règles de concurrence de la Communauté européenne aux systèmes de virements transfrontaliers[1168]. Elle y définit ce qu'est un double prélèvement[1169]. Pour le surplus et dans les grandes lignes, elle estime que dans certaines circonstances, des accords portant sur des commissions interbancaires multilatérales permettraient d'éviter la pratique du double prélèvement, de tels accords devant alors pouvoir bénéficier à certaines conditions d'une exemption au titre de l'art. 85 para. 3 du traité CE[1170].

ccc. L'obligation de remboursement

438. La directive 97/5/CE devrait améliorer la fiabilité des paiements transfrontières puisqu'elle prévoit en son art. 8 une "*Obligation de remboursement faite aux établissements en cas de virements non menés à bonne fin*", obligation qui a été très discutée durant la procédure législative[1171]. Le principe reste globalement le même que pour les délais et l'interdiction du double prélèvement des frais: l'instruction d'un donneur d'ordre relative à un virement international doit être respectée, toute inexécution sera supportée dans une

---

1167 Art. 7 para. 2 al. 1 et para. 3 ("*sans préjudice de tout autre recours susceptible d'être présenté*").

1168 Cf. *supra* no 157.

1169 Cf. *supra* no 401.

1170 Commission [UE], concurrence, para. 48 et 53 ss. Ceci pour des virements OUR (frais intégralement pris en charge par le donneur d'ordre). La situation serait différente pour des modes SHARE et BEN (cf. *supra* note 1161), qui ne nous intéressent pas ici (para. 49).

1171 Voir aussi les premières analyses en doctrine: VEREECKEN/TROBERG, p. 154 ss; STAUDER, Richtlinie, p. 591 ss; MATUSCHE, p. 160 ss; SCHNEIDER, Angleichung, p. 592; GÖBEL, p. 1835 s. Egalement: SCHNEIDER, Entwurf, p. 480 et HAMMAN, Richtlinienentwurf, p. 406 (critiques du projet de directive).

certaine mesure par l'établissement du donneur d'ordre qui répond également de ses intermédiaires.

439. Ainsi, si à la suite d'un ordre de virement transfrontalier accepté par l'établissement du donneur d'ordre, les fonds ne sont pas crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, le donneur d'ordre devra être crédité par son établissement du montant du virement transfrontalier. L'établissement du donneur d'ordre ne supportera toutefois pas de telles pertes de manière illimitée. Un plafond a finalement été fixé à 12'500 écus, après de longues tergiversations, notamment entre le Conseil, le Parlement européen et la Commission[1172]. Le consommateur victime de la perte verra cependant le montant du virement qui lui sera recrédité être majoré de deux manières: premièrement, d'un intérêt calculé sur le montant du virement transfrontalier en application du taux d'intérêt de référence pour la période entre la date de l'ordre

---

1172 Art. 8 para. 1 al. 1. La directive concernant les virements transfrontaliers a ceci de particulier qu'il a fallu plus de trois ans pour qu'elle puisse être adoptée (depuis le premier projet de proposition de directive in SEC[93] 1968) alors qu'aucun des principes juridiques proposés par la Commission (transparence, délais, interdiction du "*double charging*", remboursement en cas de perte, règlement des différends) n'a jamais véritablement été contesté quant au fond (*supra* no 137 ss). Les seules véritables pierres d'achoppement ont été des questions de portée financière des obligations proposées: jusqu'à quel montant de virement la directive devait-elle s'appliquer (cf. *supra* note 20) et jusqu'à quel montant fallait-il prévoir une obligation de remboursement en cas de non-achèvement d'un virement (les questions de majorations d'intérêts et frais mises à part)? Sur ce dernier point, le débat a été rude. Dans sa proposition initiale de directive, la Commission proposait une obligation de remboursement non plafonnée, mais avec la possibilité pour les Etats membres d'autoriser les établissements à déroger à cette obligation pour les paiements supérieurs à 10'000 écus (art. 7 para. 3). En première lecture, le Parlement européen a estimé que l'obligation de remboursement devait s'étendre jusqu'à 50'000 écus (art. 7 para. 1), avec même la possibilité pour les Etats membres et/ou établissements de prévoir un remboursement pour des virements supérieur à 50'000 écus (art. 7 para. 3). Dans sa proposition modifiée, la Commission a repris ce régime par paliers prôné par le Parlement européen mais en rabaissant le montant déterminant de 50'000 à 10'000 écus (art. 7 para. 1 et 3). Dans sa position commune, le Conseil a purement et simplement limité l'obligation de remboursement à 10'000 écus (art. 8 para. 1), ce qui correspondait par ailleurs en substance aux avis du Comité économique et social (transferts, para. 5.6.6.; virements intérieurs, para. 2.2.2.). En deuxième lecture, le Parlement européen a repris globalement son système par paliers mais avec un montant plus réduit: remboursement jusqu'à 20'000 écus, faculté d'aller au-delà pour les Etats membres et/ou les établissements (art. 8 para. 1, 2 et 3 bis). La Commission a opté pour ce choix dans sa proposition de conciliation, mais le Conseil n'a pas accepté ce montant de 20'000 écus. C'est donc une solution de compromis qui a finalement été trouvée avec une obligation de remboursement limitée à 12'500 écus. Le droit pour les Etats membres de prévoir un montant plus élevé n'a toutefois pas été repris dans la directive 97/5. Ainsi, dans le champ d'application de la directive (art. 1), c'est-à-dire pour des virements transfrontaliers jusqu'à 50'000 écus, les Etats membres n'auront pas la possibilité de s'écarter du plafond de remboursement de 12'500 écus lorsqu'ils transposeront la directive (cf. aussi *supra* no 140).

et la date du crédit; deuxièmement, du montant des frais relatifs au virement réglés par le donneur d'ordre[1173].

440. Le remboursement doit être demandé par le donneur d'ordre. Celui-ci peut présenter sa demande dès le terme du délai d'exécution convenu avec son établissement ou, si aucun délai n'a été convenu, à la fin du cinquième jour bancaire ouvrable qui suit la date d'acceptation de l'ordre (selon l'art. 6 para. 1 al. 2)[1174]. Se pose dès lors la question du rapport entre l'art. 6 et l'art. 8: quand se trouve-t-on en présence d'un retard par rapport au délai fixé, retard qui contraindra l'établissement concerné à indemniser le consommateur par le versement d'un intérêt (art. 6); quand un virement transfrontalier doit-il être considéré comme "perdu", avec obligation de remboursement du principal, intérêts et frais par l'établissement concerné (art. 8)? La directive n'est pas très claire à cet égard puisqu'elle parle dans les deux hypothèses de fonds qui n'ont pas été crédités.

La différence devrait être une question de logique: un virement exécuté en retard est tout de même arrivé chez le destinataire, il n'est pas perdu; un virement qui n'a pas du tout été crédité sur le compte du destinataire doit être considéré comme perdu et donc être remboursé (même s'il est ultérieurement retrouvé). Ceci est confirmé par l'indemnisation prévue par la directive: l'intérêt compensatoire à la suite d'un retard (art. 6) se calcule entre le terme du délai fixé et la date à laquelle les fonds ont finalement été crédités sur le compte du destinataire (les fonds ne sont pas perdus); le remboursement du virement en cas de perte (art. 8) est majoré d'un intérêt compensatoire calculé entre la date de l'ordre et la date du remboursement.

On aurait pu fixer dans la directive une date butoir: avant celle-ci, un virement crédité n'aurait pu qu'être en retard (art. 6); après cette date, l'absence de crédit aurait conduit à considérer le virement comme perdu et devant être remboursé (art. 8). Or une première lecture (trop) rapide de la directive laisse penser que c'est le donneur d'ordre qui peut en fait déterminer le statut de virement en retard ou perdu puisqu'il a le droit de présenter une demande de remboursement dès le terme du délai d'exécution[1175]. Le système adopté est en

---

1173 Art. 8 para. 1 al. 1.

1174 Art. 8 para. 1 al. 3.

1175 Prenons un exemple: le délai convenu entre les parties est de six jours et à la fin du sixième jour, le virement n'a toujours pas été crédité en faveur du destinataire. Hypothèse A: le client, impatient, demande le remboursement du virement à son établissement dès le septième jour. Le régime de l'art. 8 devrait alors logiquement s'appliquer, le virement étant considéré comme n'étant pas arrivé; alors qu'en réalité, le virement n'est peut-être pas perdu, il aurait pu arriver le huitième jour, en léger retard et donc avec application de l'art. 6. Hypothèse B: le client attend de nombreux jours après la fin du délai de six jours, il pense que son virement va simplement être crédité en retard (art. 6). En réalité, le

réalité plus précis qu'il ne paraît, mais il aurait pu être mieux exprimé. Il est prévu que les montants à rembourser selon l'art. 8 (fonds en principe "perdus") doivent être mis à la disposition du donneur d'ordre dans un délai de quatorze jours bancaires ouvrables après la date à laquelle le donneur d'ordre a présenté sa demande. Or ce remboursement n'interviendra pas si les fonds correspondant à l'ordre de virement ont entre-temps été crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire[1176]. En clair, il convient donc de distinguer différentes phases.

Un virement qui parvient à son destinataire dans le délai convenu entre le donneur d'ordre et son établissement ou sinon dans le délai fixé dans la directive est correctement exécuté. Une fois ce délai passé, le donneur d'ordre peut présenter une demande de remboursement. Si le virement est crédité au destinataire dans les quatorze jours suivant la demande, les fonds ne sont pas considérés comme perdus, l'art. 8 est inapplicable; le virement a simplement été exécuté en retard, l'établissement responsable indemnise le client selon l'art. 6. Passé le délai de quatorze jours, le paiement n'est plus en retard, il est considéré comme perdu; le donneur d'ordre peut être remboursé conformément à sa demande en application de l'art. 8. Si le donneur d'ordre ne présente pas de demande de remboursement après le terme du délai d'exécution, c'est toujours le régime de l'art. 6 qui s'appliquera: le virement sera considéré en retard et l'établissement responsable devra simplement supporter la perte d'intérêt y relative. Reste un problème de taille: jusqu'à quand un donneur d'ordre peut-il présenter une demande de remboursement (art. 8)? Jusqu'à quand peut-il être indemnisé pour cause de retard (art. 6)? La directive ne prévoit aucun délai de péremption ou de prescription. Ces questions devront donc être réglées selon le droit national applicable.

441. A part pour quelques exceptions bien précises[1177], l'établissement du donneur d'ordre répond des défaillances des autres intermédiaires tant que les fonds virés n'ont pas été crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire. Afin qu'il n'ait pas à supporter intégralement un dommage dont il ne serait par hypothèse pas responsable et pour permettre de remonter la chaîne des intervenants jusqu'au véritable responsable de la défaillance dans le virement, la directive prévoit que chaque établissement intermédiaire ayant accepté l'ordre doit rembourser le montant du virement à l'établissement qui lui a

---

virement s'est perdu, il ne sera jamais crédité et le client aurait donc logiquement pu présenter une demande de remboursement beaucoup plus tôt (art. 8).

1176 Art. 8 para. 1 al. 2.

1177 La directive prévoit un régime spécial si: a) la non-exécution est imputable à un établissement intermédiaire choisi par l'établissement du bénéficiaire (art. 8 para. 2); b) le virement transfrontalier n'a pas été mené à bonne fin à cause d'une erreur ou omission dans les instructions données par le donneur d'ordre à son établissement ou du fait de la non-exécution de l'ordre par un établissement intermédiaire expressément choisi par le donneur d'ordre (art. 8 para. 3). Nous n'examinerons pas ces hypothèses particulières.

donné l'instruction de l'effectuer, avec frais et intérêts y afférents[1178]. Toutefois, si le virement n'a pas été mené à bonne fin à cause d'une erreur ou omission dans les instructions données par ce dernier établissement, l'établissement intermédiaire ne doit que "*s'efforcer dans la mesure du possible*" de rembourser le montant du virement, ce qui constitue une formulation bien curieuse sur le plan juridique[1179].

442. S'agissant de l'aspect sanctionnel, le système d'indemnisation adopté est dogmatiquement satisfaisant en tant qu'il devrait permettre de replacer le donneur d'ordre, en cas de défaillance dans un virement, dans la situation dans laquelle il devrait être s'il n'avait pas donné d'ordre: remboursement du montant du virement, avec intérêt pour la période d'inexécution et frais du virement. Conformément aux principes du droit civil, l'exécution incorrecte du paiement par l'institution financière mandatée ne donne pas droit à celle-ci de facturer l'opération à son client, celui-ci doit bien plutôt être remboursé des montants qui lui ont été débités. Ce régime devrait avoir un certain effet incitatif pour les professionnels quant à l'amélioration de la fiabilité des virements puisque des clauses de transfert total des risques d'inexécution aux consommateurs ne seront plus possibles.

Nous formulons cependant deux critiques de taille à l'égard de la directive.

443. Premièrement, l'obligation de remboursement faite aux établissements est plafonnée (à 12'500 écus), ce qui ne correspond pas à la tradition du droit civil[1180]. Sachant au surplus que la directive s'applique aux virements jusqu'à 50'000 écus[1181], cela signifie qu'un donneur d'ordre effectuant un paiement d'un tel montant aurait à supporter lui-même 37'500 écus en cas de perte du virement imputable à un établissement intervenant. Selon les règles générales du droit des contrats en vigueur dans nombre d'Etats européens, une institution financière ne devrait pas pouvoir se libérer de son obligation contractuelle de rembourser les fonds déposés par son client auprès d'elle si le paiement n'est pas effectué conformément aux instructions dudit client, quel que soit le montant en jeu. Le fait de transférer une partie du risque de mauvaise exécution sur le donneur d'ordre, en lui faisant supporter un dommage qui peut être important pour des virements de plus de 12'500 écus, constitue donc une dérogation majeure au droit civil. Un tel régime paraît bien sévère pour les consommateurs

---

1178 Art. 8 para. 1 al. 4.

1179 On trouve également cette expression dans une autre hypothèse visée à l'art. 8 para. 3 al. 1. Critique par STAUDER, Richtlinie, p. 592.

1180 Contre une telle limite: BEUC, directive, p. 7.

1181 Art. 1.

en comparaison du poids économique des professionnels et des possibilités qu'il y aurait d'assurer le risque de perte[1182].

444. Deuxièmement, il se peut toujours qu'un donneur d'ordre subisse un dommage plus important que la simple perte du montant du virement (gain manqué, dommages-intérêts de retard à payer au bénéficiaire créancier, etc.), or la directive ne prévoit une fois de plus aucune harmonisation quant à ces questions de responsabilité contractuelle. L'obligation de remboursement de l'art. 8 réserve "*tout autre recours susceptible d'être présenté*"[1183].

445. D'une manière plus générale, l'étendue de l'harmonisation créée par la directive 97/5/CE n'est d'ailleurs pas certaine si l'on se réfère au - quelque peu nébuleux - considérant 12 de la directive[1184]: "*l'art. 8 ne porte pas atteinte aux dispositions générales de droit national selon lesquelles un établissement est responsable envers le donneur d'ordre au cas où un virement transfrontalier n'aurait pas été mené à bonne fin à cause d'une erreur de ce même établissement*".

Il est incontestable que la directive laisse subsister les différents chefs de responsabilité pour mauvaise exécution du contrat - action en dommages-intérêts du client - existant au niveau national, qu'il s'agisse d'une responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre ou même d'une responsabilité d'un intermédiaire fautif non lié contractuellement au donneur d'ordre (les actions du type de l'action directe du mandant contre le sous-mandataire substitué ou résultant par exemple d'un "*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*" ne sont pas touchées). Le texte communautaire ne vise clairement que la seule question du remboursement du montant du virement non achevé et le considérant 12 doit être interprété dans ce sens.

Dans la mesure où la proposition de laisser le droit aux Etats membres d'aller au-delà du plafond communautaire n'a finalement pas été retenue dans la directive, la question est en réalité de savoir quelle est la portée dudit plafond de 12'500 écus en droit des obligations national. Prenons l'exemple d'un

---

1182 Voir aussi la critique de STAUDER, Richtlinie, p. 595 s. Lors de l'adoption de la directive au Conseil, le Royaume-Uni et la Suède ont expressément fait une "*déclaration de vote*" aux termes de laquelle ils "*regrettent que le Conseil ne puisse accepter une limite plus élevée pour la garantie de remboursement. (...) la limite de 12.500 écus qui est mise à la garantie de remboursement signifie que, pour une large part des opérations, les consommateurs et les PME n'auront pas l'assurance de récupérer tout leur argent si la banque n'exécute pas un virement. Les consommateurs et les PME trouveront cela difficile à comprendre. Nous espérons que les banques qui accordent de l'importance aux relations avec leurs clients adopteront volontairement des normes de services plus élevées que celles qui sont prévues dans la directive*" (Agence Europe, Bulletin no 6882, 25.12.1996, p. 4; JUSletter no 8-97, 03/4-97).

1183 Art. 8 para. 1 al. 1.

1184 STAUDER, Richtlinie, p. 597 s.

consommateur titulaire d'un compte bancaire qui effectue un virement d'un montant de 20'000 écus en faveur d'un bénéficiaire dans un autre Etat de l'Union européenne. Le virement "se perd", le bénéficiaire n'est jamais crédité. Le consommateur actionne sa banque en remboursement des 20'000 écus, non au titre de dommages-intérêts mais simplement en exécution du contrat (remboursement des fonds débités à tort en cas de non-achèvement du paiement). Comment un juge - ou même le législateur, dans le cadre de la transposition de la directive 97/5 - devrait-il régler ce litige? Si son droit des obligations national le permettait, pourrait-il donner raison au consommateur et lui octroyer un tel remboursement de 20'000 écus au titre de l'exécution du contrat ou devrait-il interpréter son droit national - ou le modifier, s'agissant du législateur - dans un sens conforme au droit communautaire, c'est-à-dire en limitant tout remboursement au montant plafond de 12'500 écus?

On peut raisonnablement pencher en faveur de la première solution, tant à la lumière du considérant 12 précité que de l'interprétation téléologique et historique de la directive. Ce que la directive est censée fixer, ce sont les obligations "communautaires" des établissements bancaires dans le cadre d'un virement en chaîne transfrontière, soit un virement effectué entre un donneur d'ordre et un bénéficiaire dans différents Etats de l'Union, et non une harmonisation de l'ensemble de la relation contractuelle entre un client et sa banque, qui relève elle du droit de chaque Etat membre. Il est clair qu'un établissement intermédiaire dans un pays B, à l'origine du non-achèvement du virement transfrontière, ne pourra jamais être tenu de rembourser un montant supérieur à 12'500 écus à l'établissement du donneur d'ordre dans le pays A. De même, un établissement communautaire établi dans un pays B, mais fournissant des services de paiement transfrontière dans le pays A par le biais de la libre prestation de services garantie par l'art. 59 du traité CE et la deuxième directive bancaire (s'il s'agit d'un établissement crédit), ne pourra pas être soumis dans l'Etat d'accueil à une obligation de remboursement à l'égard de ses clients d'un montant supérieur au plafond fixé dans la directive 97/5. Cela n'empêche pas en revanche qu'un Etat membre applique un autre régime à l'égard de ses propres établissements pour leur relation contractuelle avec leur clientèle.

Le droit civil d'un Etat membre pourra continuer de faire supporter à un établissement national la perte du virement effectué par un donneur d'ordre, indépendamment de tout plafond, que le paiement soit interne ou transfrontière. Dans l'hypothèse où l'erreur à l'origine de la perte serait imputable à l'établissement du donneur d'ordre lui-même, cette réserve en faveur des dispositions de droit national est prévue par le considérant 12 de la directive. Dans l'hypothèse où l'erreur aurait été commise par un autre intermédiaire, la situation devrait être la même: l'établissement du donneur d'ordre pourrait aussi devoir prendre la perte à sa charge si la législation de son Etat le prévoit, mais cela ne concernera encore une fois aucunement les autres établissements de la

chaîne transfrontière (sis dans d'autres Etats), qui resteront protégés par la limite communautaire des 12'500 écus.

ddd. La force majeure

446. Les obligations examinées ci-dessus à charge des institutions financières, soit principalement l'indemnisation prévue en cas de retards, pertes ou "*double charging*", ne sont pas illimitées. Il est des circonstances dans lesquelles les établissements participant à l'exécution d'un ordre de virement transfrontalier sont libérés des obligations contenues dans la directive, à savoir lorsqu'ils peuvent invoquer des raisons de force majeure conformément à l'art. 9 de la directive. Cette exception de la force majeure se réfère, selon une conception généralement admise en droit civil européen, à "*des circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées*"[1185]. En bonne logique, cette définition de la force majeure a d'ailleurs été reprise d'un texte de droit communautaire plus ancien[1186]: la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait[1187].

447. A notre sens, la réserve de la force majeure est critiquable en tant qu'elle ne se rapporte pas à la responsabilité contractuelle pour mauvaise exécution (dommages-intérêts positifs, non visés par la directive), mais aux obligations prévues par la directive en cas de retard, perte ou non-respect des instructions en matière de frais, obligations qui concernent plutôt la seule exécution du montant du paiement (à l'exclusion précisément de tous dommages-intérêts supplémentaires)[1188]. Nous avons vu que dans la théorie de certains droits civils, c'est en particulier le cas en droit suisse, une institution financière ne peut débiter son client que si elle exécute correctement le paiement. En cas de perte par exemple, le client garde son action en remboursement des fonds déposés; c'est son établissement qui doit donc supporter la perte et cela quelles que soient les circonstances, même en cas de force majeure, la situation pouvant seulement être différente pour un éventuel dommage supplémentaire (responsabilité contractuelle)[1189]. Or c'est bien ce que devrait viser la directive avec une obligation de remboursement limitée au montant du virement: il ne s'agit pas

---

1185 La seule réserve, dont on ne comprend pas très bien la portée, faite au cas de force majeure par la directive en son art. 9 (cf. aussi considérant 8) touche aux dispositions de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (JOCE L 166 du 28.6.1991, p. 77 ss).

1186 Voir le considérant 13 de la directive.

1187 JOCE L 158 du 23.6.1990, p. 59 ss. Art. 4 para. 6.

1188 STAUDER, Richtlinie, p. 594 s., qui plaide dès lors pour une interprétation restrictive de la notion de force majeure.

1189 Cf. *supra* no 376, 400.

d'un "cadeau" offert aux clients mais du respect d'un principe de droit civil; si l'établissement n'exécute pas correctement le paiement, il doit recréditer le compte du client du montant en cause. Limiter un tel recrédit à 12'500 écus est déjà une dérogation importante; libérer les professionnels en cas de force majeure en est encore une autre[1190].

4. Comparaison: la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[1191]

448. S'agissant tout d'abord des délais d'exécution, la loi type de la CNUDCI contient un art. 11 relatif au "*Moment où la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement et en donner avis*"[1192]. Il est ainsi prévu que toute banque qui reçoit un ordre de paiement - et qui accepte de le prendre en charge[1193] - est en principe tenue d'exécuter celui-ci le jour ouvré où elle le reçoit, sous réserve qu'une autre date d'exécution ou de paiement au bénéficiaire ait été spécifiée dans l'ordre[1194]. Si la banque ne respecte pas ce délai, elle est alors tenue d'exécuter l'ordre le jour ouvré suivant, avec valeur à compter du jour de réception[1195]. Deux dérogations principales sont cependant accordées: premièrement, dans le cas où une banque réceptrice reçoit un ordre après l'heure limite pour ce type d'opérations, elle est alors habilitée à considérer cet ordre comme ayant été reçu le jour suivant où elle exécute ce genre de paiements[1196]; deuxièmement, dans le cas où une banque réceptrice est tenue d'exécuter un paiement un jour où elle n'effectue pas ce type d'opérations, elle doit alors exécuter l'ordre le jour suivant où elle exécute ce genre de paiements[1197].

Le texte des Nations Unies est donc assez exigeant. Si un délai de deux jours reste en soi admissible (c'est ce que prévoyait la recommandation 90/109/CEE), ce désavantage pour le donneur d'ordre doit être compensé par une date de valeur plus favorable[1198]. Ce système, en tant qu'il s'attache au temps d'exécution pour chaque banque prise isolément, ne correspond pas au

---

1190 Contre une libération des établissements en cas de force majeure: BEUC, directive, p. 7.

1191 Sur cette loi type, cf. *supra* no 46 ss.

1192 GENNER, UNCITRAL, p. 110 ss; BERGSTEN, Payments, p. 466 ss.

1193 Pour les conditions auxquelles un ordre est accepté ou doit être refusé, cf. art. 7 (pour les banques réceptrices autres que la banque du bénéficiaire) et art. 9 (banque du bénéficiaire); BERGSTEN, Payments, p. 453 ss.

1194 Art. 11 para. 1. Cette règle est prévue dans la législation américaine sur les transferts électroniques de fonds entre professionnels (U.C.C. Article 4A), mais elle a été fortement contestée par les délégations européennes; cf. VASSEUR, CNUDCI, no 10. Sur l'influence, d'une manière plus générale, de l'Art. 4A U.C.C. pour l'adoption d'autres dispositions de la loi type: SCHNEIDER, Haftung, p. 1308 ss.

1195 Art. 11 para. 1 et 2.

1196 Art. 11 para. 5.

1197 Art. 11 para. 6.

1198 Critiques par VASSEUR, CNUDCI, no 10 ss; HADDING/SCHNEIDER, p. 635.

système choisi par la Communauté européenne pour la directive 97/5/CE, qui fixe un délai total pour l'ensemble de l'opération de virement[1199]. La loi type peut conduire à des délais plus court que la directive européenne s'il y a peu d'intervenants (par exemple deux banques) et à des délais éventuellement plus longs avec des intervenants plus nombreux (par exemple quatre banques, si chacune met deux jours pour s'exécuter).

449. S'agissant des hypothèses de mauvaise exécution - si le virement est achevé, mais dans des conditions incorrectes -, la loi modèle de la CNUDCI ne contient pas de norme de base régissant les conséquences générales de cette exécution irrégulière dans le rapport entre le donneur d'ordre et sa banque. En cas de retard[1200], c'est d'abord le bénéficiaire qui pourra se retourner contre la banque responsable, pour obtenir des intérêts sur le montant viré en retard[1201]. Ce n'est que si le donneur d'ordre a versé au bénéficiaire des intérêts du fait du retard dans l'achèvement du virement que ledit donneur d'ordre pourra recouvrer ceux-ci, en obtenant de la banque responsable le versement des intérêts que le bénéficiaire était en droit de recevoir, mais qu'il n'a pas reçus[1202]. Pour les autres hypothèses d'exécution imparfaite, la loi type contient encore quelques dispositions régissant les conséquences de la violation de certaines obligations spécifiques des banques, mais les règles de responsabilité concernent essentiellement le bénéficiaire et les rapports entre banques.

450. En cas d'erreurs occasionnant des pertes, et mis à part un principe d'assistance des différentes banques intervenantes notamment vis-à-vis du donneur d'ordre tant que le virement n'est pas achevé[1203], l'art. 14, intitulé "*Remboursement*", spécifie principalement que "*Si le virement n'est pas achevé, la banque du donneur d'ordre est tenue de lui restituer tout paiement reçu de lui, accru des intérêts courant à compter du jour du paiement jusqu'au jour du remboursement*"[1204]. Ce même droit de remboursement s'applique aux autres banques de la chaîne du virement, dès lors qu'elles ont versé des fonds à la banque réceptrice suivante. Il est précisé, c'est important, que ces dispositions ne peuvent être modifiées par convention (limite au principe de la liberté contractuelle de la loi type), sauf dans les cas où la banque du donneur d'ordre n'aurait pas, sans cela, accepté un ordre de paiement donné, par mesure de prudence du fait du risque important présenté par le virement[1205].

1199 Cf. *supra* no 427.
1200 GENNER, UNCITRAL, p. 145 ss; BERGSTEN, Payments, p. 481 ss.
1201 Art. 17 para. 1.
1202 Art. 17 para. 3.
1203 Art. 13.
1204 Art. 14 para. 1.
1205 Art. 14 para. 2.

La protection du client va encore plus loin puisqu'un donneur d'ordre qui a droit à un remboursement peut s'adresser à chaque banque tenue par cette obligation, tant qu'elle n'a pas encore effectué le remboursement à la banque précédente[1206]. Une limite est toutefois posée si une banque réceptrice n'est pas en mesure de se faire rembourser parce qu'une banque intermédiaire qu'elle avait reçu pour instruction d'utiliser pour effectuer le virement se trouve en cessation de paiements ou ne peut effectuer le remboursement parce que la loi le lui interdit; dans ce cas, la banque réceptrice ne sera pas alors tenue au remboursement[1207].

451. Cette obligation de remboursement, que l'on qualifie de "*money-back guarantee*", a suscité d'importantes controverses[1208], mais elle n'en a pas moins largement inspiré l'Union européenne pour la norme correspondante de la directive virements transfrontaliers[1209]. Comparables donc dans leur principe, les deux régimes présentent toutefois deux divergences marquantes puisque la loi type ne fixe aucun plafond au remboursement ni ne prévoit la libération des établissements en cas de force majeure[1210], contrairement à la directive[1211]. A cet égard, c'est la loi type qui est plus conforme aux principes de droit civil que nous avons évoqués: le risque de perte qu'un établissement doit supporter en cas d'erreur dans l'exécution d'un ordre qu'il a reçu en tant que débiteur des fonds qu'il détient pour son client n'est traditionnellement pas plafonné et la créance du client en remboursement desdits fonds subsiste même en cas de force majeure[1212].

452. Quant au problème du double prélèvement des frais, il n'est pas abordé dans la loi modèle de la CNUDCI[1213]. On peut cependant présumer que cette pratique n'est pas prohibée, dans la mesure où l'art. 19 para. 2 prévoit que le virement est achevé même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la

---

1206 Art. 14 para. 5. La banque remboursant directement le donneur d'ordre sera alors libérée de son obligation et il en sera de même pour les autres banques de la chaîne. Cette règle ne pourra cependant s'appliquer si cela porte atteinte aux droits et obligations de la banque concernée dans le cadre d'un accord ou de toute autre règle d'un système de transfert de fonds: art. 14 para. 6.

1207 Art. 14 para. 3. Mais: "*Une banque réceptrice n'est considérée avoir reçu pour instruction d'utiliser la banque intermédiaire que si elle prouve qu'elle ne sollicite pas systématiquement de telles instructions dans les cas similaires*".

1208 Critiques par VASSEUR, CNUDCI, no 19 ss, et transferts, p. 299 ss; SCHNEIDER, Haftung, p. 1310 s.; HADDING/SCHNEIDER, p. 637; BISCHOFF, UNCITRAL, p. 305 ss. Contra: GENNER, UNCITRAL, p. 124 ss; THÉVENOZ, banquier, p. 32 ss, qui montre en quoi la règle de la CNUDCI est équitable et économiquement efficace. Cf. aussi BERGSTEN, Payments, p. 474 ss.

1209 Art. 8 de la directive 97/5/CE: obligation de remboursement faite aux établissements en cas de virements non menés à bonne fin (cf. *supra* no 438 ss).

1210 VASSEUR, CNUDCI, no 20.

1211 STAUDER, Richtlinie, p. 595 et note 37 (p. 596).

1212 Cf. *supra* no 376, 400.

1213 GENNER, UNCITRAL, p. 93 ss.

banque du bénéficiaire est inférieur au montant de l'ordre émis par le donneur d'ordre "*du fait qu'une ou plusieurs banques réceptrices ont prélevé des frais*"[1214].

453. Ajoutons encore que l'art. 18 pose le principe de l'"*exclusivité des recours*", ce qui signifie qu'aucune action n'est possible en dehors des règles décrites ci-dessus[1215]. En cas de retard, les recours prévus à l'art. 17 sont qualifiés d'exclusifs et le donneur d'ordre ne pourra donc être indemnisé que de la perte d'intérêts payés au bénéficiaire[1216]. L'art. 18 prévoit également qu'aucun autre recours n'est ouvert en cas de non-respect par les banques de leurs obligations mentionnées aux art. 8 et 10, à l'exception toutefois de tout recours pouvant exister lorsqu'une banque a mal exécuté ou n'a pas exécuté un ordre de paiement, mais pour autant que cela ait été fait: "*soit a) avec l'intention délibérée de causer un préjudice, soit b) témérairement et sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter*". En principe, la loi modèle tend donc à limiter strictement le droit pour les clients d'obtenir des dommages-intérêts plus conséquents des responsables en cas de préjudice supplémentaire (de type gain manqué, perte de change, mise en demeure par le créancier bénéficiaire du virement, etc.)[1217], au contraire de la directive européenne qui réserve expressément toute sorte de recours pouvant être présentés[1218].

454. En conclusion, si la loi type de la CNUDCI et la directive virements transfrontières ont des similitudes conceptuelles, ce qui est normal puisque celle-ci est censée s'inspirer ouvertement de celle-là[1219], elle n'en sont pas pour autant identiques. La directive est plus protectrice des consommateurs sur certains points, sur d'autres c'est la loi type de la CNUDCI. Force est donc de constater que la directive 97/5 n'est pas une simple transposition du texte proposé par l'ONU, mais, en tant que l'ONU n'a fait que recommander que sa loi type soit dûment prise en considération[1220], cette recommandation semble avoir été en partie respectée par les institutions communautaires.

1214 Cf. VASSEUR, transferts, p. 294 s.; BØJER, p. 226.

1215 GENNER, UNCITRAL, p. 151 ss; BERGSTEN, Payments, p. 487 ss.

1216 A noter que selon l'art. 17 para. 7, une banque peut accepter d'aggraver sa responsabilité, mais elle ne peut la limiter envers un donneur d'ordre ou un bénéficiaire autre qu'une banque.

1217 Cf. VASSEUR, CNUDCI, no 30 ss. Critiques par GENNER, UNCITRAL, p. 156 ss.

1218 Cf. *supra* no 444.

1219 Cf. *supra* no 142.

1220 Cf. *supra* no 48.

IV. La répartition des risques en cas d'utilisation d'un moyen de paiement par un tiers non autorisé

455. A l'instar de ce qui a été fait pour les hypothèses d'erreur, la recherche de solutions harmonisées à l'échelle européenne pour la répartition des risques de fraude pour des paiements transfrontières devrait, en tant que matière contractuelle, se baser avant tout sur des principes généraux de droit civil. L'apparition de moyens de paiement automatisés plus sophistiqués modifie cependant les données de base de l'analyse et la référence aux obligations traditionnelles du droit des contrats n'est plus toujours suffisante pour régler les litiges de manière satisfaisante. De nouvelles pistes doivent parfois être trouvées.

1. Le droit civil et ses limites

456. Si l'on s'en tient aux règles du droit civil admises dans des ordres juridiques européens, tels qu'en droit suisse, et aux obligations principales qui en découlent pour un émetteur de moyen de paiement et un consommateur, abstraction faite de fautes éventuelles résultant de la violation des obligations de diligence des parties, il apparaît que c'est l'émetteur qui devrait en principe supporter tout dommage consécutif à l'accès non autorisé d'un tiers au système de paiement. En effet, en vertu de la relation contractuelle qui lie le titulaire du moyen de paiement et l'émetteur, ce dernier ne doit exécuter que les ordres initiés par le titulaire légitime. Si l'émetteur verse des fonds à un tiers sans l'accord de son client, il ne pourra pas prétendre au remboursement du montant avancé. De même ne pourra-t-il pas débiter le compte du titulaire, qui restera créancier de la somme déposée. L'émetteur ne peut se libérer valablement de son obligation contractuelle de remboursement des fonds déposés si l'ordre émane d'une personne non autorisée[1221]. Cela correspond aux principes généraux que nous avons déjà discutés en relation avec les problèmes d'exécution irrégulière[1222].

457. Cependant, les conditions générales des émetteurs dérogent généralement à ces principes en prévoyant un régime d'allocation des risques inversé, soit en mettant à la charge du client le risque d'utilisation frauduleuse d'un moyen de paiement.

1221 STAUDER, contrat, p. 229; European Consumer Law Group (ECLG), Payment, p. 10; Comité Consultatif des Consommateurs (UE), TEF, p. 3; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 25; L'HEUREUX/LANGEVIN, pratique, p. 251; BLAUROCK, Zahlungsverkehr, p. 147, et Haftung, p. 565.

1222 *Supra* no 376.

En matière de chèque, d'ordre de virement traditionnel ou de tout autre mode de paiement sur papier, le problème principal découle de l'examen des signatures, les institutions financières prévoient donc le plus souvent qu'elles ne répondent pas du défaut de légitimation des donneurs d'ordre si un minimum de contrôle a été effectué.

Dans le domaine des systèmes électroniques de paiement grand public, le régime contractuel de répartition des risques est souvent encore plus sévère pour les consommateurs puisque bon nombre d'émetteurs prévoient que le dommage résultant de l'utilisation d'une carte volée, falsifiée ou contrefaite ou le risque lié aux prestations de banque à domicile sont à la charge du client, sous réserve d'une faute de l'émetteur, alors qu'aucun contrôle de la titularité de l'opérateur par l'institution financière n'est possible lorsque c'est un code confidentiel qui est utilisé à la place d'une signature[1223]. Souvent, le principe appliqué est que si la carte et le code confidentiel sont correctement utilisés, l'opération est automatiquement considérée comme valablement effectuée par le titulaire légitime ou avec son consentement[1224], alors qu'il apparaît pourtant que les systèmes ne sont pas totalement fiables et que des tiers peuvent commettre des fraudes sans pour autant une complicité du titulaire légitime[1225].

458. En plus de ces dérogations au droit dispositif, résultant de la liberté contractuelle, le droit civil montre encore ses limites dans le cadre de la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire lorsque l'on doit tenir compte de la violation des obligations des différentes parties.

Mis à part les obligations principales liées au paiement et à sa couverture[1226], des obligations de diligence (obligations accessoires dégagées du principe de la bonne foi) sont également à charge des cocontractants[1227]. Parmi ces obligations de diligence, c'est avant tout l'institution financière qui a à sa charge une obligation générale de sécurité, d'autant plus stricte que le système de paiement qu'elle gère présente des risques. Comme le souligne STAUDER pour les paiements automatisés: "*D'une manière générale, l'émetteur, en tant qu'organisateur et exploitant du système de paiement électronique sera tenu de*

1223 STAUDER, contrat, p. 228 s. Voir les exemples de contrats pratiqués dans la Communauté européenne relevés dans l'étude de KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 250 ss. Sur la différence entre la signature, véritable moyen d'identification personnel, et le code confidentiel (NIP), simple moyen de légitimation que tout le monde peut utiliser dès que l'on en a connaissance, cf. notamment FAVRE-BULLE, paiement, p. 31; STEINMANN, p. 25 ss, 81 s.

1224 KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 248, 250.

1225 Voir nos développements sur les risques de fraude, *supra* no 364 ss.

1226 Présentation in FAVRE-BULLE, paiement, p. 137, 147.

1227 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 137 ss pour le consommateur et p. 147 ss pour l'émetteur. Nous ne reviendrons pas ici le détail de ces obligations. Nous retiendrons surtout les conséquences de leur violation (responsabilité contractuelle).

prendre toutes les mesures susceptibles d'empêcher son fonctionnement non conforme, donc de veiller avec le soin d'un émetteur diligent à la sécurité du système et à la sécurité des transactions"[1228]. Mais de son côté, le client a également une obligation d'assurer la sécurité des moyens de paiement qui lui ont été remis.

En présence d'obligations de sécurité de part et d'autre, la question de savoir jusqu'où ces obligations s'étendent est délicate. L'institution financière viole-t-elle son obligation du simple fait qu'elle n'est pas en mesure de mettre un système de paiement totalement fiable à la disposition de sa clientèle, qu'elle choisit un mode de sécurité (codes confidentiels par exemple) qui n'est pas parfait? Ne peut-on pas attendre d'un autre côté plus de diligence des clients, qui acceptent de profiter d'un service aux conditions proposées par les émetteurs avec une certaine connaissance des risques?

On ne peut répondre de façon générale. Les obligations de sécurité devraient être appréciées en fonction de chaque cas d'espèce, selon le type de paiement et les parties en cause (consommateurs expérimentés ou non par exemple). Il est évident qu'une institution financière qui offrirait un système de paiement automatisé trop peu fiable - code secret facilement décelable, procédure d'opposition trop compliquée, liste de cartes bloquées trop vite saturée, etc. - violerait son obligation de sécurité, mais le défaut devrait être pour cela d'une certaine ampleur. L'on ne doit pas oublier que l'argent liquide n'est de toute façon pas un moyen sûr: les espèces peuvent facilement être perdues ou volées. De même, les modes de paiement sur support papier sont faillibles: une signature peut être imitée sans grandes difficultés. Les systèmes de paiement automatisés qui sont proposés aujourd'hui au grand public ne correspondent donc pas en soi à la création d'un nouveau et grave danger. En règle générale, de tels systèmes sont correctement organisés et une utilisation diligente par les clients devrait permettre d'éviter tout dommage. Il y a des cas malgré tout dans lesquels un incident peut se produire et toute la difficulté est alors d'apprécier qui du client ou de l'établissement responsable du système doit en supporter les conséquences.

Si le consommateur a violé des obligations déterminées dans un cas donné, l'émetteur peut en principe l'actionner en dommages-intérêts et pourra ainsi compenser en tout ou en partie sa dette en remboursement des fonds déposés sur le compte avec cette nouvelle créance[1229]. Mais comment apprécier la faute du client, en particulier lorsque l'on a affaire à des systèmes électroniques de paiement; que dire par exemple d'une personne âgée qui a été poussée à recourir à de tels systèmes mais qui n'est visiblement plus en mesure

---

[1228] STAUDER, contrat, p. 231.
[1229] STAUDER, contrat, p. 230 s., 235.

de les utiliser correctement ? Qui doit supporter le fardeau de la preuve? Quels sont d'ailleurs les moyens de preuve admissibles? Si c'est l'émetteur qui a commis une faute, on se trouve confronté aux mêmes questions.

459. Dans le contexte d'une automatisation toujours plus grande des paiements, on peut ainsi se demander avec THUNIS et SCHAUSS "*si la théorie classique de la responsabilité, confrontée à une pluralité d'acteurs et à la rapidité dans la transmission d'informations dématérialisées, se révèle toujours adéquate. En effet, sa mise en oeuvre suppose que soient établis un dommage et un acte fautif qui en est la cause. Si le dommage est généralement aisé à établir (même s'il est quelquefois difficile à localiser), il n'en va pas de même de la faute et de la relation causale avec le dommage*"[1230]. Pour THÉVENOZ, "*Force est de constater que la diligence (ou la négligence) de la banque comme critère et comme mesure de l'allocation des pertes est inappropriée lorsque, du côté de la banque, on ne peut pas l'appliquer au comportement individuel d'un ou plusieurs employés ou organes, mais à la conception même d'un système de paiement incorporant des technologies avancées*"[1231].

460. On voit donc que l'approche traditionnelle du droit civil - telle qu'on la connaît en droit suisse - basée sur l'analyse des obligations principales et accessoires des parties et sur un régime de responsabilité, en cas de violation de celles-ci, dépendant du degré de faute de l'institution financière et/ou du consommateur, donne de moins en moins de résultats satisfaisants au vu des difficultés d'appréciation dans chaque cas d'espèce. Comment évaluer par exemple précisément les fautes concomitantes des parties dans un processus totalement dématérialisé? Toute analyse de cet ordre représente à notre avis le désavantage d'être trop théorique et ne de pas faciliter le règlement des litiges *in concreto*. Existe-t-il dès lors d'autres modes de répartition des risques permettant de s'affranchir des concepts classiques de diligence et de faute?

461. En droit allemand, on s'est par exemple beaucoup interrogé sur l'éventuelle applicabilité aux problèmes posés par les transferts électroniques de fonds de la théorie des sphères ("*Sphärentheorie*"), selon laquelle le client, indépendamment de toute faute de sa part, doit supporter les risques qui trouvent leur origine dans sa sphère de puissance, risques que la banque ne peut maîtriser. Certains estiment que cette théorie est adaptée aux moyens électroniques de paiement grand public: c'est le client et non la banque qui est en mesure d'empêcher la perte ou le vol de ses moyens d'accès au système (carte, code confidentiel) en prenant les mesures de précaution nécessaires, c'est donc lui qui devrait supporter le risque d'utilisation frauduleuse. D'autres, en revanche, le contestent, faisant valoir notamment que la théorie des sphères ne

---

1230 THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 17. Cf. aussi THUNIS, automatisation, no 174.

1231 THÉVENOZ, banquier, p. 45 (voir aussi plus généralement, sur l'"*inadéquation d'une référence à la faute de l'émetteur*" en matière de cartes de paiement, p. 42 ss).

repose sur aucune base légale, puisque nos codifications de droit civil restent basées sur le principe de la faute, ou encore qu'elle permet à la banque de faire valoir une action en remboursement des frais encourus pour l'exécution du mandat lors de toute utilisation - autorisée ou non - du moyen de paiement et de son code confidentiel, alors que seules les instructions données par le titulaire légitime peuvent justifier un tel droit; c'est donc la banque qui devrait, en l'absence de faute du client, supporter le risque de fraude par un tiers non autorisé[1232].

Si un principe tel que la "*Sphärentheorie*" paraît effectivement difficilement applicable *de lege lata* en l'absence de base légale, cela n'exclut pas que l'on recoure à de telles règles *de lege ferenda* si elles se justifient. Il n'en reste pas moins qu'à notre sens, la "*Sphärentheorie*" telle qu'elle a été développée en Allemagne ne peut être vue comme la meilleure solution dans la perspective de la protection des consommateurs. En effet, cette théorie manque de souplesse, notamment dans la mesure où elle met tous les risques à la charge du client, sans égards aux défauts de sécurité des systèmes de paiement. Un régime adéquat de répartition des risques devrait au contraire tenir compte de la corrélation entre les risques effectifs et les possibilités pour chacune des parties de prendre les mesures nécessaires pour éviter tout dommage, en se référant pour cela à des critères les plus objectifs possibles, de manière à faciliter le règlement des litiges.

462. Cette tendance en faveur d'une approche en termes de risques est de plus en plus marquée dans la littérature juridique des différents pays. Un courant récent de la doctrine[1233], qui tient véritablement compte des spécificités du paiement électronique, semble plus soucieux de la protection des utilisateurs et se démarque donc de la "*Sphärentheorie*" allemande, qui a été développée au départ uniquement pour le chèque, moyen de paiement qui nécessite un support de papier et une signature. On s'interroge de plus en plus sur le niveau de

1232 Sur tous ces points, voir nos références détaillées in FAVRE-BULLE, paiement, p. 155 s.

1233 Notamment: THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 29; THUNIS, transferts, p. 26, 32; POULLET/THUNIS, p. 267; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 20; L'HEUREUX, responsabilité, p. 122 s.; Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 46. STAUDER, contrat, p. 232, relève que les règles du droit civil examinées plus haut ne sont pas désuètes lorsqu'il s'agit de les appliquer aux procédés modernes de transfert électronique de fonds et qu'elles conduisent à une structure assez équilibrée de la relation contractuelle. Si cet auteur construit donc un système basé sur des règles traditionnelles de droit civil, il n'en reste pas moins qu'il s'inspire aussi indirectement de la théorie des risques pour s'écarter du problème d'appréciation des fautes dans chaque cas d'espèce, notamment lorsqu'il opère "*d'emblée*" une différenciation selon que les opérations du tiers non autorisé ont eu lieu avant ou après la notification de la perte ou du vol des moyens d'accès au système, en posant le principe de la responsabilité de l'émetteur après notification sans examen des mesures de sécurité que celui-ci aurait dû prendre (p. 235) ou encore en proposant de limiter la part de risque du consommateur avant notification à un plafond déterminé (p. 238), tout ceci pour "*garantir un équilibre équitable lors de la répartition des risques*" (p. 232).

sécurité auquel le consommateur est en droit de s'attendre et sur la nécessité de faire supporter les risques d'accès non autorisé aux émetteurs, par le biais d'une "*responsabilité du fait des services*"[1234] inspirée des principes de la responsabilité du fait des produits[1235]. Les émetteurs ont en effet la possibilité de répartir telle ou telle perte (d'un montant généralement faible par rapport au volume des transactions) sur l'ensemble de leurs opérations ou de prendre des assurances[1236]. D'une manière générale, ils sont donc plus à même de supporter les risques d'accès non autorisé que les clients, qui pourraient subir eux des pertes d'une importance considérable par rapport aux montants déposés sur leur compte[1237].

463. Dans l'optique des paiements transfrontières, et plus spécialement ceux qui relèvent de procédés automatisés, la situation juridique est trop incertaine puisque les consommateurs sont soumis à des règles divergentes et souvent inéquitables d'un Etat à l'autre, entre des conditions contractuelles préformulées et un droit national applicable aux normes par hypothèse dispositives, normes auxquelles les professionnels peuvent donc déroger. C'est la raison pour laquelle, à la lumière de développements législatifs, jurisprudentiels et doctrinaux récents en droit comparé, nous allons nous attacher à proposer ci-après quelques principes qui pourraient être suivis pour une harmonisation à l'échelle de l'Union européenne, mais aussi de l'Espace économique européen, s'agissant des aspects juridiques de l'utilisation de moyens de paiement grand public par des tiers non autorisés.

2. Propositions d'harmonisation

464. Le caractère transfrontière d'un paiement ne fait pas à proprement parler apparaître de nouveaux et spécifiques risques de fraude[1238]. Il se peut surtout que les conséquences négatives d'une fraude pour le consommateur soient accentuées du fait du caractère international d'un paiement (difficulté pour localiser l'origine de la fraude et trouver une solution au litige avec de nombreux intervenants se trouvant dans plusieurs pays). Dans la mesure où la présente étude concerne les seuls aspects transfrontières, nous n'allons par conséquent pas développer en détail toute la problématique des accès non autorisés par des

---

1234 *Supra* no 407.

1235 Voir notamment la problématique soulevée par SCHAUSS, Contract, p. 109 s., et THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 23 s. Egalement: REIFNER, Haftung, p. 1916.

1236 Voir les exemples cités par KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 30 s.; TRINQUET, cartes, p. 11; ainsi que le Guide juridique de la CNUDCI, p. 69 no 60. OLG Koblenz (12.4.1990), WM 1990, 1108.

1237 L'HEUREUX, droit bancaire, p. 430 s.; voir aussi WETTSTEIN, p. 150 s., qui parle de "*Sozialisierung des Risikos*".

1238 *Supra* no 372.

tiers[1239]. Si nous avons accordé une certaine place au chapitre sur l'exécution incorrecte des paiements, c'est essentiellement parce que c'est cette hypothèse qui recouvre le plus de problèmes rencontrés pratiquement par les clients devant effectuer des paiements transfrontières, comme les études l'ont montré[1240]. En outre, certains développements relatifs aux questions d'exécution imparfaite sont transposables aux cas de fraude; c'est le cas en particulier en cas de faute d'un intervenant dans la chaîne du paiement, en ce qui concerne les conséquences pour le rapport client-émetteur (celui-ci répond-il de l'intervenant dans un autre Etat comme d'un auxiliaire, seulement comme d'un mandataire substitué, etc.[1241]).

465. Si les principes généraux d'allocation des risques ne devraient pas être sensiblement différents, surtout dans une optique limitée à la relation entre un consommateur et son institution financière, selon qu'une carte (paiement face-à-face) est volée puis utilisée frauduleusement dans le même pays ou dans un autre ou selon qu'un ordre de virement (paiement à distance) falsifié à un caractère international ou non, les hypothèses d'opérations transfrontières devraient malgré tout susciter une réflexion en ce qui concerne les obligations des parties. En effet, si l'on prend l'exemple de la sécurité des paiements face-à-face, il serait ainsi important qu'un client rencontre lors d'un paiement à l'étranger les mêmes procédures existant dans son pays: coordonnées d'une centrale d'opposition (fonctionnant 24h / 24, 7 jours sur 7[1242]) en cas de vol ou de perte de carte, possibilité de faire bloquer celle-ci au niveau international, délivrance d'un reçu lors d'une opération, etc.

466. Ceci étant précisé, il convient maintenant d'aborder les conséquences juridiques du premier cas type de fraude, peut-être le plus délicat, celui de l'utilisation d'un moyen de paiement par un tiers non autorisé à la suite d'une perte ou d'un vol. Nous visons là plus spécifiquement les moyens modernes de paiement avec des supports de type cartes en plastique et/ou codes d'accès, proposés par des émetteurs aux consommateurs. Les autres modes de règlement, tels que les virements, qui subissent des fraudes généralement sans perte ni vol

---

1239 Voir à ce sujet nos développements théoriques in: FAVRE-BULLE, paiement, p. 154 ss. De nombreuses références (doctrine, jurisprudence) citées dans cet ouvrage n'ont pas systématiquement été reprises ici.

1240 Cf. *supra* no 159 ss.

1241 Cf. *supra* no 395 ss.

1242 THUNIS, paiement, p. 389 ss. Le fait qu'une centrale de blocage ne fonctionne pas à certains moments ou qu'une confirmation de l'opposition auprès de l'agence tenant le compte soit nécessaire, alors que ladite agence sera fermée la nuit et le week-end, est une trop grande source de litiges, comme en témoigne la jurisprudence: FAVRE-BULLE, paiement, p. 144 s. et 148 s. (références citées en notes); Cour de cassation française, Chambre commerciale, 1.3.1994, Société Générale c. Fontaine (références *infra* note 1348); AG Darmstadt (24.2.1989), WM 1990, 543, note de REISER Cristof, WuB I D 5. - 3.90. Voir les résultats de l'étude de MITCHELL/THOMAS (notamment p. 82 s.) relative aux contrats pratiqués en Europe à ce sujet.

seront examinés ultérieurement, dans le contexte général des autres opérations non autorisées[1243].

Dans la mesure où l'application des règles de droit civil dans ce contexte n'est pas toujours satisfaisante, dans la mesure où les tribunaux ont de plus en plus de difficultés pour trouver des solutions simples, équitables et non contradictoires aux litiges qui leur sont soumis d'un Etat à l'autre, un cadre juridique harmonisé doit être trouvé, pour ce type précis de risque consécutif au vol ou à la perte d'un instrument de paiement, afin de faire passer au premier plan un modèle général de responsabilité avant tout basé sur les sphères de risques que les parties peuvent maîtriser *in abstracto*. Ce n'est qu'à un deuxième niveau d'examen, en fonction de toutes les circonstances d'un cas d'espèce, que ce système pourrait être corrigé, affiné si les parties et le juge sont en mesure d'apprécier réellement, avec les preuves nécessaires, la violation des obligations de l'émetteur et/ou du titulaire, en particulier les obligations de sécurité qui découlent du droit civil.

Nous voyons là une solution de compromis permettant de surmonter les obstacles précédemment décrits. La faute n'est plus mise au premier plan; elle n'est plus une condition de la responsabilité mais un correctif du régime de base dans certains cas bien précis. L'accent est d'abord mis sur les risques tels qu'ils peuvent être maîtrisés par les parties. Nous ne suivons pas la "*Sphärentheorie*" allemande et son postulat erroné consistant à voir dans l'utilisateur l'origine de la plupart des risques. Nous rejetons cependant tout autant la théorie du risque créé par les institutions financières, qui ne tient pas assez compte des négligences dont peuvent faire preuve les clients. Une analogie trop immédiate avec la responsabilité du fait des produits nous paraît douteuse. Nous ne sommes pas en soi en présence de procédés dangereux pour lesquels il conviendrait systématiquement de s'interroger sur la responsabilité des institutions financières pour le choix et la conception des systèmes et des risques qu'ils représentent avant même la mise sur le marché.

Comme cela a été relevé pour les obligations de sécurité à charge des parties[1244], une généralisation n'est pas possible. Nous considérons que le simple fait d'utiliser par exemple des cartes à piste magnétique plutôt que des cartes à puce ou de recourir à des systèmes *off line* plutôt que *on line* ne représente pas en soi un risque créé par les professionnels qui devrait *ipso jure* emporter leur responsabilité. Comme nous allons le voir, un autre mode de répartition des risques paraît préférable pour les hypothèses de vol ou de perte des moyens de paiement, avec résurgence de la faute pour apprécier le comportement des parties dans chaque cas d'espèce.

1243 *Infra* no 476 ss.
1244 *Supra* no 458.

a. La perte ou le vol d'un moyen de paiement

467. Pour bénéficier d'un système simple, le plus objectivé possible, pour éviter des conditions générales contractuelles qui dérogent trop aux principes de certains droits civils en transférant entièrement le risque de fraude sur la tête du client, et pour tenir compte des expériences judiciaires en Europe, le régime juridique d'allocation des risques devrait se référer à un fait générateur, soit l'acte de notification par le client à l'émetteur de la perte ou du vol du moyen de paiement, appelé également opposition, en distinguant la période qui précède cet acte et la période qui le suit.

Le fait de s'en tenir au moment de la notification pour déterminer le régime de répartition des risques, et non au moment du blocage en tant que tel[1245], permet - dans un premier temps en tout cas - d'éviter de devoir juger de la faute éventuelle de l'émetteur dans le choix des systèmes (problème par exemple des terminaux *off line* pour lesquels la procédure de blocage prend plus de temps[1246]) et quant à la célérité des opérations de blocage. D'autre part, les émetteurs seront incités à adopter des systèmes plus sûrs si on les rend responsables de tout dommage dès la notification.

468. Sur cette base, et toujours dans une optique d'adaptation du droit aux techniques modernes de paiement, l'application de cette théorie des risques devrait donc précéder le recours aux principes classiques de la responsabilité contractuelle[1247].

aa. Une responsabilité pour risques

469. La règle de base en termes de risques, sans référence aux fautes respectives des parties, devrait être formulée de la manière suivante:

- avant notification de la perte ou du vol des moyens d'accès au système de paiement, le titulaire devrait supporter le dommage dû à la fraude jusqu'à un montant plafond à fixer;

- après notification, le dommage devrait être supporté par l'émetteur.

1245 Pour des exemples de litige: ABB, Avis de l'Ombudsman (1.9.1992-31.8.1993), p. 223 no 93.108; LG Berlin (7.1.1991), WM 1991, 1335, note de REISER Cristof, WuB I D 5. - 6.91.

1246 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 22 s., 176.

1247 Cf. MEYSMANS/THUNIS, p. 155; THUNIS, paiement, p. 399 ss.

470. Avant notification, il est indiscutable que c'est le titulaire qui est le mieux à même de maîtriser les risques[1248], en prenant les mesures de précaution nécessaires pour assurer la sécurité du moyen de paiement et pour avertir le plus rapidement possible l'émetteur en cas d'incident. C'est donc lui, le titulaire, qui devrait en principe réparer le dommage que subit son établissement du fait des fonds prélevés illicitement par un tiers, dommage qui résulte directement de la perte ou du vol du moyen de paiement. Il se peut cependant que l'émetteur ait commis une faute de son côté, or une telle faute sera souvent bien difficile à apprécier. Par exemple, l'émetteur devant faire tout son possible pour limiter le dommage, ne devrait-il pas être à même de déceler lui-même certaines formes d'utilisation abusive, en particulier lorsque les opérations du tiers non autorisé dépassent la provision du compte ou la limite de crédit accordée?

Dans le cadre d'un régime de base "forfaitaire" d'allocation des risques, la solution pour tenir compte des possibilités de faute de l'émetteur tout en restant attaché au principe que les risques avant notification sont avant tout dans la sphère du client, est de limiter le dommage à faire supporter au client. En plafonnant la part de risques à un montant assez raisonnable (par exemple les 150 écus des recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE[1249]) pour l'ensemble des conséquences de la perte ou du vol de l'instrument de paiement, on permet d'éviter que le consommateur ait à supporter un important dommage, en particulier lorsque le tiers opère des prélèvements dépassant largement la couverture du compte, profitant du fait que les terminaux ne peuvent le plus souvent pas procéder à des contrôles de solvabilité. Si les émetteurs ne sont pas en mesure de constater rapidement les irrégularités, ils en subiront donc les conséquences au-delà du plafond fixé. Ce qui veut dire qu'ils chercheront très certainement à améliorer la sécurité des systèmes et que le consommateur en bénéficiera directement dans le cadre de sa propre responsabilité.

Si l'on ne tenait pas compte des sphères de risques et que l'on cherchait à décharger le client au détriment de l'émetteur, on risquerait de favoriser grandement les abus de la part des titulaires eux-mêmes (notamment par des annonces de vol ou de perte alors que le moyen de paiement est utilisé

1248 Il convient de rappeler l'importance de la technique du code secret (NIP) pour ce problème de répartition des risques avant et après notification. Si le client perd une carte de paiement non codée, le fraudeur devra d'une part imiter sa signature, ce qui n'est pas forcément facile, et d'autre part, il courra le risque qu'on lui demande une pièce d'identité. En revanche, la perte d'une carte avec son code confidentiel signifie que le tiers aura toute latitude pour procéder à des opérations non autorisées, puisqu'il n'a qu'à se légitimer (et non s'identifier) avec le NIP. En conséquence, il est parfois prévu dans les contrats que le consommateur ne supportera les risques avant notification que jusqu'à un certain montant, sauf s'il s'agit d'opérations effectuées à l'aide d'un code confidentiel (par exemple: art. 11.2 du contrat-porteur "CB" français; KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 251).

1249 *Infra* no 487.

frauduleusement par le titulaire légitime). Avant notification et en l'état actuel de la technique, basée sur un code secret qui ne dépend pas de caractéristiques personnelles (telles que les empreintes digitales par exemple) et qui peut donc facilement être perdu ou même transmis volontairement à un tiers, les possibilités de l'émetteur pour limiter les risques sont très minimes. Que peut-il faire par exemple pour empêcher qu'une carte perdue avec le code inscrit dessus ne soit utilisée dans les heures qui suivent, si le titulaire n'annonce pas la perte de son moyen de paiement? C'est donc bien le consommateur qui devrait en principe supporter les risques d'accès non autorisés avant notification, mais il est justifié à la base de fixer un plafond à cette responsabilité[1250], pour remédier indirectement à certaines carences de sécurité des systèmes de paiement automatisés grand public.

471. Après notification, le risque est désormais dans la sphère de puissance de l'émetteur. C'est lui seul qui peut intervenir, en procédant à un blocage efficace permettant d'éviter ou de limiter le dommage. C'est donc l'émetteur et non le consommateur qui devrait supporter tout dommage après notification. Cette répartition des risques correspond à ce qui a été prévu dans des législations et codes de conduite sur les systèmes de paiement[1251], à ce que l'on trouve dans de nombreux contrats porteurs aujourd'hui - solution souvent confortée par la jurisprudence - [1252], ainsi qu'à ce que proposent la doctrine et divers organismes[1253].

1250 OCDE, cartes, p. 19; Comité Consultatif des Consommateurs (UE), TEF, p. 4; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 21; STAUDER, contrat, p. 238; L'HEUREUX, responsabilité, p. 123; KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 26; MITCHELL, Electronic funds transfer, p. 74. Pour les avantages de ce système, cf. Guide juridique de la CNUDCI, p. 61 no 28. Contra: GÉRARD/SVENDSEN, p. 54. Voir aussi les art. 21 et 26 e de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc.; l'art. 61 de loi belge relative au crédit à la consommation et l'arrêté royal du 24.2.1992; l'art. 4.14 du code de conduite britannique "*The Banking Code*".

1251 Art. 21 al. 5 et 26 e al. 5 de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc.; art. 61 de loi belge relative au crédit à la consommation (auparavant, voir déjà les décisions de jurisprudence citées in FAVRE-BULLE, paiement, p. 177 note 559; THUNIS, paiement, p. 370 ss). Pour les textes extra-européens, voir aussi aux Etats-Unis le § 909 de l'Electronic Fund Transfer Act et le § 205.6 Regulation E, le § 5 (b) et (d) de la loi israélienne sur les cartes de débit, l'art. 8.3 et 9.4 du code de conduite néo-zélandais ainsi que l'art. 5.3 du code australien sur les transferts électroniques de fonds.

1252 Voir par exemple les art. III 2.4 et 3.6 de la dernière version des conditions d'utilisation de la carte ec en Allemagne; l'art. 11.3 du contrat porteur "CB" en France (version 6). Pour une étude, sur ce point, des différents contrats pratiqués dans les Etats de l'Union européenne, cf. MITCHELL/THOMAS (résumé p. 82, 86; études plus anciennes de KNOBBOUT-BETHLEM, survey et recommandation). En jurisprudence française, la libération du client après notification a été véritablement consacrée par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 octobre 1991: affaire CRCA Pyrénées Orientales c. Camuel, in: D 1991, Jurisprudence, p. 581 ss, avec note de VASSEUR Michel; D 1991, Informations rapides, p. 245; La Semaine Juridique (J.C.P.) 1992, Jurisprudence, no 21791; Gazette du palais, 19-20.2.1992, p. 27 ss; Droit de l'Informatique & des télécoms 1991/4, p. 39 ss, notes de J. L. et de TRINQUET Robert; Expertises des systèmes d'information 1991, p. 434 ss, note de WEBER Alain; Revue de

bb. Une responsabilité pour faute

472. Le régime en termes de risques proposé *de lege ferenda* est un moyen de simplifier le règlement des litiges dans un domaine où les fautes deviennent de plus en plus difficiles à apprécier. Le fait de "forfaitiser" ainsi des responsabilités n'exclut cependant pas que l'on recoure malgré tout au système de la faute lorsque cela est possible. Il serait en effet inéquitable de rendre une partie responsable si elle est en mesure de prouver qu'elle n'a commis aucune faute ou, inversement, de libérer une partie qui a en réalité commis une faute patente[1254]. Les parties devraient donc pouvoir modifier cas échéant le régime juridique simplifié décrit plus haut et cela de la manière suivante, en tenant compte toutefois des importantes difficultés de preuve à surmonter[1255]:

---

droit bancaire et de la bourse 1992, p. 28 s. (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves); REDC 1992, p. 113 s. (BYRAMJEE François). Voir aussi la réponse ministérielle in: REDC 1992, p. 164 s. Pour un avis opposé, voir notamment les arrêts antérieurs de: Cour d'appel de Douai, 26.10.1983 (reproduit par HUET, Dossier monétique, p. 120 s.); Cour d'appel de Pau, 17.10.1984 (reproduit par HUET, Dossier monétique, p. 125); Cour d'appel de Paris, 29.3.1985 (reproduit par HUET, Dossier monétique, p. 122 s.); critique de ces trois anciens arrêts par THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 21. Pour la jurisprudence allemande: LG Hanau (16.2.1995), VuR 1995, 314; AG Kassel (16.11.1993), WM 1993, 2110 = VuR 1994, 308; OLG Bamberg (23.6.1993), WM 1994, 194 = NJW 1993 2813, note de SALJE Peter, WuB I D 5. - 8.94.

1253 Voir les recommandations du Comité de la politique à l'égard des consommateurs de l'OCDE (cartes, p. 19), du Sub-Committee on Consumer Policy Affairs de l'AELE (titre IV, art. 4.3), du Conseil consultatif des consommateurs auprès de la Commission européenne (code de bonne conduite et TEF, p. 4), du Conseil national du crédit [France] (aspects juridiques, p. 46 s., 51) et du European Consumer Law Group, Payment, p. 10. ABB, Rapport de l'Ombudsman 1993, p. 18 s., et 1994, p. 19; Avis de l'Ombudsman (1.1.1995-30.6.1995), p. 49 no 94.396, p. 56 no 95.060. STAUDER, contrat, p. 235 s.; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 21; KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 34; L'HEUREUX/LANGEVIN, pratique, p. 256 s., et cartes, p. 55; GUTWIRTH/JORIS, p. 280; MITCHELL, Electronic Banking, p. 55; GAVALDA Christian, Note in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1995/1, p. 46 ss, 47 s.

1254 Voir à cet égard l'exemple de la dernière version des conditions d'utilisation de la carte ec en Allemagne (art. III 2.4 et 3.6), qui expose de manière claire pour le consommateur ("*Transparenzgebot*" oblige, cf. *supra* no 286) les conséquences juridiques des différentes hypothèses d'opérations non autorisées (absence de faute du titulaire, négligence légère, négligence grave, etc.). Sur l'évolution de la jurisprudence allemande, qui considère maintenant comme abusives et donc nulles les clauses qui transfèrent tous les risques d'utilisation à charge des titulaires sans prévoir assez de limites, notamment pour les hypothèses dans lesquelles un porteur n'aurait pas commis de faute: BGHZ 114, 238 (23.4.1991) = WM 1991, 1110 = ZIP 1991, 792 = JZ 1991, 1141 (note de BÄLZ Ulrich) = JR 1992, 371 (note de SALJE P.), ainsi que les notes de KÖNDGEN Johannes, EWiR §9 AGBG 11/91, p. 627 s., et FERVERS Martin, WuB I D 5. - 7.91, décision qui confirme l'arrêt de OLG Koblenz (12.4.1990), WM 1990, 1108; AG Aachen (26.5.1992), WM 1993, 291, note de HARBEKE Christof in WuB I D 5. - 4.93; OLG Bamberg (23.6.1993), WM 1994, 194 = NJW 1993 2813, note de SALJE Peter in WuB I D 5. - 8.94 (auparavant, en rapport avec la "*Sphärentheorie*": cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 156 note 479).

1255 Nous présentons déjà ici certaines de nos réflexions en matière de preuve pour les hypothèses de vol et de perte des moyens de paiement, car dans un souci de logique et

a) en cas de négligence grave ou de fraude du titulaire (à prouver par l'émetteur[1256]):

- avant notification, c'est le titulaire qui devrait alors supporter l'ensemble du dommage, le montant plafond n'étant plus applicable[1257];

- dès notification, ce n'est que dans l'hypothèse d'une fraude du titulaire lui-même que l'on devrait le rendre responsable du dommage[1258], la négligence grave du client s'effaçant devant la faute prépondérante de l'émetteur qui n'a pas fait en sorte d'éviter le dommage après l'avis de perte ou de vol[1259].

---

pour faciliter la compréhension du régime de droit de fond proposé, les questions de répartition du fardeau de la preuve peuvent difficilement être séparées des propositions d'allocation des risques. Cela étant, nous traiterons plus en détail du droit de la preuve, pour les systèmes électroniques de paiement, dans une autre partie de ce chapitre (*infra* no 505 ss).

1256 Dans le même sens: art. 21 al. 2 et 3, art. 26 e al. 2 et 3 de la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc.; STORM, paiement, p. 161. Sur les particularités de la jurisprudence française, cf. *infra* no 514. D'une manière générale, l'émetteur pourrait avoir certaines difficultés pour démontrer que le titulaire a agi frauduleusement ou qu'il a commis une grave négligence. Nous verrons dans notre chapitre sur la preuve (*infra* no 520 ss) qu'une preuve stricte ne devrait peut-être pas toujours être exigée et que l'on pourrait se contenter d'une forme de présomption dans certaines hypothèses. Nous ferons notamment à cet égard une distinction entre la perte et le vol d'un moyen de paiement.

1257 C'est généralement le régime adopté par les contrats porteurs pratiqués actuellement en Europe (en Allemagne, les conditions ec ont été clarifiées sur ce point; la précédente version était sujette à controverse: OLG Nürnberg, 4.5.1995, EWiR § 276 BGB 4/95, p. 643 s. [WENZEL Frank]). En comparaison, selon la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc. (art. 21 et 26 e), le titulaire n'est responsable de la perte totale que si l'émetteur prouve qu'il a délibérément divulgué le code secret au tiers fraudeur. En cas de négligence grave, la responsabilité du titulaire reste plafonnée, à un montant certes plus élevé (équivalant à 1000 écus environ) que pour la responsabilité de base (équivalant à 150 écus environ). STORM, paiement, p. 161. Idem pour l'art. 61 de loi belge relative au crédit à la consommation, complétée par l'arrêté royal du 24.2.1992: responsabilité plafonnée en cas de négligence grave, responsabilité entière en cas de fraude (analyse critique: THUNIS, paiement, p. 380 ss; MEYSMANS/THUNIS, p. 143 ss).

1258 Voir nos explications in FAVRE-BULLE, paiement, p. 176 et note 556; Comité consultatif [France], cartes, p. 75.

1259 BGHZ 114, 238 (23.4.1991; références plus complètes, notamment pour les commentaires de cet arrêt, *supra* note 1254), qui confirme OLG Koblenz (12.4.1990), WM 1990, 1108 (approuvé par AEPFELBACH Rolf, WuB I D B 7. - 1.91); AG Kassel (16.11.1993), WM 1993, 2110 = VuR 1994, 308 (note de PFEIFFER Thomas, WuB I D 5 b. - 1.95); Tribunal d'instance de Dijon, 15.6.1990 (critique par CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1991, p. 19 s.). Pour la jurisprudence belge: MEYSMANS/THUNIS, p. 140, 158; Cour d'appel de Gent, 7.12.1995, in: RDC 1996, p. 1059 ss (BUYLE J.P. / THUNIS X., qui citent également la partie de la doctrine belge qui critique cette solution). Contra: art. 4.16 du "*Banking Code*" britannique.

Les notions de négligence grave et de fraude (faute intentionnelle) ne devraient pas être admises trop facilement[1260]. Afin de limiter les appréciations divergentes et de favoriser un système homogène et cohérent, le contrat conclu entre l'institution financière et son client devrait décrire avec précision les obligations de diligence des parties et leurs conséquences juridiques[1261]. L'émetteur devrait avoir à cet égard une importante obligation d'information[1262], car en l'absence d'indications claires, si le consommateur ne devait pas avoir une connaissance suffisante de ses devoirs, l'institution financière ne devrait pas pouvoir invoquer sa faute grave. En cas de faute légère, c'est le régime de base qui devrait s'appliquer, la responsabilité du consommateur restant limitée au montant plafond prédéterminé[1263].

b) en cas d'absence de faute du titulaire, qui a respecté les obligations de diligence qui lui ont été communiquées (à prouver par le consommateur[1264]):

1260 On peut se demander par exemple comment qualifier l'attitude d'un client agressé par des malfaiteurs, qui est contraint de leur divulguer son code secret, menacé qu'il est de violences physiques. Certes le fait de donner le code confidentiel à des tiers constitue théoriquement une violation d'une obligation contractuelle, mais par analogie avec le droit pénal, ne devrait-on pas considérer qu'il existe un fait justificatif dans de telles circonstances de contrainte (état de nécessité)? L'Ombudsman des banques belges s'est en tout cas montré bien sévère dans un tel cas, en considérant le client victime comme entièrement responsable (ABB, Avis de l'Ombudsman [1.7.1995-31.12.1995], p. 62 s. 95.492). Voir en sens opposé la situation aux Etats-Unis (L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 41, 51). Sur une autre question délicate, celle de l'appréciation de la diligence du titulaire lorsqu'un code confidentiel a été inscrit sur un autre support que la carte elle-même (carnet d'adresse par exemple), de manière plus ou moins camouflée (code au milieu d'une liste de numéros de téléphone, éléments du code écrits dans un autre sens, etc.), les solutions sont également contrastées: AG Hambourg (14 C 144/96), VuR 1996, 381 s.; AG Kassel (16.11.1993), WM 1993, 2110 = VuR 1994, 308, et les remarques de PFEIFFER Thomas, WuB I D 5 b. - 1.95; ABB, Avis de l'Ombudsman (1.9.1992-31.8.1993), p. 223 no 93.108; Avis de l'Ombudsman (1.1.1995-30.6.1995), p. 59 s. no 95.129); FAVRE-BULLE, paiement, p. 138 ss; THUNIS, Recommendation, p. 104.

1261 L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 37, 48. Bonne exemple avec les conditions d'utilisation de la carte ec en Allemagne (notamment les art. III 2.4 et 3.6 qui indiquent expressément ce qui constitue une négligence grave). Voir au sujet des obligations de diligence des parties notre analyse et nos propositions détaillées in FAVRE-BULLE, paiement, p. 137 ss, 236 s. En l'absence de réglementation uniforme et précise, ce sont les tribunaux qui ont à définir ces obligations, dont la violation entraînera la responsabilité des parties, et la jurisprudence reste malheureusement trop fluctuante d'un Etat à l'autre.

1262 KLEINE, p. 135 ss; BROCKMEIER, p. 108 ss. Cf. aussi *supra* no 209 ss.

1263 Cf. par exemple art. III 2.4 et 3.6 des conditions d'utilisation de la carte ec en Allemagne (la banque supporte 90% du dommage en cas de faute légère du titulaire).

1264 A notre sens, le titulaire ne devrait pas supporter une part de risques s'il a conservé soigneusement ses moyens d'accès, sans inscrire imprudemment le code confidentiel (AG Frankfurt a.M. [3.2.1995], WM 1995, 880; WuB I D 5 c. - 2.96 [SALJE Peter]; EWiR § 675 BGB 4/95, p. 763 s. [HUFF Martin W.]), et s'il a prévenu le plus rapidement possible l'émetteur après avoir constaté leur disparition (sur cette obligation de célérité pour l'opposition: voir notamment FAVRE-BULLE, paiement, p. 141 ss; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 28.11.1990, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1991,

le titulaire ne supporterait alors aucun dommage, c'est l'émetteur qui prendrait à sa charge le risque de fraude occasionné par son système, avant et après notification[1265].

c) en cas de faute de l'émetteur, qui a violé son obligation générale de sécurité[1266] (à prouver par le consommateur[1267]):

aa) dans le cas normal, basé sur une responsabilité limitée à un montant forfaitaire avant notification, ou en cas d'absence de faute du consommateur (prouvée par celui-ci), ledit consommateur devrait être libéré, l'émetteur supportant le risque inhérent à son système, avant et après notification[1268];

---

p. 194 s. [CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves]; OLG Bamberg, 23.6.1993, WM 1994, 194 = NJW 1993 2813, note de SALJE Peter, WuB I D 5. - 8.94; OLG Hamm, 17.3.1997 [références *infra* note 1340], qui fixe à une heure le délai pour informer la banque depuis la découverte du vol de la carte). Mais pour éviter tout risque d'abus ainsi qu'une charge financière trop lourde pour l'émetteur, il faudrait que ce soit le consommateur lui-même qui apporte la preuve de son absence de faute et non qu'elle soit présumée (contra: European Consumer Law Group [ECLG], Payment, p. 11). Cette répartition du fardeau de la preuve n'apparaît pas trop sévère pour le client, car si ce dernier ne parvient pas à démontrer qu'il a respecté ses obligations de diligence, sa responsabilité avant notification sera de toute façon limitée forfaitairement à un montant raisonnable, qui est là pour inciter les utilisateurs à plus de prudence et qui ne devrait pas être écarté trop facilement. S'il est vrai que la preuve de l'absence d'une faute peut être délicate, il est en pratique aussi difficile pour l'émetteur de prouver de son côté la négligence grave ou la fraude du titulaire s'il veut obtenir réparation pour le dommage qu'il subit au delà du montant forfaitaire de responsabilité. Si l'on mettait le fardeau de la preuve de toute faute du client entièrement à charge de l'émetteur pour la phase précédent la notification, les établissements n'arriveraient souvent pas à apporter de telles preuves, ils subiraient donc des pertes qui seraient forcément répercutées commercialement sur l'ensemble de la clientèle. Ceci n'est ni juridiquement justifié ni économiquement efficace, dans la mesure où la pratique montre qu'un certain nombre de fraudes avant notification résultent de la négligence des titulaires et que de telles négligence ne doivent pas être favorisées. Voir aussi notre réfutation des thèses contraires in FAVRE-BULLE, paiement, p. 168 note 530 et p. 199.

1265 Solution par exemple adoptée dans les conditions d'utilisation de la carte ec en Allemagne (art. III 2.4 et 3.6) et cela en particulier à la suite des développements jurisprudentiels mentionnés *supra* note 1254. Contra: Cour de cassation française, Chambre commerciale, 21.5.1996, CRCAM Toulouse c. Grene-Petre, in: Contrats-Concurrence-Consommation, octobre 1996 (Contrats, no 163, LEVENEUR Laurent); Revue de droit bancaire et de la bourse 1996, p. 234 s. (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves). L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 48.

1266 Cf. *supra* no 458.

1267 Là encore, pour éviter de difficiles appréciations dans chaque cas d'espèce, cette faute ne devrait pas être présumée, elle devrait être prouvée par le consommateur. Si celui-ci n'y parvenait pas, ce qui devrait arriver souvent avec des opérations dématérialisées, c'est le régime de base qui s'appliquerait et les conséquences ne seraient pas trop lourdes puisque la responsabilité du consommateur (non fautif) resterait limitée au montant forfaitaire prévu avant notification.

1268 AG Darmstadt (24.2.1989), WM 1990, 543; WuB I D 5. - 3.90 (REISER Cristof).

bb) en cas de négligence grave ou de fraude du titulaire (à prouver par l'émetteur), c'est l'autorité de jugement qui devrait apprécier les fautes concomitantes pour décider comment répartir les parts de responsabilité de chacune des parties[1269]. La fraude du client (faute intentionnelle) devrait logiquement rendre celui-ci responsable de l'ensemble du dommage.

> En cas de négligence grave du client et de faute légère de l'émetteur, le dommage à charge du client avant notification devrait en fait varier selon que la faute de l'institution financière est commise avant ou après notification: si la faute est commise après notification et pour autant que la violation par l'émetteur de ses obligations contractuelles ne soit pas en relation de causalité avec le dommage survenu avant notification, ce dommage devrait être supporté entièrement par le client. En revanche, si la faute de l'émetteur est commise avant notification, on devrait tenir compte des fautes respectives des deux parties, le dommage à charge du client avant l'opposition pouvant aller au-delà du montant plafond initial mais devant être malgré tout limité pour tenir compte du comportement fautif de l'institution financière.
>
> En cas de fautes graves de part et d'autre, le système devrait être basé sur les mêmes principes: le client supporterait la totalité du dommage avant notification si la faute de l'émetteur est commise après l'opposition et qu'il n'y a pas de lien de causalité avec ce dommage. Le dommage survenu avant notification serait partagé si les fautes respectives sont commises toutes deux avant opposition, le client et son institution financière supportant par exemple chacun la moitié du préjudice.
>
> Après opposition, le dommage subi postérieurement à cette notification devrait toujours être supporté par l'émetteur, quelle que soit le degré de faute du consommateur, sauf en cas de fraude de sa part.

473. En pratique, il est probable que les preuves de comportements fautifs ne pourront souvent pas être apportées, ce qui signifie que l'on aura affaire au régime de base "forfaitaire" basé sur la théorie des sphères de risques, mais il est normal que ce système simplifié puisse être corrigé dans les cas d'espèce qui le nécessitent. L'ensemble des règles proposées visent à prédéfinir un régime de responsabilité équitable aussi exhaustivement que possible, permettant d'éviter

---

1269 Cf. par exemple art. III 2.4 et 3.6 des conditions d'utilisation de la carte ec en Allemagne; OLG Hamm (17.3.1997; références *infra* note 1340). En jurisprudence française: Cour de cassation, Chambre commerciale, 10.1.1995, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 78 s. (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves); Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 13.4.1992, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1993, p. 128 (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves); Cour d'appel de Paris, 5e Ch. A, 21.3.1990, in: D 1990, Informations rapides, p. 89.

des interprétations délicates, voire divergentes selon les autorités de jugement saisies, ce qui paraît important dans le domaine des paiements transfrontières qui mettent en jeu plusieurs ordres juridiques. Même si nous avons mis en évidence les difficultés d'un régime basé sur la faute pour les systèmes modernes de paiement, le concept traditionnel de la faute ne doit pas être complètement écarté. Il doit simplement être adapté pour faire face aux nouvelles situations de fait auxquelles on peut être confronté en cas de litige.

474. Le système de répartition forfaitaire des risques devrait être directement respecté par les institutions financières dans leur pratique de passation des écritures en compte. Aujourd'hui, lorsque des opérations illicites sont effectuées, elle sont immédiatement débitées du compte du titulaire légitime. En cas de litige quant à la répartition des responsabilités, le titulaire se trouve dans une position très délicate face à son établissement puisque, de fait, c'est lui qui supporte le dommage compte tenu des montants qui ont été prélevés sur son compte. Si cette pratique est modifiée, en ce sens que dans un premier temps, avant toute administration des preuves de fautes éventuelles, les débits sur un compte à la suite de la perte ou du vol d'un moyen de paiement ne sont autorisés avant notification que jusqu'au montant réglementaire forfaitaire de responsabilité du titulaire, puis prohibés après notification, les clients se trouveront dans une situation plus équitable et moins dommageable pour leur intérêts économiques. Une telle procédure d'application du régime juridique des sphères de risque aux débits bancaires effectués à la suite d'une fraude et ses modalités seront abordées dans le chapitre consacré au règlement des litiges[1270].

475. Tout ce qui vient d'être dit vaut pour la perte ou le vol de moyens d'accès à un compte (cartes, codes), car notre régime d'allocation des risques présuppose que l'institution financière, une fois informée de l'incident, peut prendre des mesures appropriées pour bloquer le compte mis en danger (ou tout au moins son accès sans identification véritable de l'utilisateur). La situation peut être différente avec des moyens de paiement qui intègrent eux-mêmes une valeur monétaire, tels les nouveaux porte-monnaie électroniques (carte à puce) ou porte-monnaie virtuels sur Internet (paiements cybernétiques)[1271].

1270 *Infra* no 817 ss.

1271 Avant qu'un moyen de paiement ne soit chargé d'un certain montant, lorsque le titulaire utilise une procédure pour débiter son compte auprès de son institution financière et créditer son moyen de paiement, le schéma et donc l'allocation des risques de fraude sont comparables à ceux des systèmes DAB, EFTPOS ou Telebanking en cas de perte ou de vol des moyens d'accès. Un criminel qui vole une carte de débit provoque en effet les mêmes conséquences pour le titulaire légitime s'il prélève sans droit des billets à un distributeur ou charge la carte à puce d'un certain montant auprès du même terminal, carte qu'il pourra ensuite utiliser comme porte-monnaie électronique (il s'agit toujours au départ d'un débit illicite du compte du titulaire). Comparer à cet égard les art. III 3.5 ("*Haftung bei Verlust der aufgeladenen Geldkarte*") et 3.6 ("*Haftung für Schäden durch missbräuchliche Aufladevorgänge*") de la dernière version des conditions d'utilisation de la carte ec en Allemagne.

Dans le cas de la carte à puce, une fois qu'un certain montant a été chargé, le titulaire se retrouve en fait avec un véritable porte-monnaie, comme s'il détenait des espèces, et cela parce que, en principe, la carte porte-monnaie électronique peut être utilisée sans code secret, simplement en l'insérant dans un lecteur[1272]. En cas de vol ou de perte de la carte, un tiers pourrait donc utiliser sans aucune difficulté la valeur qui y est contenue, comme il utiliserait des billets de banque perdus ou volés. Cette nouvelle technologie ne se distingue donc pas des traditionnelles cartes prépayées pour téléphone, photocopies, etc., que l'on ne peut pas faire bloquer et qui doivent par conséquent être conservées avec le soin que l'on vouerait à de l'argent liquide. Devrait-on remettre en question ce système et exiger des émetteurs qu'une carte porte-monnaie électronique ne puisse s'utiliser qu'avec un code confidentiel, protégeant l'accès à la valeur qu'elle contient?

Cela ne serait pas logique. Le système de paiement avec carte et code existe déjà, c'est l'EFTPOS[1273]. Pour des très petits paiements, ce qui est la vocation du porte-monnaie électronique, il est normal que la procédure soit plus simple, plus rapide, sans frappe d'un code dont le contrôle auprès d'une centrale représenterait également un coût plus élevé. On touche là en fait au concept même des systèmes: l'EFTPOS permet d'effectuer des virements électroniques dans certaines conditions de sécurité, alors que le porte-monnaie électronique n'est qu'une petite réserve d'argent disponible de suite. Il est dès lors normal à notre sens que les consommateurs acceptent de devoir conserver leur porte-monnaie électronique, une fois chargé, aussi précieusement qu'ils le feraient pour des espèces et qu'ils ne soient pas remboursés par leur institution financière en cas de vol ou de perte. Les dommages devraient d'ailleurs être tout à fait supportables pour les utilisateurs puisque les montants pouvant être chargés sont en général limités, selon le système, à quelques centaines de francs suisses[1274]. La situation est tout autre s'agissant des autres fonctions électroniques d'une carte avec code (DAB, GAB, EFTPOS, etc.), car les montants prélevés le sont directement sur le compte du titulaire et peuvent être beaucoup plus conséquents[1275].

1272 PFEIFFER, p. 1039; cf. aussi KÜMPEL, p. 1042 (en matière d'allocation des risques, ces auteurs relèvent que les conditions ec allemandes relatives à la "*Geldkarte*" appliquent dès lors la "*Sphärentheorie*" - cf. *supra* no 461 - et non la responsabilité pour faute). La situation sera probablement différente pour les porte-monnaie virtuels sur Internet car les risques d'accès illicite sur ce réseau informatique sont tellement grands que les systèmes actuellement en développement prévoient des procédures de sécurité très poussées pour l'utilisation de la monnaie électronique.

1273 Cf. *supra* no 28.

1274 300 FS au maximum pour le système CASH des banques suisses (cf. *supra* note 79 et *infra* note 1668).

1275 Dans certaines banques, qui permettent des retraits aux guichets des agences avec un code confidentiel et sans contrôle d'identité, c'est même la totalité des avoirs sur le compte qui peut être prélevée d'un coup !

En marge de ce qui vient d'être dit, on peut encore s'interroger sur l'étendue de la responsabilité du titulaire en cas d'utilisation frauduleuse de son porte-monnaie électronique. Imaginons qu'il soit possible techniquement pour un informaticien malveillant de charger de nouveaux montants dans la carte à puce qu'il aura dérobée, non en accédant au compte du titulaire légitime avec une code confidentiel auprès d'un terminal *ad hoc*, mais en créant purement et simplement de la monnaie électronique. Nous convenons que cette hypothèse paraît beaucoup moins probable avec une carte à puce qu'avec une traditionnelle carte prépayée à piste magnétique, compte tenu des protections présentes dans un micro-processeur contre de telles manipulations. Si un tel cas devait malgré tout se produire, il nous semble évident que le titulaire légitime de la carte ne devrait pas en supporter les conséquences. Au contraire d'un retrait illicite sur son compte, il ne s'agit pas ici de son argent, mais d'une sorte de fausse monnaie, dont il n'est aucunement responsable.

b. Les autres opérations non autorisées

476. La question du régime juridique applicable aux opérations non autorisées ne résultant pas du vol ou de la perte des moyens d'accès au système de paiement est aussi importante. Des consommateurs sont parfois victimes d'opérations "fantômes": retraits d'argent par carte de débit dans un automate ou à un guichet, achats de biens ou paiements de services par cartes de crédit, virements à un bénéficiaire inconnu, etc., toutes ces opérations étant effectuées par des tiers non autorisés alors que les titulaires légitimes sont toujours en possession de leurs moyens de paiement[1276].

477. Si l'on a affaire à un mode de paiement traditionnel nécessitant une signature voire même une pièce d'identité (au guichet d'une banque par exemple), les risques restent somme toute raisonnables puisqu'un contrôle est effectué et que les conditions générales des contrats ne mettent généralement le risque du défaut de légitimation à charge du client que si les institutions financières n'ont pas commis de faute (ou au moins de faute grave) dans la vérification. Mais si le paiement est effectué de manière électronique, au moyen d'un code confidentiel, plus aucun contrôle n'est possible; il arrive ainsi que les clauses contractuelles des émetteurs prévoient que toute personne utilisant le NIP correct est légitimée. Cette situation est particulièrement problématique pour le consommateur, qui peut se voir débité d'un montant important sous prétexte que son code confidentiel a été utilisé, alors qu'il était en principe le seul à le connaître[1277].

1276 *Supra* no 367 (présentation des différents risques).

1277 La situation est en revanche différente si les soi-disant retraits fantômes ne sont rien d'autre que les conséquences d'une fraude familiale (lorsqu'un proche du titulaire, qui connait le code confidentiel, "emprunte" le moyen de paiement sans l'accord du titulaire

478. En pratique, des émetteurs tels que les grands organismes de cartes de crédit et accréditives sont assez souples dans l'appréciation de chaque cas d'espèce car ils ont l'habitude d'être victimes de fraudes importantes: si un client annonce par exemple qu'il n'a pas procédé à des achats dans des bijouteries de luxe de Bangkok ou qu'il n'a pas pris de l'essence à plusieurs reprises dans le Bronx, on lui fera généralement confiance, parfois moyennant fourniture de justificatifs attestant qu'il n'était pas à l'étranger à cette époque, et les débits seront annulés. On voit là d'ailleurs un avantage paradoxal d'un paiement transfrontière puisqu'il est relativement facile au consommateur de démontrer qu'il ne se trouvait pas au moment des opérations dans tel ou tel endroit éloigné du globe!

479. En revanche, lors de retraits d'argent ou de paiements électroniques avec carte de débit et code secret, les banques ou postes émettrices se montrent beaucoup plus strictes et refusent généralement d'entrer en matière, le titulaire légitime étant tenu de supporter l'ensemble du dommage. Il serait pourtant injuste qu'un client soit tenu pour responsable si un tiers malveillant, un commerçant à l'étranger par exemple, a pu procéder techniquement à une contrefaçon de son moyen de paiement et qu'il a pu connaître le code confidentiel parce que le terminal utilisé n'était pas équipé pour que la frappe du code ne soit vue de personne. De même, un consommateur devrait-il assumer les conséquences de l'insécurité d'un système de Telebanking auquel un pirate informatique a réussi à accéder sans aucune faute du titulaire? On voit donc que ces questions méritent une réflexion approfondie, mais que toute solution dépendra étroitement des règles sur la preuve, comme nous le verrons plus loin[1278], tant l'émetteur que le client étant en réalité dans l'impossibilité de démontrer qui a procédé aux opérations non autorisées si c'est un simple code confidentiel qui a été utilisé pour toute légitimation.

480. Logiquement , le régime de responsabilité des opérations non autorisées devrait donc varier selon que l'on a affaire à des systèmes électroniques de paiement ou à des modes traditionnels reposant sur des supports papiers, à cause des risques et des possibilités de preuves différents qu'ils représentent.

481. Dans le domaine des paiements classiques reposant sur une signature du titulaire, la responsabilité de l'institution financière (par exemple à la suite de faux ordres de virement non décelés) ne devrait pouvoir être engagée qu'en cas de faute de sa part[1279]. Cela ne viserait cependant que l'hypothèse d'un

---

pour faire certaines opérations); dans ces hypothèses, le client devrait être entièrement responsable (cf. CONSEIL DE L'EUROPE, Note du ministre de la Justice des Pays-Bas, no 17; VAN ESCH, p. 32).

1278 *Infra* no 505 ss.

1279 Par exemple pour un virement transfrontière: Cour d'appel de Paris (15e Ch. B), 12.1.1996, in: D 1996, Jurisprudence, p. 507 s. (VRAY Henri).

dommage supplémentaire du client. Conformément aux règles de certains droits civils - tel le droit suisse -, pour ce qui est du montant principal de la transaction contestée, l'institution financière ne devrait pouvoir l'exiger ou le débiter du compte du consommateur que si elle prouve que l'auteur de l'opération est bien le titulaire légitime ou une personne autorisée.

482. En matière de paiement électronique, et à l'instar des développements relatifs aux hypothèses de mauvaise exécution[1280], on peut se demander si l'émetteur ne devrait pas supporter le risque d'accès non autorisé, cela indépendamment de toute faute, puisque les dommages subis découlent directement du niveau de sécurité insuffisant de son système. L'émetteur est en effet le seul à pouvoir prévenir les risques d'accès illicites qui ne résultent pas de la perte ou du vol des moyens d'accès, ces risques étant inhérents au système et ne dépendant en principe en aucune façon d'une négligence du consommateur. N'ayant pas adopté la technique de sécurité adéquate, l'émetteur devrait logiquement supporter le dommage, direct et indirect, du titulaire contractant. L'intérêt d'une responsabilité sans faute serait précisément d'éviter de devoir juger dans chaque cas d'espèce du degré de faute de l'établissement responsable de son système, dans un domaine où le progrès technologique complique beaucoup la localisation et l'appréciation des négligences.

Une telle responsabilité causale de l'émetteur, si elle n'était pas aménagée, se heurterait cependant à d'importants risques d'abus de la part des titulaires eux-mêmes. Lorsqu'un client initie un paiement et que celui-ci est mal exécuté à cause d'une défaillance du système, la responsabilité de l'émetteur est claire, le client ne peut pas abuser de la situation. En revanche, lorsqu'un débit électronique n'a prétendument pas été exécuté par le titulaire légitime, comment l'émetteur peut-il vérifier cette allégation si seul un code secret a été utilisé? Si n'importe quel client n'avait qu'à contester une opération pour qu'il soit remboursé par son institution financière, de nombreux titulaires de compte malveillants pourraient en profiter et occasionner des coûts très importants aux professionnels.

Il semble en outre que les systèmes électroniques de paiement, même si leur fiabilité n'est pas totale, offrent une sécurité de plus en plus accrue. C'est dire que des consommateurs ne peuvent raisonnablement pas prétendre que leur compte a été illicitement débité à la suite d'opérations fantômes (DAB, GAB, Telebanking, etc.) s'ils n'avancent pas le moindre indice de preuve. On sait qu'un pirate informatique peut théoriquement intercepter des données circulant sur un réseau téléphonique ou sur Internet, mais l'on ne peut pas se contenter de la simple allégation de cette hypothèse pour contraindre les institutions financières à indemniser les titulaires de compte. Pour éviter des abus de ces

1280 *Supra* no 406 ss.

titulaires, des règles précises en matière de preuve devraient donc être adoptées; nous y reviendrons dans le chapitre suivant[1281].

3. Le droit communautaire

483. Parmi les deux grandes catégories de "pathologie" des paiements transfrontières, entre fraude et erreur, c'est cette dernière qui a spécialement retenu l'attention des institutions communautaires. Les études ayant mis l'accent sur ces seuls obstacles que sont la transparence, le coût, les délais et la fiabilité des virements transfrontaliers - soit un mode de paiement (à distance) parmi d'autres -, la Communauté européenne s'en est strictement tenue à ce champ d'application lorsqu'il s'est agi de préparer la directive 97/5[1282]. Ceci nous semble être une vision trop étroite du monde des systèmes de paiement grand public. Si la fraude n'est pas typique des paiements transfrontières, elle n'en est pas moins susceptible d'entraver l'utilisation de la plupart des moyens de paiement en général. L'utilisation non autorisée de moyens de paiement, qu'ils soient transfrontières ou non, mériterait donc d'être réglée de manière efficace par le droit communautaire, or tel n'est pas le cas.

484. S'agissant des moyens de paiement à distance, la recommandation 90/109 et la directive 97/5 ne prévoient donc strictement rien en matière de fraude. Pour les paiements face-à-face, seules la recommandation 88/590 et la recommandation 97/489 qui l'actualisent quelque peu contiennent des dispositions topiques, mais non contraignantes. Nous avons procédé ailleurs à une analyse approfondie des questions d'utilisation non autorisée de moyens de paiement grand public telles que réglées par la recommandation 88/590[1283], nous ne reviendrons donc pas ici en détail sur tous les aspects.

a. De la recommandation 88/590/CEE à la recommandation 97/489/CE

485. Pour éviter de devoir adopter une réglementation tenant compte de toutes les hypothèses (faute du consommateur, faute de l'émetteur, fautes concomitantes de ces deux parties, fautes d'autres intervenants), la Commission européenne a proposé à juste titre un cadre juridique qui tiendrait compte des différents risques et des possibilités qu'a chaque partie de les maîtriser, en imputant les pertes à ceux qui sont le plus à même de les éviter et en ne recourant que d'une manière secondaire aux principes traditionnels de responsabilité pour

1281 *Infra* no 524.

1282 Sur les virements effectués par des personnes non autorisées dans la loi type de la CNUDCI, cf. notamment BISCHOFF, UNCITRAL, p. 299.

1283 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 157 ss.

faute, de manière à assurer une certaine protection des consommateurs. Cette approche générale correspond ainsi à la méthode théorique développée plus haut dans ce chapitre. La concrétisation dans les textes a toutefois été quelque peu décevante.

486. Tant la recommandation du 17.11.1988 que celle du 30.7.1997 qui l'a suivie distinguent deux phases essentielles: la période qui précède la notification à l'émetteur du vol ou de la perte du moyen de paiement par le titulaire et la période qui suit cet avis. En outre, elles contiennent une règle de répartition des risques pour les autres types d'opérations non autorisées, ne résultant ni du vol ni de la perte du moyen de paiement.

aa. Perte ou vol d'un moyen de paiement: la situation juridique avant notification

487. La Commission a prévu que le titulaire contractant devra supporter tout dommage, consécutif à la perte ou au vol du moyen de paiement, qui surviendrait avant que l'émetteur n'ait été averti. Cette responsabilité est toutefois plafonnée à un montant de 150 écus, pour autant que le consommateur n'ait pas fait preuve d'une négligence extrême ou agi frauduleusement[1284].

488. La réglementation communautaire pose un certain nombre de questions d'interprétation, qui n'ont pas été réglées avec l'adoption de la recommandation de 1997[1285]. Par exemple, qu'est-ce qu'une "*négligence extrême*", notion qui n'est pas définie dans les recommandations? Quel est le rapport avec les différentes obligations de diligence du titulaire[1286]? Nous renvoyons sur ces

---

1284 Art. 8.3 de la recommandation 88/590; art. 6 para. 1 de la recommandation 97/489 (disposition inapplicable pour les instruments de monnaie électronique, sauf lors de charges ou décharges de valeurs *via* un accès à distance au compte du titulaire: art. 1 para. 2). Comme l'indiquent THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 43, "*l'approche est largement fondée sur un partage des risques avec résurgence du critère de la faute dans certains cas extrêmes*", ce qu'il convient d'approuver.

1285 La recommandation 97/489 a au moins apporté une amélioration par rapport au texte de 1988 dans la mesure où elle ne fait plus référence à une limitation de la responsabilité à 150 écus "*par événement*". Cette expression pose en effet le problème de savoir ce qu'il advient du plafond de 150 écus si l'accès illicite est réitéré à divers moments (FAVRE-BULLE, paiement, p. 161).

1286 Art. 4.1 de la recommandation 88/590; art. 5 de la recommandation 97/489. Cette dernière fait expressément référence à l'art. 5 lit. a à c lorsqu'elle traite de la négligence extrême à l'art. 6 para. 1, mais n'indique pas si toute violation de ces obligations de diligence équivaut à une négligence extrême. Noter le NIP sur l'instrument de paiement (art. 5 lit. c) est certainement constitutif d'une négligence extrême, mais *quid* par exemple d'un léger retard dans la notification (art. 5 lit. b)?

points, ainsi que pour une analyse des obligations de diligence des parties, à notre étude spécifique de la recommandation 88/590[1287].

b b. La situation juridique après notification

489. Les recommandations prévoient la libération du titulaire de toute responsabilité dès le moment de la notification à l'émetteur (ou auprès d'un centre agréé) de la perte ou du vol des moyens d'accès au système[1288]. C'est toutefois au niveau des exceptions à ce principe que les deux textes de la Commission se distinguent.

Dans la recommandation 88/590, l'émetteur supporte tout dommage subséquent, sauf si le titulaire contractant a fait preuve d'une négligence extrême ou a agi frauduleusement. En plus d'autres imperfections majeures en relation avec cette question de la charge des risques après notification[1289], ce régime d'exception est critiquable par rapport aux développements jurisprudentiels récents en Europe car dès que l'émetteur est au courant de la perte ou du vol du moyen de paiement, la maîtrise du risque est désormais de son ressort et le consommateur, même gravement négligent, pour autant qu'il n'ait pas agi intentionnellement, ne devrait plus être responsable de tout dommage subséquent[1290]. La recommandation 97/489 résout ce problème à satisfaction en ne rendant le titulaire responsable après notification que s'il a agi de manière frauduleuse.

490. Les textes de la Commission restent cependant flous sur le rôle de l'émetteur dans la phase postérieure à la notification. Tous deux prévoient en

---

1287 FAVRE-BULLE, paiement, p. 158 ss, et les références citées; voir aussi postérieurement, REICH, Verbraucherrecht, no 171; MEYSMANS/THUNIS, p. 139 ss; THUNIS, Recommendation, p. 109 s., et paiement, p. 375 ss.

1288 Art. 8.2, en liaison avec l'art. 4.1 lit. b pour la recommandation 88/590; art. 6 para. 2, en liaison avec l'art. 5 lit. b pour la recommandation 97/489 (disposition inapplicable pour les instruments de monnaie électronique, sauf lors de charges ou décharges de valeurs *via* un accès à distance au compte du titulaire: art. 1 para. 2).

1289 La recommandation de 1988 contient curieusement une autre disposition traitant de la même question que l'art. 8.2, mais prévoyant des conséquences juridiques différentes. En effet, aux termes de l'art. 4.2, les conditions contractuelles doivent spécifier que le consommateur sera bien déchargé de toute responsabilité pour un préjudice qui surviendrait après notification. Toutefois, pour ne plus avoir à supporter les risques d'une utilisation non autorisée de son moyen de paiement, le titulaire doit non seulement ne pas avoir été extrêmement négligent ni avoir agi frauduleusement (comme l'indique aussi l'art. 8.2), mais il doit également s'être acquitté des obligations de diligence qui sont mentionnées à l'art. 4.1 lit. a, b premier tiret et c, ce qui ne correspond pas à l'art. 8.2, qui ne pose aucune condition à ce sujet. Plus généralement, sur les problèmes d'interprétation posés par la recommandation 88/590 quant à la situation juridique après notification: FAVRE-BULLE, paiement, p. 173 ss, et les références citées.

1290 *Supra* no 471.

effet que l'émetteur, une fois avisé, est tenu, même si le titulaire a fait preuve d'une négligence extrême ou a agi de manière frauduleuse, de "*tout mettre en oeuvre*" (recommandation 88/590), de "*faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir*" (recommandation 97/489) pour empêcher toute autre utilisation de l'instrument de paiement[1291]. Certes, l'opportunité d'une telle déclaration d'intention est indiscutable dans l'optique de la sécurité des systèmes, mais l'on ne sait pas quelle portée lui donner sur le plan juridique puisqu'aucune conséquence particulière n'est prévue en cas de violation de ce devoir[1292].

cc. Les autres opérations non autorisées

491. Le titulaire a l'obligation d'informer l'émetteur sans délai excessif (recommandation 88/590) ou dès qu'il en a connaissance (recommandation 97/489) de l'enregistrement d'opérations non autorisées sur son compte[1293]. C'est l'émetteur qui sera responsable des conséquences de telles opérations non autorisées, pour autant que le titulaire ait respecté ses obligations de diligence et que le préjudice ne découle pas de la perte ou du vol du moyen de paiement (on pense en particulier aux opérations "fantômes"[1294])[1295].

492. Dans ces hypothèses d'opérations non autorisées, la responsabilité de l'émetteur s'étend au montant nécessaire pour permettre au titulaire de se retrouver dans la situation dans laquelle il était avant la transaction illicite[1296].

1291 Art. 8.4 de la recommandation 88/590; art. 9 para. 2 de la recommandation 97/489.

1292 Une telle disposition a peut-être un sens pour le régime - critiquable - de répartition des risques après notification de la recommandation de 1988 (obligation de moyens permettant de tenir compte des mesures de sécurité prises par l'émetteur pour réduire cas échéant la part de risques supportée par le titulaire gravement négligent; cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 175), mais l'on ne voit pas quel rôle elle peut jouer dans le régime de responsabilité de la recommandation de 1997: que l'émetteur s'efforce ou non d'éviter toute nouveau dommage après notification, le titulaire est de toute façon libéré s'il n'a pas agi frauduleusement.

1293 Art. 4.1 lit. b deuxième tiret de la recommandation 88/590; art. 5 lit. b deuxième tiret de la recommandation 97/489.

1294 Cf. *supra* no 367.

1295 Art. 7.1 deuxième tiret, en liaison avec les art. 4 et 8, de la recommandation 88/590; art. 8 para. 1 lit. b, en liaison avec les art. 5 et 6, de la recommandation 97/489 (disposition inapplicable pour les instruments de monnaie électronique, sauf lors de charges ou décharges de valeurs *via* un accès à distance au compte du titulaire: art. 1 para. 2). Certains auteurs n'envisagent cependant pas de telles possibilités et considèrent - à tort - qu'une opération non autorisée est difficilement concevable en dehors des cas de perte ou de vol (FISCHER, p. 399). Il est vrai en tout cas que les règles proposées par la Commission manquent de précision sur les hypothèses de fraude visées (cf. aussi GÉRARD/SVENDSEN, p. 55; VAN ESCH, p. 32). Sur le degré de négligence en cas de paiement par carte *via* Internet: WALDEN, p. 236.

1296 Art. 7.2 deuxième tiret de la recommandation 88/590 (critique par NICOLAS, recommandation, p. 71, pour qui la formulation est "*lourde et ambiguë*"); art. 8 para. 2 lit. b de la recommandation 97/489. Il n'est pas précisé si les intérêts sont compris. Il

Pour ce qui est des autres conséquences financières qui pourraient éventuellement être mises à la charge de l'émetteur (par exemple: gain manqué du client, dommages-intérêts à verser à des tiers parce que le débit non autorisé du compte a occasionné un retard dans les paiements[1297]), les deux recommandations renvoient au droit national applicable au contrat conclu entre l'émetteur et le titulaire[1298]. Cette réglementation partielle est critiquable. Il est regrettable que l'on ne sache pas d'emblée dans quelle mesure le consommateur pourra obtenir un dédommagement. Quant aux divergences qui pourraient surgir selon le droit applicable, elles vont à l'encontre du souci de la Commission d'aboutir à un espace européen des moyens de paiement véritablement homogène.

493. En conclusion, l'allocation des risques instaurée par la recommandation 88/590/CEE présente des imperfections. Certaines de ces imperfections ont été corrigées avec la recommandation 97/489/CE, en particulier pour la situation juridique après notification de la perte ou du vol d'un moyen de paiement, mais dans l'optique des utilisateurs de système de paiement transfrontière, l'on ne peut pas parler d'une révolution majeure. Ce d'autant plus que, sur la base des expériences faites, le respect des dispositions non contraignantes de recommandations par les émetteurs européens reste sujet à caution[1299]. Des améliorations seraient donc souhaitables, surtout si la recommandation de 1997 devait être transformée en directive.

b. Les autres textes de référence

494. Qu'il s'agisse du code de bonne conduite du secteur bancaire européen (AESC) concernant les systèmes de paiement par cartes[1300] ou du code de conduite du Comité du commerce et de la distribution (CCD) concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre porteurs et émetteurs de cartes privatives[1301], les textes d'autorégulation proposés par les professionnels en réponse à la recommandation 88/590 n'ont jamais été compatibles avec les

---

faudrait, pour que le consommateur se retrouve exactement dans la situation qui précédait l'opération non autorisée, que le montant soit recrédité avec une date de valeur correspondant au jour du débit illicite et que les éventuels intérêts débiteurs que le client aurait par hypothèse payés vu le découvert de son compte soient recrédités eux aussi.

1297 Cf. aussi VAN ESCH, p. 33.

1298 Art. 7.3 de la recommandation 88/590; art. 8 para. 3 de la recommandation 97/489. Même régime, présenté *supra* no 415, que pour les hypothèses d'inexécution et autre erreur.

1299 Voir notamment, pour la recommandation 88/590, l'étude de MITCHELL/THOMAS (résumé p. 81 s.); auparavant: KNOBBOUT-BETHLEM, survey et recommandation. Les disparités contractuelles sont accentuées par la variété des émetteurs de cartes: banques, postes, commerçants, etc.

1300 Analyse in FAVRE-BULLE, paiement, notamment p. 171 ss, 178 s.

1301 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 173 note 545 et p. 178 note 566.

exigences de la Commission s'agissant de la répartition des risques en cas d'utilisation d'un moyen de paiement par un tiers non autorisé[1302].

495. Ces divergences sont désormais aggravées après l'adoption de la recommandation 97/489/CE. De tels codes de conduite ne peuvent donc en l'état répondre de manière satisfaisante aux améliorations volontaires que la Commission attend pour éviter de devoir recourir à l'instrument de la directive.

4. Un cas particulier: le paiement à distance par carte

496. En principe, la carte en plastique est un mode de paiement qualifié de face à face: le consommateur présente physiquement son instrument de paiement au commerçant ou prestataire de services[1303]. Cependant, avec le développement des techniques d'achat et de vente à distance est apparu un nouveau mode de paiement correspondant: le paiement à distance par carte, que d'aucuns appellent également le "*paiement par carte sans carte*"[1304]. Il est en effet de plus en plus possible, dans le domaine de la vente par correspondance, par téléphone ou par fax, dans le cadre d'opérations télématiques (téléachat, Videotex ou Minitel) ou pour des paiements sur Internet[1305], de n'indiquer simplement que le numéro de la carte (de débit, de crédit, accréditive, etc.), accompagné généralement de la date d'échéance de celle-ci et du nom du titulaire. Ainsi, même sans code confidentiel, même sans signature, le règlement peut malgré tout être effectué, les établissements financiers acceptant de verser le montant dû aux commerçants et prestataires de services sur la seule base des coordonnées de la carte.

497. A la base, cette pratique de paiement à distance nous vient principalement des Etats-Unis où elle s'est développée considérablement: il est tout à fait courant dans ce pays de réserver - et de payer - notamment des chambres d'hôtel, des locations de voiture, des places de spectacle, par exemple par téléphone, à l'aide des seules données de la carte, sans autre identification. Les avantages pour le consommateur, au niveau de la simplification des opérations, sont considérables, mais les problèmes juridiques eux aussi ne manquent pas. En effet, en l'absence de caractéristiques permettant d'identifier le titulaire (signature, code secret), n'importe qui peut procéder à de tels paiements à distance dès qu'il a connaissance des indications figurant sur la carte - ce qui

---

1302 Ainsi par exemple pour le code des AESC, les conditions qui permettent au consommateur de bénéficier d'une responsabilité plafonnée avant notification sont plus sévères, à cause notamment d'obligations de diligence plus strictes qu'il doit avoir respectées. Quant aux opérations non autorisées ne résultant pas du vol ou de la perte du moyen de paiement, elles ne sont pas du tout réglées dans le texte.

1303 Cf. *supra* no 35.

1304 ALLIX, paiements électroniques, p. 60.

1305 Cf. *supra* no 33.

n'est de loin pas difficile puisque les cartes sont destinées à circuler lors des opérations de paiement -, l'émetteur n'ayant de son côté aucun moyen pour vérifier si les transactions sont bien initiées par le titulaire légitime[1306]. Les cas de fraude s'en trouvent grandement facilités, les consommateurs pouvant être débités de sommes importantes pour des biens qu'ils n'ont jamais commandés[1307]. On imagine sans difficultés les problèmes qui peuvent d'autant plus se poser si les paiements sont transfrontières, car les risques de fraude et les conséquences négatives pour les clients augmentent considérablement avec l'éloignement des parties, qui ne favorise pas les procédures de contrôle et le règlement des litiges[1308].

498. Tout le problème se situe au niveau du droit de la preuve car il n'existe aucune trace écrite des transactions initiées[1309]. D'un côté, et conformément aux principes du droit civil précédemment décrits, il serait très facile pour le consommateur contestant une transaction de montrer qu'il n'est pas l'auteur des paiements effectués et qu'il ne doit par conséquent pas en être redevable, car l'émetteur ne peut pas prouver que l'opération repose sur un titre suffisamment documenté (signature, voire code)[1310]. Mais d'un autre côté, il est loisible aux institutions financières de prévoir dans leurs conditions générales que les opérations de paiement à distance par carte sont à la charge du titulaire légitime dès que la carte est utilisée, même par la simple indication du numéro[1311], la validité de telles clauses étant toutefois douteuse sous l'angle des législations modernes en matière de clauses abusives, compte tenu précisément de la dérogation notable aux règles dispositives de droit civil applicables dans nombre

---

1306 HUET, télépaiement, no 3, qualifie dès lors ce procédé de paiement de "*niveau de sécurité zéro*". Voir aussi les critiques du Conseil économique et social [France], Rapport, p. 55.

1307 Selon ALLIX, contrats à distance, p. 108, qui souligne la commodité mais également les dangers de ce mode de paiement (cf. aussi BRADGATE, p. 31), certains professionnels seraient même partisans d'une interdiction de cette pratique. A notre connaissance, elle tend pourtant à se développer de plus en plus et cela dans de nombreux pays.

1308 Exemple: un consommateur utilise sa carte lors de vacances, dans des hôtels ou des commerces, et un individu peu scrupuleux en profite pour passer ultérieurement des commandes à son profit avec le numéro de carte du consommateur qu'il aura pu facilement relever lors des paiements.

1309 Cf. ALLIX, contrats à distance, p. 108. Pour une discussion détaillée des problèmes posés et des solutions envisageables, tant sur le plan technique que juridique, voir le rapport du Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 63 ss.

1310 Pour HUET, télépaiement, no 8 b-1) (cf. aussi no 3), le paiement avec numéro apparent de la carte "*est sans valeur juridique. En cas de fraude, la banque doit recréditer le client, et elle redébitera le commerçant*". Sur la situation aux Etats-Unis: CROZAFON/GAUROY, p. 58.

1311 Voir par exemple l'art. 6.5 du contrat-porteur "CB" en France, qui prévoit que "*Le titulaire du compte autorise l'émetteur à débiter son compte sur le vu des enregistrements ou des relevés transmis par le commerçant, même en l'absence de factures signées par le titulaire de la carte ou assorties d'un contrôle du code confidentiel, pour le règlement des achats de biens ou des prestations de services*" (critique par CROZAFON/GAUROY, p. 58).

d'Etats européens[1312]. En pratique, et en cas de contestation, il arrive cependant que les institutions financières ne tiennent pas le consommateur pour responsable et se retournent contre les commerçants et autres prestataires pour exiger le remboursement des fonds avancés, en partant du principe que si ces derniers ne peuvent fournir une facturette suffisamment documentée, le risque de fraude est à leur charge[1313].

Il se peut aussi qu'aucune règle précise ne soit prévue, tant dans les contrats conclus avec les consommateurs que dans les contrats conclus avec les commerçants, les problèmes étant alors réglés "à l'amiable" entre les différents intervenants, de cas en cas, ce qui ne favorise pas du tout la sécurité du droit. Pire encore, lorsque, comme dans le cas français, les contrats bancaires prévoient d'une manière contradictoire, d'un côté que le consommateur supporte les risques, de l'autre que les mêmes risques sont supportés par le commerçant[1314]! Cette situation n'est donc pas satisfaisante et une solution harmonisée doit être trouvée au niveau européen pour combler ce vide juridique et limiter certaines pratiques contractuelles, permettant ainsi de faciliter les paiements à distance transfrontaliers par carte pour les consommateurs.

499. Toute transaction illicite non dûment documentée devrait être annulée. En d'autres termes, dans les cas où un client contesterait qu'il ait effectué une opération et si aucun document attestant le contraire (facturette signée par exemple) ne peut être fourni par le commerçant / prestataire de services, l'émetteur ne devrait pas pouvoir faire valoir une créance en remboursement à l'endroit de son client; tout montant débité sans justification du compte du consommateur devrait par conséquent être recrédité.

1312 Ainsi, en France, la Commission des clauses abusives a recommandé, dans sa recommandation 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit (référence in bibliographie), que soient éliminées des contrats les clauses ayant pour objet ou pour effet de conférer un caractère irrévocable à un ordre de paiement donné sans signature manuscrite du titulaire de la carte et sans usage du numéro d'identification personnel (II. 4). D'autres voies que les législations en matière de conditions générales sont parfois utilisées pour obtenir une certaine protection des consommateurs. Voir par exemple les très détaillées Guidelines Concerning Distant Selling, etc. in Connection With Payment Systems Based on Payment Cards, émises par le Consumer Ombudsman danois et que les professionnels devraient observer depuis le 1.5.1997.

1313 Ce principe correspond semble-t-il aux règles interbancaires des grands systèmes de paiement par carte: ALLIX, contrats à distance, p. 108. Voir aussi en France les conditions générales applicables aux entreprises spécialisées dans la vente par correspondance ou par téléphone, aux termes desquelles ces entreprises doivent assumer l'entière responsabilité des conséquences dommageables directes ou indirectes de tout crédit erroné donnant lieu à contestation, in: Conseil national du crédit, aspects juridiques, p. 64, conditions qui viennent ainsi en pratique mettre un bémol à la peu équitable répartition des risques prévue dans le contrat-porteur de carte bancaire: Comité consultatif, cartes, p. 67 s.; Mémento-guide Alain BENSOUSSAN, p. 134.

1314 Cf. CROZAFON/GAUROY, p. 58.

500. Au niveau communautaire, la doctrine a émis des doutes quant à la question de savoir si le problème de tels paiements à distance était couvert par la recommandation 88/590/CEE[1315]. Au vu du champ d'application de cette dernière, il est en effet difficile de soutenir que le texte de la Commission permet de résoudre les questions spécifiques du paiement à distance avec le seul numéro de carte, dans la mesure où pour les opérations non électroniques par carte, on insiste sur les "*processus de paiement pour lesquels une signature est nécessaire et une facturette est fournie*", et que pour les paiements effectués sans carte, ceux-ci doivent être électroniques[1316]. Or le mode de paiement qui nous intéresse ici se fait sans signature et pour ainsi dire sans carte puisque seules les coordonnées figurant sur la carte sont utilisées.

501. Paradoxalement, la récente recommandation 97/489 concernant les paiements électroniques présente les mêmes problèmes de champ d'application[1317], mais une disposition spécifique semble malgré tout avoir été adoptée pour régir les situations dans lesquelles un moyen de paiement est perdu ou volé, puis utilisé sans droit et à distance par un tiers. L'art. 6 para. 3 prévoit en effet que "*la responsabilité du titulaire n'est pas engagée si l'instrument de paiement a été utilisé sans présentation physique ou sans identification électronique (de l'instrument même)*". Il restera donc à voir comment les institutions financières vont tenir compte de cette recommandation dans leurs contrats avec la clientèle et si elles vont considérer que cette disposition s'applique à toutes les hypothèses de paiement à distance par carte non autorisé.

502. La question de la portée de ces recommandations non contraignantes est de toute façon d'un intérêt limité car la Communauté européenne a finalement réglementé la question des paiements à distance par carte de manière contraignante dans le cadre du processus d'harmonisation de la vente à distance. En présentant le 21 mai 1992 une proposition de directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance[1318], la Commission avait inclus dans ce texte une disposition sur le paiement par carte[1319], en expliquant qu'il ne s'agissait pas d'empêcher les paiements par

---

1315 Cf. ALLIX, Developments, p. 137; VAN ESCH, p. 29. Voir aussi Comité consultatif [France], Rapport 1988-1989, p. 78, et cartes, p. 18.

1316 Art. 1. Il en est de même des code de conduite parallèles des Associations européennes du secteur du crédit et du Comité du commerce et de la distribution, qui ne traitent pas spécifiquement des questions de paiement à distance; cf. Conseil consultatif des consommateurs [UE], code de conduite, p. 3.

1317 Cf. *supra* no 146.

1318 JOCE C 156 du 23.6.1992, p. 14 ss. Cette proposition de directive a été accompagnée de l'adoption d'une recommandation 92/295/CEE du 7 avril 1992 concernant des codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance (JOCE L 156 du 10.6.1992, p. 21 s.), mais qui ne traite pas des questions de paiement par carte.

319 Art. 12: "*Toute mise en cause par le titulaire d'une carte de paiement de la validité d'une opération dans laquelle le numéro de la carte a été relevé sans que le moyen de paiement*

téléphone, mais bien plutôt d'établir clairement les règles de responsabilité en cas de litige[1320]. Il a fallu attendre le 20 mai 1997 pour que soit adoptée la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance[1321], directive qui prévoit maintenant en matière de paiement par carte que:

> "*Les Etats membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur:*
> - *puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance couverts par la présente directive,*
> - *en cas d'utilisation frauduleuse, soit recrédité des sommes versées en paiement ou se les voit restituer*"[1322].

503. C'est donc l'accepteur du paiement (le commerçant ou le prestataire de services) qui devra supporter les dommages dus à la fraude lors de paiements par carte, pour "*tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat lui-même*"[1323]. Le titulaire de la carte devra être remboursé des montants débités

---

ait été présenté ou identifié électroniquement entraîne son annulation. Le compte du fournisseur est alors débité et le compte du titulaire est recrédité dans les plus brefs délais, sans préjudice de dommages et intérêts en cas de contestation abusive". Cf. BRADGATE, p. 31.

1320 COM(92) 11 final, 20.5.1992, p. 20. Cet article n'a pas fait l'objet de remarques particulières du Parlement européen (JOCE C 176 du 28.6.1993, p. 85 ss) et du Comité économique et social (JOCE C 19 du 25.1.1993, p. 111 ss) dans leurs avis respectifs, mais d'autres points du projet ont été critiqués, ce qui a conduit la Commission à adopter une proposition modifiée de directive le 7 octobre 1993 (JOCE C 308 du 15.11.1993, p. 18 ss; la disposition sur le paiement par carte restait identique dans sa substance, mais passait à l'art. 13). Le projet de directive a ensuite été très discuté, notamment à cause de son application aux services financiers. Il a fallu attendre le 29 juin 1995 pour que soit présentée la position commune du Conseil (Position commune (CE) no 19/95 en vue de l'adoption de la directive 95/.../CE du Parlement européen et du Conseil, du..., concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, in: JOCE C 288 du 30.10.1995, p. 1 ss; la disposition sur le paiement par carte a été entièrement reformulée par le Conseil et elle est passée à l'art. 8). Elle n'a pas été modifiée en deuxième lecture par le Parlement européen (JOCE C 17 du 22.1.1996, p. 51 ss) ni par la Commission dans son avis ultérieur portant modification de la proposition de directive (COM[96] 36 final, 7.2.1996).

1321 JOCE L 144 du 4.6.1997, p. 19 ss. JUSletter no 22-97, 12/12-97; REDC 1997, p. 138 s. (DAVIS Alan). Voir notamment en doctrine: REICH, Richtlinie 97/7/EG, p. 581 ss; MARTINEK, p. 207 s.; VAN HUFFEL Michel, Services financiers et contrats conclus à distance, in: REDC 1997, p. 33 ss (p. 38 pour la question de la protection en cas d'utilisation abusive d'une carte de paiement).

1322 Art. 8. REICH, Richtlinie 97/7/EG, p. 586.

1323 Définition du "*contrat à distance*" au sens de l'art. 2 ch. 1 de la directive.

sans droit, mais il n'est pas précisé dans quelles conditions, dans quel délai, ni même comment devra s'apprécier la notion de fraude (définition, preuve, etc.) permettant l'annulation du paiement[1324].

504. Le régime juridique adopté doit globalement être approuvé car il correspond à une répartition équitable des risques entre les différents intervenants: le consommateur ne devrait répondre que des opérations qu'il initie lui-même; l'émetteur ne devrait pas avoir à supporter les dommages sur lesquels il n'a aucune influence puisqu'aucun contrôle du donneur d'ordre n'est possible. C'est donc bien l'accepteur du paiement qui devrait supporter les risques, car c'est lui qui bénéficie principalement des avantages commerciaux du paiement à distance et qui garde la possibilité de ne pas recourir à cette pratique ou de contrôler plus efficacement si les opérations sont véritablement autorisées par le titulaire légitime. En sus d'un certain manque de précision, on regrettera cependant que cette règle soit isolée dans un texte communautaire ne traitant pas directement des questions de paiement, ce qui contribue une fois de plus au tissage d'un patchwork légal, au détriment de l'élaboration d'un véritable droit européen harmonisé des paiements, reposant sur un seul instrument juridique clair.

V. La preuve dans les systèmes électroniques de paiement

505. Si l'on se limite aux carences les plus critiquées en matière de paiements transfrontières à distance - transparence, délais, pertes et frais -, l'importance du droit de la preuve sera tout à fait secondaire. Si un client doit démontrer à son institution financière qu'un virement a été crédité sur le compte du bénéficiaire avec retard ou qu'il a fait l'objet d'un prélèvement de frais non autorisé, que cette mauvaise exécution lui a occasionné un dommage, il n'aura généralement pas trop de difficultés pour réunir les éléments de preuve nécessaires. Compte tenu des caractéristiques d'un paiement transfrontière, si le client devait prouver la faute d'un intermédiaire sis à l'étranger dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre lui, la situation pourrait être plus délicate. Mais si l'on opte pour une solution du litige réglée au simple niveau de la relation entre le donneur d'ordre et son institution financière, celle-ci devant répondre des actes de ses auxiliaires, intermédiaires dans la chaîne du paiement[1325], les

---

1324 Certains en déduisent que la directive n'est pas si favorable pour les porteurs de cartes, puisqu'ils devront établir avoir été victimes d'une fraude: HUET Jérôme, Brèves remarques sur la recommandation no 94-02 de la Commission des clauses abusives sur les contrats proposés aux porteurs de cartes de paiement, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1997/2, p. 63.

1325 Voir nos propositions *supra* no 396 s. ainsi que le régime de la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers *supra* no 438 s.

problèmes de preuve deviennent beaucoup moins aigus. C'est en particulier la raison pour laquelle nous ne trouvons aucune référence explicite au droit de la preuve dans la directive 97/5/CE, qui se limite à ces hypothèses de délais, pertes et frais des virements transfrontaliers.

506. Si l'on considère que les problèmes posés lors de paiements transfrontières peuvent cependant être plus larges, qu'ils comprennent par exemple une erreur dans la distribution de billets auprès d'un automate à l'étranger (paiement face-à-face) ou une fraude dans l'utilisation du Telebanking pour un paiement à destination d'un autre pays (paiement à distance), la situation sera alors tout autre et cela à cause de l'automatisation, de "l'électronisation" des paiements, qui pose de nouvelles questions en matière de preuve.

1. Le problème de la dématérialisation des opérations

507. Dans le domaine des paiements transfrontières comme en matière d'opérations internes, le développement des systèmes de paiement informatisés a des répercussions considérables sur les problèmes juridiques posés en matière de preuve. En effet, ces systèmes ne recourent plus à des procédures nécessitant des documents écrits, mais se caractérisent bien plutôt par des opérations automatiques qui sont répertoriées sur des supports informatiques de l'émetteur[1326]. Ainsi, l'inégalité résultant du fait que la quasi-totalité des éléments de preuve se trouvent dans la sphère de puissance de l'institution financière, le client ne recevant au mieux qu'un ticket, pourrait porter préjudice au consommateur selon le régime de responsabilité adopté en cas d'erreur ou de fraude[1327].

508. Certains problèmes posés en matière de transferts électroniques de fonds surviennent lorsque le consommateur constate des irrégularités sur son compte: s'agit-il d'opérations résultant d'un accès non autorisé au système par un tiers ou d'un mauvais fonctionnement des appareils qui a occasionné de fausses écritures? *Quid* également si un consommateur allègue qu'un distributeur automatique de billets n'a pas délivré le montant correct? La question est dès lors de savoir qui devra prouver quoi (fardeau de la preuve subjectif), avec quels moyens, et qui supportera les conséquences que la preuve n'a pas été rapportée

---

1326 VASSEUR, paiement, no 42; L'HEUREUX, droit bancaire, p. 434; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 20; MEIJBOOM, Evidence, p. 33; BUYLE, carte, p. 45.

1327 SCHAUSS, Contract, p. 108, 110; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 25 s.; THUNIS, carte, p. 84; European Consumer Law Group (ECLG), Payment, p. 11; TRINQUET, consommateurs, p. 428; KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 248 s.; MEIJBOOM, Evidence, p. 34, 46 s.; MENUT, p. 85; VASSEUR, paiement, no 42; Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 80.

(fardeau de la preuve objectif)[1328]. Par ailleurs, si le titulaire annonce la perte ou le vol de son moyen de paiement, la situation n'est pas forcément plus simple, car il faudra peut-être qu'une partie démontre la faute de l'autre; comment pourra-t-elle le faire, comment appréciera-t-on la différence entre une faute grave et une faute plus légère?[1329] Il faut souligner que les problèmes seront accentués pour le consommateur du fait que dans la majeure partie des cas son compte aura bel et bien été débité de la somme contestée. Il se trouvera donc dans une situation défensive, devant convaincre l'émetteur de recréditer les fonds en question alors que les conditions générales peuvent prévoir un régime de preuve qui lui est défavorable[1330].

509. Dans la tradition de nombreux droits civils tels que le droit suisse, l'émetteur ne peut en principe se libérer de sa dette en restitution des fonds déposés en débitant le compte ou demander le remboursement de ses avances que s'il prouve avoir correctement exécuté les opérations du client[1331]. En cas de fraude ou d'erreur en relation avec un moyen électronique de paiement, c'est par conséquent l'institution financière qui devrait initialement supporter le fardeau subjectif de la preuve et démontrer que l'ordre émane bien du titulaire légitime et non d'un tiers non autorisé ou que son système fonctionne correctement et qu'il n'a pas occasionné une exécution imparfaite[1332]. Si l'institution financière ne peut suffisamment prouver cet état de fait, elle en supportera alors le risque (fardeau objectif de la preuve). Le titulaire, qui doit également prouver les faits qu'il allègue, devra simplement démontrer qu'il est créancier d'une certaine somme déposée sur son compte, voire prouver qu'il a bien procédé à telle ou telle transaction, en présentant un reçu par exemple, s'il s'agit d'un cas de mauvaise exécution (par exemple: virement erroné, au niveau du montant ou du destinataire)[1333].

1328 HUET, informatique, p. 297. Il faut souligner que pour certaines de ces hypothèses, le développement des cartes à puce devrait permettre de résoudre beaucoup de problèmes. En effet, comme ces cartes sont en principe capables de stocker dans leur mémoire les données relatives aux transactions effectuées (cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 26), le titulaire aura une preuve qu'il pourra opposer à l'enregistrement informatique de l'émetteur (FOY, cartes, p. 98; Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 57; DAIGRE, cartes, p. 136; VASSEUR, paiement, no 43). Le consommateur pourra ainsi démontrer qu'il n'a pas effectué une opération donnée et que celle-ci résulte donc de l'accès illicite d'un tiers par d'autres moyens ou d'un mauvais fonctionnement du système, ou encore qu'il a initié une opération et que celle-ci n'a pas été exécutée ou qu'elle a été exécutée imparfaitement.

1329 Cf. THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 27.

1330 STAUDER, contrat, p. 237.

1331 SCHÖNLE, responsabilité, p. 79 s.; HUET, Dossier monétique, p. 126, et télépaiement, no 6; GAVALDA/STOUFFLET, Droit du crédit, no 352; L'HEUREUX, droit bancaire, p. 438. *Supra* no 376 et 456.

1332 Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 80.

1333 STAUDER, contrat, p. 237; SCHÖNLE, responsabilité, p. 89; TRINQUET, consommateurs, p. 428; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 36; L'HEUREUX/LANGEVIN, pratique, p. 266.

510. En ce qui concerne le problème de la responsabilité pour faute, on peut dire d'une manière générale que l'émetteur aura beaucoup de difficultés pour prouver la négligence du titulaire dans le cas d'un accès non autorisé au système de paiement, car il n'a aucun élément en sa possession lui permettant de juger du comportement du consommateur dans la garde de ses moyens d'accès[1334]; le client serait donc indirectement favorisé[1335]. Mais à l'inverse, si l'on présumait la faute du consommateur parce que le moyen de paiement a été utilisé, en partant du principe que le niveau technique des appareils empêche normalement toute opération illicite, il serait tout aussi difficile pour le consommateur de prouver qu'il n'a commis aucune faute dans la conservation de son moyen de paiement, en particulier qu'il n'a pas inscrit son code à proximité[1336]. En outre, si le client devait dans chaque cas d'espèce prouver la faute de l'institution financière, alors qu'il arrive fréquemment que celle-ci s'exonère de toute faute légère par le biais de ses conditions générales, la tâche serait pratiquement impossible tant qu'il n'a pas accès aux moyens de preuve qui sont dans la sphère d'influence de l'émetteur (enregistrements informatiques notamment) et qui pourraient permettre de juger du niveau de sécurité du système[1337].

511. Ainsi on peut dire que pour des modes de paiement dématérialisés, les problèmes de répartition du fardeau de la preuve, tant subjectif qu'objectif, et des moyens de preuves admissibles ont autant d'importance que les questions de droit matériel examinées jusqu'à présent. Il est donc indispensable de trouver une solution satisfaisante également au niveau probatoire pour que tout le système proposé soit cohérent. On peut ajouter à cela que l'adoption d'une procédure efficace de règlement des litiges est aussi d'une importance capitale[1338].

1334 Guide juridique de la CNUDCI, p. 61 no 29; THUNIS, paiement, p. 385; THÉVENOZ, banquier, p. 44.

1335 THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 21.

1336 Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 46; KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 248; DELIERNEUX, p. 1012; THÉVENOZ, banquier, p. 44.

1337 STAUDER, contrat, p. 238; SCHÖNLE, responsabilité, p. 86, 88, parle à cet effet de "*probatio diabolica*"; Guide juridique de la CNUDCI, p. 61 no 29. En jurisprudence, cf. AG Frankfurt a.M. (18.12.1987), WM 1988, 1446 (approuvé par REISER Cristof, WuB I D 5. - 4.88).

1338 Cf. en détail *infra* no 786 ss. Pour STAUDER, contrat, p. 237, "*le droit matériel risque de rester lettre morte*" si les problèmes de preuve et de règlement des litiges ne sont pas réglementés. Pour VASSEUR, paiement, no 38, "*la question de la responsabilité du banquier se situe davantage sur le terrain de la charge de la preuve qui pèse sur lui plutôt que sur le terrain du fond du droit*"; KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 23; MEIJBOOM, Evidence, p. 53.

2. Les solutions proposées

512. En Europe, plusieurs tribunaux nationaux ont eu à juger ces dernières années de cas impliquant des moyens électroniques de paiement et posant différents problèmes de preuve. L'examen des solutions apportées concrètement par la jurisprudence dans ces différentes affaires est dès lors utile dans l'optique d'aboutir à des thèses efficaces et réalistes.

513. En droit allemand, doctrine et jurisprudence ont eu le plus souvent tendance, sans pour autant renverser le fardeau (subjectif et objectif) de la preuve prévu par les règles traditionnelles du droit civil, à faciliter l'appréciation des preuves par le biais d'une présomption de fait ("*Anscheinsbeweis*", preuve *prima facie*) découlant du haut degré de technicité des appareils: si les enregistrements informatiques n'indiquent rien d'anormal, l'opération est censée avoir été effectuée correctement, avec le moyen de paiement et le code confidentiel du consommateur. Ce dernier ne peut infirmer cette présomption en alléguant simplement qu'il est possible d'accéder au système avec une carte falsifiée ou tout autre moyen, ou qu'il n'est pas exclu qu'il s'agisse d'un mauvais fonctionnement du système. Il doit démontrer qu'il a conservé ses moyens d'accès avec soin, qu'un tiers a pu accéder au système autrement ou que le système a été l'objet d'une défaillance technique[1339].

Cette jurisprudence a toutefois été ébranlée, en particulier à la suite d'une décision du tribunal supérieur de Hamm du 17 mars 1997[1340], qui a mis en

---

1339 Cf. GÖSSMANN, no 327 s.; BIEBER, p. 12; CANARIS, no 527 m; SCHNEIDER, Recht, p. 87 s.; HELLNER, Zahlungsverkehr, p. 275 s.; WERNER, EDIFACT p. 129; REISER, POS, p. 12; FERVERS, p. 1043; PLEYER, p. 453; HARBEKE, ec-Service, p. 1753; BLAUROCK, Obstacles, p. 137 ss, 161; AG Nürnberg (15.10.1986), WM 1987, 9 = NJW 1987 660 (approuvé par REISER Cristof, WuB I D 5. - 3.87), REDC 1987, p. 232 s.; LG Saarbrücken (27.5.1987), WM 1988, 377 = NJW 1987, 2381 (commentaire de REISER Cristof, WuB I D 5.- 2.88); AG Aschaffenburg (1.6.1989), WM 1989, 1165 (approuvé par REISER Cristof, WuB I D 5. - 6.89); LG Köln (20.9.1994), WM 1995, 976 (soutenu par AHLERS Horst, WuB I D 5 c. - 3.96); LG Bonn (11.1.1995), WM 1995, 575 (soutenu par HARBEKE Christof, WuB I D 5 c. - 2.95); AG Diepholz (6.9.1995), WM 1995, 1919 (approuvé par HERTEL Christian, WuB I D 5 c. - 1.96); AG Wuppertal (10.4.1997), WM 1997, 1209, et AG Hannover (9.5.1997), WM 1997, 1207, EWiR Art. II.7 ec-Bed-Bk 2/97, p. 695 s. (HENSEN Horst-Diether), notes pour les deux décisions de AEPFELBACH Rolf / CIMIOTTI Gerd, WuB I D 5 c. - 3.97; AG Charlottenburg (13.8.1997), WM 1997, 2082. Spécifiquement pour des paiements transfrontières: AG Schöneberg (9.9.1996), WM 1997, 66, et AG Hannover (21.6.1996), WM 1997 64, note pour les deux décisions de WERNER Stefan, WuB I D 5 c. - 2.97. Pour une étude détaillée à la lumière de la jurisprudence récente: WERNER, Anscheinsbeweis, p. 1516 ss.

1340 OLG Hamm (17.3.1997), WM 1997, 1203 = NJW 1997, 1711 = ZIP 1997, 878 = VuR 1997, 268, notes de SPINDLER Gerald, EWiR Art. II.7 ec-Bed. 1/97, p. 545 s., et AEPFELBACH Rolf / CIMIOTTI Gerd, WuB I D 5 c. - 3.97; REDC 1997, p. 157 (JOHNEN Eva); critique notamment par WERNER, Anscheinsbeweis, p. 1517 ss, et AG Charlottenburg (13.8.1997), WM 1997, 2082. Voir aussi contre le "*Anscheinsbeweis*":

évidence les insuffisances de la sécurité des codes confidentiels des cartes ec allemandes et qui a donc refusé d'appliquer la théorie du "*Anscheinsbeweis*", en retenant qu'il n'était pas exclu dans le cas d'espèce que le voleur de la carte ait pu lui-même découvrir le code au moyen de techniques sophistiquées, sans que le titulaire ait été négligent dans la conservation dudit code.

514. En droit français, la jurisprudence a été assez fluctuante[1341]. La Cour d'appel de Paris, par exemple, avait tout d'abord jugé le 1er décembre 1980[1342] qu'en cas de retraits non autorisés dans un distributeur de billets, c'est la banque qui devait supporter le dommage si elle ne parvenait pas à apporter la preuve de la négligence du client. En l'espèce, le client avait simplement affirmé qu'il ne s'était pas fait voler son code confidentiel avec sa carte et les juges l'ont suivi, estimant qu'il n'est pas exclu que, par suite d'une défaillance du système de sécurité de l'automate, celui-ci puisse fonctionner sans le code, au moyen de la seule carte, ou avec le secours d'un numéro quelconque composé au hasard par le tiers[1343].

En soi, il est normal que les juges puissent garder leur pouvoir d'appréciation et considérer, comme en l'espèce, que les déclarations d'un employé supérieur d'une société spécialisée dans les opérations de crédit sont aptes à forger leur conviction. Cependant, on voit bien le problème qui est posé par cet arrêt: comment la banque pourrait-elle apporter la preuve de la négligence du titulaire? Elle a seulement en sa possession des enregistrements informatiques constatant qu'une somme de 1000 francs français a été débitée à la suite d'un retrait à un distributeur automatique de billets, mais qui n'établissent pas pour autant que c'est bien le code du client qui a été utilisé (puisque ce code doit rester secret). Elle n'a donc aucun moyen de savoir si le code se trouvait par exemple inscrit quelque part dans la serviette volée au titulaire. Mais à l'inverse, on ne voit pas non plus comment ce dernier aurait pu prouver que son code secret ne se trouvait pas dans sa serviette.

OLG Zweibrücken (24.9.1990), WM 1991, 67 = VuR 1991, 104, note de FERVERS Martin, WuB I D 5. - 3.91; ROSSA, p. 145; STROHDEICHER, p. 73 s.; ainsi que LG Frankfurt (13.12.1995), WM 1996, 953 = VuR 1997, 423, qui aboutit à une preuve *prima facie* en faveur du consommateur: si celui-ci prouve qu'on lui a volé sa carte et prouve quels sont ses derniers retraits dans les automates, les retraits illicites par le voleur sont à la charge de la banque, car il y a une présomption de fait que le voleur a pu découvrir le code confidentiel en observant sa frappe par le titulaire avant le vol de la carte (cf. aussi *infra* note 1361). Voir aussi les deux décisions décrites in FAVRE-BULLE, paiement, p. 197 note 640, où les juges n'ont pas retenu un "*Anscheinsbeweis*", mais ont fait une appréciation plus stricte des preuves grâce à la technique utilisée pour les moyens de paiement.

1341 THUNIS, paiement, p. 367 ss.

1342 Reproduit in: HUET, Dossier monétique, p. 124 s.; La Revue Banque 1981, p. 233 ss (MARTIN Lucien-M.).

1343 Voir dans le même sens: Tribunal d'instance de Moulins, 25.6.1990, résumé in: Gazette du Palais, 4/6.8.1991, p. 18.

Comme l'a relevé HUET à la suite de cet arrêt[1344], de telles difficultés de preuve posent en définitive le problème de la fiabilité des systèmes électroniques de paiement. Le risque d'arbitraire pourrait en tout cas être très grand, par une trop grande confiance ou dans les équipements techniques de la banque ou en les dires du client, inversement par une trop grande méfiance envers ce dernier. La décision rendue par la Cour d'appel de Paris a d'ailleurs été largement contestée et plusieurs autres tribunaux se sont prononcés par la suite en sens contraire, estimant qu'il est impossible de retirer des fonds sans connaître le code[1345].

Pourtant, le 8 octobre 1991, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un important arrêt qui a quelque peu freiné ce dernier courant jurisprudentiel très (trop?) confiant dans la fiabilité des systèmes, en redonnant ses lettres de noblesse aux principes fondamentaux de la responsabilité pour faute. La Cour de cassation a en effet donné raison à un client dans sa demande en remboursement des fonds débités à la suite de retraits dans un distributeur automatique de billets à l'aide d'une carte qui lui avait été dérobée, en retenant qu'il appartient à la banque, laquelle prétend que le client a commis l'imprudence de ne pas tenir son code secret, de démontrer la violation, par le titulaire de la carte, de cette obligation contractuelle de moyens[1346].

1344 HUET, Dossier monétique, p. 126.

1345 Cf. notamment FAVRE-BULLE, paiement, p. 21 note 94 (ainsi que les références citées p. 177 note 559). Pour VASSEUR, qui avait qualifié d'"*extravagante*" la solution retenue par la Cour de Paris, c'est l'imprudence du consommateur qui devrait être présumée et non le déréglement de l'appareil (Note sous Cour d'appel de Pau, 17.10.1984, in: D 1985, Informations rapides - Sommaires commentés, p. 343); cf. également BUYLE, carte, p. 59.

1346 D 1991, Informations rapides, p. 254; D 1991, Jurisprudence, p. 581 ss, avec note de VASSEUR Michel; La Semaine Juridique (J.C.P.) 1992, Jurisprudence, no 21791; Gazette du palais, 19-20.2.1992, p. 27 ss; Droit de l'Informatique & des télécoms 1991/4, p. 39 ss, notes de J. L. et TRINQUET Robert; Les Petites Affiches, 7.12.1992, p. 22 ss, note de BOUTEILLER Patrice; Expertises des systèmes d'information 1991, p. 434 ss, note de WEBER Alain; Revue de droit bancaire et de la bourse 1992, p. 28 s. (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves); REDC 1992, p. 113 s. (BYRAMJEE François); FRANK, p. 6. Dans le même sens: Tribunal d'instance de Mantes-la-Jolie, 5.2.1993, in: Banque & Droit, no 30, juillet-août 1993, p. 34 (GUILLOT Jean-Louis); Tribunal d'instance de Saintes, 24.10.1990, in: Banque & Droit 1991, p. 209 (GUILLOT Jean-Louis); Tribunal d'instance de Moulins, 25.6.1990, in: Gazette du Palais, 4-6.8.1991, p. 18. La portée de cet arrêt de la Cour de cassation (Hémadou c. Banque Populaire Atlantique) doit malgré tout être relativisée, dans la mesure où, selon ses considérants, on s'accorde à dire que la cassation aurait en principe pu être évitée si la banque n'avait pas omis d'invoquer l'argument de droit, tiré du contrat, selon lequel le retrait non autorisé faisait présumer la faute du titulaire qui n'avait pas gardé secret son code confidentiel ("*Contrairement à ce qui a été écrit dans la presse, la banque n'a pas à prouver la faute du porteur mais elle doit lui opposer une présomption de faute*": THOMAS, p. 352).

Dans des affaires ultérieures, et malgré le pouvoir des tribunaux de juger du caractère éventuellement abusif de clauses contractuelles[1347], la Cour de cassation française s'en est toutefois remis au régime convenu entre les parties dans le contrat bancaire, ce qui montre la portée limitée de sa jurisprudence de 1991. Ainsi, si les conditions du contrat porteur prévoient que le titulaire de carte est entièrement responsable des opérations de retrait effectuées avec le code secret avant opposition (carte volée), cela donc quelle que soit sa faute, un tribunal ne peut pas condamner la banque à supporter le dommage sous prétexte qu'elle n'a pas rapporté la preuve de la négligence du titulaire[1348].

515. Aux Pays-Bas, les deux commissions de conciliation en matière de "retail banking" ont jugé à diverses reprises depuis une décision de principe du 24 avril 1990[1349] que le seul fait que des retraits aient pu être initiés au moyen d'une carte et d'un code confidentiel n'implique pas que le consommateur soit considéré comme ayant manqué à son devoir de diligence quant à la conservation de ses moyens d'accès. En d'autres termes, il ne suffit pas aux banques d'arguer que le préjudice découle d'une utilisation correcte de la carte et du code pour que l'on retienne que le consommateur a été négligent. Les émetteurs doivent au contraire prouver cette négligence en apportant d'autres éléments circonstanciés qui rendent vraisemblable que le client a violé ses obligations contractuelles, faute de quoi ils devront supporter le dommage[1350].

516. L'Ombudsman des banques belges se montre en revanche plus sévère. L'hypothèse selon laquelle un voleur peut être à même de découvrir un code confidentiel qui n'a pas été révélé par son titulaire, pour ensuite utiliser frauduleusement une carte, est systématiquement écartée. Qu'il s'agisse de vols de cartes ou de retraits fantômes, les systèmes sont considérés comme étant

---

1347 Aujourd'hui: cf. art. L. 132-1 du Code de la Consommation (Dalloz), 2ème éd., Paris 1997, et commentaire p. 145; à l'époque: voir la jurisprudence décrite in FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 161 s.

1348 Cour de cassation, Chambre commerciale, 1.3.1994, Société Générale c. Fontaine, in: D 1995, Jurisprudence, p. 167 ss (note de EKOLLO Faustin); La Semaine Juridique (J.C.P.) 1994, Jurisprudence, no 22286 (GAVALDA Christian); Les Petites Affiches, 20.7.1994, no 86, p. 31 s. (BOUCHERY D.); Droit de l'Informatique & des télécoms 1995/1, p. 45 ss (GAVALDA Christian); Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 110 s. (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves). Voir aussi l'arrêt Grene-Petre du 21.5.1996 (cité *supra* note 1265): si le contrat porteur met le risque d'utilisation frauduleuse entièrement à charge du client avant notification (clause jugée non abusive par le Tribunal d'instance de Paris, 9.5.1995, in: Banque & Droit, no 44, novembre-décembre 1996, p. 34 [GUILLOT Jean-Louis]), on ne peut déroger à la loi des parties en tenant compte de l'absence de faute du client.

1349 Affaire no 9025, Publikatieblad 1990.

1350 KNOBBOUT-BETHLEM, electronic funds transfer, p. 285, ainsi que sa chronique dans le Jaarboek Konsumentenrecht 1993, p. 136, et dans le Jaarboek Konsumentenrecht 1944, p. 168 s.; HONDIUS, Contracts, p. 97. D'autres décisions allaient toutefois en sens opposé auparavant: MEYSMANS/THUNIS, p. 135 et note 38; THUNIS, paiement, p. 370 note 141.

pratiquement inviolables et les dommage sont donc mis à la charge des consommateurs en conséquence de leur prétendue négligence dans la conservation de leur code d'accès[1351]. La même appréciation est faite en cas d'erreurs: les automates ou tout au moins leurs enregistrements informatiques sont quasiment infaillibles, ils ne peuvent provoquer des pertes, les banques n'ont donc pas à indemniser les clients prétendument lésés[1352].

517. Ces quelques exemples montrent qu'en l'absence de réglementations spécifiques dans le domaine des systèmes électroniques de paiement, le fardeau et l'appréciation des preuves peuvent être très variables d'un Etat à l'autre, ce qui ne favorise pas du tout la sécurité juridique des paiements transfrontières. Un effort d'harmonisation paraît donc indispensable au niveau européen, mais il reste à définir sur quelles bases celui-ci devrait avoir lieu.

518. On lit souvent que la charge de la preuve devrait reposer sur l'émetteur[1353]. On ne devrait cependant pas se contenter d'une règle unique de fardeau subjectif et objectif de la preuve pour tous les cas de figure, car il arrive que le droit et l'équité commandent plus de souplesse, l'utilisateur pouvant aussi avoir à supporter la charge de certaines preuves.

519. Pour les hypothèses de vol et de perte d'un moyen de paiement, nous avons proposé un système à deux échelons[1354]. Un régime de base, défini en termes de risques et non de fautes, permettant de tenir compte des spécificités des systèmes électroniques de paiement en définissant des règles d'allocation des risques ne recourant pas au droit de la preuve et apportant ainsi des solutions uniformes pour chaque cas d'espèce, en simplifiant le règlement des litiges. Dans un deuxième temps, le caractère quelque peu artificiel du régime de base pourrait être corrigé par un certain retour au concept de responsabilité pour faute,

---

1351 Par exemple: ABB, Avis de l'Ombudsman (1.9.1991-31.8.1992), p. 36 s. no 91.198; Avis de l'Ombudsman (1.9.1992-31.8.1993), p. 208 s. no 93.080, p. 223 no 93.108, p. 274 no 93.155, p. 282 s. no 93.166; Rapport de l'Ombudsman 1993, p. 18; Avis de l'Ombudsman (1.9.1993-31.12.1994), p. 47 no 93.183, p. 49 s. no 93.209, p. 56 s. no 93.276, p. 109 ss no 93.350, p. 154 no 94.005, p. 309 s. no 94.222, p. 382 no 94.323, p. 431 s. no 94.390, p. 487 s. no 94.464, p. 529 no 94.565; Rapport de l'Ombudsman 1994, p. 19; Avis de l'Ombudsman (1.1.1995-30.6.1995), p. 48 s. no 94.396, p. 50 s. no 94.531, p. 51 s. no 95.016, p. 56 s. no 95.072, p. 58 s. no 95.107; p. 64 s. no 95.295, p. 65 s. no 95.305.

1352 Par exemple: ABB, Avis de l'Ombudsman (1.9.1991-31.8.1992), p. 119 s. no 92.025, p. 214 no 92.179; Avis de l'Ombudsman (1.9.1992-31.8.1993) p. 305 s. no 93.191; Avis de l'Ombudsman (1.7.1995-31.12.1995), p. 52 s. no 95.399. Mais si une erreur est dûment enregistrée dans le journal informatique, elle doit être réparée par la banque: Avis de l'Ombudsman (1.9.1993-31.12.1994), p. 508 no 94.502.

1353 Voir notamment les recommandations d'organismes et les auteurs cités in FAVRE-BULLE, paiement, p. 197 note 641.

1354 *Supra* no 467 ss.

en donnant la possibilité aux parties de modifier la situation juridique en fonction des preuves qu'elles sont susceptibles d'apporter dans chaque cas d'espèce.

520. Des preuves strictes devraient en principe être exigées. Le consommateur devrait réellement prouver la faute de l'émetteur ou l'émetteur réellement prouver la faute du consommateur. En bon droit, l'on ne devrait pas se contenter de l'équation, pourtant fréquente en pratique (cf. certains contrats porteurs, une partie de la jurisprudence et de la doctrine, etc.): une carte utilisée avec son code secret = faute commise par le client (négligence dans la conservation des moyens d'accès ou fraude du titulaire lui-même)[1355]. Cela étant, on constate quand même qu'à ce jour, après une évolution technique constante, les systèmes électroniques de paiement sont généralement plus sûrs (le développement de la carte à puce est un exemple parmi d'autres) et les cas d'opérations réellement illicites semblent devenir plus rares[1356]. Souvent, les transactions non autorisées résultent d'une négligence ou même d'une fraude du titulaire. Or nous avons vu qu'il peut être extrêmement difficile pour l'émetteur de prouver un telle faute du titulaire. On peut donc s'interroger sur l'opportunité de s'en tenir à des preuves strictes dans certains cas bien précis, en particulier pour les hypothèses de perte de la carte, par opposition au vol de celle-ci.

521. D'aucuns contestent qu'un tiers puisse techniquement découvrir seul le code secret d'un titulaire s'il n'est en possession que de la carte[1357]. En revanche, il est indéniable que le même tiers peut à tout le moins voir le code lorsqu'il est frappé par le titulaire[1358]. Si celui-ci ne prend pas de précautions lorsque l'automate permet une frappe protégée, il devrait être reconnu négligent. Mais si le tiers fraudeur trouve un moyen plus technique d'observer la frappe du code (jumelles, caméra, etc.), s'il use de stratagèmes à l'encontre du client (enfant ou autre personne qui perturbe celui-ci[1359], simulation d'une panne de l'appareil, etc.)[1360] ou tout simplement si le terminal ne permet pas une frappe discrète (par exemple à une caisse de magasin), le titulaire ne sera pas forcément en faute.

1355 STAUDER, contrat, p. 236; GAVALDA Christian, Note in: La Semaine Juridique (J.C.P.) 1994, Jurisprudence, no 22286, p. 272. Voir aussi en France la recommandation de la Commission des clauses abusives no 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit (référence in bibliographie).

1356 Certains vont même jusqu'à dire que "*depuis dix ans, des progrès extraordinaires ont été réalisés qui assurent la parfaite fiabilité des appareils*" (VASSEUR Michel, Note in: D 1991, Jurisprudence, p. 583 s., 584).

1357 Voir notamment *supra* note 1016.

1358 THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 21; ROSSA, p. 145; BILLOTTE-TONGUE, no 378, 386. BGHZ 114, 238, 245. *Supra* no 368.

1359 Cas de fraude de plus en plus dénoncés par la police dans la presse.

1360 Tribunal de grande instance de Paris, 22.9.1995, in: Banque & Droit, no 46, mars-avril 1996, p. 36 (GUILLOT Jean-Louis). Que Choisir, no 284, juin 1992. L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 40, et L'HEUREUX, droit bancaire, p. 402.

Dans un système où la découverte visuelle du code confidentiel est tout à fait possible, on ne peut donc exclure qu'un ou plusieurs malfaiteurs suivent un consommateur, prennent connaissance du code utilisé puis volent la carte peu après[1361]. C'est dire qu'à notre sens, la négligence d'un client ne peut en aucun cas être présumée en cas de vol. Ce d'autant plus que le client a généralement l'obligation contractuelle de déposer plainte à la police en cas de vol et que, compte tenu des risques d'infraction pour avoir induit la justice en erreur, cela devrait limiter les abus des titulaires eux-mêmes. L'émetteur pourrait certes avoir certaines difficultés pour démontrer (preuve stricte) que le titulaire a agi frauduleusement ou qu'il a commis une grave négligence. Mais il est toutefois équitable que l'émetteur supporte cette charge subjective et objective de la preuve, car c'est lui qui est maître du niveau de sécurité de son système et qui est le plus à même d'assumer le risque financier des fraudes, au moyen notamment d'assurances spécifiques. Au surplus, le titulaire devrait supporter de toute manière une responsabilité jusqu'au montant forfaitaire avant notification s'il ne peut lui-même prouver son absence de faute.

522. La situation nous semble en revanche différente en cas de perte de la carte. Comment imaginer en effet, dans une chaîne de causalité, qu'un malfaiteur découvre le code secret lorsqu'il est frappé par le titulaire, qu'il ne vole pas la carte, que la carte soit quand même perdue par le titulaire, que le malfaiteur la trouve et l'utilise avec le code? Une telle hypothèse est hautement improbable. Ainsi, si une carte est annoncée comme perdue et qu'elle est utilisée frauduleusement par un tiers, ce tiers aura pu découvrir le code autrement qu'en observant sa frappe. Si l'on considère que les systèmes modernes ne permettent normalement pas de découvrir les codes sans un équipement extrêmement sophistiqué, force sera d'admettre que le code a été trouvé à cause d'une négligence du titulaire (code inscrit sur la carte, dans un carnet d'adresse sans aucun "camouflage", code sous forme de date de naissance, etc.).

Par opposition aux cas de vol de carte, nous considérons donc que l'utilisation non autorisée d'une carte perdue devrait être appréciée différemment en droit de la preuve. En l'état actuel de la technique, il existe une présomption de fait, une présomption de l'homme que l'utilisation d'une carte perdue avec son code résulte de la négligence du titulaire dans la conservation de ses moyens d'accès, négligence qui devrait être qualifiée de grave. Tout client devrait bien évidemment avoir la possibilité de renverser une telle présomption en prouvant qu'il a conservé diligemment sa carte et son code séparément[1362].

1361 Voir à cet égard la très intéressante décision du LG Frankfurt (13.12.1995), WM 1996, 953 (décrite *supra* note 1340), qui va cependant trop loin en accordant une preuve *prima facie* en faveur du consommateur.

1362 Comparer avec la recommandation no 94-02 de la Commission des clauses abusives française relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit (référence in bibliographie).

Un tel système de preuve *prima facie*, inspiré des développements en droit allemand mentionnés plus haut[1363], permettrait en outre d'éviter des fraudes des titulaires eux-mêmes. Avec un régime limité à une part de risque en principe forfaitaire pour le titulaire avant notification, il serait en effet facile de déclarer la perte de la carte tout en continuant de l'utiliser, pour ensuite ne supporter qu'un plafond, par exemple de 150 écus, des montants débités. Dans un système de preuve stricte, l'émetteur aura toutes les peines du monde à prouver que son client a commis lui-même une fraude. Il est donc normal d'alléger quelque peu le fardeau subjectif et objectif de la preuve du fait de la technique utilisée aujourd'hui et de la présomption de sécurité que cela crée lorsque l'on ne se trouve pas dans des hypothèses où le code peut avoir été vu par le tiers fraudeur.

523. D'aucuns pourraient estimer que la différence entre perte et vol n'est pas toujours évidente pour le consommateur qui remarque simplement la disparition de sa carte ou surtout que des titulaires peu scrupuleux pourraient déclarer un vol au lieu d'une perte si cela leur offre un régime d'allocation des risques plus favorable. Encore une fois, nous pensons à cet égard que l'obligation que devrait avoir chaque client de déposer plainte pénale en cas de vol, avec l'engagement que cela représente, devrait être suffisante pour limiter les abus. Quant au titulaire de bonne foi qui constate simplement que son moyen de paiement a disparu, la reconstitution des circonstances qu'il pourra souvent faire pour tenter de comprendre les raisons d'une telle disparition lui permettra de choisir la voie la plus appropriée: soit il aura de forts soupçons que sa carte a pu lui être volée[1364] et il sera alors en droit de prendre la responsabilité de déposer une plainte pénale, soit il préférera, dans le doute, annoncer à son établissement que sa carte a pu être perdue, même si une telle perte peut lui être moins favorable sous l'angle du droit de la preuve en cas d'utilisation frauduleuse de la carte par un tiers.

Il pourrait d'ailleurs en être autrement dans le futur, si l'amélioration de la protection des systèmes exclut à un tel point une utilisation frauduleuse après le vol de la seule carte (impossibilité de découvrir le code lors de sa frappe) qu'une présomption de fait devrait aussi s'imposer du point de vue du droit de la preuve. Les présomptions de l'homme ne sont pas des présomptions de droit. Elles dépendent en l'occurrence du seul état de la technique. On peut d'ailleurs très bien imaginer, déjà aujourd'hui, l'admissibilité d'une preuve *prima facie*

1363 *Supra* no 513.

1364 Sur le plan civil, on ne devrait pas être trop sévère sur les éléments de preuve à apporter pour que le principe du vol soit admis. Dans son importante décision du 17.3.1997 (cité *supra* note 1340), le tribunal supérieur (OLG) de Hamm a ainsi jugé que le titulaire d'une carte ec devait avoir une preuve facilitée pour établir que son moyen de paiement avait été volé puisque ce genre d'incident arrive généralement sans témoins et sans que des moyens de preuve particuliers puissent être réunis (à l'instar de ce qui se passe en cas de vol de voiture pour obtenir la couverture de l'assurance casco).

même en cas de vol de la carte, par exemple si le titulaire n'a pas utilisé sa carte pendant très longtemps, qu'elle est déclaré volée et qu'elle est utilisée frauduleusement par un tiers. Dans un tel cas, l'on doit en effet exclure que le fraudeur ait pu découvrir le code lors de sa frappe par le titulaire puisque ce dernier n'a pas utilisé sa carte. Si le voleur a pu connaître le code, c'est donc logiquement à la suite d'une négligence grave du titulaire dans la conservation de ses moyens d'accès. Le titulaire pourra renverser cette présomption s'il prouve avoir été diligent.

524. Du point de vue de la technique et du droit de la preuve, la situation des autres types d'opérations non autorisées (de type retraits fantômes) paraît comparable à ce qui vient d'être dit. Il est difficile d'établir l'origine de telles fraudes sans perte des moyens d'accès et si l'on faisait supporter à l'émetteur une responsabilité causale du fait du niveau insuffisant de sécurité de son système sans aménagements, on créerait de grands risques d'abus s'il suffisait aux titulaires pour être indemnisés d'alléguer simplement qu'ils ont été victime d'un retrait non autorisé, sans apporter le moindre début de preuve[1365].

S'agissant du montant litigieux, si le titulaire fait valoir que son compte a été débité à tort car il n'a pas effectué d'opérations, l'émetteur devrait pouvoir justifier ce débit en prouvant que son système n'a pas été l'objet d'une défaillance quelconque et que cela ne peut être que le titulaire légitime et non un tiers non autorisé qui a initié ces ordres. Il est peut-être facile d'utiliser frauduleusement une carte volée après avoir observé la frappe du code, mais il en va différemment des fraudes sur un compte si les moyens d'accès sont toujours en possession du titulaire. Compte tenu de la technique moderne qui tend à devenir de plus en plus sure, si un tiers parvient à utiliser sans droit un système de Telebanking par exemple, il est fort probable que cela soit à la suite d'une négligence du titulaire légitime dans la conservation et la protection de ses différents codes secrets.

Dans ces circonstances également, nous estimons donc adéquat de recourir au système de la présomption de fait, de la preuve *prima facie*: si les enregistrements informatiques n'indiquent rien d'anormal, l'opération "fantôme" est censée avoir été effectuée par le titulaire légitime. Ce dernier pourra infirmer cette présomption, mais en démontrant lui-même qu'il a respecté ses obligations de diligence, soit principalement conservé ses moyens d'accès avec soin[1366].

1365 Cf. *supra* no 482.

1366 Si un consommateur parvient à être indemnisé, dans ces conditions, de la perte du principal, mais qu'il a en réalité subi un dommage plus important (gain manqué par exemple), il pourra également en obtenir réparation de la part de l'émetteur, s'il peut prouver la violation des obligations de celui-ci, le montant du préjudice et le rapport de causalité adéquate entre les deux (la preuve de la faute ne serait pas nécessaire dans un système de responsabilité causale; cf. *supra* no 482). L'émetteur pourra de son côté

525. Des règles analogues pourraient aussi être appliquées aux cas de mauvaise exécution spécifiques des moyens électroniques de paiement. A nouveau, avec l'amélioration de la technique, on ne peut admettre par exemple qu'un utilisateur n'ait simplement qu'à alléguer le fait qu'il n'a pas reçu le nombre correct de billets dans un automate à l'étranger ou qu'un montant trop élevé lui aurait été débité lors d'un achat (EFTPOS) ou encore que la valeur chargée dans son porte-monnaie électronique se serait volatilisée, pour qu'il puisse être indemnisé par son institution financière. Accorder de tels droits sans conditions de preuves ne ferait que favoriser les abus des clients.

Ainsi, dans le cas où un consommateur alléguerait que ses opérations ont mal été exécutées, en présentant si possible un reçu ou tout autre moyen démontrant qu'il a procédé à une transaction, l'émetteur devrait prouver, à l'aide de ses enregistrements informatiques, que son système n'était pas défectueux, qu'il n'a pas été affecté par une panne et que les opérations ont été correctement exécutées. L'émetteur ne peut pas prouver strictement que le nombre exact de billets a été distribué s'il n'avait pas de caméra au moment où le client a pris les billets. En revanche, prouver que tous les supports informatiques n'ont pas enregistré de défaillances devrait être une présomption de fait, une preuve *prima facie* suffisante pour s'opposer à la prétention du client. Pour détruire une telle présomption, le client devrait démontrer que le système a véritablement été l'objet d'un problème technique: un témoin pourrait attester qu'un nombre incorrect de billets a été distribué à un automate, une quittance pourrait établir qu'un montant incorrect a été débité après un achat (EFTPOS), etc.[1367].

526. Afin d'aboutir à un régime d'allocation des risques équilibré, on ne peut donc éviter de poser certaines règles en matière de preuve, même si l'on a pourtant relevé la difficulté pour les parties de rapporter certaines de ces preuves, compte tenu des techniques d'automatisation utilisées (codes ne permettant pas une identification véritable) et de la dématérialisation des supports de preuves (passage du papier aux impulsions électroniques). En plus de certaines présomptions de fait qui devraient quand même simplifier une partie des problèmes de preuve, l'on ne saurait trop insister sur l'importance du pouvoir d'appréciation de l'autorité de jugement. Cette dernière ne devrait pas être liée par des règles trop rigides, elle devrait pouvoir garder une grande souplesse dans son appréciation des preuves.

---

réduire totalement ou partiellement sa dette en démontrant que le consommateur est par hypothèse responsable, en tout ou en partie, du dommage causé.

1367 Concernant enfin le dommage supplémentaire du consommateur en cas d'inexécution ou en cas d'exécution imparfaite, le régime devrait à nouveau être le même que pour les opérations non autorisées, le titulaire devant prouver le montant du préjudice, la violation des obligations de l'émetteur et le rapport de causalité adéquate (non la faute si l'on a affaire à une responsabilité causale).

527. C'est-à-dire aussi, s'agissant des moyens de preuve admissibles, qu'un texte d'harmonisation ne devrait pas énumérer limitativement des éléments ayant force probante, mais devrait laisser une totale liberté aux parties et au juge[1368]. Le client devrait pouvoir prouver les faits qu'il allègue aussi bien à l'aide de témoins[1369], d'un reçu, du contenu de la mémoire de sa carte à puce, etc., et l'émetteur devrait pouvoir faire de même en apportant n'importe quel preuve pouvant forger la conviction des juges[1370] [1371].

Une telle liberté de preuve n'est pas toujours possible *de lege lata*, compte tenu des divergences des différentes lois de procédure civile nationales. Il conviendrait donc de codifier une telle règle[1372]. Par ailleurs, c'est à ce niveau

---

1368 Voir pour des exemples de libre appréciation des preuves: AG Aschaffenburg (2.8.1988), WM 1989, 213 (critiqué par HARBEKE Christof, WuB I D 5. - 4.89); OLG Hamm (17.3.1997; cité *supra* note 1340).

1369 LG Frankfurt (13.12.1995), WM 1996, 953.

1370 Cf. L'HEUREUX/LANGEVIN, pratique, p. 265 s.; GAVALDA/STOUFFLET, Droit du crédit, no 352.

1371 La fiabilité des documents informatiques est toutefois sujette à controverse, certains soulignant que les supports de données peuvent être manipulés (modifications, effacement des informations, etc.) ou peuvent contenir des erreurs dues à diverses causes de dysfonctionnement. L'HEUREUX, droit bancaire, p. 434; KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 249; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 32; BERTRAND/LE CLECH, p. 472 ss; VASSEUR, paiement, no 42; BLAUROCK, Obstacles, p. 131, 138, 161; ZEIDLER, p. 103 s.; BILLOTTE-TONGUE, no 633. En France, le Tribunal d'instance de Sète a par exemple dénié à plusieurs reprises (jugements des 14.2.1984, 9.5.1984 et 14.5.1986) que des enregistrements informatiques aient une valeur probante, le juge devant garder sa libre appréciation même en présence de règles de preuves convenues par les parties dans le contrat. Ces décisions ont été largement contestées par la doctrine (cf. notamment HUET, Dossier monétique, p. 126 s.). Un des jugements a été infirmé par la Cour d'appel de Montpellier (arrêt du 9.4.1987, notamment in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1987, p. 125, CRÉDOT Francis J. / GÉRARD Yves; THUNIS, paiement, p. 351), qui a considéré qu'une valeur probante pouvait être reconnue aux enregistrements de la machine, pour autant qu'un dérèglement du système informatique n'ait pas été allégué, auquel cas la banque devrait prouver la fiabilité de son système. D'autres jugements de Sète ont été annulés par la Cour de cassation: 1ère Chambre civile, 8.11.1989, Société Crédicas c. Cassan et Société Crédicas c. Kalifa, in: D 1990, Jurisprudence, p. 369 ss, note de GAVALDA Christian; La Semaine Juridique (J.C.P.) 1990, Jurisprudence, no 21576, note de VIRASSAMY Georges; Droit de l'Informatique & des télécoms 1990/2, p. 44 ss, notes de VASSEUR Michel et CHAMOUX Françoise; D 1990, Sommaires commentés, p. 327 s. (HUET Jérôme); Revue de droit bancaire et de la bourse 1987, p. 125 (CRÉDOT Francis J. / GÉRARD Yves) (cf. aussi pour ces arrêts de la Cour de cassation *infra* note 1376 pour la question de la licéité des conventions de preuve). Dans le même sens (la bande-journal de l'automate constitue une preuve suffisante des retraits): Tribunal de 1ère instance de Namur, 30.5.1988 (Droit de l'Informatique & des télécoms 1990/2, avec note de BUYLE Jean-Pierre, p. 60 ss; THUNIS, paiement, p. 359).

1372 Pour l'heure, les règles d'administration de la preuve varient en effet beaucoup d'un pays à l'autre (liberté des moyens de preuve, exigence de l'écrit en fonction du montant de la transaction, liste exhaustive des moyens de preuve admissibles, etc.). Pour un aperçu de droit comparé, cf. MEIJBOOM, Evidence, p. 35 ss (en détail); L'HEUREUX, droit bancaire, p. 434 ss; L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 57 ss; BERTRAND/LE CLECH,

qu'une procédure particulière de règlement des litiges en matière de paiements transfrontaliers pourrait être utile[1373], avec une meilleure collaboration des parties pour la recherche de l'origine des incidents et l'administration des preuves.

528. On dénonce souvent le fait que la quasi-totalité des moyens de preuve des transactions électroniques sont entre les mains des institutions financières et que cela ne facilite pas la tâche des clients dans la conduite d'un procès. Il nous semble pourtant que cette réalité peut déjà être corrigée en partie *de lege lata*, sans qu'il soit nécessaire de créer *de lege ferenda* une obligation contractuelle spécifique des professionnels de mettre à la disposition de leurs clients les moyens de preuve dont ils ont la maîtrise. En effet, en tant que mandataire, une institution financière est en principe soumise à une stricte obligation de reddition de comptes à l'égard de son client selon les règles générales du droit civil[1374]. Si l'institution financière entend débiter un quelconque montant du compte d'un titulaire à la suite d'opérations de paiement, elle doit être en mesure d'établir son droit, en fournissant précisément toutes les pièces justificatives utiles si le client le demande.

3. Le droit communautaire

529. On rappellera à titre liminaire que la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qualifie d'abusive dans son annexe toute clause limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat[1375]. C'est dire que si le droit applicable admet que le fardeau de la preuve ne soit pas à la charge des institutions financières, la directive n'est d'aucun apport pour les utilisateurs de moyens de paiement. En outre, au vu de l'incertitude qui peut régner quant au droit applicable aux opérations de paiement électronique et compte tenu des importantes divergences entre les droits nationaux européens, une telle approche purement négative d'interdiction de certaines clauses ne paraît pas suffisante pour régler tous les problèmes que nous

---

p. 478 ss; Guide juridique de la CNUDCI, p. 133 s. (question 7); BLAUROCK, Obstacles, p. 136 ss, 147 ss, 154 ss. On pourra également se référer à la recommandation no R (81) 20 du 11.12.1981 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe visant à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques, ou aux résolutions du Conseil de coopération douanière (1986) et de la CNUDCI (1985) concernant l'utilisation de données sur support informatique comme moyen de preuve devant les tribunaux (cf. Guide juridique de la CNUDCI, p. 2 no 7).

1373 Cf. *infra* no 786 ss.

1374 Sur l'obligation de rendre compte en droit comparé, cf. WERRO, no 512 ss.

1375 Art. 1 lit. q de l'annexe. Cf. *supra* no 353.

avons évoqués[1376]. Seule la voie d'une véritable harmonisation positive des règles de preuve applicables aux systèmes de paiement peut s'avérer efficace.

530. Pour l'heure, les seules règles d'harmonisation en la matière au niveau de l'Union européenne se trouve dans les recommandations 88/590[1377] et 97/489. La directive 97/5, seul instrument contraignant et spécifique aux virements transfrontières, ne prévoit aucun régime de preuve particulier.

a. De la recommandation 88/590/CEE à la recommandation 97/489/CE

531. Considérant que le titulaire contractant n'a aucun moyen d'accès aux pièces justificatives utilisées dans les systèmes modernes de paiement, la Commission a mis expressément le fardeau subjectif de la preuve sur l'émetteur[1378]: pour tout différend relatif à un transfert électronique de fonds, c'est en effet à l'émetteur qu'il incombe de prouver que l'opération a été correctement enregistrée et correctement comptabilisée et n'a pas été affectée par un incident technique ou une autre déficience[1379]. On en déduit logiquement que l'émetteur supporte également le fardeau objectif de la preuve, c'est-à-dire

---

1376 En France, par exemple, la Cour de cassation a admis la licéité de conventions de preuve relatives aux enregistrements informatiques pour démontrer que l'utilisation d'une carte et d'un code confidentiel vaut ordre de paiement (1ère Chambre civile, 8.11.1989, Société Crédicas c. Cassan et Société Crédicas c. Kalifa, références *supra* note 1371). La Commission des clauses abusives n'en a pas moins adopté ultérieurement une recommandation no 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit (référence in bibliographie), dans laquelle elle recommande expressément que soient éliminées des contrats proposés par les émetteurs à leurs clients les clauses ayant pour objet ou pour effet: de conférer à l'usage de la carte avec le numéro d'identification personnel (code confidentiel) une valeur probante que le titulaire de la carte ne peut combattre (II. 2), de conférer aux enregistrements magnétiques détenus par les établissements financiers ou bancaires une valeur probante en dispensant ces derniers de l'obligation de prouver que l'opération contestée a été correctement enregistrée et que le système fonctionne normalement (II. 3). Au Portugal, la Cour suprême a considéré comme abusive et donc nulle la clause contractuelle selon laquelle les enregistrements informatiques constituent une preuve suffisante des opérations effectuées avec la carte (arrêt du 20.6.1995; REDC 1995, p. 240 [FERREIRA DE ALMEIDA Carlos]). Sur les conventions de preuve: THUNIS, paiement, p. 355 ss (et leur rapport avec la législation sur les clauses abusives: THUNIS, automatisation, p. 236 et note 110).

1377 Selon la dernière étude, menée par MITCHELL/THOMAS (résumé p. 83 s.), c'est en matière de droit de la preuve que cette recommandation a été le moins respectée. Sur les 191 contrats client-émetteur examinés dans dix Etats de l'Union européenne, seuls 10 (!) étaient conformes aux dispositions contenues dans le texte de la Commission en matière de preuve (art. 6.1 et 6.2). Pour une analyse approfondie de la recommandation 88/590 sous l'angle des problèmes de preuve, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 191 ss.

1378 Considérant 10 de la recommandation 88/590. GUTWIRTH/JORIS, p. 284.

1379 Art. 6.2 de la recommandation 88/590; art. 7 para. 2 lit. e de la recommandation 97/489, qui réserve par ailleurs la preuve contraire que pourrait produire le titulaire.

l'échec de sa prétention ou de son objection s'il ne peut suffisamment démontrer les faits allégués.

532. Une telle règle a surtout un intérêt pour les opérations non autorisées de type "retraits fantômes" (le titulaire étant toujours en possession de ses moyens d'accès) et pour les hypothèses d'erreurs, mais elle ne tient pas compte des problème spécifiques de fardeau de la preuve en cas de perte ou de vol des moyens de paiement, avant et/ou après notification (preuve de la négligence du titulaire, de l'émetteur, etc.)[1380]. Il serait plus judicieux d'intégrer les questions de preuve dans les différentes dispositions de droit de fond qui définissent un régime de répartition des risques, en tenant compte de toutes les hypothèses possibles[1381]. En l'état, les recommandations communautaires ne sont par conséquent pas satisfaisantes puisqu'elles ne permettent pas de procéder selon ce schéma. Elle devraient être complétées et précisées[1382], de manière à ce que le régime de la preuve soit clairement déterminé pour tous les cas de figure.

533. En matière de moyens de preuve, tant la recommandation 88/590[1383] que la recommandation 97/489 restent également lacunaires. Il est seulement spécifié que les émetteurs doivent conserver des relevés ou autres pièces justificatives internes, qui devront permettre de retracer les opérations et de rectifier cas échéant les erreurs commises[1384]. Quant au droit du consommateur, prévu dans la recommandation de 1988, de recevoir, s'il le demande, un relevé de chacune de ses opérations, immédiatement ou peu de temps après les avoir exécutées[1385], il n'est pas repris de la même manière dans la recommandation de 1997. Celle-ci ne traite en effet des informations postérieures à une opération que dans le cadre de la transparence des conditions[1386]. Elle n'indique pas le moment exact où ces informations écrites doivent être fournies par l'émetteur et, en particulier, elle ne précise pas que le titulaire devrait pouvoir recevoir un justificatif immédiatement après avoir effectué une transaction auprès d'un terminal électronique.

Le ticket délivré après une opération est pourtant très important pour l'utilisateur d'un système électronique de paiement grand public puisqu'il constitue le seul élément écrit relatif à des transactions effectués automatiquement au point de vente ou auprès d'un DAB/GAB (mais le problème reste entier pour

---

1380 Voir nos développements *supra* no 466 ss.
1381 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 195 ss.
1382 Cf. aussi GUTWIRTH/JORIS, p. 284 note 95.
1383 Cf. GUTWIRTH/JORIS, p. 279; VAN ESCH, p. 33.
1384 Art. 6.1 de la recommandation 88/590; art. 7 para. 2 lit. c de la recommandation 97/489, qui indique de manière bien peu précise que les relevés internes des opérations doivent être conservés "*durant une période suffisamment longue*".
1385 Art. 6.3. Sur ces obligations de l'émetteur, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 152 ss.
1386 Section II, art. 4. Cf. *supra* no 241.

la banque à domicile)[1387]. Même si ce système de preuve est insuffisant, puisque le ticket n'est bien évidemment d'aucune utilité en cas d'opérations effectuées par un tiers ou si le titulaire constate des erreurs dans son relevé périodique alors qu'il n'a procédé à aucune transaction, le reçu permet au moins au consommateur d'attester qu'il a bien initié une opération et il constitue donc un moyen de preuve indispensable en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite (par exemple lorsque le montant débité sur le compte ne correspond pas à celui indiqué sur le ticket)[1388].

534. Sur un dernier point, la recommandation 97/489 apporte une amélioration tout à fait essentielle par rapport au texte de 1988. Nous avons vu qu'un problème important du droit de la preuve pour les paiement électroniques est dû au fait que des contrats prévoient que la seule utilisation du moyen de paiement avec son code confidentiel légitime l'opération, alors qu'en droit civil une telle opération n'est valable que si elle est effectuée par le titulaire autorisé et en aucun cas si un tiers non autorisé est à l'origine de la fraude[1389]. La recommandation de 1997 codifie désormais ce principe capital du droit civil pour protéger les utilisateurs puisqu'elle prévoit que "*La seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout élément d'identification similaire n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du titulaire*"[1390]. L'on pourra donc à juste titre tenir compte dans chaque cas d'espèce du degré de diligence ou de négligence du titulaire pour déterminer quelle doit être sa part de responsabilité quant au dommage créé par l'utilisation frauduleuse de son moyen de paiement par un tiers.

b. Les autres textes de référence

535. Egalement en matière de preuve, les textes d'autorégulation proposés jusqu'ici par les professionnels ne sont pas compatibles avec le droit communautaire.

Le Code de bonne conduite des Associations européennes du secteur du crédit prévoit par exemple que, lorsque l'institution financière doit produire un extrait de ses enregistrements internes pour démontrer que les opérations ont été correctement enregistrées et qu'il n'y a pas eu de panne technique ou toute autre déficience, "*L'enregistrement correct d'opérations similaires, avant et après l'opération en cause, constituera un commencement de preuve que le système*

1387 KNOBBOUT-BETHLEM, recommandation, p. 248 s.; L'HEUREUX, droit bancaire, p. 429; VASSEUR, paiement, no 43; MEIJBOOM, Evidence, p. 43; FAVRE-BULLE, paiement, p. 153.

1388 GÉRARD/SVENDSEN, p. 55. Cf. aussi Conseil consultatif des consommateurs [UE], TEF, p. 5; MEIJBOOM, Evidence, p. 45.

1389 *Supra* no 457; pour le droit suisse: *infra* no 654 ss.

1390 Art. 6 para. 3.

fonctionnait correctement"[1391]. On ne voit pas pourquoi l'on ne pourrait pas exiger dans chaque cas la preuve de l'enregistrement, correct ou incorrect, de l'opération litigieuse elle-même. En tout cas, le fait que les enregistrements des opérations antérieures et postérieures n'aient pas permis de relever quelque incident ne devrait pas empêcher le juge d'apprécier librement toutes les offres de preuve (témoignages par exemple) en fonction des circonstances du cas d'espèce[1392].

VI. La révocation d'un paiement

536. Imaginons le cas d'un consommateur qui initie un paiement transfrontière mais qui réalise peu après que pour une raison donnée ce paiement ne devrait pas être exécuté. Exemples: une personne achète un bien à l'étranger, paie avec sa carte auprès d'un terminal EFTPOS, mais s'aperçoit aussitôt que le montant facturé est erroné; un client transmet à sa banque un virement papier pour payer le prix d'un voyage à forfait à un tour operator dans un autre Etat, mais apprend juste après que le voyage organisé est annulé; une personne utilise son terminal de banque à domicile pour virer électroniquement le montant à payer annuellement pour un abonnement à un journal étranger, mais constate ensuite qu'il a par mégarde ajouté un zéro de trop au prix à payer; etc.

537. Dans de telles hypothèses, le consommateur souhaitera révoquer son ordre, annuler l'opération, c'est-à-dire faire en sorte que le paiement n'arrive pas à chef. La question est donc de savoir si cela est possible et si oui, jusqu'à quel moment. Or la situation peut être totalement différente d'un mode de paiement à un autre. D'un côté, on imagine aisément qu'un client qui a transmis un ordre de paiement sur papier à sa banque en faveur d'un bénéficiaire ayant son compte auprès du même établissement puisse donner une contre-instruction à sa banque (mandataire), tant que l'employé de celle-ci chargé d'effectuer manuellement les opérations n'a pas encore commencé son travail. D'un autre côté, on peut comprendre que l'annulation d'un paiement électronique face-à-face initié dans un commerce à l'étranger et qui est déjà en cours d'exécution pour le crédit du compte du commerçant et le débit du compte du donneur d'ordre, par l'entremise de plusieurs banques dans différents Etats, pose plus de difficultés. La technique

---

1391 Art. 15, dernière phrase. Les émetteurs font valoir qu'il n'est pas toujours possible de faire une reconstitution systématique de chacune des transactions, entre le paiement et le débit, vu le nombre d'opérations isolées qui sont effectuées, raison pour laquelle ils proposent qu'une période considérée, sans opérations anormales, puisse démontrer que le système fonctionnait de façon satisfaisante. Cf. Comité consultatif [France], Rapport 1988-1989, p. 82; NICOLAS, recommandation, p. 70; GÉRARD/SVENDSEN, p. 54.

1392 Quant au code de conduite du Comité du commerce et de la distribution relatif aux cartes privatives, il est identique quant au fond au texte des associations bancaires européennes, il s'écarte donc en partie des recommandations communautaires (cf. art. 7.3).

aura donc un rôle considérable à jouer dans l'optique de la révocabilité ou non des paiements.

1. Le problème: l'automatisation

538. Un paiement définitivement exécuté ne pourra plus être révoqué[1393]. La première question qu'il convient donc de se poser est celle du moment du paiement: à partir de quand le paiement devient-il définitif? Selon le Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds[1394], il existe différentes solutions en fonction des Etats: le moment du débit du compte du donneur d'ordre, du crédit du compte de la banque du bénéficiaire, de la notification à celle-ci du transfert porté à son compte, de la décision de la banque du bénéficiaire d'accepter le transfert, du crédit du compte du bénéficiaire, de la notification au bénéficiaire du montant viré au crédit de son compte. Nous ne nous étendrons pas sur un sujet qui dépend étroitement des droits nationaux, mais on peut dire que dans de nombreux ordres juridiques en Europe, le moment du paiement, soit le moment où le débiteur est libéré de son obligation, est déterminé par la bonification (inconditionnelle et irrévocable) du compte du bénéficiaire[1395].

1393 THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 38; Guide juridique de la CNUDCI, p. 160 (question 31); HELLNER, Zahlungsverkehr, p. 277 s.; FROTZ, p. 132; WETTSTEIN, p. 122; BGHZ 103, 143 (145) = NJW 1988, 1320. Nous n'examinons pas ici les particularités, pour certains droits nationaux, d'une éventuelle invalidation du paiement pour vice du consentement (cf. en droit suisse: BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 363 s.; ; ZEIDLER, p. 57 ss).

1394 Guide juridique de la CNUDCI, p. 83 ss.

1395 Guide juridique de la CNUDCI, p. 85 no 12. Voir parmi d'autres: CANARIS, no 307, 476 et BGHZ 103, 143 (145 s.), HADDING Walther / HÄUSER Franz, Gutschrift und Widerruf des Überweisungsauftrags im Giroverhältnis, in: WM 1988, p. 1149 ss (droit allemand); THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 39 (droit belge - voir toutefois l'arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 14.11.1995 cité ci-après); CABRILLAC, no 85, 123 et Cour de cassation, 23.6.1993, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1993, p. 226 s. (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves) (droit français); PLEYER/WALLACH, p. 174 ss (comparaison droit allemand / droit anglais); ainsi que les recommandations du Comité de droit monétaire international de l'International Law Association, p. 175, chiffre 3, avec commentaire de SCHÖNLE Herbert, p. 165, no 32. Pour une discussion approfondie en droit comparé: THUNIS, automatisation, no 190 ss. A noter que selon un certain courant, le moment du paiement devrait intervenir un peu plus tôt, soit lorsque l'établissement du bénéficiaire reçoit lui-même les fonds et non lorsqu'il les crédite au bénéficiaire (voir par exemple la discussion en Belgique, confortée par l'arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 14.11.1995, solution critiquée par BUYLE J.P. / THUNIS X., in: RDC 1996, p. 1035 ss). Cette tendance est empreinte d'équité vis-à-vis du donneur d'ordre: celui-ci étant libéré dans le rapport de base qui le lie au bénéficiaire seulement lorsque le paiement est devenu définitif, il serait inéquitable de lui faire supporter les éventuels retards et autres carences de l'établissement du bénéficiaire entre le moment où cet établissement reçoit les fonds et le moment où il les crédite sur le compte du bénéficiaire, dans la mesure où c'est ce dernier qui a choisi son établissement et qui doit donc en répondre comme d'un auxiliaire. La loi type de la CNUDCI sur les virements

Par conséquent, le véritable problème est de savoir si un paiement doit être normalement révocable jusqu'au moment où il devient définitif, en l'occurrence dès que le compte du bénéficiaire est crédité, ou si au contraire il doit être déclaré irrévocable à un moment antérieur du processus, par exemple dès que l'opération est initiée. C'est là qu'interviennent des impératifs technologiques.

539. En matière de paiements interbancaires, certains systèmes de paiement fonctionnent en temps réel. Comme un paiement est immédiatement effectué, il ne peut être révoqué. L'irrévocabilité des ordres est donc prévue dans les contrats d'adhésion à ces systèmes. En outre, la révocabilité des paiements peut augmenter les risques systémiques[1396]: dans un système de règlement net, le droit pour une partie de révoquer certains de ses engagements, alors que la contrepartie en a déjà profité (crédits en sa faveur) pour elle même s'engager à l'égard d'une troisième partie, peut mettre à mal le système de règlement si, par un effet de dominos, toutes les parties ne sont dès lors plus en mesure d'honorer leurs dettes[1397]. On craint également que l'insolvabilité ou la faillite d'une partie permette de remettre en cause certains paiements effectués. C'est dire que pour des gros paiements, pour des systèmes professionnels, la tendance est d'opter pour l'irrévocabilité des paiements, avec règlement interbancaire immédiat (règlement brut en temps réel) des montants concernés[1398].

540. Qu'en est-il maintenant des paiements de détail? Il est de plus en plus rare que des paiements s'effectuent avec une procédure simple, surtout en matière d'opérations transfrontières. Même pour un chèque, un virement sur papier, ce sont deux, trois, quatre banques qui pourraient être concernées. Si le moyen de paiement est encore entre les mains de la première banque, le donneur d'ordre devrait pouvoir facilement stopper son exécution. En revanche, si les instructions de paiement ont déjà transité entre les différentes banques et que le

---

internationaux prévoit ainsi que le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement en faveur de celui-ci (art. 19 para. 1. Système approuvé par GENNER, UNCITRAL, p. 166); voir aussi l'art. 2 lit. p de la proposition puis de la proposition modifiée de directive concernant les virements transfrontaliers, non repris par le Conseil (la définition de l'"*achèvement*" du virement aurait été l'acceptation de celui-ci par l'établissement du bénéficiaire; GENNER, UNCITRAL, p. 180 s.). Un tel "déplacement" du moment du paiement est toutefois majoritairement critiqué (VASSEUR, CNUDCI, no 40 ss; BISCHOFF, UNCITRAL, p. 309; dans l'optique de la révocation: CANARIS, no 355).

1396 Sur les risques systémiques, cf. *supra* note 45.

1397 Cf. aussi *infra* no 563 s. au sujet du droit communautaire (ainsi que *supra* note 45 pour les particularités des règlements nets ou bruts).

1398 Voir notamment les explications de VASSEUR, transferts, p. 381 ss; THUNIS, automatisation, no 29 (p. 44), no 118 et p. 182 note 25 où l'auteur estime même que la convention d'irrévocabilité entre les participants à une chambre de compensation devrait être opposable aux donneurs d'ordre tiers au système (dérogation au principe de la relativité des contrats).

montant est sur le point d'être crédité au bénéficiaire, on comprend qu'il peut être long, difficile et coûteux de remonter cette chaîne internationale (téléphones, fax, télex, etc.) pour faire annuler l'opération.

Une contre-instruction valant révocation du paiement est encore plus difficilement imaginable pour des systèmes de paiement de plus en plus automatisés, avec une exécution des opérations toujours plus rapide[1399]. Même si les systèmes ne travaillent en principe pas en temps réel au niveau transfrontière, les procédures sont malgré tout souvent trop courtes pour permettre techniquement une révocation et elles vont certainement s'accélérer encore avec le développement technologique.

541. Dans la perspective des paiements transfrontières, la multiplicité des intervenants et l'automatisation des opérations compliquent encore les choses si l'on permet une révocabilité de principe de tous les ordres. En effet, *quid* si l'établissement du donneur d'ordre a accepté le contre-ordre et l'a transmis à l'intermédiaire suivant, pensant que le paiement pouvait encore être révoqué, mais que le processus est en réalité si avancé qu'une annulation n'est en définitive plus possible? *Quid* également si la banque intermédiaire transmet avec quelques heures de retard l'ordre de révocation à la banque du bénéficiaire, que l'annulation n'est techniquement plus possible mais qu'elle l'aurait été si la révocation avait été notifiée plus tôt? Cela posera à n'en pas douter de sérieux problèmes de responsabilité à apprécier entre les différents intervenants.

542. La révocabilité des paiements peut incontestablement être très utile pour les consommateurs dans certains cas, même si elle se heurte bien souvent aux intérêts opposés des institutions financières et/ou des commerçants[1400]. Force est cependant de constater que si la révocation d'un paiement transfrontière effectué selon des procédés modernes n'est de toute façon plus possible techniquement, il serait erroné de ne pas tenir compte de cette évolution technologique en consacrant un droit de révocation de l'utilisateur, qui contraindrait logiquement les institutions financières à revenir en arrière, à adopter des procédures plus traditionnelles, moins automatisées. On ne peut en effet à la fois dénoncer les lenteurs et le coût des paiements transfrontières et limiter des développements technologiques qui devraient justement permettre d'améliorer la rapidité et le prix, cela pour la simple utilité d'un droit de révocation.

543. Cela étant, les méthodes de paiement transfrontière ne sont pas encore toutes aussi automatisées qu'elles ne permettraient objectivement plus une

1399 Cf. VASSEUR, CNUDCI, no 15; MEYSMANS/THUNIS, p. 130.

1400 Voir notre analyse des intérêts des différentes parties au paiement, avec notamment les cas dans lesquels les consommateurs peuvent souhaiter révoquer une opération, in FAVRE-BULLE, paiement, p. 206 ss.

révocation. En outre, des solutions alternatives à la révocation peuvent peut-être parfois être trouvées. Ce sont donc des propositions de compromis, permettant de tenir compte des intérêts des différents intervenants dans un paiement transfrontière, qu'il convient d'examiner.

2. Les solutions (ou vers une irrévocabilité partielle?)

544. Un survol du droit comparé conduit à constater que peu de textes légaux ou déontologiques traitent spécifiquement de la révocabilité des paiements.

Au niveau international et s'agissant spécifiquement de paiements transfrontières, la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux contient un art. 12, très détaillé, expressément consacré à la révocation[1401]. En substance, le système proposé est assez ouvert[1402]. En principe, un ordre de paiement peut être révoqué par l'expéditeur, mais seulement si l'ordre de révocation est reçu par la banque (banque réceptrice, banque du bénéficiaire) "*à un moment et selon des modalités tels qu'elle soit raisonnablement en mesure d'y donner suite*" avant un moment spécifiquement déterminé dans le texte onusien (selon qu'il s'agit d'une banque réceptrice ou de la banque du bénéficiaire), qui correspond *grosso modo* au moment de l'exécution[1403]. L'expéditeur et la banque réceptrice peuvent toutefois convenir que les ordres de paiement sont irrévocables[1404].

Au niveau national en Europe, le seul Etat à notre connaissance à être intervenu expressément en matière de révocabilité de certains paiements grand public (paiements en général, non forcément transfrontières) est la France[1405], où la législation pose que "*L'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte ou de vol de la carte, de redressement ou de*

1401 GENNER, UNCITRAL, p. 117 ss; BERGSTEN, Payments, p. 471 s.; BISCHOFF, UNCITRAL, p. 302 ss; HADDING/SCHNEIDER, p. 635 s.

1402 Critique quant au choix d'un régime unique qu'il s'agisse de virements-papiers ou de virements électroniques par VASSEUR, CNUDCI, no 5, 15.

1403 Art. 12 para. 1 et 2. Dans la mesure où la disposition est en réalité formulée en sens opposé ("*Un ordre de paiement ne peut pas être révoqué par l'expéditeur, sauf si...*"), d'aucuns y voient la consécration de l'irrévocabilité de principe de l'ordre de paiement. Compte tenu de l'importance de l'exception réservée, force est cependant de constater qu'en pratique le client peut réellement révoquer son instruction pendant un certain laps de temps (en détail VASSEUR, CNUDCI, no 14: "*Finalement, révocabilité assortie de limites ou irrévocabilité assortie de limites de même ordre, le résultat pratique est identique*", et 16: "*le principe d'irrévocabilité laisse donc place à une certaine révocabilité également de principe*").

1404 Art. 12 para. 3. Pour le surplus, la loi type règle de manière détaillée à l'art. 12 les conséquences d'un ordre de révocation pour les banques concernées.

1405 THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 39.

liquidation judiciaire du bénéficiaire"[1406]. Si les autres Etats ne prévoient pas une telle irrévocabilité, force est dès lors de constater que le régime à appliquer à un paiement transfrontière sera bien délicat[1407], une fois de plus à cause d'un manque d'harmonisation. *Quid* en effet si un consommateur néerlandais souhaite révoquer un paiement par carte effectué en France? Quel est le droit applicable, celui qui prévoit l'irrévocabilité ou un autre? Nous reviendrons sur ces problèmes dans notre chapitre consacré au droit international privé[1408].

545. La doctrine est quant à elle partagée sur la question de la révocabilité. Pour certains, on ne doit pas faire de différence entre les ordres traditionnels (virement bancaire ou postal, chèque) et les ordres de paiement donnés électroniquement, ce qui signifie que ces derniers doivent être révocables jusqu'au moment où le paiement devient définitif et cela quelle que soit la raison conduisant le consommateur à révoquer son ordre[1409]. Pour d'autres, l'irrévocabilité des paiements électroniques doit être approuvée (irrévocabilité ayant son point de départ au moment même où l'ordre est donné), car elle assure la sécurité des transactions[1410].

546. A notre sens, il serait peu heureux de prévoir expressément deux régimes juridiques différents, selon que le paiement est électronique ou non. Cela

---

1406 Art. 2 de la loi no 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement (disposition portant création d'un art. 57-2 du décret du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques, décret aujourd'hui également relatif aux cartes de paiement). A ainsi été abrogé l'art. 22 de la loi no 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier et qui prévoyait déjà une telle irrévocabilité (cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 205 note 687 et les références citées). Si le législateur français n'est directement intervenu qu'en matière de cartes et de chèques pour restreindre la révocabilité des paiements, il reste d'une part que les institutions financières peuvent prévoir dans leurs conditions contractuelles que d'autres formes de paiement sont irrévocables (banque à domicile par exemple), d'autre part et comme le souligne VASSEUR, CNUDCI, no 14, que selon la jurisprudence, un ordre de virement est déclaré irrévocable à partir du moment où le compte du donneur d'ordre a été débité (Cour de cassation, Chambre commerciale, 26.1.1983, D 1983, Informations rapides - Sommaires commentés, p. 469 s., note de VASSEUR Michel; critiques en doctrine relevées in Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 182). Pour une discussion en droits français et belge: THUNIS, automatisation, no 185 ss.

1407 Voir par exemple HUET, Dossier monétique, p. 118; SCHAUSS, Contract, p. 91.

1408 *Infra* no 729.

1409 European Consumer Law Group (ECLG), Payment, p. 11; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 22; MARTIN, carte, p. 51 ss; L'HEUREUX, droit bancaire, p. 433; GUTWIRTH/JORIS, p. 287; HELLNER, Zahlungsverkehr, p. 278; STROHDEICHER, p. 147 ss; BERTRAMS, p. 967; RIDEAU, p. 127.

1410 Voir les recommandations du groupe de travail de la Conférence européenne "Electronic Banking" (cf. TRINQUET, cartes, p. 11) du Comité consultatif [France], Rapport 1988-1989, p. 80 et du Conseil national du crédit [France], cartes, p. 92, 95. En doctrine: VASSEUR, paiement, no 12; TRINQUET, consommateurs, p. 428; HUET, Dossier monétique, p. 117 s.; GÉRARD/SVENDSEN, p. 54; FOY, cartes, p. 91; LECLERCQ, no 12; SOUSI-ROUBI, cartes, p. 89; LAGAYETTE, p. 18; SCHNEIDER, Recht, p. 79 s.; PETRING, p. 97 s.; FROTZ, p. 131.

poserait en effet des problèmes de qualification et de délimitation délicats, à une époque où de plus en plus de systèmes se caractérisent par l'automatisation d'une partie au moins de leur procédure d'exécution. On peut cependant arriver au même résultat, à savoir une distinction en pratique entre les procédés qui permettent ou non de révoquer techniquement des paiements, en optant pour une définition plus générale, liée à la notion de "système de paiement".

547. Un système de paiement est plus qu'un simple moyen de paiement: en tant que système, il s'agit d'un ensemble organisé, d'un dispositif possédant une structure, composé de plusieurs éléments et permettant d'effectuer des paiements[1411]. La plupart des moyens de paiement grand public modernes, au sens étroit, ne suffisent plus pour exécuter complètement un paiement; c'est le système de paiement qui, par son organisation, permet que le bénéficiaire reçoive le montant dû par le donneur d'ordre. Une carte en plastique, un ordre de virement sur papier peuvent par exemple être décrits comme des moyens de paiement: ils permettent d'initier un paiement, mais au contraire de l'argent en espèces remis à un créancier, ils doivent encore être traités dans le cadre d'un système organisé pour que le bénéficiaire reçoive un équivalent monétaire.

Or une fois qu'un paiement entre dans un système organisé, il est techniquement difficile de le révoquer, surtout dans le cadre d'opérations transfrontières. Si un consommateur règle un achat à l'étranger auprès d'un terminal EFTPOS avec sa carte de débit international, l'ordre entrera directement dans un processus de traitement automatisé impliquant plusieurs intervenants, dans des Etats différents (centrale de carte, établissement du donneur d'ordre, établissement du bénéficiaire, institutions financières intermédiaires, etc.), de sorte que l'avantage pour le consommateur de pouvoir éventuellement révoquer son paiement devrait céder le pas à une irrévocabilité de l'ordre, permettant d'assurer la sécurité des transactions et de limiter les difficultés et des litiges qui pourraient survenir, pour savoir à quel stade, auprès de quel intervenant le paiement aurait pu ou n'aurait pas pu être révoqué.

548. Pour un virement transfrontière à distance, on comprend encore mieux la portée d'une révocabilité liée à l'intervention ou non d'un système de paiement. Si un ordre de virement est transmis sur papier par un client à sa banque, que l'ordre est exécuté manuellement le lendemain par un employé, qui saisit les données sur un support informatique en vue de leur traitement dans le cadre d'une procédure de paiement international, il est logique que l'ordre puisse être révoqué par le client dans le délai, par exemple d'un jour dans notre exemple,

---

1411 Selon le glossaire de la Banque des Règlements Internationaux (Payment Systems - édition française 1996, p. 551), un système de paiement est un "*Système constitué d'un ensemble d'instruments, de procédures bancaires et de systèmes interbancaires de transfert de fonds, destiné à assurer la circulation de la monnaie*". Cf. aussi IME, "*Blue Book*" [2], p. 753.

durant lequel l'ordre est encore dans la seule sphère de puissance de l'établissement du client, sans traitement automatisé. En revanche, dès que l'employé aura fait entrer l'ordre dans un système organisé, que d'autres établissements seront dès lors concernés, dans des Etats différents, la révocation ne devrait plus être possible.

549. Pour des virements initiés électroniquement depuis un terminal de Telebanking, la situation n'est pas forcément différente. En effet, si l'ordre transmis à la banque par le client se trouve sur un support informatique mais qu'il n'est pas traité immédiatement, qu'il n'est pas encore entré dans un système de paiement impliquant d'autres participants, on ne voit pas pourquoi le client ne pourrait pas révoquer son ordre. Ce n'est donc pas tant le support du moyen de paiement, papier ou procédé informatique, qui devrait faire foi, mais le fait que l'ordre donné est encore dans la maîtrise de l'établissement du donneur d'ordre, qu'une révocation n'aurait d'implications qu'entre la banque et son client, à l'exclusion des autres parties qui interviendront en aval dans la procédure d'exécution du paiement international au sein d'un système organisé. Est donc différent le cas d'un paiement transfrontière face-à-face, comme l'exemple EFTPOS mentionné plus haut, puisque l'initiation d'une telle opération à l'étranger ne se limite pas à la relation entre la banque et son établissement, mais implique d'emblée d'autres parties participant au système de paiement, de sorte qu'admettre la révocabilité des ordres pourraient entraver techniquement et juridiquement de tels paiements transfrontières.

550. Ces développements nous amènent ainsi à proposer qu'un ordre de paiement transfrontière soit révocable, mais seulement jusqu'au moment de son entrée dans un système de paiement. Un système de paiement devrait être défini largement, comme toute structure organisée visant à l'exécution des ordres de paiement et impliquant au moins trois établissements participants[1412]. Cette définition ne pose pas de difficultés si l'on est en présence d'un véritable système (électronique) interbancaire de paiement comme SIC, BACS, SIT, etc.[1413]. De même, les nouvelles procédures de paiement transfrontière spécifiquement développées par certaines banques (TIPA, TAPS, IBOS) ou par les postes (EUROGIRO)[1414] devraient logiquement être considérées comme des systèmes organisés.

1412 Voir à cet égard la définition proposée par le Conseil dans sa position commune en vue de l'adoption de la directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement, *infra* no 564. Dans sa proposition de directive (y compris dans la proposition modifiée), la Commission européenne se contentait de deux établissements participants pour qu'il y ait système de paiement.

1413 Cf. *supra* no 29.

1414 Cf. *supra* no 31.

551. Plus délicate en revanche peut être la question d'un ordre de paiement transmis à une banque correspondante par le seul biais d'un système comme SWIFT[1415], que l'on qualifie plus de mode de télécommunication (transmission d'un ordre) que de véritable système de paiement[1416]. Cela étant, le réseau international SWIFT est de plus en plus relié aux systèmes de paiement nationaux, l'objectif pour les banques étant qu'un paiement arrivant par SWIFT n'ait pas être retraité manuellement avant son exécution finale. C'est dire qu'en Europe en tout cas, de plus en plus de paiements, une fois "partis" dans le système SWIFT, seront entièrement automatisés jusqu'au stade final du crédit du compte du bénéficiaire et cela quel que soit le chemin suivi (même par une banque correspondante dans l'Etat de l'établissement du bénéficiaire). Dans de telles circonstances, qui impliquent qu'il est très difficile de "rattraper" un paiement qui fait l'objet d'une exécution très rapide et qui se caractérise par l'absence d'intervention humaine directe lorsque tout fonctionne correctement, il semble opportun de renoncer à toutes possibilités de révocation. Nous assimilerons donc dans cette mesure SWIFT à un véritable système de paiement.

552. Relevons que si la révocation d'un paiement n'est plus possible une fois celui-ci entré dans un système, cela n'exclut naturellement pas que d'autres solutions soient parfois trouvées pour revenir à la situation antérieure. Juridiquement et pratiquement, le mécanisme que nous proposons ne permettra pas de "rattraper" un paiement, de faire en sorte qu'il ne soit pas crédité en faveur du bénéficiaire. Cela n'empêche toutefois pas que l'on tente de procéder à une opération en sens inverse, c'est-à-dire que le paiement soit effectué du bénéficiaire vers le donneur d'ordre. De telles solutions sont déjà pratiquées aujourd'hui lorsqu'une révocation au sens étroit n'est plus possible: l'ordre d'annulation transmis par l'établissement du donneur d'ordre est interprété par l'établissement destinataire comme une invitation à renvoyer l'argent crédité, une telle opération en sens inverse nécessitant cependant l'accord du bénéficiaire[1417]. La nécessité d'un tel accord du bénéficiaire empêchera généralement le donneur d'ordre de révoquer un virement en raison d'un vice dans le rapport de base les unissant, le bénéficiaire n'ayant évidemment aucun intérêt à perdre les fonds qui lui ont été crédités si le donneur d'ordre invoque par exemple un défaut du bien qui lui a été vendu. En revanche, on imagine qu'en pratique, un bénéficiaire de bonne foi acceptera bien souvent l'exécution d'un "contre-virement" s'il est patent que le donneur d'ordre s'est trompé dans son ordre (mauvais destinataire, montant erroné, etc.). C'est dire que de telles

---

1415 Cf. *supra* no 30. A l'heure actuelle, l'envoi d'un ordre d'annulation est techniquement possible *via* SWIFT, les paiements restent donc révocables pendant un temps limité (ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 18 s., 101).

1416 THUNIS, automatisation, no 28, 105. *Supra* no 30.

1417 Voir pour SWIFT ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 66, 75.

opérations peuvent remédier en partie aux désavantages d'une irrévocabilité partielle des paiements[1418].

553. Même si de plus en plus de procédures automatisées sont développées pour traiter spécifiquement les paiements transfrontières, on peut se demander par ailleurs quel devrait être le statut de procédures plus traditionnelles, transmission d'un ordre par des moyens de communication tels que le télex puis exécution par le jeu de banques correspondantes, sans système organisé de règlement. Un raisonnement strict pour favoriser la sécurité des transactions pourrait être de soutenir qu'un paiement ne devrait plus pouvoir être révoqué dès qu'il quitte la sphère de puissance de l'établissement du donneur d'ordre, ceci afin de limiter dans toutes les circonstances les conséquences d'une révocation à la seule relation entre le donneur d'ordre et son établissement.

Nous ne pensons pas qu'une règle aussi rigide soit nécessaire. Lorsqu'un établissement transmet simplement un ordre à un correspondant, que la chaîne du paiement se caractérise par des instructions traitées en partie manuellement dans des rapports bilatéraux successifs, en dehors de tout système de règlement organisé et multilatéral, des contre-ordres devraient pouvoir être transmis plus facilement d'un établissement à un autre, sans risque d'atteinte à la solidité ou à l'efficacité d'un système de paiement. Ainsi, à l'instar de ce que prévoit la loi type de la CNUDCI présentée plus haut, un client devrait pouvoir donner dans de tels cas un ordre de révocation à son établissement, jusqu'à ce que celui-ci ait exécuté son obligation en transmettant l'ordre à l'établissement suivant, ou obtenir au besoin cette révocation d'un autre établissement au fur et à mesure de la chaîne du paiement, cela jusqu'à ce que le paiement soit définitivement exécuté auprès du bénéficiaire[1419]. En contrepartie, le client devrait bien sûr supporter le coût de la révocation, notamment pour ce qui est des frais de transmission.

554. Tout ce qui vient d'être dit vaut pour des modes de paiement transfrontière à distance tels que le virement classique, mais peut présenter des inconvénients pour des paiements face-à-face, lorsqu'un consommateur paie un bien ou un service auprès d'un commerçant/prestataire avec une carte par exemple[1420]. Avec un paiement EFTPOS et donc le recours immédiat à un

---

1418 Comparer avec la situation particulière du paiement électronique au point de vente (EFTPOS) examinée *infra* note 1423.

1419 Selon le moment du paiement discuté *supra* no 538.

1420 Voir par exemple en Allemagne la controverse quant à la révocabilité ou non des paiements par carte de crédit: HORN, Kreditkarte, p. 276 s.; MEDER, Zahlungsverkehr, p. 95 (du même auteur: Zur Unwiderruflichkeit der Zahlungsanweisung des Kreditkarteninhabers gem. §790 BGB, in: NJW 1993, p. 3245 ss; Kreditkartengeschäfte und Anweisungswiderruf gegenüber dem Kartenherausgeber, in: NJW 1994, p. 2597 ss); TAUPITZ, Haftung, p. 83 ss; KENNTNER Markus, Zum nachträglichen Widerruf einer Kreditkartenzahlung, in: BB 1995, p. 2281 ss; BITTER Georg, Kreditkarten:

système de paiement électronique, les opérations devraient de toute façon être irrévocables, nous l'avons vu. En revanche, dans le cadre d'un paiement par carte de crédit sans procédé électronique, uniquement au moyen d'un "fer à repasser" et d'une facturette sur papier, l'ordre ainsi initié n'entrera dans un véritable système de paiement que quelque temps plus tard. C'est dire que selon la méthode que nous proposons, le paiement manuel par carte resterait révocable durant ce délai. Or cela n'est pas satisfaisant du point de vue de la sécurité des transactions.

Tous les moyens de paiement sans espèces qui ont été développés l'ont été pour remplacer l'argent liquide. Par conséquent, dans une logique pratique, ce remplacement devrait se faire le plus avantageusement possible et cela pour toutes les parties concernées (consommateurs, banques, commerçants, etc.). Les moyens de paiement en question ne devraient donc pas représenter de trop gros inconvénients pour certains. Or les commerçants pourraient être victimes de tels inconvénients en cas de révocabilité trop aisée des paiements par carte. Lorsqu'un consommateur acquiert un bien ou un service en payant avec des espèces, il ne pourra révoquer un tel paiement. Si le bien ou le service est défectueux ou si pour toute autre raison le consommateur entend récupérer tout ou partie de son argent, il devra s'adresser au commerçant/prestataire, chacun étant en possession de la prestation de l'autre. Ce schéma pourrait être modifié en cas de révocabilité du paiement par carte.

Si un commerçant accepte de remettre un bien à un consommateur contre un paiement par carte, c'est en partant de l'idée qu'il va réellement être payé en contrepartie. Comme pour de l'argent liquide, tout litige devrait ensuite être réglé entre les deux parties sur un pied d'égalité, le consommateur étant en possession du bien et le commerçant étant crédité sur son compte du montant correspondant au paiement par carte. Si chaque consommateur pouvait maintenant révoquer tout paiement par carte, sans raison particulière, le commerçant se trouverait dans la situation désavantageuse de ne plus avoir le bien ni l'argent correspondant. Les risques d'abus seraient trop importants. Dans l'optique des paiements transfrontières, ces risques pourraient avoir des conséquences particulièrement graves. Imaginons le cas d'un acheteur français peu scrupuleux, acquérant en Allemagne un bien quelconque en le payant par carte. De retour en France et sans motif légitime, l'acheteur fait révoquer son paiement par son institution financière. Pratiquement, le commerçant aura dès lors de grandes difficultés pour recouvrir sa créance, auprès d'une personne se trouvant dans un

Risikoverteilung bei Mängeln des Valutaverhältnisses, in: ZBB 1996, p. 104 ss, et Zum Widerruf der Anweisung im Kreditkartenverfahren, in: BB 1997, p. 480 ss; MA Weilin, Einwendungsdurchgriff und Widerrufsrecht als Instrumente des Verbraucherschutzes im Kreditkartenverfahren, Francfort 1996, p. 115 ss (avec la perspective du droit du crédit à la consommation). Pour une étude approfondie en droit allemand des questions de révocation sous l'angle de différents moyens de paiement (virement, carte de crédit, carte de débit, etc.), cf. VOLLRATH, p. 66 ss.

autre Etat et pour laquelle il ne possède que les maigres données de sa carte. Un règlement de tels litiges pourrait être trouvé dans certains cas par l'intervention de l'établissement émetteur de la carte, mais cela moyennant certainement des complications et une absence d'uniformité dans les solutions.

555. Encore une fois, un paiement sans espèces devrait idéalement se rapprocher d'un paiement avec espèces. On le constate bien avec le porte-monnaie électronique, qui s'apparente le plus à de l'argent liquide: la révocation d'un paiement n'est pas envisageable. Une fois qu'un montant a été débité de la carte, que le bien ou le service a été acquis, l'opération est close. La seule réserve qui doit être faite pour toutes les procédures de paiement électronique face-à-face est qu'une fonction d'annulation devrait être disponible durant l'opération, afin par exemple qu'un consommateur puisse effacer un montant erroné[1421]. Mais une fois l'opération terminée, une fois que le consommateur a accepté en connaissance de cause l'exécution du paiement en frappant la touche *ad hoc* ("*OK*") ou en remettant la facturette signée au commerçant, le paiement devrait être irrévocable. Toute erreur ultérieure, toute fraude, tout problème de quelque ordre qu'il soit, devrait ensuite être réglé de façon bilatérale, au niveau du rapport de base entre le consommateur et le commerçant pour toute question liée à l'achat lui-même (comme avec de l'argent liquide)[1422], ou au niveau du rapport entre le consommateur et son institution financière pour toute question liée à la carte et selon les règles développées dans les précédents chapitres (erreurs, fraude d'un tiers, etc.)[1423].

1421 Cf. aussi THUNIS, automatisation, no 98.

1422 Cour d'appel de Paris, 12.5.1995, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 217 (CREDOT Francis J. / GÉRARD Yves); FRANK, p. 4.

1423 Idéalement, il est vrai que l'installation sur les terminaux électroniques de paiement au point de vente (EFTPOS) d'une fonction de correction pourrait faciliter ce règlement bilatéral et éviter que la somme à laquelle le consommateur pourrait par hypothèse prétendre en cas d'erreur soit payée en espèces, par chèque ou par virement, au risque que le débit injustifié découlant de l'ordre initial conduise par exemple à un découvert se soldant par des intérêts débiteurs à payer (si le montant enregistré par le commerçant était par exemple de 1000 francs au lieu de 100 francs). Avec l'accord exprès du commerçant bénéficiaire, le recours à cette fonction annulerait purement et simplement le paiement devenu irrévocable et définitif, par une opération de débit du compte du commerçant et un recrédit du compte du client donneur d'ordre, les parties pouvant cas échéant réexécuter ensuite l'opération de paiement de manière correcte. En l'état de la technique et des procédures de paiement, une telle fonction est difficile à réaliser pour les opérations les plus fréquentes, surtout au niveau transfrontière, entre des consommateurs et des commerçants qui n'ont pas leur compte auprès des mêmes établissements. Cela nécessite en effet une infrastructure complexe d'interconnexion étroite entre les systèmes de paiement et toutes les institutions financières. Une fonction de correction est ainsi plus envisageable au niveau local, lorsqu'un groupe exploite un système électronique de paiement dans ses magasins tout en gérant les comptes desdits magasins et des clients porteurs de carte donnant accès à ce système de paiement. Voir l'exemple suisse de la Migros et d'autres développements à ce sujet in FAVRE-BULLE, paiement, p. 208 et note 701. Cf. toutefois VOLLRATH, p. 54 ss sur les procédures de "*refund*" en matière de cartes de paiement.

556. Ainsi, en résumé, nous proposons de consacrer en Europe l'irrévocabilité des paiements par carte et de limiter la révocabilité des paiements transitant par un système de paiement organisé. Or nous allons voir que l'Union européenne marche dans cette direction.

3. Le droit communautaire

557. Le seul instrument spécifiquement consacré à des paiements internationaux, la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers, ne contient aucune disposition relative à la révocation des ordres. Au premier abord, ceci peut paraître surprenant puisque la Communauté européenne est censée s'être inspirée de la loi type de la CNUDCI et que celle-ci prévoit des règles spécifiques en matière de révocation[1424]. Cette lacune résulte en fait de la volonté de la Communauté de distinguer finalement, par deux procédures législatives différentes, les questions bilatérales institutions financières - clients des questions systémiques[1425]. A l'instar de la démarche de la CNUDCI, il aurait été préférable que les questions de révocation soient abordées dans le cadre des questions bilatérales, c'est-à-dire précisément dans la directive virements transfrontaliers, de manière à ce que les consommateurs puissent connaître leurs droits en la matière. Le fait que ladite directive ne prévoit rien laisse en effet à ce jour toute liberté aux institutions financières, sous réserve du droit national, pour admettre la révocation des virements ou l'interdire par la voie de conditions contractuelles.

558. C'est donc dans le cadre des questions systémiques que la Commission européenne cherche finalement à régler de manière contraignante certains problèmes liés à la révocation des paiements, dans la proposition de directive concernant la finalité du règlement et les garanties. Parallèlement, la Commission a également adopté des dispositions spécifiques dans ses différentes recommandations.

a. Les recommandations 87/598/CEE, 88/590/CEE et 97/489/CE

559. La recommandation du 8 décembre 1987 concerne les paiements électroniques au point de vente au moyen d'une carte en plastique[1426]. Or pour ce type d'opérations, il est prévu que "*Le paiement électronique est irréversible.*

1424 *Supra* no 142.
1425 Cf. *supra* no 142 s.
1426 *Supra* note 372.

L'ordre donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable et interdit par là même toute opposition"[1427].

560. La recommandation du 17 novembre 1988 s'applique plus généralement au paiement électronique avec carte, aux retrait de billets, au paiement non électronique par carte et au paiement électronique sans carte[1428]. Elle précise que le titulaire contractant aura l'obligation, aux termes des clauses contractuelles, "*de ne pas annuler un ordre qu'il a donné à l'aide de son moyen de paiement*"[1429].

561. Enfin, la recommandation du 30 juillet 1997 traite de toutes les formes de paiement électronique et étend le champ d'application de la recommandation de 1988 aux nouveaux instruments de monnaie électronique[1430]. Elle prévoit que le titulaire "*ne peut révoquer une instruction qu'il a donnée au moyen de son instrument de paiement électronique*", la monnaie électronique y compris, sauf pour les instructions relatives à des opérations dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée, ce qui constitue une exception juridiquement assez originale[1431], et sans préjudice des droits éventuellement accordés au titulaire par le droit national[1432].

562. C'est dire que le droit communautaire prévoit très clairement l'irrévocabilité des paiements par cartes, sous toutes leurs formes, ce qu'il convient d'approuver. Les recommandations 88/590 et 97/489 étendent cependant cette irrévocabilité à la banque à domicile, ce qui est plus contestable[1433]. Ces règles non contraignantes ne devraient pas être trop difficiles à mettre en oeuvre en Europe, de nombreuses institutions financières prévoyant déjà l'irrévocabilité des paiements, notamment par carte, dans leurs contrats, sans parler de la France où cette irrévocabilité est prévue dans la législation[1434]. Seule l'adoption d'un texte contraignant permettrait cependant une harmonisation européenne sans faille sur ce point.

1427 Titre III, art. 4 lit. a. Cf. SCHAUSS/THUNIS, p. 56; VuR 1988, p. 72.

1428 Cf. *supra* note 385.

1429 Art. 4.1 lit. d.

1430 Sur le rapport entre les champs d'application de la recommandation 88/590 et de la recommandation 97/489, notamment pour les paiements non électroniques par carte, cf. *supra* no 146.

1431 Dans quels cas un consommateur ordonne-t-il un paiement sans en connaître le montant? On pense essentiellement aux paiements à distance sans carte, lorsque le titulaire autorise par exemple un prestataire de services à débiter sa carte de crédit ou accréditive du montant correspondant au service qui va ultérieurement lui être fourni. Or nous avons vu que la soumission à la recommandation de telles opérations non électroniques et sans une quelconque signature pose problème (*supra* no 501).

1432 Considérant 10.

1433 Voir nos développements *supra* no 549.

1434 *Supra* no 544.

b. La proposition de directive concernant le caractère définitif du règlement

563. Par la proposition de directive concernant la finalité du règlement et les garanties qu'elle a présentée le 30 mai 1996, puis modifiée le 4 juillet 1997, la Commission européenne a cherché à limiter le risque systémique dans les systèmes de paiement, tant intérieurs qu'à vocation transfrontalière[1435], en consacrant par exemple le caractère définitif du netting de paiements ou le principe de non-rétroactivité des procédures d'insolvabilité[1436].

564. En parlant de la finalité du règlement, la Commission envisageait de traiter du moment du paiement, mais elle s'est finalement contentée d'adopter un art. 4 consacré à la seule révocation et prévoyant - dans la teneur de la proposition modifiée de directive - que: "*Passé le moment stipulé par les règles du système de paiement (...), un ordre de paiement (...) en faveur des autres établissements participants directs, ne peut plus être révoqué par un établissement participant direct à un système de paiement (...) ou par un tiers*"[1437]. Un système de paiement est défini largement comme "*un accord écrit conclu entre deux ou plusieurs établissements pour l'exécution des ordres de paiements*"[1438].

Ce principe d'une révocabilité limitée dans le temps n'a pas été remis en cause par le Conseil dans sa position commune du 13 octobre 1997, seule la formulation a été modifiée[1439]. En revanche, la notion de "système" a été entièrement redéfinie et elle vise désormais un accord formel convenu entre trois participants au moins, comportant notamment des règles communes ainsi que des procédures normalisées pour l'exécution des ordres de transfert[1440].

565. En substance, les dispositions proposées favorisent donc la liberté contractuelle des participants à un système de paiement, mais au détriment d'une harmonisation européenne du moment d'irrévocabilité puisque ce moment pourra varier d'un système à un autre. Nous suggérons qu'un paiement soit plus simplement irrévocable dès son entrée dans un système de paiement organisé. Quant au rôle du consommateur donneur d'ordre par rapport à ces questions de révocation, il n'est pas clairement défini. Le projet de directive visant les questions systémiques et non bilatérales, il n'est pas expressément fait référence

---

1435 Considérant 5 de la proposition de directive.

1436 Titre II, titre IV. Cf. *supra* no 143.

1437 Art. 4 para. 1. Cette règle s'applique nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

1438 Art. 2 lit. h.

1439 L'art. 5 de la position commune prévoit que: "*Un ordre de transfert ne peut être révoqué par un participant à un système ou par un tiers à partir du moment fixé par les règles de fonctionnement de ce système*".

1440 Voir la définition détaillée de l'art. 2 lit. a.

aux différents intervenants dans un virement (donneur d'ordre, banques et bénéficiaire). Cela étant, on peut supposer qu'à côté du participant direct au système de paiement, le "tiers" dont il est question tant dans les textes de la Commission que dans la position commune du Conseil et qui ne peut plus révoquer l'ordre à partir d'un certain moment pourrait également être la personne ayant initié le virement[1441].

566. Le principe de l'irrévocabilité ne signifie pas que le donneur d'ordre va perdre tout droit lui permettant de récupérer le montant d'un paiement par hypothèse non dû. Il est toujours possible en pratique d'obtenir un contre-virement, avec l'accord du bénéficiaire[1442], ou d'actionner ce dernier dans le cadre du rapport de base. La Commission a tenu à réserver expressément une telle hypothèse en prévoyant que tout droit au remboursement dont pourrait bénéficier l'émetteur d'un ordre de paiement pourra être exercé sans préjudice des restrictions de révocation prévues dans la directive[1443]. Cette disposition n'a toutefois pas été reprise par le Conseil dans sa position commune.

C. Le droit suisse

567. Après avoir tenté de dégager les critères de loyauté et d'efficacité qui devraient guider l'harmonisation du droit contractuel en Europe pour permettre aux paiements transfrontières d'être effectués dans des conditions optimales, il reste maintenant à examiner plus en détail les caractéristiques du droit suisse par rapport au cadre juridique européen.

Dans un premier temps, nous allons voir brièvement quelles sont les normes légales applicables aux paiements transfrontières en droit suisse et quelles sont en particulier les solutions qui découlent du Code des obligations de 1911 pour les hypothèses de fraude et d'erreur, avec un accent particulier sur les problèmes de retard, perte et non-respect des instructions de paiement en matière de frais ("*double charging*"), problèmes tant dénoncés au niveau européen. Nous ne procéderons pas à une analyse approfondie des règles supplétives du Code des obligations et cela pour deux raisons. D'une part il existe déjà de nombreuses publications scientifiques de qualité consacrées aux aspects juridiques de certains moyens de paiement grand public[1444], dont les

1441 Dans ce sens également: VEREECKEN/TROBERG, p. 145.

1442 *Supra* no 552.

1443 Art. 4 para. 2. La Commission explique dans son exposé des motifs de la proposition de directive que l'éventuel droit de créance en remboursement du donneur d'ordre contre le bénéficiaire n'est pas remis en cause, il doit simplement être exercé de manière extérieure au système de paiement ou moyennant une opération de paiement inverse.

1444 Sur le sujet spécifique des paiements transfrontières en droit suisse, voir surtout l'article de BISCHOFF, Zahlungsverkehr, ainsi en partie que HEINI, p. 105 ss. Plus généralement, pour les moyens de paiement grand public (pour ne citer que les seules monographies

développements généraux notamment en matière de fraude et d'erreur peuvent être en grande partie appliqués aux problèmes des paiements transfrontières pour ce qui est du rapport (de couverture) entre un consommateur et son institution financière. D'autre part, et surtout, les institutions financières dérogent systématiquement aux normes de droit dispositif applicables aux moyens de paiement, en instaurant une sorte de nouveau droit contractuel *sui generis* dans ce domaine.

La liberté contractuelle n'étant toutefois pas illimitée, nous présenterons dans un deuxième temps les moyens de lutte existant contre les clauses contractuelles abusives, pour ensuite nous arrêter sur quelques dispositions topiques appliquées dans la pratique et dont certaines suscitent des discussions. Cette analyse nous permettra d'apprécier en conclusion dans quelle mesure le droit et la pratique bancaires suisses correspondent au droit communautaire.

Encore une fois, nous n'examinerons que les particularités de la relation entre un client et l'institution financière qui met à sa disposition des moyens de paiement transfrontière. Les autres relations juridiques qui entrent en ligne de compte dans un paiement international (rapport de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, rapports interbancaires, rapport entre le bénéficiaire et son institution financière, etc.) ne seront pas traitées.

I Le Code des obligations et les systèmes de paiement transfrontière (ou le droit supplétif et ses limites)

568. En l'absence d'une législation spécifique sur les moyens de paiement en droit suisse[1445], le cadre juridique dans lequel les paiements transfrontières s'inscrivent, dans une optique de droit contractuel, est celui du Code des obligations (CO) de 1911. Les moyens de paiement émis par les PTT relevaient jusqu'à il y a peu du droit postal, soit de règles de droit public[1446], mais ils sont également soumis au régime du droit privé depuis le 1er janvier 1998 dans le cadre du processus de libéralisation des activités de la Poste[1447].

---

récentes; voir les autres publications dans notre bibliographie), on pourra se référer par exemple à: BILLOTTE-TONGUE (virement), OBERSON (système Eurochèque), VON DER CRONE (EFTPOS), WETTSTEIN et ZEIDLER (Telebanking) ou encore STEINMANN et HEINI (pour d'autres aspects des paiements sans espèces).

1445 Les effets de change mis à part: lettre de change (art. 991 ss CO), billet à ordre (1096 ss CO) et surtout le chèque (art. 1100 ss CO). La règlementation de ces instruments n'est pas très originale puisqu'elle résulte en grande partie des Conventions de Genève de 1930 et 1931 portant lois uniformes (sauf par exemple pour la répartition des risques en cas de falsification de chèques: ATF 122 III 373, 378).

1446 HEINI, p. 27; HESS, Switzerland, p. 307.

1. La qualification des contrats

569. Le trafic des paiements de détail assuré par les banques repose essentiellement en droit suisse sur les règles du mandat et de l'assignation[1448]. A la base, le client est titulaire d'un compte[1449] et bénéficie d'une créance en remboursement des fonds déposés contre sa banque cocontractante[1450]. Sur cette relation de compte vient se greffer un autre contrat dit de giro bancaire, avec convention de compte-courant[1451] et soumis aux règles du mandat (art. 394 ss CO)[1452]. Le giro bancaire est défini par le Tribunal fédéral comme "*un contrat d'une certaine durée en vertu duquel la banque se charge des affaires d'un client. Elle reçoit de sa part le mandat d'assumer son trafic de paiement, en particulier d'effectuer des versements à sa place, de recevoir des virements pour lui et de compenser des créances réciproques*"[1453]. Ce contrat, en principe conclu tacitement lors de l'ouverture du compte[1454], est donc déjà suffisant pour procéder à des virements transfrontières classiques.

570. Au delà de cette relation de base, chaque client peut encore conclure d'autres conventions, réglant spécifiquement les droits et obligations liés à tel ou tel moyen de paiement[1455]. En matière de chèque, on considère qu'un contrat de chèque doit être conclu parallèlement au giro bancaire, contrat par lequel la banque s'engage à payer les chèques émis dans les limites des fonds disponibles sur le compte du client[1456]. Dans le domaine des moyens électroniques de paiement, des conventions spécifiques (contrats préformulés) doivent également être conclues entre émetteurs et titulaires, qu'il s'agisse de cartes de débit pour

---

1447 Cf. *infra* no 684 ss.

1448 THÉVENOZ, banquier, p. 21. Sur l'assignation, cf. *infra* no 573.

1449 Pour une étude générale de la "*Geschäftsbeziehung*" banque/client (ouverture d'un compte, différents types de comptes, dépôts, etc.), voir la thèse de SCHMID S., notamment p. 13 ss; cf. aussi KLEINER, Giro, p. 273 ss. Sur les particularités du compte en monnaie étrangère: BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 348, 351 s.; pour les conditions générales pratiquées: THALMANN, Geschäftsbedingungen, p. 139 s.

1450 Dépôt (art. 475 et 481 CO), prêt (art. 318 CO) ou simplement mandat (art. 400 al. 1 CO, typiquement pour un compte à vue). SCHÖNLE, responsabilité, p. 76, 79.

1451 Art. 117 CO. Sur le contrat de compte-courant en général: ETTER Laurent, Le contrat de compte-courant, Zurich 1994; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 350; OBERSON, p. 281 ss; VON DER CRONE, p. 28 ss; WETTSTEIN, p. 53 ss; GUGGENHEIM, p. 226 ss; ATF 100 III 79 = JT 1976 II 53.

1452 ATF 121 III 310, 313 = JT 1996 I 359, 362; ATF 110 II 283, 284 = JT 1985 I 16, 18; RVJ 1996, p. 174 ss, 175 (Tribunal cantonal du Valais); HESS, Überweisung, p. 148; GUTMANS, p. 1396; VON DER CRONE, p. 53 ss; KILGUS, p. 121 ss. En détail: BILLOTTE-TONGUE, no 7 ss, 45 ss.

1453 ATF 111 II 447, 449; JT 1976 I 303, 305 (= ATF 100 II 368, 370).

1454 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 349; GUTMANS, p. 1396; WETTSTEIN, p. 50; GUGGENHEIM, p. 232.

1455 Cf. toutefois SCHMID S., p. 55 ss, 181 ss.

1456 SJ 1989 549, 551 (Cour de justice de Genève); PETITPIERRE-SAUVAIN, FJS no 721, p. 2 s.

des opérations auprès de distributeurs automatiques de billets, de guichets automatiques bancaires, de terminaux points de vente, de cartes porte-monnaie électronique ou encore de systèmes de banque à domicile[1457]. Il en est de même pour les autres types de cartes (de crédit, accréditives, etc.)[1458].

571. La qualification de tous ces contrats peut donner lieu à des controverses. Il n'est guère contesté que le contrat à la base du trafic des paiements, le giro, est un mandat[1459]. La situation peut toutefois être différente pour les conventions relatives à des moyens de paiement spécifiques[1460]. Un contrat portant sur l'utilisation d'une carte de paiement électronique, définissant en détail les différents droits et obligations des parties, reste-t-il un mandat ou devrait-il plutôt être qualifié de contrat innommé (contrat *sui generis*, éventuellement contrat mixte)?[1461] Cette interrogation renvoie en réalité au problème plus large et délicat du champ d'application du droit du mandat, que nous ne pouvons étudier ici[1462]. Quoi qu'il en soit, les conséquences pratiques de la controverse ne sont pas très importantes dans notre optique.

Le seul véritable enjeu de l'application ou non du droit du mandat est le régime de résiliation du contrat, l'art. 404 CO prévoyant, de manière impérative selon la conception dominante[1463], que "*Le mandat peut être révoqué ou répudié*

1457 BILLOTTE-TONGUE, no 353; ZEIDLER, p. 20; WETTSTEIN, p. 70 ss. Sur les différents services de paiement électronique proposés en Suisse, cf. *infra* no 635 ss.

1458 Cf. GOETZ, p. 23 ss.

1459 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 350 s.; OBERSON, p. 292. Cf. toutefois HEINI, p. 12 ss (contrat innommé).

1460 Voire, selon certains, déjà pour la relation de compte banque-client en tant que telle, dès lors qu'elle comporte différents éléments (convention de compte-courant, administration du compte, convention de giro); ce serait donc un contrat innommé (KLEINER, Giro, p. 279; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 351).

1461 Cf. OBERSON, p. 330 s. (le contrat porteur ec serait un contrat *sui generis*). De même pour le chèque: voir la controverse relevée par PETITPIERRE-SAUVAIN, FJS no 721, p. 2 s. (mandat / contrat *sui generis*).

1462 En substance, la question est de savoir si les contrats de service, qui ne s'apparentent pas à d'autres contrats nommés (notamment contrat de travail, contrat d'entreprise) doivent être qualifiés de mandats (en particulier à cause de l'art. 394 al. 2 CO, dont certains déduisent un *numerus clausus* des types de contrats). Afin d'éviter un droit du mandat par trop protéiforme, compte tenu de la diversité des contrats de service (mandats typiques pour les cas classiques du médecin, de l'avocat, etc., avec une relation de confiance marquée; mandats plus atypiques pour tous les contrats de service développés plus récemment par la pratique), nous plaidons avec d'autres pour une plus grande admissibilité des contrats innommés, cf. en détail FAVRE-BULLE, contrats, p. 351 ss. Contra: WERRO, no 206 ss, 1109; TERCIER, no 3917, 3941. Voir aussi sur cette problématique: FISCHER Willi, Die Umschreibung der Dienstleistung und der verschiedenen Rechte und Pflichten im Rahmen eines Dientsleistungsvertrages, in: AJP 1997, p. 256 ss, notamment p. 258 ss pour l'art. 394 al. 2 CO.

1463 ATF 115 II 464 = JT 1990 I 312; FAVRE-BULLE, contrats, p. 372 ss et les références citées. Cf. toutefois GAUCH Peter, Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, in: recht 1992, p. 9 ss; WERRO Franz, La

en tout temps" (al. 1), cas échéant moyennant indemnisation (al. 2, résiliation en temps inopportun). Pour le reste, que le contrat composé de conditions générales de banque soit qualifié de contrat innommé ou de mandat, la situation reste globalement la même puisqu'il est possible de toute façon de déroger aux normes dispositives sur le contrat de mandat, les seules limites à la liberté contractuelle restant les normes générales que nous examinerons plus loin en relation avec la problématique des clauses abusives[1464].

Ainsi, dans une étude essentiellement consacrée aux questions de responsabilité dans le rapport de couverture pour mauvaise exécution ou opérations non autorisées, à l'exclusion de toute examen plus large de la formation et de la fin des contrats, nous pouvons laisser ouverte la question de la qualification précise de tous les contrats proposés en pratique pour l'utilisation de moyens de paiement transfrontière. Nous présenterons les caractéristiques du contrat de mandat, qui reste, rappelons-le, la qualification donnée au giro bancaire et donc le cadre juridique de base d'un service de trafic des paiements. Nous analyserons également certaines dispositions des contrats utilisés par les banques, pour montrer l'importance pratique de ce droit, tout à fait valable (le cas des clauses abusives mis à part), droit créé par les professionnels, cette "législation sans législateur"[1465].

572. En marge de la qualification formelle des contrats, il est d'autres controverses que nous laisserons également de côté, s'agissant en particulier des différentes caractéristiques des moyens de paiement et de la qualification à donner aux opérations. La situation est claire pour le virement: nous l'avons défini comme un transfert de fonds d'un compte à un autre, par voie scripturale (jeu d'écritures de débit et crédit), soit sans mouvement d'espèces[1466]. Nous verrons ci-après qu'il résulte d'une instruction donnée par le client dans le cadre du contrat de giro bancaire (mandat) conclu avec la banque. Qu'en est-il maintenant pour les nouveaux moyens de paiement grand public?

---

distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: la clé de l'interprétation de l'art. 404 CO, in: DC 1991, p. 55 ss; FELLMANN, no 104 ss ad art. 404.

1464 *Infra* no 606 ss. Il est vrai que le caractère abusif d'une clause peut être apprécié différemment selon qu'elle déroge aux normes dispositives du type de contrat applicable ou qu'elle est incorporée dans un contrat innommé, sans qu'il existe de modèle de référence dans le droit dispositif (cf. *infra* no 621, distinction entre lit. a et lit. b de l'art. 8 LCD). Ceci ne devrait toutefois pas faire de différence pour le domaine qui nous intéresse ici. Le mandat tel que régi par le Code ne prévoit en effet pas un régime d'exécution du contrat et de responsabilité tellement spécifique, notamment par rapport à la partie générale du CO, que son rôle de modèle serait capital en droit des clauses abusives par rapport à la situation d'un contrat innommé, dont les clauses peuvent tout autant être contrôlées, avec des critères différents.

1465 D'aucuns ne manquent pas de rappeler qu'on peut se demander "*qui fait la loi*": CHAPPUIS, p. 155.

1466 Cf. *supra* no 27. Voir aussi TF SJ 1997 245, 253.

Un paiement électronique au point de vente (EFTPOS) est-il par exemple équivalant à un virement (transfert de fonds initié par le consommateur débiteur en faveur du commerçant créancier) ou s'agit-il plutôt d'un recouvrement (qui n'est en réalité rien d'autre qu'une forme particulière de virement, initié par le commerçant créancier en sa faveur, à débiter du compte du consommateur)[1467]? Comment qualifier un retrait d'argent auprès d'un automate à billets[1468]? Si, incontestablement, les DAB, GAB, EFTPOS et autres systèmes de Telebanking restent des techniques de virement - au sens le plus large du terme - de monnaie scripturale[1469], qu'en est-il maintenant des porte-monnaie électroniques sur carte à puce et des paiements cybernétiques sur Internet? S'agit-il d'une nouvelle forme de monnaie, la "monnaie électronique", ou doit-on plutôt considérer qu'il s'agit toujours de virements de compte à compte, la monnaie scripturale, la créance du consommateur contre sa banque étant simplement matérialisée sur un nouveau type de support[1470] - ce qui pourrait poser d'autres problèmes sous l'angle du droit des papiers-valeur[1471] - ?

Ces questions sont certes intéressantes mais elles n'ont, encore une fois, pas grande portée dans l'optique de l'allocation des risques d'opérations transfrontières entre le consommateur et sa banque. Raison pour laquelle nous préférons nous limiter à une analyse des contrats topiques utilisés en pratique, avec auparavant une brève présentation du droit de base du trafic des paiements, nationaux et transfrontières, dans le cadre d'un giro bancaire, soit le contrat de mandat tel que régi par le Code des obligations.

1467 Par exemple BILLOTTE-TONGUE, no 26. Contra: FAVRE-BULLE, paiement, p. 44 et note 186, avec références.

1468 OBERSON, p. 296 ss.

1469 Cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 43 s. et les références citées; MOULIN, p. 93; THUNIS, paiement, p. 325.

1470 Sachant qu'une carte de débit avec fonction porte-monnaie électronique rechargeable reste en principe propriété de la banque (art. I.4 des Conditions d'utilisation de la carte ec en Suisse; OBERSON, p. 320), le fait de reconnaître à la fonction porte-monnaie électronique un statut de monnaie électronique indépendant de tout droit de créance sur les fonds déposés en compte pourrait avoir des conséquences juridiques fâcheuses pour le titulaire de la carte. En effet, lors du chargement de la carte, le compte serait définitivement débité et le consommateur perdrait sa créance sur les fonds prélevés en les chargeant dans un porte-monnaie qui ne lui appartient pas ("cadeau" à la banque propriétaire de la carte sous forme de remise de dette, art. 115 CO). Le porte-monnaie électronique et les paiements cybernétiques devraient donc rester des véhicules de monnaie scripturale; les valeurs qu'ils intègrent devraient avoir leur contre-partie dans les comptes de l'émetteur (créance du titulaire) et donc être remboursables (voir les références citées *supra* no 69).

1471 Cf. en partie OBERSON, p. 219 ss, 320 ss. Contra en droit allemand: PFEIFFER, p. 1036 s. (pour la "*Geldkarte*"); voir en revanche ESCHER, p. 1181 (pour le "*Cybergeld*").

2. L'exécution

573. Le contrat de mandat est régi par les art. 394 ss CO. Lorsqu'un client donne ordre à sa banque de payer une somme d'argent à un bénéficiaire, par hypothèse par un virement papier classique, mais la situation serait la même *via* un mode de transmission électronique (Telebanking par exemple)[1472], il donne en réalité une simple instruction à son mandataire au sens de l'art. 397 CO, dans le cadre du contrat de mandat (giro) préalablement conclu[1473]. En autorisant le mandataire à remettre des fonds au bénéficiaire et en autorisant ce dernier à les recevoir, on considère en outre que l'instruction du mandant est doublée d'une assignation au sens des art. 466 ss CO[1474].

574. Dans le cadre de l'exécution du paiement, l'art. 402 al. 1 CO (*actio mandati contraria*[1475]) prévoit que "*Le mandant doit rembourser au mandataire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution régulière du mandat, et le libérer des obligations par lui contractées*". En d'autres termes, cela signifie que si le mandataire n'exécute pas correctement les opérations de paiement, il ne peut prétendre au remboursement du montant en jeu. Le client donneur d'ordre reste créancier des fonds déposés sur son compte et tout montant débité par la banque doit être recrédité faute de justification[1476].

Sous réserve des questions de fautes[1477] et des paiements en chaîne faisant intervenir d'autres acteurs[1478], le principe de base est donc qu'en cas de fraude ou d'erreur, c'est l'institution financière qui supporte initialement le risque de dommage. Si un tiers parvient à utiliser sans droit le moyen de paiement d'un consommateur, la banque ne peut pas se prévaloir de l'art. 402 al. 1 CO: elle n'a pas exécuté correctement le mandat puisqu'elle a en réalité

1472 BILLOTTE-TONGUE, no 65 s.

1473 ATF 121 III 310, 313 = JT 1996 I 359, 362; ATF 110 II 283, 284 s. = JT 1985 I 16, 18; BILLOTTE-TONGUE, no 59 ss, 62; HESS, Überweisung, p. 148; THÉVENOZ, banquier, p. 21 note 11; GUTMANS, p. 1396; HEINI, p. 15 ss; WETTSTEIN, p. 50 s.; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 353 (cf. toutefois sa note 41).

1474 ATF 121 III 109, 111; TF SJ 1996 549, 551 s.; SCHÖNLE, responsabilité, p. 71 et 98 s. note 35; BILLOTTE-TONGUE, no 62; VON DER CRONE, p. 42 ss. L'assignation n'est pas un contrat mais une double autorisation: SCHÖNLE, Kauf, no 11 ad Vorbemerkungen zu Art. 184-551; KOLLER Thomas, Anweisung, no 1 ad Vorbemerkungen zum 18. Titel; ATF 122 III 237, 239 = JT 1997 I 102, 105; ATF 121 III 109, 111 (approuvé par THÉVENOZ Luc, Jurisprudence récente relative aux opérations bancaires, in: THÉVENOZ L. [éd.], Journée 1995 de droit bancaire et financier, Berne 1995, p. 145 ss, 146). Cf. toutefois TF SJ 1992 109. Nous n'étudierons pas ici en détail les particularités de l'assignation.

1475 TEVINI DU PASQUIER, p. 162 ss.

1476 THÉVENOZ, banquier, p. 28; SCHÖNLE, responsabilité, p. 79, 88 s.; BILLOTTE-TONGUE, no 266 ss, 358 ss, 619.

1477 Cf. *infra* no 578 ss.

1478 Cf. *infra* no 583 ss.

procédé à une opération non autorisée par le titulaire légitime. La perte est donc entièrement à sa charge[1479]. De même, si une opération est mal effectuée (par exemple paiement à la mauvaise personne ou qui se "perd" de toute autre manière), la banque ne peut pas non plus arguer d'une exécution régulière pour justifier le débit du compte de son client. Le préjudice reste à nouveau à sa charge[1480]. C'est pourquoi en droit suisse, et toujours sous réserve de ce qui sera dit plus loin au sujet du rôle des intermédiaires dans un paiement en chaîne, une institution comme la "*money-back guarantee*" de la loi type de la CNUDCI ou de la directive 97/5/CE n'apparaît pas en soi comme une nouvelle forme de garantie *sui generis*. Elle correspond simplement au droit du mandat: une banque mandataire doit rembourser à son mandant le montant d'un virement qu'elle n'a pas correctement mené à bonne fin.

575. En droit cambiaire, une telle allocation des risques de fraude est même consacrée par une disposition légale spécifique, l'art. 1132 CO, qui prévoit que "*Le dommage résultant d'un chèque faux ou falsifié est à la charge du tiré si aucune faute n'est imputable à la personne désignée comme tireur dans le titre*"[1481].

576. En soi, les règles qui viennent d'être évoquées s'appliquent quelle que soit la nature du paiement, national ou transfrontière. Est-ce à dire finalement que le Code des obligations de 1911 "*reste une excellente loi protectrice des consommateurs*", malgré l'apparition de nouveaux moyens électroniques de paiement[1482]? La réponse est négative, car les principes légaux d'allocation des risques se heurtent à deux obstacles importants.

1479 THÉVENOZ, banquier, p. 37 s.; BUCHER Eugen, Schadensallokation, p. 43. L'action que le client intenterait à sa banque pour recouvrer la somme prélevée sans droit, action en exécution du contrat (de dépôt, de prêt ou de mandat), n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de la banque. Celle-ci doit payer une seconde fois si elle a offert sa prestation à un tiers non autorisé: ATF 112 II 450, 454 (sur cet arrêt, cf. aussi *infra* no 616). Il convient de rejeter la théorie selon laquelle une banque exécute régulièrement ses obligations si elle paie sur ordre d'un faussaire. Une assignation, une instruction dans le cadre d'un mandat ne peuvent être valablement données par un tiers non autorisé. La doctrine tout à fait dominante réfute ainsi la thèse critiquable de KLEINER (Transaktionen, p. 721 s., et Unterschriften, p. 313 s.): cf. en détail SCHÖNLE, responsabilité, p. 100 note 51; THÉVENOZ, banquier, p. 37 s. et note 57 (et leurs références).

1480 RÜEGG, no 452. Bon exemple avec l'ATF 110 II 283 = JT 1985 I 16: dans le cadre d'un virement, les fonds sont confisqués par les autorités de l'Etat de la banque correspondante, cela à la suite d'une négligence de la banque du donneur d'ordre. Le Tribunal fédéral a jugé que du fait de l'exécution imparfaite du mandat, la banque du donneur d'ordre n'avait droit ni au remboursement de ses frais ni à la réparation du dommage qu'elle aurait subi, au sens des art. 402 al. 1 et 2 CO. Elle devait donc recréditer le compte de son client du montant du virement "perdu".

1481 Cette disposition n'est donc qu'une confirmation du principe *pacta sunt servanda* (dans le cadre de l'exécution du contrat de mandat, la banque reste débitrice des fonds en compte - art. 400 al. 1 CO - tant qu'elle ne peut valablement se libérer): SCHÖNLE, responsabilité, p. 79.

1482 Avis de SCHÖNLE, responsabilité, p. 93.

Premièrement, le régime légal est de droit dispositif, les parties peuvent donc en principe y déroger[1483] et c'est ce qui se fait en pratique. Pour le chèque, SCHÖNLE relève que l'art. 1132 CO "*est presque tombé en désuétude par suite des conditions générales divergentes que les banques imposent à leurs clients*"[1484]. Comme nous le verrons, ce renversement de la charge des risques n'est toutefois pas l'apanage du seul droit du chèque, il concerne également les autres moyens de paiement grand public, surtout s'ils se caractérisent par des procédés électroniques. Abstraction faite des questions de faute[1485], force est donc de constater avec SCHÖNLE qu'en transférant l'ensemble des risques aux consommateurs et en leur faisant perdre par là leur action en remboursement des fonds déposés sur leur compte, les professionnels imposent une remise de dette au sens de l'art. 115 CO[1486].

Deuxièmement, les règles de base d'allocation des risques entre banque et client peuvent être modifiées en fonction du nombre d'intervenants dans la chaîne du virement. La situation que nous avons décrite est typique d'une relation simple tripartite: le donneur d'ordre donne instruction à sa banque de créditer le compte du bénéficiaire (lui-même client auprès du même établissement). Or un paiement transfrontière ne s'exécute pas aussi facilement. A l'instar de la situation en droit européen[1487], la question est donc de savoir quel est le rôle joué par les établissements intermédiaires, participant au virement entre la banque du donneur d'ordre et le bénéficiaire (banques correspondantes, établissement du bénéficiaire, etc.), et quelles sont les conséquences juridiques d'une fraude ou d'une erreur intervenant à leur niveau. Avant cependant d'examiner ce délicat problème, il convient de présenter brièvement le système de la responsabilité contractuelle en droit suisse.

3. La responsabilité contractuelle

577. Toute inexécution, au sens large, d'une obligation contractuelle entraîne en principe la responsabilité du débiteur de cette obligation. Il convient cependant de distinguer le dommage causé par la partie au contrat elle-même (banque, client) et le dommage causé par des auxiliaires. Si la banque est une personne morale, sa volonté s'exprime par ses organes et elle devra répondre de

---

1483 Pour l'art. 402 CO, cf. BILLOTTE-TONGUE, no 312; FELLMANN, no 59 ad art. 402; WEBER, Auftrag, no 16 ad art. 402. Pour l'art. 1132 CO: ATF 122 III 373, 375; ATF 122 III 26, 32 = JT 1997 I 121, 127 (et la doctrine citée); SJ 1972 33, 38 s. (Cour de justice de Genève); PETITPIERRE-SAUVAIN, FJS no 721, p. 11. Voir toutefois notre discussion sur les clauses de la pratique bancaire *infra* no 634 ss.

1484 SCHÖNLE, responsabilité, p. 79. Cf. aussi ATF 122 III 373, 378.

1485 Cf. *infra* no 578 ss.

1486 SCHÖNLE, responsabilité, p. 81 s. ATF 122 III 373, 377. Voir aussi *infra* note 1751.

1487 *Supra* no 391 ss.

tous leurs actes comme des siens propres[1488]. Ainsi, lorsque nous parlerons ci-après de la responsabilité de la banque elle-même, nous viserons des fautes commises par ses organes. Nous examinerons la responsabilité pour auxiliaires dans un second temps[1489].

a. Une responsabilité pour faute

578. Le droit suisse du mandat reste basé sur le principe traditionnel de la responsabilité pour faute et correspond aux règles de la partie générale du Code en matière d'inexécution fautive des obligations (art. 97 al. 1 CO). La banque mandataire est responsable envers son client mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat au sens de l'art. 398 al. 2 CO. Elle est donc tenue de réparer le dommage résultant de la violation de ses obligations de diligence. Le client doit prouver la violation d'une obligation contractuelle préexistante, le dommage qu'il subit et le rapport de causalité adéquate avec la violation. La faute de la banque est en revanche présumée (présomption réfragable)[1490]. Les principes de responsabilité sont les mêmes pour le client, qui répond du dommage de la banque en vertu de l'art. 402 al. 2 CO, s'il a commis une faute (présumée)[1491].

1488 Art. 55 al. 1 et 2 CC (en liaison avec l'art. 97 al. 1 CO).

1489 Nous n'abordons pas ici les questions de responsabilité extra-contractuelle (responsabilité causale simple de la banque pour les actes illicites commis par ses employés [art. 55 al. 1 CO], responsabilité délictuelle de l'employé lui-même pour son acte illicite [art. 41 al. 1 CO], responsabilité délictuelle de la banque pour les actes illicites commis par ses organes [art. 55 al. 2 CC en liaison avec l'art. 41 al. 1 CO]).

1490 L'art. 398 al. 1 CO renvoie aux règles de responsabilité du contrat de travail (art. 321 e al. 1 CO), règles qui s'inspirent elles-mêmes de l'art. 97 al. 1 CO, où la faute est présumée. Ces questions suscitent cependant des controverses d'ordre divers (voir notamment FELLMANN, no 479 ss ad art. 398; DERENDINGER, no 259 ss; THÉVENOZ, banquier, p. 21 note 12). On peut s'interroger par exemple sur l'adéquation d'une assimilation de la responsabilité du mandataire à celle du travailleur, à l'heure où certains se demandent s'il ne faut pas exclure toute responsabilité du travailleur pour faute légère (controverse non tranchée par le Tribunal fédéral in TF SJ 1995 777, 778 s.). Il convient à notre avis de bien distinguer d'un côté la diligence attendue du mandataire, qui devrait être appréciée dans le cadre du droit du mandat (art. 398 al. 2 CO; avec des exigences plus sévères pour des mandataires professionnels et qualifiés, cf. *infra* no 651) sans référence au contrat de travail (l'art. 398 al. 1 renvoie à l'art. 321 e al. 1, non à l'art. 321 e al. 2 CO; TERCIER, no 4014), d'un autre côté les conditions de la responsabilité (violation d'une obligation contractuelle, dommage, lien de causalité, faute), qui devraient être les mêmes pour le mandat et le contrat de travail, dans la logique de l'art. 97 al. 1 CO (cf. WERRO, no 882 ss). Les conditions de la responsabilité peuvent susciter encore d'autres questions puisqu'un auteur comme WERRO, no 851 ss, considère que la faute équivaut en réalité à la condition de la violation d'une obligation contractuelle.

1491 Violation de ses obligations accessoires de diligence imposées par l'art. 2 al. 1 CC, "*positive Vertragsverletzung*" au sens de la règle générale de responsabilité de l'art. 97 al. 1 CO (sur cette notion, cf. aussi *supra* no 309). SCHÖNLE, responsabilité, p. 78, 86 (pour le client) et 76 s. (pour la banque); THÉVENOZ, banquier, p. 38 note 58; BILLOTTE-TONGUE, no 87 s.; RVJ 1996, p. 174 ss, 175 s. (Tribunal cantonal du Valais, description des obligations accessoires de la banque et du client).

579. A la base, le client possède toujours une créance en remboursement contre sa banque s'il a déposé des fonds sur son compte dans le cadre du mandat (art. 400 al. 1 CO). Si c'est lui qui occasionne le dommage fautivement, il pourra y avoir compensation (art. 120 CO), en tout ou en partie seulement (par exemple en cas de faute légère du client[1492]), avec la créance en dommages-intérêts basée sur l'art. 402 al. 2 CO que la banque obtiendra contre lui[1493]. Si c'est la banque en revanche qui a commis une faute, une créance du client en dommages-intérêts basée sur l'art. 398 al. 1 CO, viendra alors s'ajouter à sa créance de base en remboursement des fonds déposés[1494]. Enfin, en cas de faute concomitante, la situation est un peu plus compliquée: au départ, la créance en remboursement du client est compensée en tout ou en partie avec la créance en dommages-intérêts de la banque, en fonction du degré de faute du client; dans un deuxième temps, la créance en dommages-intérêts de la banque peut elle-même être réduite du fait de la faute concomitante de celle-ci[1495].

580. Le régime de responsabilité pour violation d'une obligation de paiement dans le cadre d'un mandat est donc très clair en droit suisse: même pour des moyens électroniques de paiement, il n'y a pas de place *de lege lata* pour une responsabilité causale (sans faute) du mandataire[1496]. Nous verrons en outre que les professionnels ont, dans certaines limites, des possibilités d'exonération de leur responsabilité (art. 100)[1497].

b. Une responsabilité pour auxiliaires

581. La banque, prise en tant que personne morale, n'exécute bien évidemment pas seule les paiements de ses clients. Elle recourt tout d'abord à ses employés, qui assurent les tâches quotidiennes d'un service de trafic des paiements (saisie, contrôle et exécution des ordres), mais qui peuvent aussi avoir à développer des nouveaux moyens ou systèmes de paiement (supports,

---

1492 Cf. art. 43 al. 1 CO, par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO.

1493 SCHÖNLE, responsabilité, p. 86; BILLOTTE-TONGUE, no 266 ss, 273 et 362.

1494 SCHÖNLE, responsabilité, p. 85; BILLOTTE-TONGUE, no 274 ss, 277 et 383.

1495 Art. 44 al. 1 CO, par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO. THÉVENOZ, banquier, p. 38 note 58. Nous rejetons la théorie de SCHÖNLE, responsabilité, p. 87 s., selon laquelle en cas de gravité égale, les fautes du client et de la banque se compensent, de sorte que le risque initial de la banque renaît. Pour des fautes de gravité égale, la créance en dommages-intérêts de la banque devrait plutôt être réduite de moitié, de sorte que les deux parties supporteraient finalement chacune la moitié du dommage. Nous approuvons donc en ce sens la solution de l'ATF 111 II 263 = JT 1986 I 250 et les commentaires de BILLOTTE-TONGUE, no 278 ss, 287 et 385. La créance de la banque ne devrait complètement s'éteindre qu'en cas de faute si prépondérante qu'elle reléguerait totalement à l'arrière-plan celle du client (rupture du lien de causalité; cf. VON TUHR/PETER, p. 90).

1496 VON DER CRONE, p. 86 ss, 102; ZEIDLER, p. 136 ss, 138; BILLOTTE-TONGUE, no 623 ss, 627.

1497 *Infra* no 614 ss.

logiciels), à assurer la maintenance des équipements informatiques, etc.[1498]. De tels employés sont qualifiés en droit suisse d'auxiliaires, dès lors que la banque leur confie le soin d'exécuter une partie de ses obligations à l'égard de ses clients[1499].

582. Dans le cadre de l'accomplissement de leur travail, la banque répond contractuellement des dommages que ses auxiliaires peuvent causer aux clients, cela dans la mesure de la diligence que l'on était en droit d'attendre d'elle si elle avait elle-même exécuté ses obligations contractuelles, ni une faute de la banque ni de l'auxiliaire n'étant nécessaire selon la conception dominante (art. 101 al. 1 CO)[1500]. La banque peut toutefois s'exonérer en partie de cette responsabilité pour auxiliaires (art. 101 al. 3 CO)[1501].

583. Pour un paiement transfrontière, une banque ne peut toutefois exécuter son mandat avec le seul recours à ses employés. Elle va devoir transmettre l'instruction de paiement à l'établissement du bénéficiaire dans un autre Etat et procéder au règlement interbancaire. Bien souvent, l'intervention d'une voire de deux autres banques correspondantes sera nécessaire. Il convient dès lors de savoir quel rôle vont jouer ces établissements intermédiaires - s'agit-il ou non d'auxiliaires de la banque du donneur d'ordre? - et si les principes décrits jusqu'ici sont encore valables lorsqu'un incident intervient, non auprès de la banque du donneur d'ordre, mais dans la chaîne du virement.

4. Le rôle des établissements intermédiaires

584. Nous examinerons premièrement l'éventuelle responsabilité de la banque du donneur d'ordre elle-même pour les actes des intermédiaires, deuxièmement les éventuelles prétentions du donneur d'ordre à l'encontre de l'établissement intermédiaire responsable du dommage[1502].

1498 Cf. ZEIDLER, p. 124 ss.

1499 *"L'auxiliaire est celui qui exécute l'obligation ou exerce le droit d'une autre personne sur les instructions ou avec le consentement (même tacite) de cette dernière"*: ENGEL, Traité, p. 740, citant le Tribunal fédéral. GUGGENHEIM, p. 17 ss.

1500 GAUCH/SCHLUEP, no 2825, 2859 ss; ENGEL, Traité, p. 743 s.; ATF 117 II 65, 67; ATF 113 II 424, 426. On parle plutôt de *"faute hypothétique"*, en se demandant si le comportement dommageable de l'auxiliaire aurait constitué une faute du débiteur si celui-ci avait lui-même agi comme l'auxiliaire: KOLLER Alfred, Erfüllungsgehilfen, p. 92 ss. Contra: SPIRO, p. 249, notes 11 et 14, pour qui le débiteur qui entend se libérer de sa responsabilité pour auxiliaire doit non seulement prouver son absence de faute hypothétique mais aussi l'absence de faute de l'auxiliaire.

1501 Cf. *infra* no 614 ss.

1502 Nous mettons l'accent sur les particularités du droit du mandat, pour les contrats qui lient les intervenants successifs dans la chaîne du virement, car elles entraînent les conséquences juridiques les plus importantes dans l'optique du client. Pour une analyse sous l'angle de l'assignation et les différentes théories qui s'affrontent pour qualifier un

a. Droits à l'encontre de l'établissement du donneur d'ordre

585. Une institution financière doit-elle répondre vis-à-vis de son client des agissements des autres participants à la chaîne du paiement ou exécute-t-elle régulièrement son mandat dès qu'elle transmet diligemment les instructions de paiement à l'intermédiaire suivant, même si un incident survient à un stade ultérieur de la chaîne? Trois théories ont été développées à cet égard en doctrine[1503], théories que l'on peut *mutatis mutandis* appliquer aux paiements transfrontières.

La tendance dominante est que les institutions financières qui interviennent en aval de la banque cocontractante du donneur d'ordre (banques correspondantes, établissement du bénéficiaire) doivent être qualifiées de mandataires substitués, la banque du donneur d'ordre ayant été implicitement autorisée par celui-ci à transférer une partie de l'exécution du mandat à un tiers (art. 398 al. 3 CO), compte tenu des nécessités d'un virement en chaîne[1504]. Dès lors, aux termes de l'art. 399 al. 2 CO, le mandataire qui a reçu le pouvoir de se substituer une autre partie "*ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions*". C'est dire que la banque du donneur d'ordre exécute correctement son mandat si elle choisit une banque correspondante fiable et qu'elle lui transmet l'ordre de paiement (*cura in eligendo et instruendo*). Elle sera alors en droit de débiter le compte de son client du montant viré, conformément à l'art. 402 al. 1 CO. Elle n'est pas obligée de surveiller l'exécution du mandat par les intermédiaires (*cura in custodiendo*) et ne supportera donc pas le risque de perte une fois le paiement sorti en quelque sorte de sa sphère de puissance[1505].

Une doctrine plus minoritaire[1506] considère que le rapport entre la banque du donneur d'ordre et les établissements intermédiaires n'est pas un sous-mandat par rapport au rapport de couverture banque-client, qu'il n'y a pas de substitution au sens de l'art. 398 al. 3 CO et qu'il s'agit donc d'un contrat

---

virement en chaîne à cet égard, voir notamment: BILLOTTE-TONGUE, no 67 ss; VON DER CRONE, p. 44 ss; HESS, SIC, p. 102 ss; TF SJ 1996, 549, 551; RSDA 1992, p. 191 ss, 192 (Obergericht Zoug; cf. aussi *infra* no 589).

1503 Voir la très bonne synthèse de THÉVENOZ, banquier, p. 28 s.

1504 Voir la présentation de HESS, Überweisung, p. 150 (lui-même en faveur de cette thèse de la substitution pour la banque du bénéficiaire, mais pas pour les banques correspondantes, qu'il qualifie d'auxiliaires; cf. *infra* note 1510 et HESS, Switzerland, p. 314 s.); ainsi que les auteurs cités par THÉVENOZ, banquier, p. 28 note 35; HARDEGGER, p. 83; HONSELL, p. 285.

1505 Critique de cette solution majoritaire par THÉVENOZ, banquier, p. 31 s.

1506 Selon HESS, Überweisung, p. 150, ce serait l'inverse: la tendance admettant la substitution serait minoritaire, les auteurs la rejetant étant majoritaires.

totalement indépendant[1507]. La banque du donneur d'ordre ne répondrait ainsi aucunement des intermédiaires aux conditions de l'art. 399 al. 2 CO. Dans l'optique du rapport de couverture, nous ne pensons pas que cette différence de qualification emporte des conséquences majeures par rapport à la théorie de la substitution. En effet, la banque du donneur d'ordre reste le mandataire de celui-ci et doit, à ce titre, exécuter correctement le virement, à tout le moins dans sa sphère de puissance (si elle ne répond pas des actes des intermédiaires). Partons, nous considérons qu'une banque violerait de toute façon son mandat si elle choisissait un correspondant par exemple insolvable ou si elle transmettait des instructions erronées, cela même si la *cura in eligendo et instruendo* de l'art. 399 al. 2 CO n'était pas expressément applicable. La thèse des contrats indépendants a en revanche une portée dans une autre optique, puisque elle ne devrait théoriquement pas permettre au mandant d'actionner directement un intermédiaire par le biais de l'art. 399 al. 3 CO[1508]. Quoi qu'il en soit, cette théorie est à juste titre critiquée par le reste de la doctrine[1509].

Pour d'autres enfin, les banques intermédiaires dans la chaîne du paiement doivent être qualifiés d'auxiliaires au sens de l'art. 101 CO[1510]. Cette théorie s'inspire en partie de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral - dans le contexte général de l'exécution du mandat et non spécialement pour les questions de paiement -, qui devrait nous amener à considérer que si la substitution a lieu dans l'intérêt du seul mandataire ou dans l'intérêt du mandant et du mandataire, c'est l'art. 101 CO qui trouve application et non l'art. 399 al. 2 CO[1511]. Cette théorie est très cohérente en tant qu'elle suit la logique du Tribunal fédéral. Les banques correspondantes sont choisies par l'établissement du donneur d'ordre et absolument pas par ce dernier. Tout ce que demande le donneur d'ordre est que sa banque exécute son paiement. C'est ladite banque qui choisit ensuite, selon ses propres impératifs, quel chemin devra suivre le paiement jusqu'à destination. On peut donc dire dans cette mesure que l'intervention d'un intermédiaire est autant dans l'intérêt du client (pour

---

1507 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 356; KLEINER Beat / SCHMID Bernhard, note (Substitution im Überweisungsverkehr?) in: SAS 1985, p. 178 ss (no 61), 179 s.; HEINI, p. 19, 43 s. Cf. aussi ZEIDLER, p. 32.

1508 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 361 note 78. Cf. *infra* no 588, mais aussi note 1518.

1509 BILLOTTE-TONGUE, no 92 ss; THÉVENOZ, p. 29 et note 36.

1510 HESS, Überweisung, p. 154, et SIC, p. 106; BILLOTTE-TONGUE, no 197 ss, 216 s. (moins catégorique toutefois pour les paiements transfrontières, mais sans motivation convaincante); voir aussi NOBEL Peter, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht im Jahre 1996, in: RSJ 1997, p. 8 ss, 11, qui souligne avec raison que: "*Bei Zahlungen zählt heute nur der Erfolg, nicht das mandatsrechtliche «Bemühen»*". Dans le domaine des cartes de crédit: GOETZ, p. 143 ss.

1511 ATF 112 II 347, 353 s. = JT 1987 I 28, 30. En d'autres termes, la responsabilité du mandataire ne devrait être restreinte au sens de l'art. 399 al. 2 CO que s'il choisit un sous-mandataire dans le seul intérêt du mandant; voir toutefois BILLOTTE-TONGUE, no 209, qui parle d'"*intérêt prépondérant du mandant*".

l'exécution du paiement) que dans celui de la banque (pour le choix de la chaîne du virement).

Est en revanche plus délicate la question du rôle de l'établissement du bénéficiaire, qui est imposé par le donneur d'ordre à sa banque, sans que celle-ci y trouve un quelconque intérêt. A l'instar de ce que nous avons avancé en droit européen[1512], la doctrine précitée fait donc une réserve et estime que l'établissement du bénéficiaire ne devrait pas être qualifié d'auxiliaire de l'établissement du donneur d'ordre, mais en principe de sous-mandataire[1513].

586. Si les intermédiaires dans la chaîne du paiement étaient qualifiés d'auxiliaires, les conséquences seraient importantes dans l'optique de la relation banque - consommateur puisque l'établissement du donneur d'ordre ne pourrait lui-même invoquer l'art. 402 al. 1 CO en cas d'exécution irrégulière par l'intermédiaire auxiliaire[1514]. Au-delà du montant du virement qu'il ne pourrait ainsi débiter à son client et pour ce qui est d'un éventuel dommage supplémentaire, l'établissement du donneur d'ordre ne bénéficierait plus non plus de preuves libératoires se limitant au choix de l'intermédiaire et aux instructions qui lui ont été données au sens de l'art. 399 al. 2 CO. Même sans faute de sa part ou de l'intermédiaire, l'établissement du donneur d'ordre engagerait sa responsabilité contractuelle conformément à l'art. 101 al. 1 CO dès le moment où un dommage est causé par l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail (sauf s'il peut démontrer que l'on n'aurait rien pu lui reprocher s'il avait agi lui-même à la place de l'auxiliaire)[1515].

587. Dans l'optique des paiements transfrontières, cette question de la responsabilité des banques pour leurs intermédiaires ne semble pas encore avoir été directement tranchée en jurisprudence. Il existe cependant des décisions dont on peut à notre avis tirer indirectement des enseignements, décisions rendues dans des litiges opposant le donneur d'ordre à la banque du bénéficiaire[1516].

1512 *Supra* no 396.

1513 Cf. THÉVENOZ, banquier, p. 29 et note 39.

1514 THÉVENOZ, banquier, p. 29 s.

1515 Voir plus largement HESS, Überweisung, p. 154 s., qui, en se référant par ailleurs à la "*Vertrauenshaftung*", estime à juste titre que: "*Für die Tauglichkeit des Bankensystems haftet dem Überweisenden primär seine Bank*", "*gegenüber dem Überweisenden haftet die Absenderbank allein*".

1516 Une affaire de chèque barré falsifié jugée par le Tribunal fédéral le 18.12.1995 aurait également pu présenter un éventuel intérêt par analogie (le virement en chaîne et l'encaissement d'un chèque restent des situations très différentes au niveau des relations entre banques). Dans le cadre d'une action d'un client, tireur du chèque, contre sa banque, le tiré, le Tribunal de commerce de St. Gall avait considéré que ladite banque devait répondre du dommage causé par la banque chargée de l'encaissement (vérification incorrecte de la titularité du porteur) comme d'un auxiliaire au sens de l'art. 101 CO (ATF 122 III 26, 28 = JT 1997 I 121, 123). Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas examiné cette question sous l'angle général de l'art. 101 CO, mais sous l'angle restreint

Nous allons donc les examiner en relation avec un autre problème crucial pour le consommateur: que l'on puisse ou non actionner la banque à laquelle on est contractuellement lié, peut-on par ailleurs rechercher directement l'intermédiaire responsable du dommage?

b. Droits à l'encontre des intermédiaires

588. Un donneur d'ordre n'est contractuellement lié qu'à sa banque. Conformément au principe de la relativité des contrats, il ne devrait donc en principe pouvoir faire valoir aucune prétention contractuelle directe à l'encontre d'un autre établissement intervenant dans la chaîne du virement. La situation est cependant différente selon que l'on qualifie les intermédiaires d'auxiliaires ou de sous-mandataires de la banque du donneur d'ordre.

Si la banque du donneur d'ordre répond des actes des banques correspondantes comme de ses auxiliaires, le donneur d'ordre n'aura aucune action contractuelle directe contre lesdites banques correspondantes et ne pourra faire valoir à leur encontre que d'éventuelles prétentions délictuelles. En revanche, si l'on considère que la banque du donneur d'ordre transfert une partie de l'exécution du mandat aux banques intermédiaires (substitution au sens de l'art. 398 al. 3 CO), l'art. 399 al. 3 CO prévoit que "*le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle*"[1517]. La question est dès lors de savoir si cette norme peut permettre au donneur d'ordre d'actionner directement l'intermédiaire responsable de son dommage dans l'exécution du paiement[1518].

589. Dans un arrêt du 17 septembre 1991, l'Obergericht du canton de Zoug a considéré pour un paiement transfrontière que la banque du bénéficiaire n'était pas sous-mandataire du mandant de la première banque au sens de l'art. 398 al. 3 CO[1519]. Elle a donc refusé toute prétention directe du donneur d'ordre à

---

du droit du chèque (art. 1124 CO). Cf. CHAPPUIS, p. 154 et note 47; ainsi que la note de FRICKER Hans, in: AJP 1996, p. 1165 s., qui rejette la qualification d'auxiliaire (p. 1165).

1517 Parmi les partisans d'une telle action directe, voir VON DER CRONE, p. 57.

1518 Si l'on suivait certains auteurs (cf. *supra* no 585) en considérant que le contrat entre banques est totalement indépendant du mandat entre le donneur d'ordre et sa banque (pas de substitution) et que l'art. 399 al. 3 CO est donc inapplicable (KLEINER/SCHMID, cités *supra* note 1507, p. 179 s.), il reste, comme le relève THÉVENOZ, p. 29, que le droit du mandat prévoit de toute façon une cession légale en faveur du mandant à l'art. 401 al. 1 CO: dès que le mandant a satisfait à ses obligations envers le mandataire (couverture des frais, provision en compte), les créances contre des tiers, que le mandataire acquiert en son propre nom mais pour le compte du mandant, deviennent propriété du mandant.

1519 RSDA 1992, p. 191 ss (Jurisprudence no 122).

l'encontre de la banque du bénéficiaire, basée sur l'art. 399 al. 3 CO[1520]. La Cour de justice de Genève avait jugé de même, dans un arrêt du 1er octobre 1982[1521].

590. Le Tribunal fédéral, quant à lui, s'est prononcé dans un autre sens dans un important arrêt du 27 juin 1995, qui ne concerne pas un paiement transfrontière, mais un virement de fonds par clearing bancaire[1522]. Dans le cadre d'une transaction commerciale, un client avait donné ordre à sa banque de virer 300'000 francs en faveur du compte d'un tiers bénéficiaire auprès d'une autre banque. La banque du donneur d'ordre exécuta l'ordre de virement par l'intermédiaire du système SIC (Swiss Interbank Clearing)[1523]. La banque du bénéficiaire ne respecta pas à la lettre les instructions de paiement et sa mauvaise exécution occasionna un dommage au donneur d'ordre. Celui-ci actionna la banque du bénéficiaire en dommages-intérêts, sans succès devant les instances cantonales, mais il eu partiellement gain de cause devant le Tribunal fédéral.

591. En substance, les instances cantonales (Tribunal de district et Tribunal supérieur du canton d'Argovie) ont nié toute prétention en dommages-intérêts faute de lien contractuel entre les parties. Le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'existait aucun rapport contractuel direct entre le donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire[1524], mais il a jugé que le donneur d'ordre pouvait faire valoir une prétention en dommages-intérêts directement contre la banque destinataire, celle-ci agissant en l'espèce en qualité de sous-mandataire de la première banque.

Le Tribunal fédéral est très clair en ce qui concerne le rôle de la banque du bénéficiaire. Le donneur d'ordre a confié à sa banque un mandat dont celle-ci ne pouvait garantir la bonne exécution qu'en recourant à la banque du bénéficiaire, en lui transférant la partie qu'elle n'était pas en mesure d'exécuter personnellement s'agissant de procéder à la bonification. Partant, "*la banque*

1520 L'Obergericht a en revanche considéré que les prétentions de la première banque envers la banque du bénéficiaire passait au mandant aux conditions de la subrogation de l'art. 401 al. 1 CO.

1521 SJ 1983 78. Comme seuls de courts extraits sont publiés, une certaine prudence doit malgré tout être de mise. La Cour de justice constate en tout cas l'absence de liens juridiques entre le donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire, elle parle de contrat de mandat à chaque fois distinct entre les différents intervenants au virement et l'on ne trouve aucune référence aux art. 398 al. 3 et 399 al. 3 CO.

1522 ATF 121 III 310 = JT 1996 I 359. Commentaires en doctrine: FELLMANN Walter / SCHWARZ Jörg, in: AJP 1996, p. 96 ss; WIEGAND Wolfgang, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995 - Obligationenrecht, in: RJB 1997, p. 111 ss, 123 ss (II.3); HESS, Überweisung, p. 145 ss; JUNG, p. 660 ss; SCHWAIBOLD, Rechtsprechungschronik, p. 57 s. (no 7); cf. aussi ZOBL Dieter / THÉVENOZ Luc, Le droit bancaire privé suisse 1994-1996, in: RSDA 1997, p. 148 ss, 149 s. et 163 [r57]; JIBL 1996, N-104 (KROLL Markus J. / SCHINAS Dimitri).

1523 Cf. *supra* note 44.

1524 ATF 121 III 310, 313 = JT 1996 I 359, 362 (avec références de la doctrine).

bénéficiaire doit être qualifiée de substituée dans le cadre d'un contrat de mandat"[1525]. Notre Haute Cour opte ainsi pour la tendance dominante en doctrine[1526] et confirme une précédente décision qu'elle avait rendue en 1984[1527].

592. Indirectement, cette jurisprudence tranche la question de la responsabilité de la banque du donneur d'ordre pour les actes de la banque du bénéficiaire[1528], dans l'hypothèse d'un virement en Suisse (non transfrontière). Si la banque du bénéficiaire est substituée dans le cadre du premier mandat, si elle agit "*dans l'intérêt du mandant en vue de l'exécution d'une partie du contrat*" comme le précise le Tribunal fédéral[1529], elle n'est pas l'auxiliaire de la banque du donneur d'ordre. Cette dernière n'en répondra donc elle-même que dans le cadre limité de l'art. 399 al. 2 CO, non de l'art. 101 al. 1 CO[1530].

593. Quant à la question de l'action directe du donneur d'ordre contre la banque du bénéficiaire, le Tribunal fédéral consacre là aussi quelques développements intéressants, mais pas toujours très clairs[1531]. Il eût suffit à notre Haute Cour de se référer à l'art. 399 al. 3 CO[1532]. Il est vrai que cette disposition peut poser problème dans la mesure où, à sa lettre, le premier mandant ne peut faire valoir à l'encontre du substitué que les droits du mandataire. Partant, si le dommage n'était causé qu'au donneur d'ordre et non au mandataire, on pourrait arguer que celui-ci n'aurait pas de prétention en dommages-intérêts contre le substitué et donc que le donneur d'ordre ne jouirait d'aucun droit selon l'art. 399 al. 3 CO. Comme le relève le Tribunal fédéral, la doctrine a toutefois trouvé une solution pour éviter cet obstacle en considérant qu'il ne fallait pas faire dépendre les prétentions directes du mandant principal contre le substitué de la question de savoir si le substitué a lésé le sous-mandant. Selon la majorité des auteurs, il en découlerait cependant que le fondement juridique de la prétention directe du mandant principal ne serait plus l'art. 399 al. 3 CO, mais la stipulation pour autrui (parfaite) en faveur dudit mandant, au sens de l'art. 112 (al. 2) CO, résultant du rapport contractuel entre le sous-mandant et le substitué[1533].

1525 JT 1996 I 359, 363 (= ATF 121 III 310, 314).
1526 Cf. *supra* no 585.
1527 ATF 110 II 183, 186 = JT 1985 I 223, 224.
1528 *Supra* no 585.
1529 JT 1996 I 359, 363 (= ATF 121 III 310, 314).
1530 Cf. *supra* no 585.
1531 Voir aussi les critiques de la doctrine citée *supra* note1522, notamment quant à la méthode (manque de rigueur et de logique de l'argumentation, motivation insuffisante, etc.)
1532 Cf. ATF 110 II 183, 186 = JT 1985 I 223, 224.
1533 ATF 121 III 310, 315 = JT 1996 I 359, 364 et les auteurs cités.

594. Le Tribunal fédéral aurait donc pu se limiter à ces deux normes. Il conclut d'ailleurs son argumentation en posant comme règle que: "*La prétention directe du mandant principal a un fondement contractuel. Peu importe la question de savoir si elle se déduit directement de l'art. 399 al. 3 CO ou d'une stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO*"[1534] (ce qui lui permettra d'appliquer au cas d'espèce la prescription décennale de l'art. 127 CO, véritable enjeu du litige). Notre Haute Cour a cependant jugé utile - l'était-ce vraiment? - d'ajouter d'autres - longs - développements, qui pourraient raviver d'interminables discussions quant à l'admissibilité en droit des obligations suisse de certaines formes juridiques connues d'autres droits étrangers et très utiles pour ces questions d'actions directes entre des parties non liées contractuellement, dans le cadre de relations complexes comme celles créées par un virement en chaîne.

Le Tribunal fédéral cite tout d'abord la partie de la doctrine qui voit dans la substitution un contrat avec un effet protecteur en faveur d'un tiers ("*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*"), puis les auteurs qui ne voient aucun obstacle à une prétention directe basée sur l'art. 399 al. 3 CO, cette norme devant être interprétée comme la solution que prévoit la loi pour régler le dommage subi par un tiers ("*Drittschadensliquidation*")[1535]. Ensuite, les juges de Lausanne consacrent plus d'une page à une étude comparée des droits français, allemand et autrichien - étude à nos yeux un peu superficielle[1536] -, pour arriver à la conclusion que nos voisins reconnaissent généralement une prétention directe du mandant principal contre le substitué - en particulier dans le cas des virements bancaires multiples -, mais sans souligner que les instruments juridiques peuvent être très différents d'un Etat à l'autre (substitution, "*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*", etc.)[1537].

Enfin, le Tribunal fédéral consacre un dernier volet à un raisonnement quelque peu énigmatique[1538]. Il précise que la reconnaissance d'une prétention

---

1534 JT 1996 I 359, 366 (= ATF 121 III 310, 317).

1535 ATF 121 III 310, 315 = JT 1996 I 359, 364. Nous avons déjà mentionné ces théories, utilisées en particulier en droit allemand, *supra* no 393. Le Tribunal fédéral les avait aussi prises en compte dans un arrêt de 1991, mais sans trancher la question de leur admissibilité (ATF 117 II 315 = SJ 1992 152). Pour la situation au regard du droit suisse, voir notamment la synthèse de ARMBRÜSTER Christian, Drittschäden und vertragliche Haftung, in: recht 1993, p. 84 ss; GAUCH/SCHLUEP, no 2685 ss ("*Drittschadensliquidation*") et 4042 ss ("*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*"); CHAIX François, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, Bâle - Francfort 1995, p. 244 ss.

1536 Le Tribunal fédéral parle de "*comparaison avec la législation et la jurisprudence de pays voisins*", or il ne cite aucune décision de justice et se contente d'avis de la doctrine étrangère. Une étude de droit comparé plus approfondie montre pourtant que la situation n'est pas aussi claire dans les Etats qui nous entourent (voir par exemple l'étude de SCHODERMEIER, p. 103 ss).

1537 ATF 121 III 310, 315-317 = JT 1996 I 359, 365 s.

1538 Considérant 4 c.

directe s'impose également en regard de considérations en partie déjà évoquées dans l'arrêt - lesquelles? - qui se fondent directement sur une appréciation juridique des intérêts des parties en présence, et cela indépendamment de la question de l'application de l'art. 399 al. 3 CO. "*L'intérêt du tiers est reconnaissable pour tous* (...). *Il en va de même de la nécessité de protéger le donneur d'ordre contre les manquements des banques*", "*il paraît justifié de faire supporter aux banques et non aux parties concernées le risque d'éventuels manquements qui pourraient en résulter. Il n'est pas admissible que le donneur d'ordre et le bénéficiaire ne soient pas protégés en raison de l'intervention d'une autre banque*"[1539]. Voilà qui est intéressant dans la perspective d'une meilleure protection des clients. Mais sur quelle base légale peut-on se fonder, en dehors de l'art. 399 al. 3 CO, pour appliquer une telle théorie? Le Tribunal fédéral ne le dit pas. Ce qui appelle bien évidemment des interprétations; et certains de se demander s'il ne s'agit pas là d'une nouvelle pierre à l'édifice de la consécration en droit suisse de la théorie de la responsabilité fondée sur la confiance ("*Vertrauenshaftung*")[1540].

595. Même si la prise en compte des intérêts des consommateurs et l'effort d'argumentation sont louables, il est regrettable à nos yeux que différentes théories soient ainsi abordées "en vrac", sans qu'aucune position claire soit prise à leur égard[1541]. Si des théories comme le "*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*" rencontrent un certain succès dans d'autres ordres juridiques, c'est en principe parce que l'on n'y connaît pas l'institution légale de l'action directe contre le substitué. On ne peut donc comparer sans autre cette situation avec le droit suisse qui connaît une telle action directe. Ce d'autant plus qu'une partie non négligeable de la doctrine conteste l'applicabilité en droit suisse de certains de ces instruments utilisés à l'étranger[1542]. L'art. 399 al. 3 CO, cas échéant avec l'aide de l'art. 112 CO, est un arsenal légal certainement suffisant pour garantir une action directe des clients à l'encontre d'une banque bénéficiaire - le Tribunal fédéral lui-même arrive finalement à ce résultat -[1543].

1539 JT 1996 I 359, 366 (= ATF 121 III 310, 317).

1540 HESS, Überweisung, p. 146, 153; WALTER, p. 274, 275 s., 284 ss. Plus généralement, sur le développement de la "*Vertrauenshaftung*" en droit suisse, cf. CHAPPUIS Christine, La responsabilité fondée sur la confiance, in: SJ 1997, p. 165 ss (avec les références de la jurisprudence et de la doctrine dans ses notes 2 à 4).

1541 Voir aussi les critiques de la doctrine citée *supra* note 1522, notamment FELLMANN/SCHWARZ, p. 97.

1542 Pour le "*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*", voir par exemple les références citées par WALTER, p. 289.

1543 Dans la mesure où, dans la perspective des paiements transfrontières, nous défendons une solution aux litiges en matière d'allocation des risques limitée à la relation entre le consommateur et son institution financière cocontractante, nous n'examinerons pas plus avant les subtilités du droit suisse quant aux prétentions du consommateur à l'égard d'autres intervenants dans la chaîne du paiement. On peut tout de même se demander si HESS, Überweisung, p. 151, n'a pas balayé tout obstacle à l'application de l'art. 399 al. 3 CO s'agissant du recouvrement du montant d'un virement "perdu", en exposant la

596. Quoi qu'il en soit, dans la perspective des paiements transfrontières, l'arrêt du 27 juin 1995, même en abordant de nouvelles théories, ne nous donne pas une réponse directe et indiscutable aux problèmes qui nous occupent. L'affaire jugée par le Tribunal fédéral ne concernait qu'un virement purement national *via* le SIC. On peut présumer que la même solution aurait été donnée à un paiement international s'agissant de l'action directe du donneur d'ordre contre la banque bénéficiaire. Cela étant, en qualifiant, à juste titre[1544], la banque du bénéficiaire de mandataire substitué, le Tribunal fédéral ne tranche pas encore la question du rôle des autres établissements intermédiaires (banques correspondantes dans la chaîne du virement international, aucunement choisies par le donneur d'ordre).

597. Et surtout, *quid* d'une éventuelle responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre lui-même, vis-à-vis de son client, pour tous ces intermédiaires dans la chaîne du virement? Partant de la qualification de substitution donnée par le Tribunal fédéral pour la banque bénéficiaire, peut-on émettre l'hypothèse que les autres participants seraient jugés de la même manière, que l'on resterait dans la trilogie des art. 398 al. 3, 399 al. 2 et 399 al. 3 CO? Conformément à la thèse convaincante d'une partie de la doctrine[1545], les intermédiaires autres que l'établissement du bénéficiaire devraient plutôt être qualifiés d'auxiliaires de la banque du donneur d'ordre, mais il n'est pas sûr que le Tribunal fédéral suive cette voie. Rien ne le laisse en tout cas présumer à la lumière de sa jurisprudence en matière de virements. En l'état, on ne peut donc apprécier l'eurocompatibilité du droit suisse qu'avec prudence, s'agissant des règles de la directive 97/5/CE en cas de retards, pertes et double prélèvement des frais.

5. Retards, pertes, "*double charging*": appréciation

598. Sur la base des principes décrits jusqu'ici quant au droit dispositif applicable aux paiements transfrontières, il convient maintenant d'examiner la solution à donner en droit suisse, dans le rapport entre un client et sa banque, pour les obstacles plus précis dénoncés en droit européen des retards, pertes et

---

brillante construction juridique suivante (cf. aussi WIEGAND in: RJB 1997, p. 127), qui tient compte des particularités des rapports interbancaires. Si la banque du bénéficiaire a commis une erreur dans le virement (le compte du bénéficiaire n'a pas été crédité conformément aux instructions données), elle ne s'est pas valablement exécutée dans le cadre du mandat qui la lie à la banque du donneur d'ordre; celle-ci garde donc une créance contre celle-là en remboursement des fonds (art. 400 al. 1 CO). Partant, si la banque du donneur d'ordre est ainsi titulaire d'une créance contre la banque du bénéficiaire (en exécution du contrat et non en dommages-intérêts !), le donneur d'ordre lui-même peut l'exercer directement, sur la base de l'art. 399 al. 3 CO ou par cession légale aux conditions de l'art. 401 al. 1 CO.

1544 Voir nos développements *supra* no 396 et 585.

1545 *Supra* no 585.

non-respect des instructions de paiement en matière de frais ("*double charging*"). Nous apprécierons ensuite l'eurocompatibilité du droit suisse dans notre conclusion de chapitre sous forme de bilan[1546].

599. - Première hypothèse: la banque du donneur d'ordre est responsable de l'incident.

Tant que la banque est simplement en retard dans l'exécution du paiement, elle encourt les conséquences juridiques de la demeure aux conditions des art. 102 ss CO, que nous n'examinerons pas ici. Une fois le paiement achevé, la banque n'est en droit de réclamer (en pratique: débit du compte) les frais engagés pour l'exécution du mandat que si celle-ci a été régulière (art. 402 al. 1 CO), ce qui n'est pas le cas si le paiement a été crédité trop tard au bénéficiaire, s'il est perdu ou s'il a été réduit par des frais non autorisés. Au surplus, tout mauvaise exécution de cet ordre peut engager la responsabilité contractuelle de la banque, à condition que la banque ait violé ses obligations contractuelles, que son client ait subi un dommage et qu'il existe un lien de causalité entre les deux. Si l'erreur est imputable à un organe de la banque, la faute (présumée) est une condition nécessaire supplémentaire. Si l'acte a été commis par un auxiliaire dans l'accomplissement de son travail, ce qui est plus fréquent en pratique, la banque en répondra même sans faute aux conditions décrites précédemment[1547].

La condition de la violation d'une obligation contractuelle préexistante peut poser problème en matière de paiements transfrontières. S'agissant tout d'abord de la question des retards, il ne peut y avoir mauvaise exécution que par rapport à des délais d'exécution connus et précis. Or à l'instar de ce que l'on constate à l'étranger[1548], le droit suisse ne pose aucune exigence précise quant au délai d'exécution d'un paiement, si ce n'est bien sûr que dans le cadre de l'obligation générale de diligence du mandataire, le temps mis doit rester raisonnable[1549]. Deuxièmement, s'agissant du "*double charging*", le droit suisse ne prévoit pas d'obligation à charge de la première banque d'assurer l'exécution d'un virement net de frais, c'est-à-dire de faire créditer au bénéficiaire le montant exact du virement, sans prélèvement de frais qui serait contraire aux instructions du donneur d'ordre. La possibilité d'éviter le prélèvement de frais indésirables ne sera donc une obligation et partant une source de responsabilité pour la banque que si celle-ci propose d'elle-même, dans la formule de virement, de

---

1546 *Infra* no 688 ss.

1547 *Supra* no 581 ss.

1548 Cf. *supra* no 384 ss.

1549 Voir la discussion chez BILLOTTE-TONGUE, no 108 (et ses références). GUTMANS, p. 1396 note 16 montre que les termes qui reviennent le plus en doctrine quant à l'obligation de rapidité d'exécution sont "*pünktlich*" et "*unverzüglich*", mais malgré leur caractère somme toute assez général, ils suscitent déjà la controverse.

s'engager de la sorte. L'amélioration du "*double charging*" ne dépendra par conséquent que de la pratique, de la volonté des banques d'offrir un service net de frais. Enfin, s'agissant des pertes, il est indéniable qu'elles constituent un cas type de mauvaise exécution engageant la responsabilité de la banque, comme tout paiement qui serait crédité au bénéficiaire après un délai beaucoup trop long.

600. - Deuxième hypothèse: une autre banque que la banque du donneur d'ordre est responsable de l'incident dans la chaîne du virement.

C'est tout le problème de la qualification des banques intermédiaires participant à un paiement transfrontière, quel que soit le problème (retard, perte, "*double charging*"). Si les intermédiaires (autres que la banque du bénéficiaire) ne devaient pas être qualifiés d'auxiliaires de l'établissement du donneur d'ordre et si les tribunaux appliquaient largement la jurisprudence de l'ATF 121 III 310 à une telle hypothèse, les intermédiaires devraient alors être considérés comme des sous-mandataires dans le cadre d'une substitution au sens de l'art. 398 al. 3 CO. La banque du donneur d'ordre n'en répondrait vis-à-vis de celui-ci que dans les limites de l'art. 399 al. 2 CO, de sorte qu'il n'y aurait pas de "*money-back guarantee*" systématique si le virement n'était pas mené à bonne fin à cause d'une erreur de la banque suivante[1550]. En revanche, le donneur d'ordre pourrait directement actionner l'intermédiaire fautif sur la base de l'art. 399 al. 3 CO[1551]. Si, logiquement, l'intermédiaire recherché se trouvait à l'étranger, il faudrait toutefois recourir aux règles de droit international privé pour déterminer le droit applicable à cette action[1552].

6. La révocation d'un paiement

601. Le droit suisse ne connaît pas de réglementations limitant expressément la révocabilité des paiements. En droit du mandat, un ordre de paiement est une instruction transmise à la banque mandataire dans le cadre du contrat préexistant. Rien n'empêche donc théoriquement de transmettre une contre-instruction[1553] à la même banque pour annuler l'opération, ce qui devrait être possible jusqu'à ce que le paiement ait été exécuté. La question est dès lors de savoir quand intervient cette exécution ou, en d'autres termes, quand se situe le moment du paiement et cela spécialement si, typiquement pour un paiement international, plusieurs établissements sont concernés.

1550 Cf. THÉVENOZ, banquier, p. 34, qui montre dès lors la différence entre le régime de la loi CNUDCI - mais la situation serait globalement la même avec la directive 97/5/CE - et le droit suisse.

1551 La prescription reste la prescription ordinaire des actions contractuelles, soit dix ans (art. 127 CO): ATF 121 III 310, 317 = JT 1996 I 359, 366 s.

1552 Cf. *infra* no 728.

1553 "*Gegenweisung*": BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 362; HEINI, p. 48; ZEIDLER, p. 42.

602. Par ailleurs, si le virement s'inscrit dans un mandat, il est qualifié également d'assignation au sens des art. 466 ss CO. Or ce chapitre du Code contient une disposition spécifique sur la révocation. Nous ne traiterons pas de la révocation de l'assignation à l'égard du bénéficiaire assignataire, dans le cadre du rapport de base (art. 470 al. 1 CO)[1554]. En revanche, nous retenons qu'à l'égard de sa banque - l'assigné - , le client - l'assignant - peut révoquer l'assignation tant que l'assigné "*n'a pas notifié son acceptation à l'assignataire*" (art. 470 al. 2 CO)[1555]. Cette notification de l'acceptation de l'assignation est traitée à l'art. 468 al. 1 CO quant à ses effets juridiques[1556], mais son moment et sa forme ne sont pas fixés dans la loi[1557], de sorte que selon le type d'affaire, des litiges peuvent survenir quant à la question de savoir si l'institution financière assignée est vraiment engagée (comment et à quel moment)[1558]. En matière de paiements scripturaux, et même si différentes théories s'affrontent pour définir comment s'exprime cette notification de l'acceptation de l'assignation[1559], la tendance majoritaire est toutefois de considérer qu'un virement reste révocable jusqu'au moment de la bonification du compte du bénéficiaire[1560].

603. Une dette d'argent est en principe portable (art. 74 al. 1 et al. 2 ch. 1 CO). Si le créancier bénéficiaire du paiement a accepté (expressément ou

---

1554 Cf. BILLOTTE-TONGUE, no 234 ss.

1555 Norme impérative: TEVINI DU PASQUIER, p. 177 s. Le droit de révocation de l'assignant à l'égard de l'assigné ne peut pas être exclu contractuellement: ATF 122 III 237, 244 = JT 1997 I 102, 109; KOLLER Thomas, no 4 ad art. 470.

1556 La notification de l'acceptation de l'assignation a pour effet de créer une dette nouvelle, de l'assigné à l'égard de l'assignataire (rapport d'assignation), et abstraite, en tant qu'on ne peut lui opposer les exceptions dérivant du rapport de couverture ou du rapport de valeur: ATF 121 III 109, 112.

1557 Cette manifestation de volonté, unilatérale et simplement sujette à réception (BILLOTTE-TONGUE, no 119), peut donc aussi résulter d'un acte concluant: ATF 121 III 109, 112.

1558 ATF 122 III 237 = JT 1997 I 102 (note de KOLLER Thomas, in: AJP 1996, p. 1296 ss); arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 18.5.1973 (Banque Centrale Coopérative SA c. H. Hentz & Co, Inc.), critiqué (à tort selon nous) par DROIN Jacques, L'assignataire a-t-il qualité pour réclamer des dommages-intérêts à l'assigné qui exécute mal ou n'exécute pas sa prestation?, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, p. 73 ss, 76; SJ 1971 281 (Cour de justice de Genève). Sur le rôle de l'art. 468 al. 1 CO à l'égard d'autres assignés que des institutions financières: ATF 113 II 522 = JT 1988 I 354; ATF 92 II 335; RSJ 1992, p. 150 ss (Obergericht de Zurich).

1559 Voir l'analyse très complète de BILLOTTE-TONGUE, no 121 ss. Sans compter les controverses existantes pour qualifier les virements en chaîne impliquant plus de trois parties (cas typique des paiements transfrontières) sous l'angle du droit de l'assignation (succession d'assignations, substitution, etc.; voir les références citées *supra* note 1502).

1560 ATF 100 II 368, 373 = JT 1976 I 303, 307; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 361; BILLOTTE-TONGUE, no 223; OBERSON, p. 413; KOLLER Thomas, Widerruf, p. 797; WETTSTEIN, p. 122; HESS, Switzerland, p. 329 s.; GUGGENHEIM, p. 240.

tacitement) d'être payé en monnaie scripturale[1561], par un virement sur son compte, c'est par la bonification de celui-ci auprès de sa banque que la dette du donneur d'ordre s'éteindra dans le rapport de base[1562]. Quel que soit en fait le mode de paiement, le principe doit rester le même: le moment déterminant l'exécution complète de l'obligation est celui où le créancier peut réellement disposer du montant en jeu. Le créancier ne doit pas être désavantagé si le débiteur recourt aux services d'une institution financière (banque, poste) par rapport à un paiement en espèces[1563].

604. Lorsque la banque du bénéficiaire reçoit les fonds à créditer, ledit bénéficiaire n'a contre elle qu'une prétention à la bonification ("*Recht auf Gutschrift*"), le virement pouvant encore être révoqué. Ce n'est que lorsque la banque crédite le compte du bénéficiaire que celui-ci acquiert véritablement une créance "*aus der Gutschrift*", abstraite et dégagée des éventuelles exceptions résultant du rapport de couverture ou du rapport de base[1564]. L'envoi ultérieur d'un avis de crédit n'est pas non plus décisif, seul compte le moment précis de la bonification[1565]. Si les banques intermédiaires devaient être qualifiées de sous-

---

1561 Sur ces questions, voir BILLOTTE-TONGUE, no 147 ss; SCHÖNLE, responsabilité, p. 68; WEBER, Geldschulden, p. 139 ss; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 358; GAUCH/SCHLUEP, no 2357; SCHRANER, no 92 ss ad art. 74; TF SJ 1997 245, 253.

1562 TF SJ 1997 245, 253; Extraits (Tribunal cantonal de Fribourg, Cour d'appel) 1987, p. 30 ss, 33 s.; THALMANN, Rechtzeitigkeit, p. 258 ss; SCHÖNLE, responsabilité, p. 69; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 359 s.; BILLOTTE-TONGUE, no 180, 182; OBERSON, p. 397 ss, 409; HEINI, p. 68 ss, 75, 119 s.; WEBER, Geldschulden, p. 141, et Berner Kommentar, no 123 ad art. 74.

1563 ATF 119 II 232, 234 s. = JT 1994 I 201, 202 s.; avec une note pertinente et complète sur ces questions de moment du paiement par WESSNER Pierre, in: Droit du bail 6/1994, p. 7 ss, qui cite - et critique à juste titre - les auteurs et les juridictions cantonales en faveur d'une solution plus souple (commandée par des raisons pratiques et d'équité plus que par la rigueur juridique), selon laquelle l'exécution d'une dette d'argent serait parfaite dès le moment où le débiteur a donné l'ordre de paiement à la banque ou à la poste (cette tendance est surtout marquée pour les paiements aux guichets postaux, qui se distinguent il est vrai du virement bancaire classique: BILLOTTE-TONGUE, no 169; en détail: THALMANN, Rechtzeitigkeit, p. 260 ss; JEANPRÊTRE Raymond, Le payment de la dette au compte de chèques postaux du créancier, in: RSJ 1968, p. 145 ss; voir encore BJM 1995, p. 138 s. = RSJ 1996, p. 129 [Obergericht de Bâle-Campagne] et les références citées; ZOBL Dieter / THÉVENOZ Luc, Le droit bancaire privé suisse 1994-1996, in: RSDA 1997, p. 148 ss, 150 et 163 s. [r58]). Pour une analyse de ces deux tendances et une comparaison avec le droit français et l'Art. 4 A UCC (USA), cf. VASSEUR Michel, Droit bancaire, in: D 1991, Sommaires commentés, p. 29 s. Pour le cas particulier d'une avance de frais de justice par virement au moyen du service des ordres groupés des PTT (remise d'un support de données): ATF 117 Ib 220 (changement de jurisprudence) = SJ 1992 160; ATF 118 Ia 8 = JT 1993 I 580; ZR 1996, no 64 p. 194 ss (Obergericht de Zurich).

1564 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 354 s.; SCHÖNLE, responsabilité, p. 71. En détail: BILLOTTE-TONGUE, no 110 ss.

1565 Voir la note précitée de WESSNER, in: Droit du bail 6/1994, p. 7 ss, 8 et ses références. S'agissant du moment exact de la bonification, nous ne pensons pas que l'on puisse suivre à la lettre les propositions du Comité de droit monétaire international de l'International Law Association (cf. *supra* no 54), p. 175, chiffre 5 (avec commentaire de

mandataires substitués au sens de l'art. 398 al. 3 CO - c'est en tout état le cas pour la banque du bénéficiaire -, le donneur d'ordre peut même directement s'adresser à elles pour demander la révocation avant que l'exécution soit achevée, en exerçant les mêmes droits dont jouit sa banque, cela conformément à l'art. 399 al. 3 CO[1566].

605. Si la doctrine majoritaire considère qu'un virement n'est effectué qu'au moment de la bonification finale du compte du bénéficiaire et que le paiement reste donc en principe révocable jusque là, certains tiennent toutefois compte de la complexité des virements en chaîne en fixant le moment du paiement et donc d'irrévocabilité au stade de l'"*Interbankbuchung*"[1567], c'est-à-dire au moment du règlement entre banques, lorsque la banque du bénéficiaire reçoit la couverture du paiement qu'elle doit créditer à son client. Le fait d'"avancer" ainsi le moment du paiement présente sans aucun doute des avantages pratiques: on tient compte de la difficulté de révoquer un paiement qui passe par de multiples intervenants, ainsi que de la vitesse d'exécution, avec des systèmes de plus en plus automatisés. Cela étant, il nous semble que cette théorie ne peut être admise *de lege lata*[1568]. Le moment du paiement doit rester le moment de la bonification du compte du créancier[1569], quitte à ce que l'on adopte *de lege ferenda* une réglementation limitant le temps durant lequel un paiement peut être révoqué[1570].

SCHÖNLE Herbert, p. 166, no 36) et de SCHÖNLE, responsabilité, p. 71, et Zahlung, p. 110 ss, selon lesquelles ce moment devrait être différent selon que le procédé de comptabilisation est manuel, qu'il s'agit d'un virement automatisé accompagné des pièces justificatives ou encore d'un virement par échange de supports de données sans pièces justificatives. Cette théorie, très discutée notamment dans la doctrine allemande (pour un exemple: PLEYER/WALLACH, p. 175 s.) et même traitée en jurisprudence (BGHZ 103, 143, 146 ss), a à nos yeux le désavantage d'être extrêmement dépendante de la technique. Comme celle-ci évolue très vite, toute solution peut trop rapidement être dépassée. Dans le cadre des procédures de paiement automatisées actuelles, il vaut donc mieux retenir de manière générale que la bonification intervient au moment exact et déterminable où le système informatique de l'établissement du bénéficiaire a matériellement exécuté cette opération de crédit du compte sur la base des informations reçues, moment à partir duquel le bénéficiaire peut inconditionnellement et irrévocablement disposer du montant en cause.

1566 GAUTSCHI, no 10b ad art. 399. Contra: BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 362 note 86; WETTSTEIN, p. 122 note 318; ainsi - semble-t-il - que BILLOTTE-TONGUE, no 227. Selon ZEIDLER, p. 48 s., une révocation directe auprès de la banque du bénéficiaire est possible mais ne lie pas cet établissement, en l'absence de tout rapport contractuel avec le donneur d'ordre (ce qui revient à dire à tort, comme les autres auteurs, qu'un droit de révocation directe du client auprès des intermédiaires n'existe pas!).

1567 GAUCH/SCHLUEP, no 2365, 2368; SCHRANER, no 98 ss, 105 ad art. 74.

1568 Dans le même sens: BILLOTTE-TONGUE, no 175 ss, 177, 231.

1569 L'"*Interbankbuchung*" correspond au moment où le bénéficiaire acquiert seulement une créance contre sa banque "*auf die Gutschrift*" et non encore "*aus der Gutschrift*": ZEIDLER, p. 44.

1570 Voir *supra* no 536 ss pour le droit européen. Contra: BILLOTTE-TONGUE, no 232.

Il convient maintenant d'examiner quelles limites peuvent être posées à la liberté contractuelle d'intégrer des clauses qui défavorisent les clients dans les contrats relatif à des moyens de paiement.

II. Les moyens de lutte contre les clauses abusives

606. A l'heure où la quasi-totalité des Etats européens connaissent une législation en matière de clauses abusives - et de nombreux textes existaient déjà avant la directive 93/13/CEE[1571] -, la Suisse fait office de parent pauvre. Tout d'abord, la notion de "clauses abusives" n'est pas très utilisée. Sous l'influence du droit allemand, on préfère généralement parler de la seule problématique des conditions générales, soit des clauses contractuelles préformulées pour un grand nombre de contrats, clauses typiquement utilisées par les banques dans leurs contrats avec la clientèle[1572]. Ensuite, le droit des conditions générales n'est pas réglementé. Il existe bien un article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) de 1986 consacré aux "*conditions commerciales abusives*", mais même si le Tribunal fédéral laisse peut-être transparaître son souci d'améliorer les conditions d'application de cette disposition[1573], il reste que celle-ci s'est révélée jusqu'ici totalement insuffisante pour régler les problèmes existants. En pratique, les tribunaux ne contrôlent pas l'équité des clauses contractuelles, ils recourent à d'autres techniques que l'on juge pour le moins dépassées à l'étranger.

Une multitude d'études sont venues attester de ces carences ces dernières années[1574]. Il faut se rendre à l'évidence: *de lege lata*, il est trop difficile de combattre des clauses abusives et de plus en plus de voix se font entendre pour qu'une véritable loi soit adoptée en la matière. Tant que la situation actuelle perdurera, on ne peut se prononcer avec précision et de manière certaine sur la légalité de telle ou telle clause présente dans un contrat. En l'absence de règles claires, l'appréciation des tribunaux se fait au cas par cas et toute synthèse reste très difficile.

1. L'incorporation (ou le contrôle du consentement)

607. Les conditions générales n'ont de portée contractuelle que par la volonté des parties. Il convient donc d'examiner dans chaque cas d'espèce si, lors de la

1571 Sur cette directive communautaire concernant les clauses abusives, cf. *supra* no 341 ss.

1572 Sur la notion de conditions générales, voir (parmi d'autres) KRAMER, no 181 s. ad art. 1; GAUCH/SCHLUEP, no 1118 ss.

1573 Cf. *infra* no 626.

1574 Voir par exemple les références bibliographiques citées par TOLLER, p. 52 notes 2 et 3; ainsi que nos études: FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 140 ss, et Note, p. 644 ss.

conclusion du contrat (art. 1 CO), les parties sont réellement tombées d'accord sur l'incorporation des conditions préformulées[1575]. C'est ce que d'aucuns appellent - maladroitement en français - le contrôle de la validité des conditions générales ("*Geltungskontrolle*")[1576]. On recherche si possible la volonté réelle des parties et l'on se rabat sinon sur le principe de la confiance[1577]. Pour manier des critères précis, doctrine et jurisprudence ont défini des conditions pour l'incorporation globale[1578] des clauses de conditions générales en concrétisation du principe de la confiance, conditions qui ont été présentées dans le chapitre consacré à la transparence[1579]. Cette méthode de contrôle du consentement est encore prépondérante dans la pratique des tribunaux suisses, alors qu'elle est considérée comme désuète à l'étranger, dans la mesure où elle ne vise pas expressément le contrôle de l'équité des clauses.

608. La jurisprudence permet toutefois de combattre certaines clauses abusives par ce biais, en recourant à une forme de contrôle déguisé du contenu. Des conditions d'incorporation plus strictes ont été définies pour les clauses de prorogation de for[1580] et plus généralement pour les clauses que l'on qualifie

---

1575 KRAMER, no 184 ad art. 1; GAUCH/SCHLUEP, no 1128 s. et 1132 s.; ENGEL, Traité, p. 168; GIGER, p. 49 s.; FORSTMOSER, p. 34.

1576 GIGER, p. 30 ss; BAUDENBACHER, Grundprobleme, p. 258 ss; WESSNER, consommateur, p. 61 ss.

1577 Il s'agit alors de dégager le sens objectif de la manifestation de volonté, en s'arrêtant à l'interprétation que pouvait et devait donner le destinataire du comportement de l'autre partie selon les règles de la bonne foi. GAUCH/SCHLUEP, no 206 ss, 229 et 308 ss; JÄGGI, no 181 ss ad art. 1; KRAMER, no 37 ss ad art. 1; ATF 109 II 219, 224; ATF 113 II 49, 50 = JT 1987 I 373, 375; ATF 116 Ia 56, 58 = JT 1990 I 563, 565; ATF 118 II 342, 344; ATF 119 II 449, 451.

1578 On parle d'incorporation globale lorsque le cocontractant de l'utilisateur des conditions générales ne connaît pas le contenu précis de celles-ci, parce qu'il ne les a pas lues. Au contraire, il y aura incorporation intégrale lorsque cette même partie a pris connaissance des clauses préformulées, a compris leur portée et accepte pleinement qu'elles régissent le contrat. WESSNER, consommateur, p. 61; STAUDER, Droit suisse, p. 102; GAUCH/SCHLUEP, no 1130; GIGER, p. 31 et 54 ss; JÄGGI, no 461 s. ad art. 1.

1579 *Supra* no 307. Pour une étude spécifique des conditions d'incorporation des conditions générales de banque, voir aussi parmi d'autres: HARDEGGER, p. 27 ss; MAURENBRECHER, p. 174 ss; SCHWARZ, p. 135 ss; GUGGENHEIM, p. 38 ss.

1580 Cf. par exemple: ATF 93 I 323, 327 s. = JT 1968 I 306; ATF 98 Ia 314, 321 s. = JT 1973 II 121, 124 s.; ATF 104 Ia 278, 279-281 = JT 1979 I 154, 155-157 (avec références); ATF 109 Ia 55, 57 = JT 1985 I 66, 68; ATF 118 Ia 294, 297 s. = JT 1994 I 120; GIGER, p. 109 ss. En posant le principe qu'une renonciation au juge naturel de l'art. 59 Cst. ne devait pas être admise facilement, la jurisprudence a soumis l'incorporation de telles clauses à des conditions sévères: déclaration expresse, sans équivoque, et mise en évidence à un endroit bien visible. Sur la question de la présentation typographique particulière de ces clauses, cf. GIGER, p. 113; KRAMER, no 202 et 207 ad art. 1; STAUDER, Droit suisse, p. 107; GILLIÉRON, conditions générales, p. 92.

d'inhabituelles ou d'insolites[1581]. Depuis l'arrêt *Adolf Forster AG c. Hanspeter Krattiger* de 1983[1582], le Tribunal fédéral considère que l'on ne doit pas se contenter d'examiner si le cocontractant soumis à des conditions générales est inexpérimenté dans la branche en question et s'il est donc reconnaissable pour l'autre partie selon le principe de la confiance qu'une ou des clauses apparaissent comme insolites (condition subjective), il faut encore que "*par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire (geschäftsfremd)*", ce qui vise "*les dispositions qui en modifient essentiellement la nature ou sortent notablement du cadre légal d'un type de contrat*"[1583]. C'est donc bien le contenu de la clause, l'équilibre contractuel, qui doit également être examiné, la notion de clause insolite étant ainsi transformée en réalité en celle de clause inéquitable[1584].

609. A notre sens, les règles sur l'incorporation inspirées du principe de la bonne foi manquent trop d'unité. Toute solution dépend uniquement du cas d'espèce[1585]. Aucun contrôle abstrait des clauses n'est possible, le phénomène de masse des conditions générales ne peut être saisi dans sa globalité. En réalité, le contrôle du consentement n'est pas un moyen assez efficace pour lutter contre les clauses inéquitables. Un véritable contrôle du contenu de ces clauses s'avère indispensable[1586]. Au lieu d'appliquer cette solution, les tribunaux recourent cependant souvent à un autre mode de contrôle indirect des clauses abusives, celui de l'interprétation.

2. L'interprétation

610. Qu'il s'agisse de conditions générales ou de clauses négociées, toutes les clauses doivent être interprétées de manière individuelle, selon les principes généraux d'interprétation du contrat[1587]. On recherchera à nouveau "*la réelle et*

1581 En doctrine, voir notamment: KRAMER, no 201 ss ad art. 1; JÄGGI, no 498 s. ad art. 1; GIGER, p. 32 ss; STAUDER, Droit suisse, p. 105 ss; WESSNER, consommateur, p. 63 s.; GILLIÉRON, conditions générales, p. 92 ss.

1582 ATF 109 II 452 = JT 1984 I 470.

1583 ATF 109 II 452, 458 = JT 1984 I 470, 475.

1584 STAUDER, Droit suisse, p. 106. L'"*Ungewöhnlichkeitsregel*" a encore été appliquée dans l'ATF 119 II 443, 446; voir notre critique in FAVRE-BULLE, Note, p. 644 s.; ainsi que BAUDENBACHER, Bemerkungen, p. 83 s.

1585 "*La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche*": ATF 119 II 443, 446.

1586 Voir par exemple l'argumentation pertinente de SCHÖNLE, responsabilité, p. 83, pour qui: "*Le véritable problème n'est pas l'ignorance des Conditions générales et leur incorporation ou non-incorporation dans le contrat bancaire. Le véritable problème est le contenu déloyal et abusif de certaines clauses. C'est ce contenu déloyal qu'il convient de combattre si l'on recherche des solutions équitables à des conflits d'intérêts créés par les inégalités économiques, sociales et psychologiques des parties contractantes*".

1587 GAUCH/SCHLUEP, no 1241; STAUDER, Droit suisse, p. 111; WESSNER, consommateur, p. 67; KRAMER, no 60 ad art. 18; ATF 117 II 609, 621.

commune intention des parties", au sens de l'art. 18 al. 1 CO[1588]. Lorsqu'il n'est pas possible de l'établir avec sûreté, on recourra au principe de la confiance[1589], c'est-à-dire en déterminant quel sens pouvait raisonnablement et de bonne foi donner le destinataire à la clause litigieuse, en fonction de toutes les circonstances du cas d'espèce[1590].

611. D'autres règles d'interprétation peuvent s'appliquer d'une manière subsidiaire lorsque les règles traditionnelles ne permettent pas de lever le doute sur le sens d'une déclaration. En cas de doute, les clauses contractuelles ambiguës doivent être interprétées dans le sens défavorable à la partie qui les a rédigées; c'est le principe *in dubio contra stipulatorem* ou encore de l'"*Unklarheitsregel*"[1591]. En outre, certaines clauses qui dérogent au droit dispositif, qui limitent la liberté économique du cocontractant en le faisant renoncer à des avantages que lui confère la loi, doivent être interprétées d'une manière restrictive[1592].

3. Le contrôle du contenu

612. Mis à part le contrôle administratif préventif qui peut être pratiqué dans certains domaines et les normes impératives de la loi auxquelles aucune clause de

---

1588 GAUCH/SCHLUEP, no 1200; KRAMER, no 101 ad art. 1; STAUDER, Droit suisse, p. 109.

1589 JÄGGI/GAUCH, no 425 s. ad art. 18; KRAMER, no 102 ad art. 1, et no 67 ad art. 18; GAUCH/SCHLUEP, no 1224 ss; ENGEL, Traité, p. 238 ss; GILLIÉRON, conditions générales, p. 94; ATF 111 II 284, 287; ATF 111 II 291, 293 = JT 1986 I 331, 333; ATF 111 II 455, 457 = JT 1986 I 326, 327; ATF 112 II 245, 253; ATF 115 II 264, 268 = JT 1990 I 57, 61; ATF 116 II 431, 434 = JT 1991 I 45, 48.

1590 Pour des exemples typiques récents, en matière d'assurance: ATF 118 II 342, 344 ss; ATF 117 II 609, 621; RVJ 1996, p. 257 ss = RSJ 1997, p. 180 s.; BJM 1996, p. 197 ss.

1591 ATF 93 I 323, 328 = JT 1968 I 306; ATF 100 II 153, 156 = JT 1975 I 174, 177; ATF 110 II 141, 146; ATF 113 II 49, 52 = JT 1987 I 373, 376; ATF 118 II 342, 344; ATF 119 II 443, 448 (question laissée ouverte dans le cas d'espèce); RSJ 1996, p. 153 s.; JÄGGI/GAUCH, no 451 ss et 472 ad art. 18; KRAMER, no 109 ad art. 1; FORSTMOSER, p. 51. Mais une disposition contractuelle ne peut être interprétée en défaveur du professionnel qui l'a rédigée (par exemple une assurance) que si elle n'est pas claire, si, après une interprétation soigneuse et objective, elle peut de bonne foi être comprise de différentes façons: TF SJ 1996 623, 626 s.; ATF 122 III 118, 124.

1592 ATF 83 II 401, 404 = JT 1957 I 582, 584; ATF 91 II 344, 348 = JT 1966 I 530, 534; ATF 109 II 24, 25; ATF 116 II 459, 461; ATF 118 II 342, 345. Cette règle d'interprétation est cependant contestée à juste titre par une partie de la doctrine, notamment parce qu'elle peut constituer un moyen déguisé de contrôle du contenu des clauses (voir les arguments et références citées par STAUDER, Droit suisse, p. 111 et 113). Il est donc regrettable que les tribunaux recourent aussi souvent à une interprétation restrictive, sans véritable base légale, cela seulement dans le but d'éviter de procéder à un contrôle ouvert de l'équité du contrat.

conditions générales ne peut déroger[1593], seul l'art. 8 LCD offre une base légale expresse pour contrôler le contenu des "*conditions commerciales abusives*", mais avec des conditions d'application pour le moins délicates[1594].

613. Jusqu'à présent, les tribunaux ne se sont pas estimés habilités à pratiquer un contrôle ouvert et direct de l'équité des clauses sur la base d'une norme spécifique du Code civil ou du Code des obligations fixant les limites de l'autonomie de la volonté[1595]. En se limitant pour l'essentiel au contrôle de l'incorporation des clauses, mais avec une notion large de clause insolite, en recourant à certaines méthodes d'interprétation, les tribunaux recourent en fait à un contrôle déguisé du contenu des clauses, méthode largement critiquée - et à juste titre - en doctrine[1596]. On constate parfois un très occasionnel contrôle indirect du contenu de certaines clauses contractuelles - dépendant des circonstances du cas d'espèce - sur la base des dispositions générales du droit civil (art. 2 et 27 CC, 19 à 21 CO)[1597]. Nous verrons également un exemple d'examen plus abstrait de conditions générales bancaires par le Tribunal fédéral sous l'angle des principes généraux du droit civil[1598], mais sans que l'on puisse pour autant affirmer qu'un véritable contrôle ouvert et direct du contenu des clauses est en train de s'instaurer.

4. Le rôle du droit impératif - l'exemple des art. 100 et 101 CO

614. En matière de droit applicable à la relation entre un client et sa banque pour l'exécution d'un paiement transfrontière, nous avons souligné que les normes pertinentes du Code des obligations sont le plus souvent de droit dispositif et que les professionnels y dérogent donc. Deux dispositions

---

1593 Cf. STAUDER, clauses abusives, p. 284 s.

1594 Cf. *infra* no 620 ss.

1595 WESSNER, consommateur, p. 60 et 64 s. Comme le précise cet auteur, on parle de contrôle "*direct*" lorsque le juge se fonde spécifiquement sur une norme, existante ou à créer, et de contrôle "*indirect*" lorsque l'examen repose sur les principes généraux délimitant la liberté contractuelle. Quant à l'expression de contrôle "*ouvert*", elle vise le contrôle véritable du contenu d'une clause, par opposition au contrôle "*déguisé*" où le juge utilise en fait les critères de l'incorporation et de l'interprétation pour examiner l'équité de la clause. Pour souligner l'attitude restrictive des tribunaux, on rappellera que pour le Tribunal fédéral, "*L'art. 20 CO ne fait pas du juge le tuteur des personnes qui ont l'exercice des droits civils*" (ATF 84 II 13, 29 = JT 1958 I 263, 275).

1596 GIGER, p. 30, 39 s., 46, 71; KRAMER, no 206, 208 ad art. 1, et no 279 ad art. 19-20; HARDEGGER, p. 71 ss; FORSTMOSER, p. 52; BAUDENBACHER, Bemerkungen, p. 83 s. Cf. aussi notamment WESSNER, consommateur, p. 65; STAUDER, Reiseveranstalter, p. 153; BAUDENBACHER, AGB-Gesetz, p. 517; MÜLBERT, p. 724; FAVRE-BULLE, Note, p. 645 et note 11.

1597 Cf. par exemple ATF 120 II 35. MÜLBERT, p. 725.

1598 *Infra* no 630.

impératives de la partie générale du CO jouent toutefois un rôle important pour limiter la liberté contractuelle des professionnels: il s'agit des art. 100 et 101 CO, qui traitent des clauses d'exonération de responsabilité[1599].

615. A la base, un débiteur ne peut se libérer d'avance de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave, une telle stipulation étant considérée comme nulle (art. 100 al. 1 CO). Quant à la responsabilité du fait des auxiliaires, elle peut être exclue en tout ou en partie par le biais d'une convention préalable (art. 101 al. 2 CO). Ces limites, qui laissent donc une place importante à la liberté contractuelle, sont toutefois accentuées si le créancier est au service du débiteur ou si "*la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité*", au sens des art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO. En effet, dans de tels cas, la clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité simplement en cas de faute légère peut aussi être tenue pour nulle par le juge (art. 100 al. 2 CO)[1600], en fonction de son pouvoir d'appréciation découlant de l'art. 4 CC. Par ailleurs, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement de la responsabilité découlant d'une faute grave de ses auxiliaires (art. 101 al. 3 CO). Dès lors, toute la question est de savoir si la fourniture d'un service de trafic des paiements dans le cadre d'une activité bancaire doit être considérée comme une industrie concédée par l'Etat.

616. Après avoir pendant longtemps refusé d'admettre que l'activité bancaire était concédée par l'autorité[1601], puis laissé la question ouverte[1602], le Tribunal fédéral a tranché définitivement cette controverse dans son arrêt phare *Banque X. c. B.* du 18 novembre 1986, en posant qu'"*en accord avec la doctrine quasi unanime (...), il sied (...) d'assimiler l'exploitation d'une banque à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité*" au sens de l'art. 100 al. 2 CO[1603]. C'est dire que désormais, pour tout service bancaire, les paiements transfrontières y compris, la responsabilité pour les auxiliaires de la banque ne peut être limitée qu'en cas de faute légère et que le juge peut même considérer comme nulle une exonération pour faute légère si elle concerne les organes de la banque. Reste toutefois à bien délimiter le champ d'application de ces dispositions par rapport aux conditions générales utilisées par les banques en matière de trafic de paiements et l'arrêt de 1986 est à cet égard très instructif.

617. Le litige porté devant notre Haute Cour concernait un problème de responsabilité de la banque qui verse à un tiers non autorisé (*falsus procurator*) les fonds que son client lui a confiés. La banque estimait pouvoir se libérer de

---

1599 Pour une étude détaillée, voir notamment la récente thèse de BUOL, p. 63 ss.

1600 Sur les notions de faute grave et de faute légère dans ce contexte: PERRIN, limitation, p. 211; HARDEGGER, p. 86 s.

1601 Cf. PETITPIERRE-SAUVAIN, FJS no 721, p. 11; HARDEGGER, p. 94.

1602 ATF 110 II 283, 287 = JT 1985 I 16, 20; ATF 109 II 116, 120 = JT 1984 I 35, 37.

1603 ATF 112 II 450, 455.

son obligation de restituer les fonds à son client grâce à une clause de ses conditions générales qui prévoyait que "*Le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque*". On rappellera à cet égard qu'il faut distinguer l'action du client en exécution du contrat, tendant au remboursement des fonds déposés sur son compte, et l'action du même client en dommages-intérêts, découlant de la responsabilité de l'institution financière pour violation de ses obligations contractuelles[1604]. Dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral, il s'agissait en réalité du seul problème du sort de l'action en exécution, puisque la clause des conditions générales transférait sur la tête du client le risque d'exécution en main d'un tiers non autorisé - risque que la banque devrait en principe supporter au vu de l'art. 402 al. 1 CO -.

Comme le précisent les juges fédéraux, la clause n'avait pas pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité contractuelle de l'établissement bancaire. Celle-ci n'était pas en cause: le client réclamait à la banque la restitution de la somme prélevée, en concluant à l'exécution du contrat et non à l'allocation de dommages-intérêts[1605]. Qu'en est-il dès lors de l'éventuelle applicabilité des art. 100 et 101 CO, alors que ceux-ci ne visent en principe que les clauses d'exonération de responsabilité au sens strict du terme, les clauses de transfert des risques en cas d'exécution dépourvue d'effet libératoire n'étant pas visées[1606]? Le Tribunal fédéral retient à cet égard une solution originale puisqu'il applique tout de même l'art. 100 al. 2 CO à la clause litigieuse, mais par analogie[1607]. Les clauses d'allocation des risques de fraude et d'erreur défavorables aux clients peuvent donc, dans cette mesure, être également contrôlées par le juge. En l'absence de législation sur les clauses abusives, force est dès lors de constater que parmi les différentes normes susceptibles d'être appliquées aux conditions générales bancaires, ce sont finalement des art. 100 et 101 CO que l'on doit attendre la sauvegarde d'une certaine équité contractuelle[1608].

1604 *Supra* no 574.

1605 Cf. ATF 112 II 450, 454.

1606 Cf. BUCHER Eugen, Risikos, p. 99 s.; SCHÖNLE, responsabilité, p. 81 s.; VON DER CRONE, p. 108 s.; WEBER, Haftungsrisiko, p. 389.

1607 Cet article "*n'est certes pas directement applicable à la stipulation tendant à libérer la banque de son obligation contractuelle de restituer la chose déposée (clause de transfert), car il figure parmi les dispositions relatives aux conséquences de l'inexécution des obligations (art. 97 ss. CO). Toutefois, la similitude des situations, qui apparaît de manière évidente si l'on compare l'obligation de restituer dans le dépôt régulier (art. 475 CO) et irrégulier (art. 481 CO), commande ici l'application analogique de cette disposition*": ATF 112 II 450, 455.

1608 Voir par exemple un cas d'application de la jurisprudence de l'ATF 112 II 450 pour limiter la portée d'une clause d'allocation des risques sous l'angle des art 100 al. 2 et 101 al. 3 CO: RSJ 1994, p. 65 ss (Bezirksgericht Horgen).

618. La portée de ce type de contrôle judiciaire reste toutefois limitée[1609]. Le Tribunal fédéral relève à juste titre, toujours dans l'arrêt de 1986 et en se référant à certains auteurs, que l'application aux banques de l'art. 100 al. 2 CO est exclue dans l'hypothèse où le dommage résulte d'un cas fortuit - et notre Haute Cour de citer l'exemple révélateur d'un "*virement erroné à la suite d'un mauvais fonctionnement du système électronique*" -. De même, la banque peut toujours s'exonérer conventionnellement de la responsabilité découlant d'une faute légère de ses auxiliaires (art. 101 al. 3 CO)[1610], ce qui n'est pas négligeable puisque les fautes humaines les plus fréquentes en matière de trafic des paiement sont celles commises par les employés de la banque (contrôle incorrect de la légitimation du donneur d'ordre, erreur de saisie des données du paiement, etc.). Enfin, l'art. 100 al. 2 CO ne donne que la faculté au juge de tenir pour nulle une exonération pour faute légère de la banque (soit de ses organes), seule l'exonération pour faute grave étant nulle de plein droit. On peut donc imaginer des cas où, en appliquant les règles du droit et de l'équité prévues à l'art. 4 CC et réservées par l'art. 100 al. 2 CO[1611], le juge pourrait malgré tout admettre une clause mettant le risque de mauvaise exécution à charge du client en cas de faute légère de la banque[1612].

619. Les art. 100 et 101 CO ne remplaceront donc jamais un système de contrôle efficace du contenu des conditions générales[1613], tel qu'il existerait dans une législation sur les clauses abusives. Comme nous allons le voir, la solution ne devrait pas non plus être recherchée en droit de la concurrence déloyale.

5. L'art. 8 LCD

620. Si les juges ne s'estiment en principe pas habilités à contrôler systématiquement le contenu des clauses contractuelles sous l'angle d'une des normes générales du droit civil, il n'en reste pas moins que la nouvelle loi contre

---

1609 THÉVENOZ, banquier, p. 40.

1610 ATF 112 II 450, 456.

1611 "*Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation* (...)".

1612 Cf. ASB, banques, p. 145. Comme le précise le Tribunal fédéral, il appartiendra au juge, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, "*d'examiner la clause litigieuse en tenant compte des autres stipulations du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier*", en prenant en considération "*le besoin de protection des clients contre les clauses préformulées*", mais aussi "*l'intérêt que peut avoir la banque à se prémunir contre certains risques dont la réalisation peut difficilement être évitée*": ATF 112 II 450, 455 s.

1613 Ce d'autant plus si le Tribunal fédéral évite de confirmer expressément les développements de l'ATF 112 II 450. Dans l'ATF 122 III 26, 32 = JT 1997 I 121, 127 (sur cet arrêt, cf. aussi *infra*, notamment note 1713), la banque n'avait pas commis de faute, les juges fédéraux ont donc préféré laisser ouverte la question de l'admissibilité, sous l'angle des art. 100 et 101 CO, de la classique clause bancaire de transfert du risque de défaut de légitimation au client, sauf faute grave de la banque.

la concurrence déloyale de 1986 leur a fourni avec l'art. 8 une base légale expresse pour un contrôle ouvert et direct des clauses abusives. Cette disposition s'avère toutefois largement insatisfaisante[1614].

621. L'art. 8 LCD érige en acte de concurrence déloyale le fait d'utiliser des conditions générales préalablement formulées qui créent un déséquilibre contractuel entre les parties, selon des critères matériels qui concrétisent le principe de la bonne foi en affaires[1615]: une clause est abusive ou bien parce qu'elle déroge notablement au droit dispositif (régime légal applicable directement ou par analogie; lit. a), qui sert donc de modèle au juge pour le contrôle de l'équité d'une clause, ou bien parce qu'elle s'écarte notablement d'une répartition équitable des droits et obligations des parties déterminée par la nature du contrat (lit. b), lorsqu'avec un contrat innommé il n'est pas possible d'appliquer de normes légales supplétives, directement ou par analogie[1616].

622. Une condition cumulative[1617] a cependant été ajoutée lors des travaux parlementaires: la ou les clauses doivent être "*de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante*". Cette condition supplémentaire de tromperie est critiquée à juste titre par la doctrine[1618], dans la mesure où l'on ne sait pas si elle vise une erreur lors de la conclusion d'un contrat donné ou si elle se réfère au contenu trompeur d'une clause en général. Dans la première hypothèse, elle pourrait se confondre avec les conditions d'incorporation, ce qui signifie qu'avec une simple amélioration de sa présentation, une clause abusive n'induirait plus en erreur. Dans la deuxième hypothèse, si la condition de tromperie se rapportait au contenu de la clause litigieuse, on saisirait mal son autonomie par rapport aux critères matériels de contrôle des lettres a et b: nul n'étant censé ignorer la loi, ne peut-on pas dire qu'une clause qui déroge notablement au droit dispositif induit forcément en erreur?[1619]

1614 Voir les critiques en doctrine citées in FAVRE-BULLE, Note, p. 646 note 13; BAUDENBACHER, Rechtslage, p. 9.

1615 STAUDER, Droit de la consommation, p. 204.

1616 Pour une analyse approfondie des critères matériels de l'art. 8 LCD, cf. STAUDER, Reiseveranstalter, p. 169 ss (sous l'angle du contrat de voyage), et Verbandsklage, p. 78 ss; PEDRAZZINI, p. 193 ss; GAUCH, p. 52 ss; SACK, p. 141 ss.

1617 DESSEMONTET, Art. 8, p. 110. Confirmation in: ATF 117 II 332, 333.

1618 BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, p. 48 s. et 57 s.; KRAMER, no 286 s. ad art. 19-20; PEDRAZZINI, p. 189 et 192 s.; STAUDER, Reiseveranstalter, p. 163 s., et Droit suisse, p. 125 s.; SACK, p. 145 ss; GAUCH, p. 55; GUYET, UWG, p. 203, 206; DESSEMONTET, contrôle, p. 70 s.; GILLIÉRON, Art. 8, p. 113 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 112; THÉVENOZ, banquier, p. 40 note 64; BUCHER Eugen, AGB, p. 54; TOLLER, p. 64. Voir aussi la synthèse de la doctrine et de la jurisprudence par MÜLBERT, p. 727 s.

1619 Par ailleurs, si la condition de tromperie devait se résumer à des questions de clarté de style (cf. SCHWARZ, p. 147), non dans une perspective d'incorporation (incombances découlant du principe de la confiance) mais de contrôle du contenu, c'est-à-dire plus dans la logique du "*Transparenzgebot*" allemand (cf. *supra* no 282 ss et 308), la situation serait tout aussi insatisfaisante: là où le droit allemand permet d'annuler tant des clauses

Devant la difficulté de délimitation entre les clauses inéquitables qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et celles qui n'ont pas ce caractère, la doctrine a donc plaidé pour que cette condition peu claire soit neutralisée[1620]. Cela n'a cependant pas permis de remédier aux carences de l'art. 8 LCD et cette disposition est restée pratiquement lettre morte depuis l'adoption de la nouvelle loi contre la concurrence déloyale, entrée en vigueur en 1988[1621]. Dans la mesure où, contrairement à beaucoup de législations étrangères, l'art. 8 LCD ne contient en outre pas de liste "noire" et/ou "grise" de clauses interdites, ni même de liste indicative comme le prévoit la directive 93/13/CEE, les juges se heurtent à une difficulté supplémentaire pour apprécier le caractère abusif des clauses[1622].

623. L'art. 8 LCD peut être invoqué dans le cadre d'actions collectives intentées par des organisations professionnelles et économiques ou des associations de consommateurs, visant à un contrôle judiciaire abstrait des clauses, indépendamment des circonstances d'un cas d'espèce[1623]. Quant au contrôle concret, lorsque l'art. 8 LCD est invoqué dans un litige individuel, la loi reste muette sur ses conséquences. Or pourtant il pose problème. L'art. 8 LCD se trouve dans une loi qui réprime les comportements déloyaux. Si l'acte de concurrence déloyale est bien illicite (art. 2 LCD), cela ne se rapporte pas au contenu de la clause utilisée mais à la pratique commerciale en tant que telle. Une partie de la doctrine conteste donc que cela puisse conduire à la nullité de la clause au sens de l'art. 20 al. 1 CO[1624].

---

très claires mais au contenu abusif que des clauses non transparentes, le droit suisse ne prohiberait que les clauses à la fois abusives et non transparentes, compte tenu des conditions cumulatives des critères matériels et de la tromperie. Or d'aucuns soulignent avec raison que les clauses de conditions générales de banque susceptibles d'être matériellement abusives ne sont le plus souvent pas formulées d'une manière qui pourrait provoquer une erreur au sens de l'art. 8 LCD: RÜEGG, no 479 (cf. toutefois no 480); voir aussi HUGUENIN JACOBS, p. 86. Une thèse, dont nous n'avons pu tenir compte, vient par ailleurs d'être publiée sur le thème de l'élément d'erreur de l'art. 8 LCD en relation avec le "*Transparenzgebot*" développé par la jurisprudence allemande: MATT Peter C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Bâle 1997.

1620 Sur l'interprétation large de la condition de tromperie suggérée par certains: GUTMANS, p. 1401 s.

1621 En jurisprudence cantonale, voir SJ 1992 170, 175 (Cour de justice de Genève); GVP 1992 (Tribunal cantonal de St. Gall), no 19 p. 55.

1622 STAUDER, clauses abusives, p. 287; KRAMER, no 284 ad art. 19-20.

1623 Voir l'art. 10 al. 2 LCD, qui renvoie à l'art. 9 al. 1 et 2 et permet ainsi aux associations de demander au juge d'ordonner que les conditions générales abusives ne soient plus utilisées, par le biais des actions spécifiques de la LCD (en particulier l'action en cessation de l'art. 9 al. 1 lit b). Cf. STAUDER, Droit suisse, p. 123 s., et Verbandsklage, p. 81 ss; GAUCH, p. 59 s.; PEDRAZZINI, p. 195 s.

1624 Voir l'analyse spécifique et détaillée de TOLLER, p. 51 ss, 72; ainsi que GAUCH, p. 57; GAUCH/SCHLUEP, no 1156; STAUDER, Verbandsklage, p. 87; KRAMER, no 288 ad art. 19-20; PEDRAZZINI, p. 196; SCHÖNLE, responsabilité, p. 84, et Kauf, no 61 ad Vorbemerkungen zu Art. 184-551; BUCHER Eugen, Obligationenrecht, p. 155 note 131;

624. Une théorie convaincante a toutefois été élaborée par certains auteurs[1625] pour permettre de procéder à un véritable contrôle du contenu à l'aide de l'art. 8 LCD. Si l'on considère que le droit dispositif doit servir de modèle dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause, s'il est le garant d'une certaine équité, d'un certain équilibre contractuel, comme le prévoient les critères matériels de l'art. 8 LCD, on peut dire qu'il remplit par conséquent une "*fonction d'ordre*" ("*Ordnungsfunktion*"). Dès lors, si des conditions générales dérogent notablement au droit dispositif sans justification et violent par là l'art. 8 LCD dont les critères matériels permettent de concrétiser cette notion d'ordre public économique, de telles clauses devraient être considérées comme contraires à l'ordre public au sens de l'art. 19 al. 2 CO et donc nulles en vertu de l'art. 20 al. 1 CO. Ceci rejoint la doctrine plus ancienne qui jugeait déjà contraire à l'ordre public le fait que des clauses de conditions générales dérogent systématiquement au droit dispositif dans un domaine donné, sans qu'un consommateur puisse contracter à des conditions plus favorables[1626].

625. A ce jour, le Tribunal fédéral et les tribunaux cantonaux ne semblent pas en voie d'accorder une telle importance à la notion d'ordre public; les art. 19 et 20 CO ne sont pas retenus comme bases légales pour un contrôle spécifique des conditions générales[1627]. Il paraît donc bien vain de continuer d'analyser des clauses abusives tirées de la pratique et de considérer qu'elles sont contraires à l'ordre public. Cela serait synonyme d'entretenir une doctrine par trop en

---

SPOENDLIN, p. 112 s. Cf. aussi FAVRE-BULLE, Note, p. 649 s. Contra: BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, p. 55 s.; DESSEMONTET, contrôle, p. 83 ss, et Art. 8, p. 109; LINDER, p. 157; GUHL/MERZ/KOLLER, p. 112; DAVID Lucas, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3ème éd., Berne 1997, no 244. La même question se pose pour le rapport entre un jugement rendu en procédure de contrôle abstrait et un litige individuel: l'action visant à faire cesser l'utilisation de la clause incriminée est une action en concurrence déloyale, on vise par là à réprimer un comportement du professionnel. Les conséquences en droit civil, pour savoir quel sera le sort de la clause incriminée dans un contrat conclu entre deux parties, ne sont donc pas évidentes puisque la clause ne peut être déclarée nulle qu'en fonction de son objet (art. 20 al. 1 CO). Cf. STAUDER, Droit suisse, p. 126; VISCHER, p. 116 s. En droit allemand, la législation prévoit expressément que les conditions générales qui continueront d'être utilisées, en dépit d'un jugement d'interdiction rendu en procédure de contrôle abstrait, pourront être déclarées nulles dans un cas d'espèce pour autant que le client concerné se prévale dudit jugement: art. 21 AGBG; cf. STAUDER, législation allemande, p. 30. Sur toutes ces questions, voir également SACK, p. 150 s.

1625 Cf. KRAMER, no 290 ss ad art. 19-20; STAUDER, clauses abusives, p. 90, et Droit suisse, p. 126 s.; BUCHER Eugen, Obligationenrecht, p. 158; SCHÖNLE, Kauf, no 61 ad Vorbemerkungen zu Art. 184-551; TOLLER, p. 68 ss, 72.

1626 Cf. PERRIN, limitation, p. 216 s., et validité, p. 75 s.; STOCKAR, p. 54 ss; KRAMER, no 158 et 290 ss ad art. 19-20; BUCHER Eugen, Obligationenrecht, p. 158; BAUDENBACHER, Grundprobleme, p. 292, et AGB-Kontrolle, p. 60; HARDEGGER, p. 97 et 104 ss; SCHENK-ENGELER, p. 208 s.; SCHÖNLE, renseignements, p. 395 et 403. Plus récemment: CHAPPUIS, p. 156 (question laissée ouverte). Contra: GIGER, p. 90 s.

1627 Cf. *infra*, notamment no 631.

décalage avec la pratique judiciaire. Cela étant, un signe a peut-être été donné par le Tribunal fédéral, non pour le recours à la notion d'ordre public mais pour un éventuel assouplissement des obstacles à une application efficace de l'art. 8 LCD.

626. Dans un ATF 119 II 443 du 5 août 1993[1628], le Tribunal fédéral a en effet consacré un important *obiter dictum* à l'art. 8 LCD[1629]. Le recours à cette disposition n'était pas nécessaire dans le cas d'espèce, car notre Haute Cour avait déjà écarté la clause de conditions générales litigieuse par le biais de la règle de l'insolite[1630]. Pourtant, les juges de Lausanne ont jugé bon de préciser que si la clause n'avait pas été jugée insolite, elle n'aurait de toute façon pas pu être appliquée parce qu'elle serait tombée sous le coup de l'art. 8 LCD. Cette décision représente à notre connaissance le seul cas publié admettant l'application de principe de l'art. 8 LCD à une clause contractuelle[1631]. La méthode peut cependant surprendre, dans la mesure où les juges fédéraux ne se sont absolument pas arrêtés sur les obstacles dénoncés par la doctrine.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord omis de rappeler expressément que la condition d'erreur est une condition cumulative, contrairement à ce qu'il avait fait dans sa jurisprudence antérieure[1632]. Ensuite, il s'est contenté de souligner que le libellé de la clause litigieuse était "*ambigu*", alors que dans le cas d'espèce, la clause n'était à notre avis pas trompeuse: elle était parfaitement claire mais abusive[1633]. On peut donc se demander si notre Haute Cour n'a pas recouru à un moyen déguisé pour neutraliser la condition d'erreur et faciliter l'application de l'art. 8 LCD. Suffirait-il dans tous les cas où une clause inéquitable est utilisée d'arguer simplement que celle-ci induit en erreur parce qu'elle déroge notablement au droit dispositif, pour retomber dès lors sur les seuls critères matériels des lettres a et b? Relevons encore que le Tribunal fédéral a sans autre admis l'application théorique de l'art. 8 LCD dans un litige individuel, sans s'arrêter sur l'importante controverse qui divise la doctrine quant aux conséquences d'une telle application en droit des obligations (nullité ou non de la clause au sens de l'art. 20 CO)[1634].

1628 SJ 1994 637.

1629 FAVRE-BULLE, Note, p. 645 ss; BAUDENBACHER, Bemerkungen, p. 84; KRAMER Ernst A., note in: AJP 1994, p. 639 s., et Neues aus Gesetzgebung, Praxis und Lehre zum Vertragsschluss, in: BJM 1995, p. 1 ss, 14 s.; TERCIER Pierre, note in: DC 1995, p. 41; BÄR Rolf, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1993, in: RJB 1995, p. 427 ss, 439 s.; MÜLBERT, p. 723.

1630 Cf. *supra* no 608 et note 1584.

1631 Cf. aussi KRAMER Ernst A., in: AJP 1994, p. 639.

1632 Même remarque chez TERCIER Pierre, in: DC 1995, p. 41.

1633 Dans le même sens BAUDENBACHER, Bemerkungen, p. 84.

1634 Cf. aussi TERCIER Pierre, in: DC 1995, p. 41.

627. A nouveau, dans l'ATF 122 III 373 (examen des clauses d'allocation des risques pour les eurochèques)[1635], le Tribunal fédéral s'est référé de manière très générale à l'art. 8 LCD et aux critères matériels de la lit. a, sans aucunement relever un éventuel obstacle lié à la condition de tromperie ou à la portée de cette disposition en droit des obligations dans un litige individuel. Mais peut-être était-ce plus facile de ne pas disserter sur cette disposition dans la mesure où les juges fédéraux ont refusé de l'appliquer au cas d'espèce, les clauses contractuelles n'étant pas considérées comme abusives.

628. Ainsi, l'on ne sait plus très bien ce que l'on doit conclure de ces développements jurisprudentiels. L'art. 8 LCD pourrait-il enfin devenir une norme efficace de contrôle des conditions générales? Nous en doutons pour notre part[1636]. La condition de tromperie a clairement été fixée par le législateur et il est difficile d'en faire abstraction. Les effets contractuels d'une disposition légale du droit de la concurrence déloyale ne peuvent que poser problème. A notre sens, l'art. 8 LCD doit donc rester ce qu'il est, soit un instrument - imparfait - de contrôle abstrait des conditions générales, avant tout par le biais d'actions collectives. Un contrôle d'équité du contenu dans le cadre d'un litige individuel ne peut s'exercer que par le recours à une norme générale du droit civil ou, mieux, par une législation spéciale nouvelle. En l'état, le Tribunal fédéral n'a toujours pas appliqué véritablement l'art. 8 LCD dans un litige concret, avec les conséquences qui devraient en découler au niveau du contrat. On attend donc à tout le moins des éclaircissements par rapport aux derniers arrêts rendus. Jusqu'à présent, ceux-ci n'ont en tout cas pas poussé les tribunaux cantonaux à appliquer plus souvent et plus facilement l'art. 8 LCD.

6. Perspectives

629. Depuis longtemps, la doctrine majoritaire propose des solutions très diverses qui permettraient, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, de procéder à un véritable contrôle du contenu des clauses abusives[1637]. Les propositions les plus importantes visent à assurer un contrôle judiciaire de l'équité des conditions générales sur la base d'un des principes généraux du droit privé, soit par le recours à la notion d'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)[1638], de protection de la personnalité (art. 27 al. 2 CC), de bonnes moeurs (art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO)

1635 Cf. aussi *infra* no 664 et 670.

1636 Cf. aussi BAUDENBACHER, Bemerkungen, p. 84.

1637 Voir la présentation de BAUDENBACHER, Grundprobleme, p. 269 ss; GIGER, p. 72 ss; KRAMER, no 270 ss ad art. 19-20; WESSNER, consommateur, p. 60, 65, et contrats d'adhésion, p. 180 ss; HUGUENIN JACOBS, p. 87 s. A propos des conditions générales de banque: HARDEGGER, p. 97 ss; WEBER, Geschäftsbedingungen, p. 155 ss.

1638 Pour une analyse des arguments en faveur et en défaveur d'un contrôle basé sur les règles de la bonne foi et de l'abus de droit de l'art. 2 CC, cf. FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 149 ss.

ou encore d'ordre public comme nous venons de le voir (art. 19 al. 2 CO)[1639]. Ont également été suggérés le recours à la lésion (art. 21 CO)[1640], la création d'une base légale spécifique (art. 20 al. 3 CO)[1641] ou même la généralisation d'un contrôle administratif préalable des clauses préformulées[1642] et le recours à des conventions collectives définissant le contenu des conditions générales[1643].

630. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a pas voulu s'engager clairement dans l'une des voies possibles *de lege lata.*

Dans trois arrêts rendus en 1983, notre Haute cour s'est référée aux opinions de la doctrine selon lesquelles il conviendrait de procéder à un contrôle judiciaire du contenu des clauses pour protéger la partie faible et inexpérimentée, mais elle laissa la question ouverte car les cas d'espèce ne nécessitaient pas que le problème soit tranché[1644].

Dans l'ATF 112 II 450 *Banque X. c. B.* de 1986, dont il a déjà été question[1645], le Tribunal fédéral a été plus loin en parlant de "*prendre en considération (...) le besoin de protection des clients contre les clauses préformulées - pratiquement non susceptibles d'être discutées - telles qu'elles figurent dans les conditions générales*", de "*pesée des intérêts antagonistes*", de "*répartition équitable du risque entre la banque et ses clients*". S'agissant des clauses de transfert des risques en cas de fraude, le Tribunal fédéral s'est référé aux auteurs pour lesquels "*le juge devrait alors veiller à une répartition équitable de ce genre de risque en examinant le contenu des clauses litigieuses au regard*

1639 Cf. *supra* no 624. BUCHER Eugen, AGB, p. 54.

1640 Voir à ce sujet les développements de MERZ, contrôle, p. 202 s. et 208, et Massenvertrag, p. 154 ss.

1641 STOCKAR, p. 83 ss (comme concrétisation de la notion d'ordre public contenue dans la clause générale de l'art. 19 al. 2 CO).

1642 NORDMANN, p. 125 ss; BAUDENBACHER, Grundprobleme, p. 318 ss.

1643 BAUDENBACHER, AGB-Gesetz, p. 528 ss.

1644 Dans l'ATF 109 II 116, 118 (passage traduit partiellement au JT 1984 I 35, 36), la question n'est qu'incidemment invoquée car il s'agissait plus d'un problème d'incorporation et de contrôle du consentement, mais le Tribunal fédéral se réfère tout de même à l'abus de droit comme moyen de contrôle des conditions générales. En revanche, dans l'ATF 109 II 213, 216-218 (passage non traduit au JT 1984 I 202, 204 s.), notre Haute Cour cite expressément les bases légales invoquées par la doctrine pour "*die Inhaltskontrolle durch den Richter*", soit les art. 19 s., 20 CO, 27 et 2 al. 2 CC (une partie de la doctrine a critiqué le fait que le Tribunal fédéral n'ait pas procédé à un contrôle du contenu de la clause litigieuse dans cette affaire, cf. BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, p. 45; KRAMER, no 280 ad art. 19-20, et Status quo, p. 21 s.). Dans l'ATF 109 II 452, 457 = JT 1984 I 470, 474, le Tribunal fédéral se contente de dire qu'"*En l'espèce, il n'est pas non plus nécessaire de trancher le point de savoir si et le cas échéant dans quelle mesure le juge peut contrôler non seulement la validité des conditions générales (Geltungskontrolle), mais encore leur objet (Inhaltskontrolle), comme le propose une partie de la doctrine (...)*".

1645 *Supra* no 616.

des normes générales du droit civil (art. 2 et 27 CC, 19 à 21, 23 ss. CO)"[1646]. Encore une fois, notre Haute Cour s'est cependant limitée à cet *obiter dictum*, sans traiter plus avant la question du contrôle des conditions générales.

Dans l'ATF 116 II 459 traitant d'une clause de conditions générales d'un livret d'épargne nominatif[1647], le Tribunal fédéral s'est contenté d'un contrôle déguisé en appliquant la règle de l'interprétation restrictive, sans aborder les possibilités de contrôle du contenu, alors que l'on était en présence d'une clause tout à fait claire mais inéquitable[1648].

Dans l'ATF 119 II 443, sans compter l'*obiter dictum* consacré à l'art. 8 LCD qui a été abordé plus haut[1649], le Tribunal fédéral a appliqué la règle de l'insolite à une clause inéquitable, soit encore une fois un contrôle déguisé du contenu par le biais de l'incorporation.

Dans l'ATF 122 III 26 sur le chèque barré, les juges fédéraux ont admis la classique clause de transfert au client du risque de défaut de légitimation, sans autre examen particulier, si ce n'est une simple référence au caractère dispositif de l'art. 1132 CO, et en évitant au surplus tout développement relatif à l'admissibilité d'une telle clause de conditions générales sous l'angle des art. 100 et 101 CO[1650].

Enfin, dans l'ATF 122 III 373 sur les eurochèques, le Tribunal fédéral a réellement examiné les conditions ec sous l'angle des normes de principe invoquées par le recourant, à savoir l'abus de droit de l'art. 2 al. 2 CC, l'ordre public de l'art. 19 al. 2 CO et l'art. 8 LCD. Il ne s'est pas contenté d'un simple contrôle indirect dépendant des circonstances du cas d'espèce; il a jugé le régime contractuel proposé par les banques d'une manière plus abstraite[1651]. Cela étant,

---

1646 ATF 112 II 450, 455 s. Certains espèrent depuis que le Tribunal fédéral "*poussera complètement*" cette "*porte entrouverte*": CHAUDET, p. 25 et ses références.

1647 SJ 1991 125, 127 = JT 1991 I 63; *supra* note 1592.

1648 Cf. BAUDENBACHER, AGB-Kontrolle, p. 44 s.; SCHENK-ENGELER, p. 202; SCHWAIBOLD, AGB, p. 250. Voir aussi l'argumentation - quelque peu douteuse - de l'instance inférieure (Tribunal cantonal neuchâtelois), qui, si elle semble également se situer sur le terrain de l'interprétation, ne s'en réfère pas moins à l'ATF 112 II 450 (qui ne traitait pas du tout de l'interprétation !) et à des notions qui y étaient développées comme la "*répartition équitable du risque*": RJN 1990 60, 63 s.

1649 *Supra* no 626.

1650 ATF 122 III 26, 32 = JT 1997 I 121, 127. Critique par FRICKER Hans, in: AJP 1996, p. 1165 s., 1166; BUCHER Eugen, Schadensallokation, p. 41 ss, et AGB, p. 41 ss. Cf. aussi *supra* note 1613 et *infra* no 670.

1651 Voir dans le même sens un arrêt de l'Obergericht de Bâle-Campagne du 9.4.1991 qui conclut à l'admissibilité de clauses de conditions générales bancaires sous l'angle des art. 19 s., 21 CO et 2 al. 2, 27 CC: "*In Berücksichtigung dieser Umstände ist eine krasse Unbilligkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit der in Frage stehenden Geschäftsbedingungen zu verneinen. Sie verletzen auch nicht das Persönlichkeitsrecht des Bankkunden*" (BJM 1992 131, 133; THÉVENOZ, banquier, p. 40 note 64).

l'analyse est très sommaire. Le Tribunal fédéral se contente de dire que l'argument selon lequel les conditions générales seraient contraires à l'ordre public doit être écarté et que les clauses considérées ne sont pas abusives, mais sans développements particuliers par rapport aux conditions d'application de ces principes[1652]. Partant, nous ne pensons pas que l'on puisse voir là la consécration d'un véritable contrôle ouvert et direct des conditions générales, surtout si l'examen se fait indifféremment sous l'angle de plusieurs normes limitant l'autonomie de la volonté et non en application d'une disposition vouée spécialement au contrôle des conditions générales. Aucun considérant du Tribunal fédéral ne laisse en tout cas entendre un changement de pratique. Après les arrêts dans lesquels notre Haute Cour a expressément laissé ouverte la question d'un véritable contrôle judiciaire, on imagine mal une innovation jurisprudentielle aussi importante passée complètement sous silence.

631. Au milieu d'une jurisprudence fluctuant, sans guère de logique, entre la théorie de l'incorporation (clause insolite), l'interprétation (restrictive) et l'art. 8 LCD, l'ATF 122 III 373 va-t-il rester un mystère? Seules les prochaines décisions touchant à des conditions générales pourront nous apporter des éclaircissements. En l'état, nous considérons pour notre part que le Tribunal fédéral a choisi une solution de compromis boiteuse. Il n'a pas consacré un véritable contrôle ouvert du contenu des clauses, basé directement sur une disposition légale précise, solution efficace que d'autres Etats ont pourtant connue[1653]. En revanche, il semble accepter que l'on examine sommairement les clauses de conditions générales à la lumière des principes généraux du droit civil (abus de droit, ordre public), sans que l'on puisse toutefois s'appuyer sur des critères de contrôle précis.

En outre, il nous paraît que le Tribunal fédéral n'a pas répondu aux attentes de la doctrine s'agissant des controverses importantes du droit des conditions générales. En se référant à un auteur autorisé[1654], le recourant invoquait la violation de l'ordre public et l'abus de droit du fait du caractère en soi inéquitable du régime d'allocation des risques et parce que toutes les banques suisses imposent un tel régime dans leurs conditions générales, aucun client ne pouvant obtenir un contrat bancaire lui permettant d'utiliser sa carte ec conformément au droit dispositif du Code des obligations. Or le Tribunal fédéral

---

1652 En outre, l'analyse est parfois incorrecte. Ainsi, lorsque le Tribunal fédéral juge que l'on n'est pas en présence d'une "*clause insolite au sens de l'art. 2 al. 2 CC*" (ATF 122 III 373, 379). La théorie de la clause insolite découle du principe de la confiance, lui même dégagé du principe de la bonne foi objective de l'art. 2 al. 1 CC, non de l'art. 2 al. 2 CC. Cette dernière disposition n'a qu'une fonction corrective. Elle ne vise pas l'incorporation des clauses mais le contrôle de leur contenu, par la notion d'abus de droit. En détail: FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 141, 149 s.

1653 Voir par exemple pour l'Allemagne, avant l'entrée en vigueur de l'AGB-Gesetz en 1977, le rôle capital joué par le § 242 BGB (FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 157 s.).

1654 SCHÖNLE, responsabilité, p. 84 ss.

n'a donné aucun crédit à ce second aspect. Il relève d'une part qu'une clause dérogeant au régime légal applicable, "*même si les dérogations deviennent la règle*", ne tombe pas nécessairement de ce simple fait sous le coup de l'art. 8 LCD ou du principe de la clause insolite. D'autre part, il s'est contenté de juger que des clauses n'étaient pas en soi abusives ni contraires à l'ordre public, alors qu'elles sont pourtant généralisées. Cette opinion devrait logiquement enlever beaucoup de portée à la thèse, de plus en plus marquée en doctrine, des conditions générales contraires à l'ordre public[1655]: le fait que l'ensemble d'un secteur économique impose des conditions générales standardisées n'est visiblement pas un indice en faveur du caractère abusif des clauses qui dérogent au droit dispositif.

632. Force est de constater en conclusion qu'après tant de détours, il est bien incertain que le Tribunal fédéral accepte un jour de consacrer *de lege lata* un véritable contrôle judiciaire du contenu des conditions générales sur la base d'une norme légale existante[1656]. C'est peut-être en relation avec l'art. 8 LCD qu'il faudrait à la rigueur attendre des développements, à la suite notamment de l'ATF 119 II 443 décrit plus haut. Mais encore une fois, tout "sauvetage" jurisprudentiel de l'art. 8 LCD restera boiteux à nos yeux compte tenu des imperfections de cette disposition, aussi boiteux qu'un contrôle par trop sommaire et imprécis des conditions générales sous l'angle de l'art. 2 al. 2 CC et de l'art. 19 al. 2 CO.

633. La seule solution efficace, surtout dans un souci d'eurocompatibilité, serait d'adopter une législation spécifique relatives aux clauses abusives[1657]. Malgré le refus du traité EEE, la Suisse a modernisé son arsenal juridique en matière de droit de la consommation dans le cadre de la procédure législative "*Swisslex*", calquée sur les acquis du droit communautaire[1658], mais sans tenir compte du problème des clauses abusives[1659].

1655 Cf. *supra* no 624.

1656 Cf. BUCHER Eugen in: Plädoyer 1/1997, p. 27. Le Conseil fédéral reste finalement un des seuls à penser sans hésitation que la jurisprudence pourrait encore renforcer la protection des consommateurs, sur la base des développements de la doctrine, et qu'une législation spéciale n'est donc pas nécessaire (voir sa réponse du 22.2.1995 à la motion parlementaire LEEMANN - Allgemeine Geschäftsbedingungen und missbräuchliche Klauseln - du 16.12.1994, motion qui a été transformée en postulat; textes in STAUDER Bernd (éd.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zurich 1996, p. 213 ss).

1657 Sur les carences du droit suisse actuel par rapport aux exigences de la directive 93/13/CEE, cf. HUGUENIN JACOBS, p. 89 ss; JETZER/GAUDENZ, notamment p. 435 s.; FAVRE-BULLE, clauses abusives, p. 170 s. et les références citées.

1658 Loi sur la responsabilité du fait des produits, loi sur le crédit à la consommation, loi sur les voyages à forfait, etc.

1659 HUGUENIN JACOBS, p. 86. Voir la retenue explicite du Conseil fédéral à l'égard d'une eurocompatibilité avec la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans sa réponse à la motion parlementaire LEEMANN, p. 216 (références *supra* note 1656).

Récemment, la Commission fédérale de la consommation a encore dénoncé ce constat, et en particulier les insuffisances du CO et de la LCD, dans une recommandation du 12 juin 1997 concernant les conditions générales[1660]. La Commission propose dès lors que le Conseil fédéral élabore un projet de loi destiné à garantir un minimum de loyauté dans les clauses des contrats conclus avec les consommateurs, en se basant sur la directive 93/13/CEE.

A l'heure où la directive 93/13/CEE doit avoir été transposée dans tous les Etats membres de l'Union européenne et de l'EEE, et dans la mesure où les institutions financières suisses sont déjà soumises à de telles législations dans le cadre de leurs activités à l'étranger, il est certainement temps d'agir pour créer un véritable droit des clauses abusives également en Suisse[1661].

III. La pratique contractuelle

634. Les contrats proposés par les banques à leurs clients s'écartent des normes dispositives du Code des obligations. Il est donc intéressant d'étudier quelques exemples de clauses de conditions générales utilisées en pratique, d'une part pour apprécier leur légalité, d'autre part pour voir dans quel mesure elles sont comparables ou distinctes des règles du droit européen et des principes de loyauté et d'efficacité qui ont été dégagés pour une meilleure harmonisation. Avant cela, il convient cependant de décrire brièvement quels sont les différents services de paiement transfrontière proposés par les banques et à quels types de conditions contractuelles ils sont soumis.

1. Les différents services de paiement transfrontière

635. La plupart des banques offrent des services de paiement transfrontière, qu'il s'agisse de moyens de paiement à distance ou face-à-face[1662]. Les conditions contractuelles sont dans certains cas celles de chaque établissement concerné, dans d'autres il s'agit de conditions uniformes comme pour les

---

1660 Recommandation publiée in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR) / Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1997, p. 731 ss.

1661 "*Nicht nur der Rest Europas, sondern auch die Schweiz braucht ein AGB-Gesetz*": BUCHER Eugen in: Plädoyer 1/1997, p. 27.

1662 Pour une description globale du trafic des paiements en Suisse (opérations nationales et internationales): LEHMANN, notamment p. 55 ss pour les moyens de paiement grand public; ALBISETTI/GSELL/NYFFELER, p. 149 ss; EMCH [ET AL.], p. 303 ss; SCHMID Hans, Geld, Kredit und Banken, 3ème éd., Berne 1996, p. 68 ss; ainsi que le rapport de la Banque des Règlements Internationaux (BRI), Payment Systems (p. 445 ss dans l'édition française). Voir aussi les contributions plus anciennes in: SCHUSTER Leo, Revolution des Zahlungsverkehrs durch Automation, Stuttgart 1984.

services ec (eurochèque). Parfois, les institutions financières émettrices ne sont pas des banques, mais des organisations de cartes de crédit, la Poste, etc.

636. Dans le domaine des paiements à distance, les virements traditionnels ne sont généralement pas soumis à des conditions contractuelles particulières. Le client remplit la formule *ad hoc* permettant d'effectuer un virement transfrontière et en tant qu'il utilise un service de la banque, il est soumis de manière globale aux conditions générales de l'établissement. Ces conditions peuvent théoriquement varier d'une banque à l'autre, mais c'est rarement le cas en pratique. Il faut rappeler en effet que de 1966 à 1989, l'Association suisse des banquiers (ASB) a recommandé à ses membres un modèle de conditions générales[1663]. Si cette recommandation a été retirée à la suite des injonctions de la Commission des cartels[1664], les banques n'en ont pas pour autant forcément modifié leurs conditions générales, rien ne les y obligeant. Compte tenu de cette fréquente et persistante similitude entre les conditions des différents établissements, nous prendrons donc encore comme exemples les dispositions des conditions générales modèles de l'ASB de 1966[1665], non en tant que standard recommandé (il ne l'est plus) mais comme reflet de la pratique bancaire actuelle.

Si ces conditions de l'ASB nous permettront de juger du régime de répartition des risques de fraude et d'erreur pour un mode de paiement traditionnel comme le virement transfrontière sur support papier, il n'en est pas de même pour des modes de paiement à distance entièrement automatisés. Les systèmes de banque à domicile sont en effet soumis à des conditions particulières. Celles-ci diffèrent formellement d'un établissement à l'autre mais restent tout de même assez proches quant au fond. Nous n'étudierons donc pas le détail des contrats pratiqués dans tel ou tel établissement mais retiendrons plus généralement les grands principes d'allocation des risques (erreur, fraude) que l'on retrouve auprès de nombreuses banques.

637. S'agissant maintenant des paiements face-à-face, trois systèmes doivent être distingués[1666]. Premièrement, chaque banque offre à sa clientèle une carte de compte (qui peut revêtir la forme de carte ec) permettant d'effectuer divers types d'opérations internes, par exemple des retraits auprès des guichets automatiques de la banque. Logiquement, ces cartes - dans leur simple fonction de carte de compte - n'ont pas vocation à être utilisées pour des paiements transfrontières. Deuxièmement, les consommateurs peuvent opter pour une carte

---

1663 Parmi d'autres: HARDEGGER, p. 17 ss.

1664 Voir nos développements *supra* no 317.

1665 Cf. THÉVENOZ/ZULAUF, BF97/45-1.

1666 Nous limitons notre présentation aux systèmes bancaires, à l'exclusion des produits proposés par la Poste et d'autres institutions financières. Pour le droit postal, cf. *infra* no 677 ss.

de crédit ou accréditive, liées aux grands réseaux internationaux tels que Visa, Eurocard, etc., ce type de carte étant prévu pour une utilisation transfrontière. Troisièmement, les clients des banques peuvent demander la délivrance d'une carte ec (eurochèque); c'est surtout cette hypothèse que nous allons traiter compte tenu de l'importance de ce moyen de paiement en Suisse[1667].

Outre son utilisation nationale (DAB Bancomat, EFTPOS ec-Direct, eurochèques, porte-monnaie électronique CASH[1668])[1669], la carte ec peut également être utilisée à l'étranger pour certaines opérations. Elle peut valoir carte de garantie d'eurochèque (fonction que nous n'examinerons toutefois pas ici). Elle peut permettre des retraits d'argent auprès de certains distributeurs automatiques: c'est typiquement cette fonction que nous retiendrons pour l'étude du régime contractuel d'allocation des risques de fraude et d'erreur pour un exemple de paiement transfrontière face-à-face. Enfin, elle devrait également pouvoir être utilisée à terme comme carte de paiement électronique au point de vente (EFTPOS), mais pour l'heure, les porteurs de carte ec suisse ne peuvent en tout cas pas utiliser les terminaux du système "*edc Maestro*" à l'étranger[1670]. A nos yeux et par rapport à ce que l'on constate dans d'autres Etats, l'information sur ce type de paiements transfrontières est toutefois encore très lacunaire[1671].

Les conditions d'utilisation de la carte ec auxquelles nous nous référerons sont des conditions uniformes pour tous les établissements émettant une telle carte[1672]. A l'origine, elles résultaient de l'Annexe 1 à la Convention

---

1667 Voir la thèse d'OBERSON consacrée au système Eurochèque.

1668 La fonction CASH de la carte ec transforme celle-ci en porte-monnaie électronique. La puce de la carte peut être chargée puis rechargée à des Bancomat jusqu'à un montant de 300.-. La carte pourra ensuite être utilisée aux automates de paiement *ad hoc* dans des commerces. Voir la présentation de WALDER, ainsi que *supra* note 79. Cette fonction porte-monnaie électronique ne pouvant toutefois en l'état être utilisée qu'au niveau national, nous ne l'étudierons pas particulièrement.

1669 Des informations sur l'évolution de ces différents moyens de paiement peuvent être obtenues en consultant les rapports annuels de l'ASB.

1670 "*edc Maestro*" représente le produit du segment "*pay now*" développé par Europay après la fusion entre les sociétés Eurocard et Eurocheque, soit une carte de débit européenne ("*european debit card*" - edc; cf. *supra* note 85). Les aléas de la technique et de la politique commerciale font qu'aujourd'hui, les porteurs étrangers de carte edc Maestro peuvent procéder à des paiements électroniques EFTPOS en Suisse, alors que les Suisses ne peuvent pas faire de même dans d'autres Etats avec la carte ec (cf. ASB, Rapport 1996/97, p. 49), qui est pourtant également un produit de la famille Eurocheque!

1671 Manque de brochures informatives, absence de conditions contractuelles spécifiques, etc. (cf. aussi *supra* no 322 et note 911).

1672 Ces conditions sont divisées en plusieurs parties (les articles y sont renumérotés à chaque fois à partir de 1): dispositions générales (I), la carte ec comme carte de garantie des eurocheques (II), la carte ec comme carte de prélèvement d'argent comptant et de paiement (III), la carte ec pourvue de la fonction carte valeur CASH (porte-monnaie électronique rechargeable) (IV) et la carte ec utilisée pour les prestations de services propres de la banque (V).

XV de l'ASB. Après l'abrogation de cette Convention, dans le contexte de l'enquête de la Commission des cartels[1673], la source des Conditions ec est aujourd'hui bien différente. Tous les moyens de paiement eurochèques, et donc les cartes ec également, sont désormais sous la responsabilité de Europay (Switzerland) SA. Toute banque souhaitant offrir de tels moyens de paiement à sa clientèle doit conclure avec la société Europay la Convention de licence concernant l'utilisation des marques «eurochèque», ainsi que les contrats connexes qui définissent les règles à respecter pour les différents services (ec-Direct, ec-Bancomat)[1674]. Or en se liant de la sorte, chaque établissement s'engage à convenir avec ses clients désirant participer aux systèmes proposés des Conditions d'utilisation de la carte ec y compris le règlement des dommages[1675] [1676].

2. La répartition des risques en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite des opérations

638. Des distinctions s'imposent selon le mode de paiement utilisé. Nous nous intéresserons tout d'abord aux moyens de paiement traditionnels sur papier (à l'exclusion du chèque), auxquels sont applicables différentes clauses des "Conditions générales" cadre des banques. Nous prendrons l'exemple du virement, le recouvrement (débit direct) n'étant en principe pas utilisé pour l'heure de manière transfrontière. Dans un deuxième temps, nous présenterons les dispositions contractuelles types régissant les moyens électroniques de paiement grand public pouvant être utilisés de manière transfrontière: surtout les systèmes de banque à domicile, pour les paiements à distance, mais aussi la carte ec, dans sa fonction de carte de débit pour les paiements face à face à l'étranger.

a. Les virements non automatisés

639. Plusieurs dispositions du modèle de conditions générales de l'ASB de 1966 sont susceptibles de s'appliquer aux hypothèses de mauvaise exécution d'un virement sur papier. Aux termes de l'art. 6, "*Le dommage provenant de l'emploi de la poste, du télégraphe, du téléphone, du télex, de tout autre moyen*

1673 Voir nos développements *supra* no 317.

1674 Cf. *supra* note 904.

1675 Voir l'exemple du contrat ec-Direct in THÉVENOZ/ZULAUF, BF 95/59-2, art. 7.1 et 9. L'art. 8.4 de ce contrat entre Europay et la banque participante prévoit en outre que: "*Le client de la banque (titulaire de compte) est responsable conformément aux «Conditions d'utilisation de la carte ec»*".

1676 A noter que selon nos informations, une éventuelle modification des conditions ec serait désormais de la compétence du conseil d'administration d'une autre filiale de Telekurs Holding SA (société détenue par les banques suisses) que Europay (Switzerland) SA, à savoir Telekurs Payserv SA.

de transmission ou d'une entreprise de transport, en particulier par suite de retards, pertes, malentendus, mutilations ou double expéditions, est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque"[1677]. En vertu de l'art. 7 ("*Défauts dans l'exécution d'un ordre*"), "*En cas de dommage dû à l'inexécution ou à l'exécution défectueuse d'un ordre (à l'exclusion des ordres de bourse), la banque ne répond que de la perte d'intérêts, à moins qu'elle n'ait été mise en garde dans le cas particulier contre le risque d'un dommage plus étendu*". A noter enfin que selon l'art. 2, toute réclamation du client relative à l'inexécution d'un ordre doit être présentée "*immédiatement après la réception de l'avis correspondant, mais au plus tard dans le délai fixé par la banque*"[1678], les conséquences étant sévères pour le client puisque le dommage résultant d'une réclamation tardive est à sa charge[1679].

640. La disposition la plus discutée est l'art. 7 précité du modèle de l'ASB[1680]. A sa lettre, cet article général est applicable à toutes les hypothèses de mauvaise exécution d'une instruction de paiement. Partant, et dans l'optique des obstacles types aux paiements transfrontières, il concerne tant le retard que la perte d'un paiement ainsi que le "*double charging*" (en tant qu'instruction non respectée en matière de frais). Selon le régime de répartition des risques prévu, le client supporte tout dommage direct ou indirect, sauf la perte d'intérêts, cela quelle que soit la faute de la banque, alors que c'est pourtant la banque qui est le plus à même de maîtriser et de limiter le danger d'erreur et de mauvaise exécution. La réserve relative à la mise en garde contre le risque d'un dommage plus étendu[1681] est pratiquement irrelevante dans l'optique des paiements transfrontières de détail effectués par des consommateurs.

641. Une telle clause est pour le moins discutable sur le plan juridique. Transférer l'ensemble du risque d'erreur - initialement à charge de la banque - sur le client est déjà critiquable, mais ne pas tenir compte des hypothèses de faute de la banque constitue une dérogation encore plus importante au droit dispositif. Si la banque commettait une faute grave, le fait de faire supporter au client la totalité du dommage direct et indirect (sauf la perte d'intérêts) serait contraire à l'art. 100 al. 1 CO (en cas de faute d'un organe) et à l'art. 101 al. 3 CO (en cas de faute d'un auxiliaire)[1682]. En cas de faute légère d'un organe de la banque, la clause de transfert intégral du risque pourrait également être tenue

---

1677 Voir l'analyse de HARDEGGER, p. 137 ss; WIEGAND, AGB, p. 155 s.; ainsi que la recommandation de la Commission des cartels [Suisse], p. 150, 202.

1678 S'il ne reçoit pas d'avis, le client doit présenter sa réclamation dès le moment où il aurait dû normalement recevoir un avis envoyé par la poste.

1679 Cf. WIEGAND, AGB, p. 150 s.; Commission des cartels [Suisse], p. 149 s., 201.

1680 Cf. GUTMANS, p. 1395 ss; BILLOTTE-TONGUE, no 565 ss; HEINI, p. 89 ss; HARDEGGER, p. 142 ss; WIEGAND, AGB, p. 156 s.; WEBER, Geschäftsbedingungen, p. 158; CHAUDET, p. 24.

1681 Cf. GUTMANS, p. 1397.

1682 BILLOTTE-TONGUE, no 569 (cf. aussi no 568, 570, 628 sur l'art. 8 LCD).

pour nulle par le juge (art. 100 al. 2 CO)[1683]. On pourrait même retenir que la clause n'est tout simplement pas intégrée au contrat, si l'on considère qu'elle est insolite pour les clients inexpérimentés[1684].

642. En tous les cas, on est bien loin d'une eurocompatibilité avec le régime instauré par la directive 97/5/CE. En cas de retard, la directive prévoit elle aussi une indemnisation de la perte d'intérêts, mais elle n'exclut pas en revanche qu'un droit national puisse accorder au client la réparation de tout autre dommage[1685]. De même en cas de perte du virement ou de non-respect des instructions en matière de frais: la directive prévoit des obligations à charge de la banque du donneur d'ordre[1686] qui sont totalement exclues par l'art. 7 du modèle de l'ASB. La situation n'est cependant pas meilleure avec les clauses contractuelles applicables aux moyens de paiement transfrontière électroniques.

b. Les moyens électroniques de paiement

643. On serait tenté de dire que plus les systèmes sont automatisés et sophistiqués, moins les banques en répondent. L'exemple le plus caractéristique à cet égard est certainement celui du Telebanking. On trouve dans la quasi-totalité des contrats des clauses d'exonération de responsabilité: la banque ne répond pas des conséquences de dérangements et d'interruptions dans l'exploitation du Telebanking, parfois il est vrai sous réserve d'une faute grave; toute responsabilité de la banque pour des dommages causés par suite d'erreurs de transmission, de déficiences techniques, de dérangements ou d'interventions illégales sur les installations publiques (non protégées) de télécommunications est exclue[1687].

644. Sans réserve en cas de faute grave de la banque, le régime contractuel viole les art. 100 al. 1 et 101 al. 3 CO, comme nous venons de le voir. Avec la réserve de la faute grave, c'est-à-dire pour l'exonération en cas de faute légère, il s'agit du cas limite que nous allons examiner plus en détail ci-après, en relation avec la clause type d'allocation des risques de fraude[1688]. Au surplus, les clauses de transfert des risques d'erreur ne sont absolument pas compatibles

---

1683 GUTMANS, p. 1398. Pour une analyse sous l'angle des art. 44 et 447/448 CO, cf. GUTMANS, p. 1398 ss (en réponse notamment à THALMANN, Verspätungen, p. 168 s., 170 s.). Sur les difficultés d'application de l'art. 8 LCD et de sa condition de tromperie à une clause de conditions générales aussi claire que l'art. 7 du modèle de l'ASB, GUTMANS, p. 1401 s.

1684 GIOVANOLI Mario, in: SAS 1988, p. 194 ss, 195.

1685 Cf. *supra* no 430 s.

1686 Cf. *supra* no 432 ss.

1687 Cf. BILLOTTE-TONGUE, no 554, 559; ZEIDLER, p. 92 ss, avec une critique de ces conditions générales p. 108 ss, 155 (en particulier sous l'angle de l'art. 19 al. 2 CO).

1688 Cf. aussi BILLOTTE-TONGUE, no 561 ss.

avec les recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE: l'émetteur devrait au contraire répondre des conséquences d'une exécution incorrecte d'un paiement, à tout le moins à concurrence du montant de l'opération[1689].

645. De leur côté, les Conditions d'utilisation de la carte ec ne contiennent pas de clauses d'allocation des risques de mauvaise exécution en général. Il est uniquement prévu que "*Les pannes techniques et les dérangements d'un distributeur automatique de billets, qui excluent l'utilisation de la carte ec et du code ec, ne donnent aucun droit à une indemnité en faveur de l'ayant-droit à la carte*"[1690]. Les autres hypothèses d'erreur devraient être visées par la clause des conditions générales de l'émetteur correspondant à l'art. 7 du modèle de l'ASB examiné plus haut, selon le renvoi global à ces conditions générales dans les conditions ec[1691].

3. La répartition des risques en cas d'utilisation d'un moyen de paiement par un tiers non autorisé

646. Des distinctions doivent à nouveau être faites selon que le mode de paiement utilisé est soumis aux conditions générales de banque inspirées du modèle de l'ASB (virement classique sur papier par exemple) ou à des conditions contractuelles particulières, pour les moyens électroniques de paiement (carte ec, Telebanking). Nous procéderons également à une comparaison avec les clauses des contrats portant sur des cartes de crédit ou des cartes accréditives internationales.

a. Les virements non automatisés

647. Nous prendrons là encore comme référence le modèle de clauses proposé en 1966 par l'ASB, qui reflète les conditions pratiquées actuellement par les banques. Aux termes de l'art. 4 des conditions générales modèles, "*Le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque*"[1692]. Le principe est donc que le risque de fraude, initialement supporté par la banque selon le droit supplétif[1693], est transféré sur la tête du client.

1689 Cf. *supra* no 414 ss.

1690 Art. III.6. Cf. BILLOTTE-TONGUE, no 556 s.; OBERSON, p. 436 ss. Sur l'ancienne version, plus large, des conditions ec: SCHÖNLE, responsabilité, p. 90.

1691 Art. I.12. BILLOTTE-TONGUE, no 564; OBERSON, p. 436. Pour une analyse générale de la répartition conventionnelle des risques liés aux pannes techniques sous l'angle de l'art. 8 LCD, cf. OBERSON, p. 447 ss.

1692 Voir l'analyse complète de HARDEGGER, p. 115 ss. Cf. aussi WIEGAND, AGB, p. 153 s.

1693 Cf. *supra* no 574.

648. Le sort et la portée de cette clause sont désormais clairs après les limites posées par le Tribunal fédéral dans l'ATF 112 II 450[1694]. L'activité bancaire étant maintenant considérée comme une industrie concédée par l'Etat, le juge peut tenir pour nulle une clause d'exonération en cas de faute légère, en application de l'art. 100 al. 2 CO[1695]. Cela ne vise toutefois que la responsabilité propre du débiteur, soit pour une personne morale, la seule faute des organes de la banque. Si le dommage est causé par un auxiliaire, la banque peut encore s'exonérer pour sa faute légère en s'appuyant sur l'art. 100 al. 3 CO[1696]. Comme les erreurs au niveau de la légitimation du donneur d'ordre sont généralement commises par des employés[1697] (absence de contrôle à l'aide d'une pièce d'identité, mauvais examen de la signature du donneur d'ordre, etc.), la clause de transferts des risques pourrait alors être admise. C'est probablement la raison pour laquelle la quasi-totalité des banques n'ont pas modifié leurs conditions générales à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral.

649. Si la décision de notre Haute Cour ne signifie pas qu'une révision des clauses d'allocation des risques s'impose *ipso facto*, il est cependant une autre autorité qui a cherché à imposer une telle modification: la Commission des cartels. Dans son rapport de 1989 sur "*Les effets de portée nationale d'accords entre banques*"[1698], la Commission des cartels a en effet indiqué qu'elle n'était en principe pas opposée aux conditions générales, mais, en raison de l'existence de positions de puissance déséquilibrées, elle a demandé que les conditions commerciales normalisées "*satisfassent aux exigences de l'équité, de la pondération et de l'utilité en ce qui concerne les particularités de la branche*"[1699].

En s'appuyant sur l'ATF 112 II 450, la Commission des cartels a ainsi recommandé notamment de modifier l'art. 4 du modèle de conditions générales de l'ASB, en remplaçant la réserve "*sauf en cas de faute grave de la banque*" par: "*en tant que la banque a fait preuve de la diligence usuelle dans les affaires*"[1700].

1694 Arrêt *Banque X. c. B.* de 1986, présenté *supra* no 616. Cf. THÉVENOZ, banquier, p. 39. Voir toutefois la bien curieuse retenue des juges fédéraux in ATF 122 III 26, 32 = JT 1997 I 121, 127 (sur cet arrêt, voir aussi *supra* note 1613 et *infra* no 670), qui n'ont pas jugé utile, le cas d'espèce ne le nécessitant pas, de confirmer les développements de l'ATF 112 II 450 quant aux limites de la validité d'une telle clause bancaire au regard des art. 100 et 101 CO.

1695 RVJ 1996, p. 174 ss, 176 (Tribunal cantonal du Valais). Cette disposition doit être appliquée par analogie pour le dommage résultant du montant prélevé frauduleusement (problème de l'action en exécution du contrat, sort de la créance du client contre la banque en remboursement des fonds déposés). En revanche, l'art. 100 al. 2 CO peut être appliqué directement pour l'exonération de responsabilité pour tout dommage supplémentaire résultant de la violation fautive par la banque d'une de ses obligations contractuelles.

1696 Cf. ASB, banques, p. 145.

1697 BILLOTTE-TONGUE, no 340 et *supra* no 581 ss.

1698 Voir nos développements *supra* no 316 ss. HARDEGGER, p. 151 ss.

1699 Commission des cartels [Suisse], p. 201.

1700 THÉVENOZ, banquier, p. 40 s.

En d'autres termes, cela signifie qu'une banque pourrait faire supporter à son client le risque de l'exécution d'opérations par un tiers non autorisé, pour autant qu'elle n'ait pas commis de faute (même légère[1701]), celle-ci devant être appréciée selon la diligence généralement attendue en affaires[1702]. L'ASB ne s'est pas pliée à cette nouvelle teneur, elle a simplement retiré la recommandation qu'elle avait faite à ses membres d'adapter leurs conditions générales à son modèle de 1966, ce qui l'a mise en conformité avec le droit cartellaire[1703]. Elle a même continué, conformément à ses statuts, à mettre à disposition de ses membres des modèles de textes répondant aux besoins de la profession, la seule différence due aux engagements pris à l'égard de la Commission des cartels étant que l'ASB a renoncé formellement à recommander aux banques l'application uniforme de tels modèles[1704]. De telle sorte que rien ou presque n'a changé et que des clauses de transfert des risques de fraude, même en cas de faute légère de la banque, sont toujours utilisées en pratique[1705].

650. Si les art. 100 et 101 CO ne sont pas suffisants pour remédier à cette situation, les solutions ne sont certainement pas à chercher *de lege lata* auprès d'autres dispositions légales, compte tenu des carences actuelles du droit des conditions générales[1706].

651. Pourtant, si une exonération de responsabilité en cas de faute légère n'est certainement pas une clause insolite par exemple, on peut s'interroger sur sa portée en droit du mandat. On admet généralement que la diligence attendue d'un professionnel de la branche, rémunéré en conséquence, est plus élevée que celle d'un mandataire non spécialisé[1707]. Dès lors, certains auteurs ont souligné avec beaucoup de logique qu'il est anormal qu'un tel mandataire qualifié s'exonère de sa responsabilité, alors que l'on attend justement de lui un certain degré de diligence. Une clause d'exonération, même en cas de faute légère, devrait donc

---

1701 BILLOTTE-TONGUE, no 351.

1702 Depuis lors, un établissement comme le CREDIT SUISSE s'écarte par exemple du modèle de l'ASB et ne met le dommage à charge du client que "*pour les conséquences de falsifications ou de défauts de légitimation qu'elle n'a pas découverts, bien qu'ayant agi avec toute l'attention requise*" (art. 2 des "Conditions générales"). Cela signifie que le transfert du risque de fraude au client est limité aux hypothèses d'absence de faute de la banque; si la banque n'a pas agi avec la diligence requise, donc logiquement même en cas de faute légère, la clause défavorable aux clients n'est pas applicable. Cf. aussi ASB, banques, p. 142.

1703 THÉVENOZ, banquier, p. 41.

1704 ASB, banques, p. 148.

1705 Cf. toutefois WIEGAND, AGB, p. 149.

1706 Voir par exemple l'analyse de BILLOTTE-TONGUE, no 313 ss, 350, qui voit dans l'art. 2 al. 2 CC (abus de droit) et l'art. 8 LCD des limites légales aux clauses d'imputation des risques de fraude en défaveur du client, mais qui n'en relève pas moins les difficultés d'application (par exemple pour la condition de tromperie de l'art. 8 LCD).

1707 HOFSTETTER, p. 115; TF SJ 1988 337, 340.

être considérée comme contraire à l'essence même du mandat[1708]. La doctrine dominante rejette cependant cette thèse et considère que le mandat ne doit pas être traité différemment des autres contrats, des exonérations de responsabilité devant rester possibles, dans les limites générales des art. 100 et 101 CO[1709].

652. Au-delà des questions relatives à la situation juridique en cas de faute de la banque, qu'en est-il de la validité de la clause du transfert du risque de fraude en général, en l'absence de faute des parties[1710]? Au lieu de faire supporter le dommage à la banque, conformément au droit dispositif, l'art. 4 du modèle de l'ASB met ce dommage à charge du client.

Dans l'ATF 112 II 450, le Tribunal fédéral n'a pas répondu à cette question. Pourtant, si l'on se réfère à la doctrine classique en matière de chèque, doctrine relative à l'art. 1132 CO, la cause devrait être entendue: cette disposition, qui illustre le principe légal des risques à charge de la banque, est de droit dispositif, les banques peuvent prévoir l'inverse et faire supporter le dommage au client[1711]. Comme nous le verrons dans le contexte du paiement électronique par exemple[1712], d'autres auteurs contestent une telle répartition des risques, dès lors qu'elle est généralisée dans le domaine bancaire. Le Tribunal fédéral a cependant tranché en faveur de l'admissibilité, en l'absence de faute de la banque, d'une clause de répartition des risques de fraude équivalente à l'art. 4 du modèle de l'ASB dans son arrêt de 1995 sur le chèque barré[1713]. Il serait

---

1708 Voir GAUTSCHI, no 71b et 72c ad art. 395, no 3b et 25a-b ad art. 398; PERRIN, limitation, p. 215, et validité, p. 71 s.; TEVINI DU PASQUIER, p. 157 ss; BUCHER Eugen, AGB, p. 46 note 10. L'Anwaltskammer de Lucerne a rendu une décision en ce sens, en considérant incompatible avec le devoir de diligence du mandataire l'exclusion de responsabilité d'un avocat: RJB 1969, p. 372. A noter que cette théorie perdrait son intérêt si l'on qualifiait le giro bancaire de contrat innommé (cf. *supra* note 1459): HEINI, p. 92.

1709 ZEIDLER, p. 148 s.; WETTSTEIN, p. 127 et 141; VON DER CRONE, p. 104 ss; WERRO, no 939; DERENDINGER, no 349 s.; FELLMANN, no 514 s. ad art. 398; ainsi que les références citées par WEBER, Geschäftsbedingungen, p. 153 note 42, et Zahlungsaufträge, p. 87 note 11; cf. aussi DREYER Dominique, L'avocat dans la société actuelle, De la nécessité de passer du XIXe au XXIe siècle, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes 4/1996, p. 395 ss, 477; LOMBARDINI Carlo, Droit et pratique du crédit documentaire, Zurich 1994, p. 39. Pour les clauses de légitimation par NIP: STEINMANN, p. 177 ss.

1710 Cf. notamment BUCHER Eugen, Risikos, p. 101 ss ("*Eine konsequente Zufallshaftung des Bankkunden wäre sachlich inakzeptabel*"); SCHÖNLE, responsabilité, p. 82 ss. Dans un autre contexte (Telebanking), voir aussi WETTSTEIN, p. 149 ss (notamment quant au rôle de l'art. 8 LCD et, à la suite de BUCHER, quant à l'importance d'une "*Sozialisierung des Risikos*", pour ne pas faire supporter au client individuel des risques qui ne se situent ni clairement dans sa sphère ni dans celle de la banque).

711 Cf. *supra* no 575 s.

712 *Infra* no 669.

713 ATF 122 III 26, 32 = JT 1997 I 121, 127. Analyse critique par FRICKER Hans, in: AJP 1996, p. 1165 s., 1166; BUCHER Eugen, Schadensallokation, p. 41 ss; cf. aussi IFLR juin 1996, p. 61. Cet arrêt ne fait en réalité que confirmer d'autres décisions du Tribunal

souhaitable que cette jurisprudence soit réexaminée à l'avenir, à la lumière des critiques émises par une partie de la doctrine. Il est en effet regrettable que ce type de clauses de transfert total des risques, qui désavantagent les clients non fautifs et qui ne correspondent pas du tout au droit dispositif, ne soient pas jugées de manière plus approfondie et critique sous l'angle des exigences de loyauté et d'équité des relations contractuelles. Si les tribunaux suisses ne peuvent vraiment pas se montrer plus sévères à l'égard de telles clauses, contrairement à ce que l'on constate dans la jurisprudence étrangère[1714], c'est que l'arsenal juridique suisse est insuffisant et qu'une réflexion devrait donc avoir lieu *de lege ferenda*.

b. Les moyens électroniques de paiement

653. Nous examinerons les deux types de clauses les plus controversés. Premièrement les clauses dite de légitimation, deuxièmement les clauses d'allocation des risques d'opérations effectuées par un tiers non autorisé.

aa. Les clauses de légitimation

654. La clause la plus caractéristique mais également la plus contestable des contrats portant sur des moyens électroniques de paiement grand public est la clause de légitimation ou plutôt d'"*autolégitimation*". Son utilisation est généralisée dans les contrats bancaires, à des degrés divers certes, mais cela quel que soit le moyen de paiement. Elle résulte de l'impossibilité d'identifier le donneur d'ordre au moyen de procédés traditionnels dépendant des caractéristiques de la personne, tels que la signature, lorsque l'opération a été initiée à l'aide d'un code confidentiel, code que tout un chacun peut utiliser dès qu'il en a connaissance[1715].

---

fédéral (ATF 109 II 116 = JT 1984 I 35; ATF 108 II 314 = JT 1983 I 280; analyse critique par BUCHER Eugen, Risikos, p. 97 ss; HEINI Anton, in: SAS 1984, p. 35 ss; réflexion plus large sur la répartition des risques de fraude par WEBER, Zahlungsaufträge, p. 85 ss. Voir aussi l'arrêt non publié OKCUOGLU du 25.10.1960, discuté par KILGUS, p. 93 ss, et SCHWAIBOLD, AGB, p. 232 ss), décisions antérieures à la jurisprudence de l'ATF 112 II 450 relative aux art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO.

1714 Sur la situation en Allemagne, où les clauses qui transfèrent tous les risques d'utilisation frauduleuse à charge des clients sans prévoir assez de limites, notamment pour les hypothèses dans lesquelles un client n'a pas commis de faute, sont considérées comme abusives, cf. *supra* note 1254. Voir aussi les exemples de droit comparé de BUCHER, AGB, p. 51 ss.

1715 Pour une analyse juridique détaillée en droit suisse des questions de légitimation et d'identification au moyen de codes secrets (NIP), voir la thèse de STEINMANN, ainsi que OBERSON, p. 382 ss. Pour des aspects techniques liés aux questions de sécurité: STRAUB Eduard, Sicherheit im Electronic Banking, in: Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zurich 1993, p. 69 ss.

655. Pour les cartes de débit utilisables de manière transfrontière, on citera l'art. III.4 des Conditions d'utilisation de la carte ec, qui prévoit que "*Toute personne qui se légitime à un appareil aménagé à cet effet en utilisant la carte ec et en introduisant le code ec s'y rapportant (autolégitimation) est habilitée à effectuer le retrait d'argent comptant ou le paiement au moyen de cette carte ec. Ceci est valable également si cette personne n'est pas véritablement l'ayant droit à la carte. En conséquence, la banque est autorisée à débiter le compte du montant de la transaction effectuée et enregistrée, électroniquement*". Cette clause est d'ailleurs à mettre en parallèle avec le droit de débit de la banque consacré à l'art. I.8 des conditions ec: "*La banque est en droit de débiter sur le compte du titulaire de la carte (...) tous les montants résultant de l'utilisation de la carte ec*".

656. La règle de l'autolégitimation est également présente dans les contrats portant sur des systèmes de banque à domicile (Telebanking), en des termes particulièrement explicites. Quelques exemples tirés de la pratique[1716]: quiconque s'est légitimé au moyen des clés d'accès convenues est considéré comme étant autorisé à utiliser les prestations du Telebanking, sans égard au fait que cette personne soit ou non le véritable titulaire; le client reconnaît sans réserve toutes les transactions comptabilisées sur ses comptes et dépôts; toutes les instructions, tous les ordres et toutes les communications sont considérés comme rédigés et autorisés par le client ou ses fondés de procuration; tous les ordres, instructions et messages transmis selon une procédure d'autolégitimation ont même valeur que s'ils émanaient du client lui-même, la banque remplit dès lors correctement ses obligations dès qu'elle y donne suite; toutes opérations sont imputées au client concerné qui en répond légalement.

657. Ces clauses de légitimation sont particulièrement sévères à l'égard des clients puisqu'elles vont plus loin qu'une simple règle d'allocation des risques, en posant que le tiers ayant procédé sans droit à des opérations est en réalité autorisé par le titulaire légitime dès le moment où les procédures d'accès ont été effectuées correctement. Cela ne correspond pas du tout au droit dispositif, qui prévoit qu'une banque ne peut valablement exécuter les opérations d'un tiers fraudeur. Seul le mandant lui-même ou ses représentants autorisés peuvent donner des instructions au mandataire au sens de l'art. 397 CO et procéder valablement à une assignation au sens des art. 466 ss CO dans le cadre d'un paiement électronique[1717]. Tout débit du compte du titulaire légitime à la suite d'une opération non autorisée (même effectuée par un proche) n'est pas justifié et devrait en principe être annulé. Autre est la question de savoir si le titulaire légitime doit finalement supporter le dommage causé à la banque parce qu'il a commis une faute dans la conservation de ses moyens d'accès.

1716 Conditions contractuelles des principaux établissements bancaires.

1717 Voir nos développements *supra* no 574.

658. A notre connaissance, de telles clauses contractuelles d'autolégitimation sont peu fréquentes à l'étranger. Les institutions financières se contentent généralement d'une allocation contractuelle des risques de fraude, sans aller jusqu'à déclarer valable une opération non autorisée. Si des clauses de légitimation étaient utilisées, elles seraient vraisemblablement jugées nulles sous l'angle des législations en matière de clauses abusives[1718]. Même en Suisse, et sans de telles législations, la pratique des banques est critiquée en doctrine[1719].

659. Compte tenu de leur caractère "étranger à l'affaire", du fait qu'elles s'écartent notablement du droit dispositif suisse, les clauses d'autolégitimation doivent être matériellement considérées comme des clauses insolites. Il arrive cependant souvent que ces clauses soient mises en évidence en caractères gras dans les contrats bancaires, ce qui signifie que les incombances d'information découlant du principe de la confiance seraient formellement respectées et que l'incorporation des clauses pourrait être admise[1720].

660. Parce qu'elles dérogent notablement au droit du mandat, au droit de l'assignation voire même plus globalement à la partie générale du Code des obligations, les clauses de légitimation devraient également être jugées contraires aux critères matériels de l'art. 8 LCD[1721]. Reste que cette disposition pose toujours les autres problèmes que nous avons mentionnés[1722]. Dans quelle mesure, par exemple, les clauses de légitimation extrêmement claires que nous avons citées plus haut pourraient être "*de nature à provoquer une erreur*"? Doit-on considérer après l'ATF 119 II 443 que le Tribunal fédéral neutralise cette condition de tromperie en qualifiant d'ambiguë une clause abusive[1723]? Il est difficile de répondre de manière catégorique à ces questions, mais si une clause aussi inéquitable, déloyale qu'une clause de légitimation ne pouvait pas tomber sous le coup de l'art. 8 LCD, si elle ne pouvait pas être qualifiée de trompeuse pour les besoins de cette disposition, force serait alors de constater que l'art. 8

1718 En droit anglais: REED, p. 452 s., 461.

1719 BILLOTTE-TONGUE, no 431 ss (nous contestons cependant que l'on puisse procéder à une interprétation restrictive - no 435 - d'une clause aussi claire qu'abusive; voir plus généralement, pour une critique de l'interprétation restrictive des clauses de conditions générales abusives, *supra* note 1592); WETTSTEIN, p. 143 ss; ZEIDLER, p. 113 s., 155 s. Cf. toutefois STEINMANN, p. 175 ss; KLEINER, Transaktionen, p. 723 s.; THALMANN, Sorgfaltspflicht, p. 170. Rappelons que le Tribunal fédéral, amené à juger une clause de légitimation relative à un livret d'épargne nominatif ("*La banque a le droit de réputer titulaire d'un livret, ou mandataire du titulaire avec pouvoir d'opérer tous retraits, le porteur de ce livret; elle décline toute responsabilité en cas d'usage abusif d'un livret*"), n'a pas procédé au contrôle du contenu d'une telle clause abusive mais s'est contenté d'une interprétation restrictive, ce que nous critiquons (cf. *supra* no 630): ATF 116 II 459, 461.

1720 Cf. *supra* no 607 ss. Voir aussi STEINMANN, p. 141.

1721 BILLOTTE-TONGUE, no 434.

1722 *Supra* no 620 ss.

1723 Cf. *supra* no 626.

LCD n'a vraiment aucune utilité en droit suisse et qu'il devrait bien vite être remplacé par le législateur.

661. Il faut souligner que si les banques acceptaient de renoncer à utiliser des clauses de légitimation, elles auraient toujours la possibilité de mettre les risques d'accès non autorisés aux systèmes de paiement à charge des clients. Pour l'heure, il est en tout cas paradoxal que l'on trouve en même temps dans les contrats bancaires tant des clauses de légitimation (les opérations non autorisées sont considérées comme autorisées) que des clauses de transfert des risques (le dommage dû à des opérations non autorisées est en principe à charge du client).

bb. Les clauses de répartition des risques

662. Compte tenu de différences dans les régimes contractuels appliqués, nous allons présenter séparément les conditions des cartes de débit, des cartes de crédit ou accréditives et du Telebanking.

aaa. Conditions d'utilisation de la carte ec

663. S'agissant du système eurochèque, pour l'utilisation de la carte ec dans sa fonction de prélèvement d'argent et de paiement, le régime contractuel de répartition des risques est assez curieux si on le compare avec les règles pratiquées à l'étranger.

A la base, il est mentionné en caractères gras que "*Les risques d'une utilisation abusive de la carte ec sont en principe supportés par le titulaire du compte*"[1724]. Cependant, aux termes de l'art. 5, il est possible pour le client lésé d'obtenir une "*Couverture des dommages en cas de non-responsabilité*". Il faut pour cela que le dommage soit immédiatement annoncé à la banque après sa découverte (au plus tard 30 jours après réception de l'extrait de compte), que l'ayant droit ait observé en tous points les conditions d'utilisation de la carte ec et qu'aucune faute ne lui soit imputable. Si ces conditions sont réalisées, la banque couvre les dommages, mais sous déduction d'une retenue de 10% (300.- fr. au maximum par carte ec et par cas), en cas d'utilisation abusive de la carte ec par des tiers et aussi, semble-t-il, en cas de falsification ou de contrefaçon de la carte[1725]. Un tel régime de répartition des risques appelle un certain nombre de remarques critiques.

1724 Art. III.4 (dernière phrase). Cette règle suit, dans la même disposition, la clause de légitimation dont il a été question plus haut.

1725 L'art. III.5 n'est pas de toute clarté s'agissant des hypothèses de falsification et de contrefaçon puisqu'il est simplement précisé que les dommages résultant de celles-ci "*sont également pris en considération*". A noter que ne sont pas considérés comme des

664. Tout d'abord, on peut s'étonner de l'absence de référence claire à la situation avant et après notification du vol ou de la perte du moyen de paiement. La seule disposition qui traite de cette question est l'art. III.9 des conditions d'utilisation, aux termes duquel "*La banque est habilitée à débiter le compte pour tout retrait effectué au moyen de la carte ec avant que le blocage ne devienne effectif, le laps de temps habituellement requis pour l'exécution d'une telle opération étant pris en considération*". La délimitation avec le régime d'indemnisation de l'art. III.5 n'est pas de toute clarté, mais on en déduit logiquement que tout dommage survenant avant le blocage effectif est initialement à la charge du client (art. III.4 et 9), celui-ci pouvant cependant être indemnisé aux conditions de l'art. III.5; après le blocage, les risques passent à l'émetteur, qui ne peut plus débiter le compte de son client[1726].

Quoi qu'il en soit, en retenant comme moment déterminant pour l'allocation des risques le blocage effectif et non la notification de la perte ou du vol, la clause défavorise les consommateurs en tant qu'elle laisse plus longtemps les risques à leur charge et ce alors que le moment du blocage dépend uniquement de la banque[1727]. Ce régime ne correspond pas à la conception dominante en Europe ni aux recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE[1728]. La situation pourrait être rendue plus acceptable s'il était tenu compte de la faute éventuelle de la banque pour le temps mis pour arriver à un blocage effectif, or tel n'est pas le cas. Les consommateurs devraient cependant être rassurés à cet égard depuis une récente décision du Tribunal fédéral.

Dans son ATF 122 III 373, notre Haute Cour avait à juger le comportement d'une banque qui n'a pas fait bloquer des eurochèques après l'annonce de leur vol par le client. Or à cette occasion, le Tribunal fédéral a fait une comparaison avec les paiements électroniques et a indiqué, sous forme d'un *obiter dictum* aussi clair qu'important, que: "*Si la carte ec est utilisée comme moyen de retrait ou de paiement conjointement avec le code ec dans un appareil automatique, elle peut être électroniquement bloquée sans difficulté particulière (...). La banque qui ne donnerait pas suite à un tel ordre de blocage engagerait en principe sa responsabilité*"[1729].

665. Reste que du point de vue du droit des conditions générales, les conditions ec posent le problème plus large de l'absence de toute référence aux hypothèses de faute de la banque dans le régime de répartition des risques. L'ancienne version des conditions d'utilisation de la carte ec mettait les risques

---

"*tiers*", le conjoint et les personnes vivant dans le même ménage que le titulaire du compte (art. III.5).

1726 THÉVENOZ, banquier, p. 46; BILLOTTE-TONGUE, no 451.

1727 Voir les critiques d'OBERSON, p. 460 ss, 462.

1728 Cf. *supra* no 489.

1729 ATF 122 III 373, 380.

de fraude à charge du titulaire du compte, mais "*sauf négligence grave de la banque*"[1730]. Lors de la publication de son rapport de 1989 sur les accords entre banques, la Commission des cartels a émis de sévères critiques à l'égard de ces conditions, en soulignant notamment que ce régime de répartition des risques qui libérait la banque même en cas de faute légère plaçait les clients "*dans une position peu avantageuse*"[1731].

Sous l'angle de la loi sur les cartels, la Commission a estimé qu'une telle entente entre banques pour fixer des conditions contractuelles uniformes constituait une entrave notable à la concurrence, que la dérogation aux conditions de responsabilité prévues par le droit dispositif devait être appréciée négativement dans le cadre de la méthode du bilan et qu'enfin, pour ce qui est de l'examen de la proportionnalité, elle ne voyait pas pourquoi il convenait de limiter unilatéralement la responsabilité en faveur des banques. La Commission des cartels a donc finalement recommandé de formuler les dispositions sur la responsabilité "*de manière plus équilibrée, notamment en remplaçant la notion de «faute grave» par celle de «la diligence usuelle dans les affaires»*", comme elle l'avait fait pour le modèle de conditions générales de l'ASB, pour tenir compte en particulier de l'ATF 112 II 450[1732].

En réaction, l'Association suisse des banquiers a proposé de reformuler la disposition relative à la répartition du risque en mettant à la charge du titulaire l'ensemble du dommage dû à la fraude d'un tiers, sans aucune référence à la faute de la banque[1733]. Les conditions ec ont été complètement révisées et le nouveau régime ne fait effectivement plus aucunement mention de l'hypothèse d'une faute de la banque: "*Les risques d'une utilisation abusive de la carte ec sont en principe supportés par le titulaire du compte*" (art. 4); si le client a respecté à la lettre ses propres obligations de diligence, il pourra obtenir réparation de son dommage, à concurrence de 90% (art. 5).

Partant, ce régime de répartition des risques pose problème sous l'angle des art. 100 et 101 CO. A la lettre de l'art. 100 al. 1 CO, on ne peut pas dire que la clause des conditions ec est une "*stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave*" puisque toute référence à la faute est précisément omise. Cependant, comme le régime contractuel défavorable au client reste applicable en toutes circonstances, il convient de poser certaines limites. Si la banque commet une faute grave, elle ne pourra se retrancher derrière ses conditions générales, la clause de répartition

---

1730 Art. 2.9. Ce régime était atténué par une "*Notice concernant le règlement des dommages ec*", qui permettait au titulaire non fautif d'être indemnisé de son dommage, sous déduction d'une retenue. Cf. *infra* note 1750.

1731 Commission des cartels [Suisse], p. 144.

1732 Commission des cartels [Suisse], p. 195 s. Cf. *supra* no 649.

1733 ASB, banques, p. 148 s.

des risques étant nulle en vertu de l'art. 100 al. 1 CO, respectivement de l'art. 101 al. 3 CO s'il s'agit de la responsabilité des auxiliaires, ces dispositions légales relatives aux exonérations de responsabilité étant appliquées par analogie au cas du simple transfert du risque d'exécution non autorisée. En cas de faute légère de la banque, un juge pourrait considérer la clause comme inconciliable avec l'art. 100 al. 2 CO, s'il s'agit d'un acte d'un organe[1734]. Il est regrettable que la recommandation de la Commission des cartels, qui aurait dû permettre de rendre le régime de répartition des risques plus équitable pour les clients, se solde finalement par un recul, avec une déresponsabilisation totale des banques. Désormais, il faudra recourir dans chaque cas d'espèce à l'application des art. 100 et 101 CO pour déterminer l'admissibilité du régime contractuel proposé, en fonction du degré de faute de l'établissement bancaire.

666. Les conditions ec sont par ailleurs critiquables, en tant qu'elles ne permettent pas d'appliquer les principes de la responsabilité pour faute vis-à-vis du client. Celui-ci ne peut être dédommagé que s'il a respecté en tous points les conditions ec et qu'il n'a pas commis de faute[1735]. Même non négligent, le consommateur supportera en outre une retenue de 10% (mais limitée à 300 francs). Ce régime ne correspond pas au droit communautaire et à la situation dans certains Etats européens. Premièrement, le client ne devrait en principe répondre du dommage avant notification que jusqu'à un montant forfaitaire raisonnable (150 écus selon les recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE). Ce n'est qu'en cas de faute grave ("*négligence extrême*" selon les recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE) qu'il devrait supporter l'ensemble du dommage[1736]. Or le régime ec suisse rend le client en principe entièrement responsable dès qu'il a commis un faute, quelle qu'elle soit. Deuxièmement, et à l'instar de l'évolution qu'ont connu les conditions ec allemandes[1737], on devrait décharger de tout risque le client non fautif, ce qui signifie ne pas lui faire supporter une part du dommage de 10% dans tous les cas.

667. Les conditions ec sont encore défavorables aux consommateurs puisque ce sont eux qui doivent logiquement supporter la charge de la preuve. A la base, le client supporte les risques; la banque a un droit de débit, mais le client peut être indemnisé s'il n'a pas commis de faute. On peut donc partir de l'idée que c'est le client qui devra apporter cette preuve libératoire. Or il pourra lui être très difficile de démontrer qu'il a respecté en tous points ses obligations de diligence et s'il ne peut apporter de telles preuves, il devra en principe supporter la totalité du dommage. C'est la raison pour laquelle une charge des risques fixée à un

1734 Cf. *supra* no 614 ss.
1735 Art. III. 5.
1736 Cf. *supra* no 487 s.
1737 Cf. *supra* note 1254.

montant forfaitaire avant notification aurait l'avantage de la simplicité et de l'équité lorsque les preuves sont difficiles à administrer[1738].

668. Le flou du régime de répartition des risques, qui constitue déjà en soi un problème de transparence du service offert[1739], est encore accru par l'intervention dans chaque cas d'espèce de la Commission des dommages ec/BM, commission composée de sept membres et dont le secrétariat est tenu par l'Association suisse des banquiers. En concluant avec Europay (Switzerland) SA les contrats concernant les prestations de services ec[1740], les banques participent en effet à un fonds d'indemnisation, destiné à couvrir certains dommages découlant d'une utilisation abusive des cartes ou des systèmes ec[1741]. Ce fonds est financé par les banques participantes et sa gestion est définie par le "*Règlement relatif au fonds d'indemnisation ec-Bancomat/ec-Direct*", règlement cependant non disponible pour la clientèle[1742]. Ceci est explicable de par le fait que la commission des dommages ne traite pas directement avec les titulaires de cartes mais avec les banques. Aux termes des conditions ec, c'est la banque émettrice et elle seule qui doit couvrir formellement le dommage de son client, selon les modalités fixées dans ces conditions. Ce n'est donc qu'au niveau interbancaire, selon un système comparable à une assurance, que le fonds d'indemnisation interviendra pour couvrir certains types de dommages aux conditions fixées dans le contrat entre Europay et chaque banque participante[1743].

Nous n'allons pas examiner ces relations juridiques complexes entre clients, banques et fonds d'indemnisation, ce d'autant plus que le règlement relatif audit fonds n'est pas publié. Ce qui fait foi, dans le cadre d'une étude de la relation entre une banque et son client, est le seul contrat conclu entre ces deux

---

1738 Nous renvoyons à nos développements théoriques en matière de preuve, *supra* no 505 ss. Par rapport au droit supplétif du Code des obligations, l'émetteur ne devrait pouvoir débiter le compte de son client que s'il peut prouver l'exécution régulière du mandat (art. 402 al. 1 CO; SCHÖNLE, responsabilité, p. 80). En outre, si l'émetteur poursuivait son client prétendument fautif en dommages-intérêts, il n'aurait certes pas besoin de prouver la faute elle-même puisqu'elle est présumée au sens des art. 402 al. 2 et 97 al. 1 CO, mais il devrait prouver en revanche le dommage, la violation de l'obligation contractuelle préexistante et le lien de causalité. Cf. RVJ 1996, p. 174 ss, 175 (Tribunal cantonal du Valais); BILLOTTE-TONGUE, no 398, 631, 638. A noter que si l'on suivait WERRO, no 851 (cf. *supra* note 1490), la preuve du manque de diligence en tant que condition de la violation de l'obligation contractuelle préexistante exclurait la preuve de l'absence de faute (sauf incapacité de discernement).

1739 Cf. *supra* no 210.

1740 Cf. *supra* no 637.

1741 Voir l'exemple du contrat ec-Direct in THÉVENOZ/ZULAUF, BF 95/59-2, art. 8.5 et 9.

1742 Auparavant, le "*Pool d'indemnisation eurocheque*" était réglé aux annexes 2 (contrat de société) et 3 (Règlement des dommages pour les banques) à la Convention XV de l'ASB et ces documents étaient accessibles.

1743 Voir encore l'exemple du contrat ec-Direct in THÉVENOZ/ZULAUF, BF 95/59-2, pour les types de dommages qui sont couverts par le fonds à l'art. 8.5.

parties, incorporant en l'occurrence les Conditions d'utilisation de la carte ec[1744]. Reste qu'en pratique, c'est la Commission des dommages ec/BM, plus que la banque émettrice concernée, qui va examiner chaque cas d'usage non autorisé de la carte ec dénoncé par un client. C'est elle qui déterminera, au vu des circonstances du cas d'espèce et selon sa politique, si le client a respecté ses obligations de diligence, s'il n'est pas fautif et si le fonds doit intervenir. La banque émettrice suivra logiquement ce jugement: si le dommage est couvert par le fonds, elle indemnisera formellement son client selon le régime des conditions ec; si le fonds refuse toute couverture, le client ayant été considéré comme fautif, la banque maintiendra les débits effectués sur le compte dudit client et s'opposera à toute prétention de sa part.

C'est dire, dans l'optique d'une interprétation des conditions ec quant au régime d'allocation des risques de fraude entre banque et client, combien le rôle joué en pratique par la commission des dommages est important. Or très peu d'informations sont disponibles sur le système appliqué. Le nombre de litiges traités est régulièrement publié, mais l'on ne donne pas d'indications sur l'étendue du dommage, la réparation accordée et la fraudes constatée dans chaque cas particulier[1745].THÉVENOZ écrivait en 1992 que: "*La pratique semble relativement souple: à une négligence partielle du titulaire répondrait une prise en charge partielle de son dommage*"[1746]. Selon nos informations, la politique ne serait pas différente aujourd'hui. La Commission indemniserait la clientèle avec une grande largeur de vues, qui dépasserait de loin la politique appliquée par les établissements sis à l'étranger[1747]. La Commission traite en tout cas les dommages au cas par cas, chaque affaire présentant semble-t-il des particularités difficiles à traiter sur une base générale[1748]. La faute serait appréciée en fonction

---

1744 Dans la précédente version des conditions ec, la "*Notice concernant le règlement des dommages ec*" exposait très clairement que pour l'indemnisation d'un dommage: "*La banque soumet la demande d'indemnisation d'un dommage à l'administration du fonds qui décide de l'indemnité à verser. Le titulaire du compte ne peut intenter une action que contre la banque qui gère le compte. C'est exclusivement auprès de cette dernière qu'il pourra faire valoir ses prétentions*" (art. 5). Il n'est donc pas question d'une stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO.

1745 Voir les rapports annuels de l'ASB, qui indiquent, pour les eurochèques et pour le Bancomat, le nombre de cas de dommages enregistrés durant l'exercice concerné par la Commission des dommages, ainsi généralement que le nombre de cas pour lesquels une indemnité a pu être versée par le fonds. 445 cas de dommages Bancomat en 1989 (1'481'000 cartes ec en circulation), 684 cas en 1996 (2'620'000 cartes en circulation), en passant par une crête à 779 cas de dommages en 1993, le volume des fraudes semble somme toute relativement stable et peu influencé par le développement des possibilités d'utilisation de la carte à l'étranger. La somme totale des dommages résultant de retraits abusifs dans le système Bancomat mentionnée dans le Rapport 1996/97 de l'ASB (p. 52) s'élève tout de même à 854'278.80 francs.

1746 THÉVENOZ, banquier, p. 46.

1747 Selon les termes d'un responsable de la Commission des dommages ec/BM.

1748 Toujours selon les termes d'un responsable de la Commission, près de 60% des litiges représentent des cas de routine, mais le reste nécessite des recherches et des compléments

de l'attitude du titulaire lors de la constatation de la perte ou du vol de la carte, l'indemnité étant fonction de sa réaction à partir de ce moment. La libre appréciation de la commission pour certains cas serait consacrée dans le règlement relatif au fonds d'indemnisation. On nous dit même qu'en cas de doute, la commission décide en faveur du titulaire de carte.

Quoi qu'il en soit, il n'existe aucune "jurisprudence" publiée de la Commission des dommages ec/BM, à laquelle l'on pourrait se fier, et la seule référence écrite en matière d'allocation des risques entre le titulaire de carte et sa banque reste le texte même des Conditions d'utilisation de la carte ec, qui, à sa lettre tout au moins, n'est pas favorable au consommateur. Il est dommage que l'on ne sache pas plus précisément comment le respect des obligations de diligence du client est apprécié pour le strict régime de couverture des dommages de l'art. 5. Que se passe-t-il en cas de faute légère et en cas de faute grave du client? *Quid* en cas de faute de la banque? Quelles preuves doivent être apportées par le titulaire; celui-ci est-il notamment jugé négligent, à tout le moins partiellement, dès que la carte a été utilisée avec le code, quelles que soient les circonstances[1749]?

669. A l'inverse de la situation dans les pays qui nous entourent, en Allemagne et en France notamment, les tribunaux suisses n'ont pas encore été saisis - en tout cas à la lumière de la jurisprudence publiée - de litiges opposant un client à sa banque à la suite de l'utilisation non autorisée de la carte ec, dans sa fonction de paiement électronique. La troisième partie des conditions ec, consacrée au prélèvement d'argent et au paiement, et ses dérogations au droit dispositif n'ont donc pas été examinées par la justice. Or une partie de la doctrine critique le régime que ces conditions prévoient[1750] [1751].

---

d'information. Le Rapport 1996/97 de l'ASB l'indique expressément (p. 52): "*Le degré de complexité des dossiers a augmenté. L'origine des pertes n'étant pas toujours clairement prouvée, l'appréciation du dommage requiert également davantage de temps*".

1749 Cf. J'achète mieux, no 257, 11-1997, p. 17. Voir à ce sujet notre analyse *supra* no 467 ss. Comparer avec les décisions de l'Ombudsman des banques suisses mentionnées *infra* note 1988.

1750 Aujourd'hui, les conditions ec posent comme règle que "*Les risques d'une utilisation abusive de la carte ec sont en principe supportés par le titulaire du compte*" (art. III.4), avec un système de couverture des dommages en cas de non-responsabilité (art. III.5). Auparavant, les mêmes conditions ec prévoyaient que "*Sauf négligence grave de la banque, le titulaire du compte doit supporter pour lui-même et son fondé de procuration les conséquences de toute disparition, utilisation abusive, falsification ou contrefaçon de la carte ec et des eurochèques ou de la révélation du code ec, même si une disparition de la carte ou la révocation d'une procuration a été annoncée à la banque*" (art. 2.9), mais il existait également un système de couverture des dommages en cas de non-responsabilité (art. 4.5, en liaison avec la Notice concernant le règlement des dommages ec). Ces deux régimes sont-ils totalement différents sous l'angle du droit des clauses abusives? L'adjonction des mots "*en principe*" change-t-elle vraiment quelque chose quant au fond? On peut en douter (comparer avec l'analyse d'OBERSON, p. 465 ss), c'est la raison pour

670. Il est pourtant probable que le Tribunal fédéral n'aurait rien à redire à l'endroit des conditions de paiement électronique ec, si l'on suit le raisonnement qu'il a fait pour juger des conditions ec en matière d'eurochèques. Dans l'ATF 122 III 373 de 1996 déjà cité[1752], notre Haute Cour a examiné "*de façon globale*" le système d'allocation des risques et d'indemnisation en cas d'utilisation frauduleuse d'eurochèques et de la carte ec, en tant que carte de garantie (non de carte de débit). C'est-à-dire qu'elle s'est prononcée sur ce régime en deux temps, caractéristique des conditions ec: le client doit en principe entièrement supporter le dommage, mais il peut à certaines conditions être indemnisé à concurrence de 90%. Or les juges fédéraux ont totalement admis ce régime contractuel, retenant qu'il n'est pas abusif, que l'équilibre du régime légal n'est pas sensiblement compromis au sens de l'art. 8 lit. a LCD et que la clause incriminée n'est pas insolite[1753].

Cette position n'est pas surprenante si on la compare à un arrêt à peine plus ancien (1995), déjà cité également[1754]. Dans l'ATF 122 III 26, qui n'a d'ailleurs rien de révolutionnaire par rapport à la situation antérieure, le Tribunal fédéral a en effet admis, en cas d'absence de faute des parties, le régime issu de l'art. 4 du modèle de conditions de l'ASB, dérogeant à l'art. 1132 CO et transférant le risque de fraude de la banque au client. Or le régime ec, pour les

---

laquelle certains développements que d'aucuns ont fait au sujet de l'ancienne version des conditions ec restent en partie valables.

1751 SCHÖNLE, responsabilité, p. 81 s., qualifie tout transfert du risque de fraude au client de remise conditionnelle de dette au sens de l'art. 115 CO (cf. *supra* no 576) et même de donation (p. 84). Si cet auteur considère improbable que de telles clauses puissent être jugées insolites dans la perspective de la théorie de l'incorporation (p. 82 s.), il est revanche beaucoup plus sévère quant à leur validité sous l'angle du contrôle de leur contenu. A l'égard de l'art. 2.9 des anciennes conditions ec, cité ci-dessus, SCHÖNLE estimait ainsi que cette disposition était déloyale au sens de l'art. 8 LCD (p. 83, la condition de tromperie mise à part), qu'elle aurait dû être déclaré nulle du moment que toutes les banques suisses exigeaient une telle remise de dette dans leurs conditions générales et qu'aucun client ne pouvait obtenir un contrat bancaire lui permettant d'utiliser sa carte eurochèque conformément au droit dispositif (art. 400 al. 1, 481 en liaison avec 475 et 1132 CO). "*Les banques exercent leur droit de préformuler le contenu du contrat d'une manière abusive au sens de l'art. 2 al. 2 CC et restreignent la liberté de leurs clients d'une manière inadmissible parce que contraire aux moeurs au sens de l'art. 27 al. 2 CC*" (p. 84). "*L'offre d'une indemnisation partielle par un fonds commun des banques sous certaines conditions n'atténue guère ce caractère abusif*" (p. 92). Cf. aussi p. 86 ss, 91 s. et ATF 122 III 373, 377.

1752 *Supra* no 627, 630.

1753 ATF 122 III 373, 378 s. Pour les conditions de la carte ec dans son fonction carte de débit, BILLOTTE-TONGUE, no 391, arrive globalement au même résultat: aucune base légale ne permet d'imputer au client non fautif un pourcentage du dommage, il y aurait donc *a priori* une dérogation notable au régime légal applicable au sens de l'art. 8 LCD; cette dérogation est cependant "*contrebalancée par le contenu équitable propre d'une telle clause*", en tant que compromis conventionnel (même si par ailleurs, le fait que le client fautif ne soit en principe pas indemnisé, même en cas de simple faute légère, constitue une autre dérogation: no 445).

1754 *Supra* no 630.

eurochèques mais aussi pour le paiement électronique, est plus favorable puisque les clients non fautifs sont en principe en grande partie indemnisés. Partant, il était logique d'admettre un tel régime. Comme le soulignent les juges de Lausanne, "*On hésitera d'autant moins*" à admettre des clauses de transfert du risque aux clients si ce risque est limité (particularité des chèques garantis) et "réassuré"[1755].

Notons encore que dans l'arrêt des eurochèques, le Tribunal fédéral ne critique pas la retenue de 10% même pour un client non fautif, clause qui a pourtant été supprimée des conditions ec allemandes pour éviter les foudres de la justice[1756]; de même qu'il accepte peut-être un peu facilement, sous l'angle de l'abus de droit et de l'ordre public, des clauses touchant à la question de la faute de la banque (clauses toutefois spécifiques aux eurochèques, que nous n'examinerons pas ici).

bbb. Cartes de crédit et accréditives

671. Pendant longtemps, le régime d'allocation des risques fixé par les grands organismes de cartes de crédit ou accréditives était clair et assez équitable. A l'instar, des règles pratiquées à l'étranger et en particulier aux Etats-Unis, les clauses contractuelles proposées en Suisse prévoyaient que le titulaire était responsable de toute utilisation abusive de la carte jusqu'à réception par l'émetteur de l'avis de perte ou de vol, mais seulement jusqu'à concurrence d'un montant maximum (généralement 100.- fr.). Le titulaire était entièrement libéré dès notification[1757]. Ce régime découlait cependant de l'utilisation généralisée du système traditionnel de la facturette signée par le titulaire lors d'une transaction. L'apparition des codes confidentiels (distributeurs automatiques de billets, automates à essence, etc.) a dès lors sensiblement modifié la pratique[1758].

672. Depuis l'utilisation de la technologie électronique et dématérialisée, les contrats relatifs à des cartes de crédit ou accréditives se sont globalement rapprochés des Conditions d'utilisation de la carte ec. On y trouve parfois des

---

1755 ATF 122 III 373, 378. Ainsi, un auteur comme BUCHER Eugen, AGB, critique l'ATF 122 III 26 en tant que le Tribunal fédéral admet un régime contractuel d'allocation des risques qu'il juge abusif (p. 41 ss), mais approuve l'ATF 122 III 373 en considérant que les clauses ec, pour les eurochèques mais aussi pour les cartes de débit, sont équitables (p. 55 s.).

1756 *Supra* note 1254. En doctrine suisse, voir l'avis de BILLOTTE-TONGUE, no 391, mentionné *supra* note 1753.

1757 Même observation chez THÉVENOZ, banquier, p. 47, qui explique ce régime d'allocation des risques par le mécanisme d'assurance pratiqué (financement au moyen d'une fraction de la commission facturée au commerçant).

1758 THÉVENOZ, banquier, p. 47.

clauses de légitimation: le titulaire déclare expressément reconnaître comme siennes toutes les utilisations liées au code personnel et faites avec sa carte; la légitimation par le code NIP remplace l'identification par la signature. Plus généralement, le régime d'allocation des risques est sévère pour le client. Exemple courant: s'il ne s'acquitte pas de ses devoirs de diligence, le client répond de manière illimitée des suites résultant de l'utilisation abusive de la carte, jusqu'à ce qu'un éventuel blocage devienne effectif. Seul le client non négligent verra sa responsabilité limitée, non à 10% du dommage comme dans le cas ec, mais à un montant forfaitaire (généralement 100.- fr.). Il n'est en outre plus acquis que le client est libéré dès notification, il se peut que le client même non fautif ait de toute façon à supporter une part de dommage de 100.- fr., quel qu'ait été le moment de la survenance dudit dommage.

673. Curieusement, les clauses peuvent être très variables d'un contrat à l'autre. On constate même que les clauses de certains établissements ont été modifiées à plusieurs reprises à des intervalles assez courts, en fonction semble-t-il de l'évolution de la technologie. Il arrive aussi que les conditions d'une carte accréditive offerte directement par l'organisation émettrice (exemple: Eurocard) soient différentes des conditions des banques offrant en "*co-branding*" la même carte en carte de crédit, non seulement pour les aspects de crédit mais aussi pour les règles de responsabilité[1759]. Quoi qu'il en soit, les développements juridiques exposés pour la carte ec sont également applicables aux conditions des cartes de crédit ou accréditives, pour les clauses (par exemple de légitimation) matériellement insolites (mais souvent formellement présentées en caractères gras!), pour les limites inhérentes aux art. 100 et 101 CO (le régime de répartition des risques ne tient pas compte des hypothèses de faute de l'émetteur) ou encore pour les difficultés d'application de l'art. 8 LCD.

674. Les émetteurs prévoient aussi souvent des règles spéciales en matière de paiement à distance par carte[1760]. On trouve ainsi des conditions générales réservant les hypothèses d'achats effectués par téléphone ou par correspondance et les services payés par la même voie, en posant comme règle que le titulaire s'engage simplement en communiquant son nom, le numéro et la date d'échéance de sa carte, sans que la signature d'un document ou l'utilisation d'un code secret soit nécessaire. Ces conditions vont plus loin qu'une simple allocation des risques de fraude et constituent des clauses de légitimation: l'opération est considérée comme valable même si elle a été effectuée par un tiers non autorisé. Au regard de l'argumentation développée précédemment[1761], de

---

1759 THÉVENOZ, banquier, p. 48. C'est la raison pour laquelle nous renonçons à citer des exemples plus précis de clauses pratiquées, avec références, exemples qui pourraient rapidement être dépassés.

1760 Cf. *supra* no 496 ss.

1761 *Supra* no 654 ss.

telles clauses ne sont pas admissibles. Elles doivent être qualifiées d'insolites et à tout le moins contraires aux critères matériels de l'art. 8 LCD.

ccc. Conditions du Telebanking

675. Les conditions d'allocation des risques des contrats de banque à domicile sont plus sévères encore pour les clients, en tant qu'elles ne prévoient aucune indemnisation possible ou part de risque plafonnée à un certain montant pour les clients non fautifs. Elles rejoignent en cela la dérogation traditionnelle à l'art. 1132 CO en matière de chèque. La règle de principe imposée dans les conditions générales est que les risques d'utilisation abusive des différents codes d'accès sont à la charge exclusive du client. Des possibilités de blocage sont généralement prévues, mais le client n'en sera pas forcément libéré pour autant de sa responsabilité.

676. Il n'est donc pas tenu compte du comportement du client: fautif ou non, il répond du dommage survenu[1762]. Plus délicat encore sur le plan de la validité des clauses: il n'est pas non plus tenu compte de l'éventuelle faute de la banque. C'est dire qu'en cas de faute grave d'un organe ou d'un auxiliaire, le régime contractuel ne sera pas compatible avec les art. 100 al. 1 et 101 al. 3 CO[1763], de même qu'une faute légère d'un organe pourrait poser problème sous l'angle de

---

1762 Critique de la validité des clauses par WETTSTEIN, p. 147 ss (en particulier sous l'angle de l'art 20 al. 1 CO: régime contractuel contraire aux moeurs).

1763 BILLOTTE-TONGUE, no 412, 416, 419. Cet auteur considère cependant qu'une interprétation des clauses permettrait dans certains cas d'éviter la nullité découlant des art. 100 al. 1 et 101 al. 3, en liaison avec l'art. 20 al. 2 CO. En effet, les conditions ec et les conditions de certains contrats bancaires (dans le domaine du Telebanking par exemple) renvoient aux conditions générales de l'établissement émetteur. Partant, BILLOTTE-TONGUE (no 413, 419) estime qu'une interprétation individualisée selon le principe de la confiance permettrait d'appliquer dans toutes les hypothèses la règle de l'exonération de responsabilité de la banque limitée aux cas de faute légère (clause "*sauf faute grave*"), réservée par la disposition des conditions générales de banque correspondant à l'art. 4 du modèle de l'ASB examiné *supra*. Nous doutons d'une telle interprétation. Il nous paraît que les conditions ec et les conditions de Telebanking sont très complètes, que leur raison d'être est précisément de régir en détail les aspects juridiques de nouveaux modes de paiement pour lesquels le modèle de l'ASB de 1966 n'est plus d'actualité (application contractuelle du principe "*lex specialis derogat lex generali*"). Si les banques avaient voulu renvoyer à l'art. 4 de leurs conditions générales, elles l'auraient certainement indiqué très clairement. Comme tel n'est pas le cas, il nous semble bien plutôt que le principe de la confiance doit permettre au client de se fier au texte non équivoque des conditions spéciales par rapport aux conditions générales. Le renvoi global à celles-ci doit être interprété restrictivement, il ne vise que les hypothèses de lacunes dans le régime spécial, or nous sommes ici clairement en présence de silences qualifiés (rappelons par exemple que les conditions ec prévoyaient la réserve de la faute grave dans leur précédente version, la suppression de cette réserve est donc tout ce qu'il y a de plus voulue; cf. *supra* no 665 et ASB, banques, p. 149).

l'art. 100 al. 2 CO[1764]. Nous renvoyons sur ce point à nos précédents développements[1765].

IV. Comparaison avec le droit postal

677. Pendant longtemps, les moyens de paiement postaux ont été soumis à des règles légales fixées dans la législation de droit public[1766]. Cette situation a cependant changé le 1er janvier 1998 dans le cadre de la libéralisation des activités postales[1767]. Il nous a paru malgré tout utile de conserver certains développements relatifs à l'ancien régime de droit administratif. A l'heure où la Poste suisse vient d'être autorisée à formuler ses conditions contractuelles comme elle l'entend, ce qu'elle va vraisemblablement faire, il est intéressant d'évaluer le caractère satisfaisant ou non des règles légales qui étaient appliquées jusqu'ici, en comparaison notamment avec les conditions contractuelles librement pratiquées par les banques. Cela permet en effet de suggérer quelles conditions la Poste devrait adopter aujourd'hui, pour ne pas présenter les mêmes imperfections que les banques avec leur conditions contractuelles ec. Nous ne prendrons ici comme exemple que les conditions applicables à la Postcard, dans sa fonction de retrait d'argent auprès d'automates (en Suisse ou à l'étranger)[1768].

678. Les moyens de paiement postaux étaient soumis à des conditions légales précises. L'utilisation de la Postcard était régie en détail aux art. 128b à 128f de l'Ordonnance (1) relative à la loi sur le Service des postes[1769]. Lorsqu'un consommateur voulait ouvrir un compte postal, il recevait cependant une formule à remplir indiquant que les "*Conditions mises à la participation au système de la Postcard*", qui se trouvaient au verso de la formule et qui ne semblent pas encore avoir été modifiées à ce jour, reproduisaient "*par analogie*" les principales

---

1764 Voir aussi l'analyse de BILLOTTE-TONGUE, no 412, 415, 418, pour les conséquences de l'art. 8 LCD pour de telles dérogations notables au régime légal applicable.

1765 *Supra* no 614 ss.

1766 La relation de trafic des paiements entre le client, titulaire d'un compte postal, et les PTT relevait exclusivement du droit public: HEINI, p. 27; ATF 55 II 200, 202; TUASON Vicente / ROMANENS Meinrad, Das Recht der Schweizerischen PTT-Betriebe, 3ème éd., Berne 1980, p. 3.

1767 Cf. *infra* no 684 ss.

1768 Nous n'aborderons pas les aspects transfrontières du télévirement PTT (équivalant postal du Telebanking), des postchèques (équivalant postal des eurochèques) ou de la Postcard avec la fonction Eurocard. En tant que carte de paiement électronique transfrontière, la Postcard présente à ce jour des possibilités encore limitées puisqu'elle ne peut être utilisée que dans les DAB d'un nombre très restreint d'Etats européens et qu'elle ne fonctionne pas au point de vente (EFTPOS).

1769 L'art. 128c était spécifiquement applicable à la Postcard utilisée pour des prélèvements d'argent et comme carte de paiement. Voir aussi les art. 449a à 449h de l'Ordonnance (PD) relative à l'ordonnance (1) de la loi sur le Service des postes.

prescriptions de la loi sur le service des postes et des ordonnances y relatives applicables à cette prestation. Il est ainsi curieux de constater que les conditions soumises aux clients potentiels n'étaient pas l'exact reflet de la législation, mais bien une simple "analogie", avec des différences concrètes! Par exemple, en cas de perte de la Postcard, les conditions soumises à la clientèle étaient beaucoup plus détaillées que la loi et avaient l'avantage de faire une distinction claire, quant aux modalités d'opposition, entre la perte de la carte en Suisse et la perte à l'étranger[1770].

679. La responsabilité du client est fixée de la manière suivante dans ces conditions: "*Le client s'engage à reconnaître tous les prélèvements d'argent et tous les paiements de marchandises et de services effectués avec sa Postcard et correctement enregistrés sous le numéro de sa carte. L'enregistrement est réputé correct lorsque les investigations d'ordre technique et administratif auxquelles l'Entreprise des PTT s'est livrée n'ont relevé aucun élément permettant de conclure à une erreur de saisie et qu'aucune anomalie de fonctionnement du système n'a pu être prouvée*"[1771]. La réserve originale de la deuxième phrase quant à la fiabilité du système doit être saluée, elle correspond plus ou moins aux règles de preuve des recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE. Néanmoins, le fait qu'un enregistrement correct signifie pour le client "reconnaître" les prélèvements effectués par un tiers non autorisé équivaut à une sorte de clause de légitimation et est donc contestable.

La carte de la Poste a recours, il est vrai, à la technique de la puce et elle limite peut-être plus les risques de manipulation frauduleuse du moyen de paiement (par exemple découverte du code confidentiel par des méthodes informatiques). Reste que la frappe d'un code peut toujours être observée à un automate et que l'on ne voit pas pourquoi le consommateur devrait "reconnaître" les opérations non autorisées. Autre est la question de savoir si le consommateur doit supporter le dommage consécutif à de telles opérations non autorisées.

680. Quant à la "*Responsabilité de l'Entreprise des PTT*", elle est fixée de la manière suivante dans les conditions soumises aux clients: "*L'Entreprise des PTT rembourse au titulaire de la Postcard le montant des paiements et des prélèvements abusifs qu'elle aurait pu empêcher en procédant à un blocage ordinaire de la Postcard après la réception de l'avis de perte. Le montant des paiements et des prélèvements abusifs effectués avant le blocage ordinaire est remboursé si ceux-ci sont dus au risque accru inhérent au système de la Postcard*"[1772]. Les conditions ne font aucune référence à une éventuelle faute du client, or la réglementation suisse était pourtant claire sur ce point: "*L'indemnité*

1770 Art. I.4 lit. a et b.

1771 Art. II.4 des conditions Postcard, largement "inspirées" de l'art. 128c al. 2 de l'Ordonnance (1) relative à la loi sur le Service des postes.

1772 Art. II.5.

est réduite lorsque l'adhérent a failli à son devoir de diligence ou que le dommage est dû à des circonstances qui engagent la responsabilité du titulaire du compte"[1773].

681. Il est donc une fois de plus étonnant et critiquable que les conditions soumises par écrit à la clientèle n'aient pas reproduit le régime de droit public normalement applicable. Dans la mesure où ce dernier excluait tout rôle du droit contractuel, l'on ne pouvait considérer que les clauses proposées à la clientèle s'apparentaient à des conditions générales, qu'elles étaient soumises aux règles traditionnelles d'incorporation et qu'en cas de respect de ces règles elles faisaient intégralement partie du contrat. Au contraire, la relation d'usage entre les PTT et les consommateurs était soumise au droit administratif et à lui seul. Cela étant, nous nous refusons à considérer que les clauses remises à la clientèle jusqu'à ce jour ont été dépourvues d'effet juridique. Si les consommateurs se sont fiés de bonne foi à ces clauses, alors qu'elles divergeaient de la réglementation de droit public, ils auraient dû être protégés en cas de litige. On sait en effet que les principes de la bonne foi et de la confiance sont également appliqués en droit administratif[1774].

682. Au-delà de ce problème de délimitation entre la loi et les clauses pratiquées par les PTT, le régime de responsabilité des PTT surprenait par sa formulation en comparaison avec la pratique bancaire. Force est en tout cas de constater qu'un tel régime était plus systématique et plus équitable que le régime contractuel ec. En substance, la Poste assumait les risques après notification; avant notification, c'est le client qui supportait le dommage sauf si celui-ci était dû au "risque accru" du système. Cette notion de risque accru est bien évidemment sujette à interprétation. Englobe-t-elle le fait qu'un code peut être vu lors de sa frappe auprès d'un automate? Se limite-t-elle plus logiquement au risque créé par une faille technologique dans le système, permettant à un fraudeur bien équipé en informatique d'accéder sans droit au système?

683. Malgré quelques aspects positifs par rapport à la pratique bancaire, la réglementation postale méritait quand même certaines améliorations. La question sera donc de savoir quelles clauses vont être appliquées avec le nouveau droit.

684. Le droit postal a été révisé dans le cadre d'une libéralisation progressive du marché postal suisse. Le Conseil fédéral a publié le 10 juin 1996 un Message

---

1773 Art. 128c al. 3 (deuxième phrase) de l'Ordonnance (1) relative à la loi sur le Service des postes.

1774 Cf. KNAPP Blaise, Précis de droit administratif, 4ème éd., Bâle - Francfort 1991, no 497 ss; MOOR Pierre, Droit administratif, vol. I: Les fondements généraux, 2ème éd., Berne 1994, p. 427 ss.

relatif à la loi fédérale sur la poste (LPO)[1775], qui prévoyait que l'Entreprise des PTT - la future entreprise "*La Poste Suisse*" - continuerait de proposer des services de paiement[1776]. Chose rare en politique suisse, la LPO a très rapidement été adoptée par l'Assemblée fédérale - le 30 avril 1997 -, sans modifications notables par rapport au projet, il est vrai très général, du Conseil fédéral. Aucun référendum n'a abouti et la nouvelle loi est donc entrée en vigueur le 1er janvier 1998[1777].

685. Aux termes de la LPO, la Poste définit elle-même les conditions générales d'utilisation de ses services[1778]. On lui a même reconnu le droit de se soustraire, en tout ou en partie, à la responsabilité qu'elle encourrait en cas de faute légère[1779], les dispositions du droit privé étant applicables pour le surplus[1780].

686. Ce régime, qui a été proposé par le Conseil fédéral, est contestable. Le souci est de mettre la Poste "*sur le même pied que les opérateurs privés en ce qui concerne la limitation de la responsabilité*". Le Message laisse entendre que la Poste, en tant qu'industrie concédée par l'autorité, pourrait souffrir du carcan de l'art. 100 al. 2 CO puisqu'un juge pourrait tenir pour nulle une clause d'exonération de responsabilité en cas de faute légère. Pour cette raison, la loi sur la poste devait déroger au Code des obligations en permettant à la Poste de se soustraire à la responsabilité qu'elle encourrait en cas de faute légère, cette disposition trouvant son fondement, toujours selon le Message, dans l'art. 101 al. 3 CO[1781].

Ce raisonnement est faux, à tout le moins pour les services de paiement. Le but de la réforme législative était d'établir un marché postal concurrentiel. On peut donc comprendre - dans cette optique étroite, mais non dans une perspective de protection des consommateurs! - que la Poste souhaitait pouvoir jouir des mêmes exonérations de responsabilité que des entreprises privées non concédées par l'Etat (art. 100 al. 1 et 100 al. 2 CO). Mais en matière de paiement, la concurrence est représentée par le secteur bancaire; or le Tribunal fédéral a jugé dans son ATF 112 II 450 que l'activité bancaire n'est rien d'autre que l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité. C'est dire que les banques sont aujourd'hui soumises au carcan de l'art. 100 al. 2 CO[1782]. Partant, on ne

---

1775 FF 1996 III 1201. Ainsi qu'un Message relatif à la loi sur l'organisation de la Poste et à la loi sur l'entreprise de télécommunications: FF 1996 III 1260.
1776 art. 1 et 2 du projet.
1777 RO 1997 2452.
1778 Art. 11 al. 1.
1779 Art. 11 al. 2 lit. a (in fine).
1780 Art. 11 al. 3.
1781 Message LPO, FF 1996 III 1201, 1240.
1782 Cf. *supra* no 614 ss.

voit pas pourquoi un juge pourrait tenir pour nulle une clause d'exonération de responsabilité des organes de la banque en cas de faute légère, mais qu'il ne pourrait pas faire de même pour les organes de la Poste, ceux-ci étant protégés par le nouveau droit postal. Consacrer une telle différence signifie précisément accorder un avantage concurrentiel à la Poste, au détriment des banques.

687. On pensait que la réforme du droit postal serait peut-être l'occasion de réexaminer les règles de responsabilité entre la Poste et ses clients dans une optique d'une meilleure équité, on ne peut donc qu'être déçu d'une loi cadre qui tend bien plutôt à aligner les conditions de la Poste sur certains abus de la liberté contractuelle dans le domaine bancaire. Il est à craindre que les conditions postales "privatisées" qui seront adoptées soient moins favorables aux utilisateurs que la législation de droit public en vigueur jusqu'au 31 décembre 1997.

D. Bilan

688. Quelle appréciation peut-on faire du droit européen et du droit suisse *de lege lata* sur la base des développements qui précèdent?

I. Le droit européen

689. Le bilan que l'on peut tirer du droit de l'Union européenne, et *a fortiori* du droit de l'Espace économique européen, pour les questions touchant à la relation contractuelle entre un consommateur et son institution financière est mitigé. Les efforts récents d'harmonisation doivent certes être salués, mais ils sont encore insuffisants et même parfois critiquables.

690. La directive 93/13/CEE et les lois nationales qui la transposent permettront certainement de réduire l'utilisation de clauses contractuelles abusives. La directive reste cependant un instrument d'harmonisation minimale et certaines de ses dispositions sont floues et peu efficaces par rapport à ce qu'avait imaginé la Commission européenne. En se limitant à interdire certaines clauses déloyales, elle ne peut régler tous les problèmes spécifiques posés en matière de paiements transfrontières. En matière tarifaire, le secours de la directive 93/13 sera également limité. Les prix des opérations transfrontières, jugés excessifs par les consommateurs, continueront globalement d'être réglés par les seules forces du marché, sans que le droit communautaire ou les droits des Etats membres permettent un certain rééquilibrage.

691. La directive 97/5/CE était censée répondre aux préoccupations concrètes des consommateurs en matière de paiements transfrontières. Elle le fait, mais de manière imparfaite. La critique principale a trait au temps d'exécution des virements. La Communauté européenne aurait pu fixer des délais impératifs précis, elle a préféré laisser la liberté aux établissements de définir les délais de leur choix. Même en l'absence d'un tel choix par les professionnels, les délais subsidiaires présents dans la directive sont plus longs que ce qui avait été proposé avant et pendant la procédure législative. C'est dire que le temps total d'exécution d'un virement transfrontière, entre le moment où le consommateur transmet l'ordre à son établissement et le moment où le bénéficiaire voit son compte crédité, ne sera vraisemblablement pas raccourci même après la mise en oeuvre de la directive.

La directive sera clairement plus efficace s'agissant de limiter le "*double charging*" et d'assurer une "*money-back guarantee*" au donneur d'ordre en cas de non-achèvement du virement. Cela étant, l'approche reste peu incisive. La pratique du double prélèvement des frais n'est pas sanctionnée en tant que telle; on se contente d'en limiter les conséquences. Quant au montant que les institutions financières devront rembourser en cas de perte du virement, il est strictement plafonné et les Etats membres ne peuvent pas aller au-delà pour les établissements communautaires.

692. Est-ce qu'en 1999, transférer de l'argent d'un Etat membre à l'autre ne sera plus une opération lente, peu fiable, extrêmement onéreuse et jalonnées d'obstacles - pour reprendre les termes du BEUC[1783] - ? On peut en douter. Peut-être faudra-t-il surtout attendre de nouveaux développements technologiques pour que les paiements transfrontières s'effectuent dans de meilleures conditions pour les utilisateurs. Quoi qu'il en soit, l'harmonisation découlant de la directive 97/5 ressemble plus à un puzzle auquel il manquerait des pièces qu'à un corps véritablement homogène.

La directive ne concerne que les virements transfrontaliers au sens étroit, non les débits directs, les cartes, les chèques, etc. Elle ne règle pas la question de la responsabilité (pour faute ou causale) d'un établissement en cas de dommage du client, non seulement pour toutes les hypothèses de mauvaise exécution, mais aussi en cas d'opérations non autorisées. Le fait que des droits nationaux au contenu divergent continueront de s'appliquer par le biais du droit international privé ne renforcera donc pas suffisamment les potentialités du marché intérieur pour les consommateurs ni la sécurité du droit en cas de litige.

693. Dans l'optique des paiements face-à-face, la situation est encore pire en l'absence de textes contraignants. La recommandations 88/590, bien que mal

1783 Cf. *supra* no 161.

formulée, était satisfaisante sur certains points, quant aux grandes options d'allocation des risques entre clients et institutions financières, mais elle n'a pas été appliquée comme elle aurait dû l'être. L'adoption de la recommandation 97/489 a permis d'apporter encore certaines améliorations, mais elle n'est toujours pas l'instrument idéal pour assurer un meilleur équilibre de la relation contractuelle liant le fournisseur et l'utilisateur de moyens de paiement transfrontière, au contraire d'un texte comme la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc. Si la recommandation 97/489 était transformée en directive pour régir les paiements électroniques, en parallèle et même parfois en collision (banque à domicile) avec la directive 97/5/CE, cela contribuerait à accentuer l'effet "puzzle" dénoncé plus haut.

694. Dans un souci d'efficacité de l'intégration européenne, le patchwork des dispositions légales doit disparaître. Le problème de la révocabilité des paiements illustre très bien cette dérive. On ne peut pas traiter à la fois de ce problème dans des législations nationales, dans trois recommandations de la Commission et proposer encore une directive (concernant le caractère définitif du règlement) qui n'abordera qu'un aspect de la problématique, au risque même de créer certaines contradictions.

695. A nos yeux, seul un texte unitaire de droit communautaire, visant l'ensemble des moyens de paiement, qu'ils aient ou non un caractère transfrontière, permettrait de créer un véritable espace européen des paiements, dans lequel les utilisateurs pourraient procéder à des transactions nationales et internationales dans la meilleure harmonie et sécurité juridiques possibles. Le fait de ne viser qu'une facette des modes de paiement modernes - le caractère international - n'est pas approprié si l'on veut que consommateurs et professionnels puissent se référer sans difficultés à un corps de règles cohérentes pour l'ensemble du trafic des paiements de détail[1784]. Une telle réflexion législative devrait également être l'occasion, non seulement de reprendre et même d'améliorer les acquis des textes existants, mais aussi de régler d'autres problèmes qui ne sont pas ou pas assez traités aujourd'hui dans l'optique des risques découlant de la relation contractuelle entre institutions financières et consommateurs. On pense par exemple au droit de la preuve, trop laissé pour compte *de lege lata* pour toutes les opérations dématérialisées.

1784 Cf. aussi STAUDER, Richtlinie, p. 601; VASSEUR, CNUDCI, no 5, 52 ss, et transferts, p. 342 ss; GENNER, p. 68 et 179; SCHNEIDER, Entwurf, p. 480; Commission [UE], PSTDG, para. 63. La transposition de la directive 97/5 pourrait déjà permettre aux Etats membres de voir dans quelle mesure les nouvelles exigences communautaires ne devraient pas être étendues aux paiements purement nationaux dans le cadre d'une réforme globale de leur droit du virement ou des paiements de détail en général. La création puis la cohexistence de régimes juridiques différents (paiements nationaux ou internationaux, paiements à l'intérieur de l'Union européenne ou avec des pays tiers) peuvent en effet être contre-productives par rapport au souci de la Communauté européenne d'harmoniser et de simplifier les règles nationales.

696. Au plus tard le 14 août 2001, soit deux ans après la date de mise en application de la directive concernant les virements transfrontaliers, la Commission devra présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de cette directive, accompagné cas échéant de propositions de révision[1785]. Peut-être le moment sera-t-il de sanctionner les lacunes d'harmonisation et proposer alors un texte plus complet et satisfaisant, offrant ainsi un cadre juridique aux paiements grand public plus digne de l'entrée dans le nouveau millénaire.

II. Le droit suisse

697. Lorsque l'on examine les normes régissant la relation contractuelle entre un client et son institution financière pour l'utilisation de moyens de paiement transfrontière, on est frappé par la différence existant en droit suisse entre le régime légal supplétif et les clauses contractuelles utilisées en pratique.

698. Le Code des obligations est incontestablement une loi qui, en soi, permet d'assurer un certain équilibre entre les parties au contrat puisque les risques d'erreur et de fraude sont initialement à la charge de l'établissement bancaire qui tient le compte du consommateur, sous réserve d'une faute de celui-ci. Il est vrai que pour des paiements automatisés et dématérialisés, les concepts traditionnels tels que la faute ainsi que les exigences traditionnelles en matière de preuve ne sont plus toujours adaptés pour déterminer des responsabilités, de sorte qu'une modernisation d'un droit bientôt séculaire devrait être envisagée. Mis à part de tels ajustements sur certains points, il n'en reste pas moins que les principes d'allocation des risques qui sont à la base du droit positif suisse sont globalement satisfaisants.

699. La seule question qui n'a pas été tranchée de manière définitive est de savoir si ces principes restent applicables en matière de paiements internationaux faisant intervenir plusieurs banques. Si la banque du bénéficiaire devait être qualifiée de sous-mandataire (dans le cadre d'une substitution autorisée au sens de l'art. 398 al. 3 CO) par analogie avec la jurisprudence sur les paiements nationaux *via* le SIC[1786], il restera encore à déterminer si les banques correspondantes (intermédiaires) agissent en la même qualité ou s'il ne s'agit pas plutôt d'auxiliaires de la banque du donneur d'ordre.

Cette dernière solution serait la seule permettant une conformité avec le droit communautaire et les principes développés tout au long de ce chapitre: la banque du donneur d'ordre devrait répondre des actes des banques

1785 Art. 12 al. 1 de la directive.
1786 Cf. *supra* no 590 ss (ATF 121 III 310 = JT 1996 I 359).

intermédiaires, avec un droit d'action récursoire, lorsque le paiement initié par un consommateur se perd, arrive en retard ou est diminué de frais sans autorisation.

700. Quoi qu'il en soit, dans l'un et l'autre des cas de figure (exécution par des sous-mandataires substitués ou par des auxiliaires), le client peut au moins se retourner contre une partie s'il subit un dommage du fait de la mauvaise exécution d'un paiement ou d'une opération non autorisée par un tiers. Si la banque du donneur d'ordre peut se retrancher derrière l'art. 399 al. 2 CO en cas de substitution, le donneur d'ordre pourra en effet en principe actionner directement le sous-mandataire responsable en vertu de l'art. 399 al. 3 CO.

701. On sait cependant que les règles du Code des obligations qui régissent la relation contractuelle entre le client et sa banque sont pour la plupart dispositives et force est de constater que le régime que les banques appliquent en pratique par le biais de leurs conditions générales est totalement différent du régime légal supplétif. Les contrats bancaires portant sur des moyens de paiement grand public se caractérisent le plus souvent par une allocation des risques défavorable aux clients: même sans faute, ceux-ci doivent supporter les conséquences d'une erreur ou d'une fraude, et dans certains cas lors même qu'une faute serait imputable à la banque.

702. Il n'existe pas en droit suisse de législation spéciale qui régirait de manière contraignante le droit des moyens de paiement pour assurer une certaine protection des consommateurs. Il n'existe pas plus de législation spéciale qui limiterait de manière impérative l'utilisation de clauses contractuelles abusives par les professionnels. Partant, on ne peut que relever pour l'heure le manque d'eurocompatibilité du droit suisse, à tous les niveaux touchant à la relation contractuelle entre un client et son institution financière. Par le jeu de la liberté contractuelle, les règles applicables aux paiements transfrontières sont bien loin de satisfaire aux exigences principales et contraignantes du droit communautaire en matière de délais d'exécution, d'interdiction du "*double charging*" et de "*money-back guarantee*".

703. *De lege lata*, et bien qu'une plus grande sévérité serait souhaitable pour les cas dans lesquels un client n'a commis aucune faute, des clauses de répartition des risques en matière de chèque qui dérogent à l'art. 1132 CO sont admises par la jurisprudence. *Mutatis mutandis*, il en est de même pour les autres moyens de paiement grand public sans espèce, ce d'autant plus si le client non fautif a la possibilité de se faire en partie indemniser (conditions des cartes ec) ou si sa part de risques est plafonnée (cartes de crédit et accréditives). La seule limite notable à cette liberté contractuelle est le degré de la faute que la banque peut avoir commise. Ne sont pas admissibles en effet des clauses de transfert des risques et d'exonération de responsabilité des banques qui ne

respectent pas les limites posées par les art. 100 et 101 CO: une banque, industrie concédée par l'autorité, ne peut exclure que la faute légère de ses auxiliaires, elle risque qu'un juge considère comme nulle une exonération en cas de faute légère d'un organe. Sont en revanche totalement nulles à notre avis (clauses insolites, violation de l'art. 8 LCD) les clauses d'autolégitimation.

704. Les conventions bancaires n'existant plus, cela devrait être l'occasion pour les banques d'adopter de nouvelles conditions générales, non de rester globalement soumises au modèle de l'ASB, qui date déjà de 1966. Les choses ont évolué depuis lors, non seulement la jurisprudence, mais aussi la technique, avec l'automatisation toujours plus grande des opérations; sans compter les développements à l'étranger, avec des directives, recommandations, lois, codes et autres décisions de justice en matière de paiements. Des adaptions, une modernisation des textes sont certainement souhaitables. Et pourquoi pas imaginer qu'une certaine concurrence puisse s'établir entre établissements, non seulement en matière de prix, de services offerts, mais aussi quant aux conditions pratiquées? Il suffirait que les choses soient bien expliquées; il n'y a pas de raison *a priori* pour qu'un consommateur ne soit pas sensible à une politique commerciale plus respectueuse des intérêts des clients.

705. Parfois, on attend à tout le moins des clarifications, des simplifications. Il est ainsi tout aussi curieux que critiquable, pour l'exemple des Conditions d'utilisation de la carte ec, que celles-ci soient sévères dans leur contenu mais largement assouplies, semble-t-il, dans chaque cas d'espèce par la pratique de la Commission des dommages ec/BM. Dans un souci de transparence, d'équité vis-à-vis des clients et d'eurocompatibilité par rapport à des textes comme les recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE, il serait plus adéquat que les conditions soient reformulées, pour fixer un régime contractuel d'allocation des risques simple et objectif, avant et après notification du vol ou de la perte du moyen de paiement.

706. Des modifications des conditions contractuelles pratiquées par les banques seraient-elles cependant suffisantes pour appliquer les règles d'allocation des risques décrites dans ce chapitre? On peut en douter. Force est en tout cas de constater que les limites posées par la jurisprudence quant aux dérogations au droit dispositif dans des conditions générales n'ont pas conduit à une modification de celles-ci en faveur des clients. Bien au contraire: on pense par exemple à la suppression de toute référence à la faute de la banque dans les conditions ec.

707. Peut-être le temps est-il donc venu d'une intervention du législateur. La chose est indiscutable en matière de clauses abusives. Il faut mettre fin à l'imbroglio que l'on constate actuellement. Le contrôle trop fréquent de l'équité des clauses par le biais des règles sur l'incorporation (clauses insolites

notamment) et sur l'interprétation doit enfin laisser place à un véritable contrôle du contenu. Comme l'art. 8 LCD n'est pas suffisant pour jouer un tel rôle, une authentique législation sur les clauses abusives devrait être adoptée. Si le législateur se contentait d'adapter le droit suisse à la directive 93/13/CE, certaines clauses de conditions générales pratiquées par les banques devraient déjà être modifiées, à peine de nullité, notamment les clauses de légitimation et d'exonération de responsabilité qui excluent ou limitent de façon inappropriée les droits légaux du consommateur[1787].

708. Cela étant, une intervention uniquement horizontale (interdiction de certaines clauses contractuelles) n'est probablement pas suffisante pour régler tous les problèmes posés en relation avec les paiements transfrontières. C'est donc bien un nouvel encadrement normatif spécifique, pour les moyens et systèmes de paiement, que l'on peut également souhaiter pour l'avenir, comme d'autres l'ont d'ailleurs écrit avant nous[1788].

709. La Suisse a globalement intégré dans son droit la directive sur le crédit à la consommation, la directive sur le voyage à forfait, la directive sur la responsabilité du fait des produits, sans obligation de le faire et sans que cela n'handicape les marchés et opérateurs concernés. Pourquoi ne pourrait-il pas en être de même avec la directive sur les clauses abusives, la directive sur les virements transfrontières et les autres instruments en matière de paiement, en particulier la récente recommandation 97/489? Faudra-t-il attendre une hypothétique adhésion à l'Espace économique européen ou à l'Union européenne elle-même pour nous adapter en catastrophe au droit appliqué chez nos voisins, cela alors que les institutions financières suisses sont déjà soumises à ces conditions dans leurs activités à l'étranger? On peut juger plus judicieux de réfléchir déjà aujourd'hui, dans la sérénité, à la confection d'un véritable droit des clauses abusives et d'un droit des moyens de paiement.

710. Ce dernier volet pourrait d'ailleurs être l'occasion, non seulement de mieux encadrer les paiements transfrontières, mais également de régir les paiements au niveau national et pourquoi pas de réfléchir à une codification plus large de certains services financiers de masse. Sans le carcan d'une appartenance à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, une telle démarche pourrait même permettre d'adopter une réglementation meilleure que les textes communautaires actuels, soit une réglementation restant eurocompatible mais se révélant plus homogène, plus complète et palliant d'une manière générale les carences du droit européen décrites dans le présent chapitre.

1787 Cf. *supra* no 353 pour les exigences de la directive 93/13/CE et SCHWARZ, p. 170.
1788 Notamment THÉVENOZ, banquier, p. 51.

Chapitre 6: Le rôle du droit international privé

A. Les paiements transfrontières entre conflit de lois et conflit de juridictions

711. Le droit international privé joue un rôle déterminant dans le domaine des paiements transfrontières. Il n'est toutefois pas l'outil adéquat pour régler à lui seul le manque d'harmonisation qui caractérise le droit de tels paiements en Europe. Il conviendra donc de mettre en évidence les limites des règles de conflit et de voir quelles solutions ont été proposées au niveau international.

I. Le recours inévitable au droit international privé

712. Par définition, un paiement transfrontière est international. Il met en jeu au moins deux ordres juridiques: celui de l'Etat du consommateur donneur d'ordre et celui de l'Etat du bénéficiaire du paiement[1789]. Le droit international privé est dès lors incontournable: on doit y recourir pour déterminer le tribunal compétent ainsi que le droit applicable en cas de litige.

713. En Europe, les règles déterminantes de conflit de lois et de conflit de juridictions peuvent être différentes d'un ordre juridique à l'autre, notamment en fonction des traités internationaux en vigueur dans l'Etat concerné. Si par exemple un client domicilié en Suisse saisit un tribunal de son Etat dans le cadre d'un litige l'opposant à une banque ou un bénéficiaire domicilié aux Etats-Unis, le juge suisse devra examiner sa compétence et le droit applicable au litige à la lumière de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987. En revanche, si le même client suisse est en litige avec une banque établie à Paris, la compétence du tribunal saisi devra être déterminée sur la base de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Si la banque parisienne actionne de son côté une correspondante au Luxembourg, c'est-à-dire que le litige oppose des ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne, la compétence du juge relèvera de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, alors que le droit applicable sera déterminé par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

1789 Cf. *supra* no 10 ss.

714. Même si les normes de droit international privé ne sont donc pas toujours les mêmes dans les Etats européens dans lesquels se trouvent les parties, la situation créée par un paiement transfrontière pourrait, idéalement, ne pas se révéler trop compliquée.

Dans une configuration simplifiée, le client donneur d'ordre est domicilié dans le même Etat que son établissement et le bénéficiaire se trouve également dans le même Etat que son établissement. La relation entre chacun de ces deux établissements et leur propre client est purement nationale, aucun problème de droit international privé ne se pose à ce niveau[1790].

Si le consommateur donneur d'ordre est en litige avec le bénéficiaire du paiement transfrontière, il existe un élément d'extranéité puisque ces deux parties sont domiciliées dans des Etats différents. Si des problèmes de droit international privé se posent, ils ne sont toutefois pas forcément spécifiques à une relation de paiement. Le paiement n'est en effet que l'exécution de la dette d'argent du débiteur donneur d'ordre. Il se peut très bien que le litige opposant le donneur d'ordre et le bénéficiaire dans ce qui est le rapport de base ou rapport de valeur ait une autre origine: nullité du contrat, défaut de la chose vendue, responsabilité contractuelle pour inexécution, etc. On se trouve alors en présence de cas classiques du droit international privé des contrats.

Enfin, un cas plus typique pour les relations de base créées par un paiement transfrontière a trait au rapport entre l'établissement du donneur d'ordre et l'établissement du bénéficiaire. Ces deux établissements étant situés dans des Etats différents, il existe un élément d'extranéité. Théoriquement, les problèmes de droit international privé devraient cependant être peu complexes. Un contrat, de type mandat, liera les deux établissements, de sorte que la détermination du droit applicable par exemple se fera encore une fois selon les règles traditionnelles du droit international privé des contrats. Qu'il s'agisse de lois nationales de droit international privé ou d'un traité international comme la Convention de Rome sur la loi applicable, la règle est en principe que le droit applicable est celui choisi par les parties. A défaut, le contrat est généralement régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits, ce qui, en matière contractuelle, renvoie souvent aujourd'hui au droit de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique est domiciliée[1791]. Or

---

1790 ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 91; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 367.

1791 BÜLOW, p. 431, 433; HADDING, Überweisungsverkehr, p. 17; PARDON, produits, p. 34; BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 369. Cf. *infra* no 727. Pour des analyses récentes de la notion de prestation caractéristique, en particulier dans l'optique de la loi de droit international privé suisse et de la Convention de Rome, cf. PATOCCHI Paolo Michele, Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract, in: Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle - Francfort 1993, p. 113 ss; VISCHER Frank, The Concept of the Characteristic Performance Reviewed,

il n'est plus guère contesté que pour un contrat de service, la prestation caractéristique est fourni par le prestataire en faveur du mandant. C'est donc le droit de l'Etat de l'établissement du bénéficiaire qui devrait s'appliquer à la relation nouée par cet établissement avec l'établissement du donneur d'ordre[1792].

En résumé, la relation quadripartite la plus simple créée par un paiement transfrontière (donneur d'ordre, bénéficiaire, deux institutions financières) ne devrait théoriquement pas poser trop de difficultés quant aux conflits de lois et conflits de juridictions. Or la réalité est toute autre. Dans l'optique d'une efficacité optimale des paiements internationaux de détail, le droit international privé montre de nombreuses limites.

II. Les limites du droit international privé

1. Des droits nationaux divergents

715. A nos yeux, la limite principale du droit international privé est que celui-ci ne peut pas être une solution au manque d'harmonisation du droit européen des paiements. Le droit international privé est très utile et même indispensable dès lors qu'un paiement transfrontière touche au moins à deux ordres juridiques, mais il ne va pas donner directement la norme applicable, la solution au litige, de manière uniforme quel que soit l'ordre juridique concerné. En l'absence de convention internationale de droit uniforme en matière de paiements transfrontières, le droit international privé n'est là que pour indiquer le tribunal internationalement compétent et le droit national applicable. C'est dire que si les droits nationaux des différents Etats européens sont divergents dans le domaine concerné, la solution finale ne sera jamais uniforme[1793].

716. Or c'est bien ce qui se passe en matière de paiements transfrontières. Au sein de l'Union européenne, *a fortiori* au niveau de l'Espace économique européen et sans parler de la Suisse, le droit des paiements transfrontières n'est pas assez harmonisé. En fonction du droit national applicable selon les règles de conflit de lois, le consommateur peut être soumis à des normes légales très protectrices - on pense par exemple à la loi danoise consolidée sur les cartes de

---

in: E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz, La Haye - Boston - Londres 1996, p. 499 ss.

1792 VON DER SEIPEN, p. 83. Sur le rôle des règles spécifiques d'un système de paiement comme SWIFT: HAMANN, Gebührensfragen, p. 248.

1793 REICH, services financiers, p. 76 s., prend l'exemple d'un consommateur titulaire d'une carte de paiement obtenue dans son pays et d'une carte obtenue à l'étranger et relève que les droits et obligations relatifs à ces deux cartes pourront être différents si les droits nationaux applicables ne sont pas identiques.

paiements etc. - ou à un droit des obligations en grande partie dispositif, qui laisse donc une grande place à la liberté contractuelle des institutions financières d'utiliser des clauses de conditions générales - c'est notamment le cas en Suisse -. Le droit international privé ne peut donc éviter le problème de la prévisibilité dans chaque cas d'espèce, les règles de conflit renvoyant à des droits divergents, de sorte que les consommateurs ne peuvent pas savoir de manière simple et claire quelles normes régiront les paiements transfrontières qu'ils effectuent[1794].

717. Ce n'est d'ailleurs pas seulement le droit applicable aux relations créées par un paiement international qui peut varier d'un Etat européen à l'autre. On rencontre des problèmes comparables en matière de for, s'agissant du type d'autorité compétente au niveau local pour le règlement des différends en matière de paiements transfrontières (problème d'accessibilité). Les règles de conflit de juridictions ont pour seul objectif de déterminer quel est le juge national compétent dans l'ordre international. En cas de litige, le consommateur saura donc à quel endroit en Europe il pourra introduire son action. Il ne saura pas en revanche quelle autorité judiciaire précise il devra saisir et quelle procédure sera applicable au litige, ces questions relevant de la *lex fori*. Or là encore, les systèmes peuvent être très différents d'un Etat à l'autre puisque l'on tend à créer des instances judiciaires spécialement compétentes pour les "*small claims*", par rapport au traditionnel juge d'instance, ou même des alternatives extrajudiciaires: le consommateur peut parfois s'adresser gratuitement ou sans grands frais à un Ombudsman ou à une commission de conciliation, avec une procédure peu formelle, alors que la procédure devant une autorité judiciaire classique, même pour de petits litiges de consommation, pourrait être longue, coûteuse et compliquée[1795].

718. Seule une harmonisation du droit de fond et des autorités de règlement des litiges pour les paiements transfrontières en Europe permettra aux utilisateurs de bénéficier pleinement et en toute sécurité de tels services. Le droit international privé pourrait alors ne plus apparaître comme un obstacle puisqu'il renverrait à des droits similaires. Dans la mesure où l'harmonisation ne sera jamais totale - il conviendrait sinon d'adopter une convention internationale portant droit uniforme en matière de paiements -, certaines questions pourraient tout de même rester délicates sous le pur angle du droit international privé, compte tenu des relations complexes qui caractérisent un paiement transfrontière.

1794 Cf. STAUDER, libéralisation, p. 142.

1795 Cf. *infra* no 786 ss. Si un texte communautaire réglait de manière détaillée la question du règlement des différends en matière de paiements transfrontières, chaque consommateur européen saurait qu'en cas de litige il pourrait par exemple saisir une instance de conciliation spécifique, quel que soit l'Etat concerné, avec un certain type de procédure applicable. Le droit communautaire est cependant très lacunaire dans ce domaine (ce sujet fera l'objet du chapitre 7). Le droit international privé ne permet donc pas d'apporter de solutions uniformes pour des systèmes encore trop variés.

2. La complexité des relations créées par un paiement transfrontière

719. En pratique, un paiement transfrontière peut être beaucoup plus compliqué que le cas d'école décrit plus haut faisant intervenir quatre parties dans seulement deux Etats. Il est fréquent tout d'abord qu'une, voire deux banques correspondantes interviennent entre l'établissement du donneur d'ordre et l'établissement du bénéficiaire. D'autres parties peuvent également jouer un rôle, qu'il s'agisse par exemple de l'exploitant d'un réseau de télécommunications ou d'une chambre de compensation nationale. Il se peut enfin que le donneur d'ordre et/ou le bénéficiaire ne soient pas domiciliés dans le même Etat que leur établissement. Sous l'angle du droit international privé, cette multitude de parties intervenantes et les différents droits qui peuvent s'appliquer aux relations qui les unissent posent des difficultés, surtout pour une opération en apparence unique, le donneur d'ordre ne faisant de son point de vue qu'effectuer un transfert de fonds d'un pays A vers un pays B.

a. La qualification d'un paiement transfrontière

720. Le premier obstacle notable résulte déjà de la qualification à donner à un paiement. Si l'on prend l'exemple d'un virement transfrontière, on constate en effet que sa nature peut varier d'un ordre juridique à l'autre. Si l'on retient qu'un virement n'est qu'une instruction dans le cadre d'un contrat préexistant comme le mandat[1796], une telle qualification ne posera pas de problème particulier sous l'angle des règles de conflit. Il suffira en effet de se référer au contrat qui lie les parties concernées: le contrat entre la banque et son client, le contrat entre cette banque et la banque du bénéficiaire ou une banque correspondante, le contrat entre la banque du bénéficiaire et le bénéficiaire, etc.

721. *Quid* en revanche si le virement recevait en lui-même une qualification contractuelle[1797]? *Quid* a fortiori si l'on considérait que l'opération de paiement ne peut pas être segmentée selon les rapports unissant les différentes parties mais qu'elle forme un tout, un acte juridique unique du donneur d'ordre jusqu'au bénéficiaire[1798]? Il est évident que dès le moment où l'on ne pourrait pas diviser l'opération selon les rapports contractuels sous-jacents, mais que l'on devrait l'analyser de manière unitaire pour toutes les parties présentes, par hypothèses établies dans plusieurs Etats différents, la situation pourrait devenir très complexe sous l'angle du droit international privé. C'est pourquoi certains se

1796 Cf. *supra* no 573 pour l'exemple du droit suisse.
1797 Cf. HAMANN, Gebührenfragen, p. 248 s.
1798 Cf. VASSEUR, transferts, p. 351, et *supra* note 40.

demandent s'il ne faudrait pas appliquer une loi unique à l'ensemble de l'opération de virement[1799].

722. En droit suisse, où le virement est à la fois une instruction dans le cadre d'un mandat et une assignation (double autorisation)[1800], la qualification d'assignation crée sans conteste des particularités. Il est ainsi reconnu que les trois relations juridiques créées entre l'assignant, l'assigné et l'assignataire (rapport de provision, rapport de valeur, rapport d'assignation) doivent être traitées séparément et qu'en matière internationale, elles ne sont pas forcément soumises au même ordre juridique[1801]. Entre le client assignant et la banque assignée, la jurisprudence a en tout cas posé comme règle que la prestation caractéristique est fournie par l'assigné, de sorte que c'est la loi du siège de cet établissement qui doit être appliquée[1802]. Si l'on dépasse le cas classique de l'assignation à trois parties, la situation peut devenir encore plus complexe[1803]. En droit interne, la qualification du virement en chaîne est en effet controversée (succession d'assignations, substitution dans l'assignation, etc.)[1804]. Si l'on transpose cette controverse à un virement international pour lequel le donneur d'ordre, le bénéficiaire et toutes les institutions financières concernées se trouvent dans des Etats différents, la détermination du droit applicable peut devenir délicate, surtout lorsqu'il s'agit de définir qui fournit la prestation caractéristique.

723. Dans l'optique du consommateur procédant à un paiement transfrontière en Europe, l'insécurité juridique saute aux yeux puisque selon l'autorité qui sera amenée à appliquer ses règles de droit international privé, la qualification à donner aux opérations pourrait grandement varier d'un ordre juridique à l'autre. Cette problématique de la qualification ne se limite d'ailleurs pas aux seuls virements, elle concerne en fait la quasi-totalité des moyens de paiement transfrontières. Il est rare en effet que l'on retrouve une qualification uniforme d'un Etat à l'autre, qu'il s'agisse des recouvrements ou débits directs, des paiements au points de vente, des retraits auprès d'un guichet automatique d'une banque à l'étranger[1805], etc.

1799 VASSEUR, transferts, p. 354; GENNER, UNCITRAL, p. 174; VON DER SEIPEN, p. 87 ss. En tout cas pour les relations interbancaires. Selon certains, la relation entre le donneur d'ordre et sa banque devrait être régie par la loi de celle-ci, alors que tout le reste du virement devrait être régi par la loi de l'Etat de la banque du bénéficiaire. Voir aussi la discussion de DELIEURNEUX, p. 999 et *infra* no 738 ss.

1800 Cf. *supra* no 573.

1801 ATF 122 III 237, 239 = JT 1997 I 102, 105.

1802 Au sens de l'art. 117 al. 3 lit. c LDIP (cf. *infra* note 1925): ATF 122 III 237, 239 = JT 1997 I 102, 105 (avec références de la doctrine); ATF 121 III 109, 111. Sous l'empire de l'ancien droit international privé suisse: ATF 100 II 200, 209.

1803 Cf. TF SJ 1996 549, 551.

1804 Cf. *supra* note 1502, 1559.

1805 VASSEUR, transferts, p. 374.

724. Sous l'angle du droit international privé, il serait donc judicieux que les opérations de paiement reçoivent une qualification identique ou comparable d'un ordre juridique à l'autre. Cela permettrait de savoir dans chaque cas quelles règles de conflit appliquer. Des instances internationales ont cherché à obtenir une telle harmonisation, mais les résultats sont restés bien maigres, si ce n'est inexistants[1806]. A nos yeux, les opérations de paiement ne devraient pas revêtir une qualification contractuelle autonome. Elle devraient bien plutôt s'intégrer dans des contrats bilatéraux existants, du type du mandat. Le donneur d'ordre est lié contractuellement à sa banque, il en est de même pour le bénéficiaire et sa banque et les institutions financières intermédiaires ont de leur côté conclu des contrats entre elles. Si un paiement n'était qu'une instruction dans le cadre de chacun de ces contrats, la situation en serait facilitée en droit international privé puisque, quel que soit le corps de règles de conflit applicable, l'on devrait toujours se référer aux dispositions en matière de contrat, sans hésitations sur la qualification juridique des rapports litigieux.

Force est toutefois de constater que même avec une qualification plus ou moins uniforme des opérations de paiement, qui renverrait aux contrats sous-jacents entre les parties, des différences encore importantes pourraient subsister d'un ordre juridique à l'autre en fonction des règles applicables en matière contractuelle.

b. Les différents rapports contractuels

725. Si l'on s'intéresse tout d'abord à la relation entre un consommateur et sa banque, les situations peuvent être très diverses. Nous l'avons dit, le client et son établissement se trouvant souvent dans le même Etat, il n'y a alors aucun élément d'extranéité et le recours aux règles de conflits de lois n'est pas nécessaire. Même si le client procède à des opérations à l'étranger (par exemple: retraits auprès d'automates, paiements aux points de vente), la relation nouée avec son établissement reste soumise à son droit national[1807].

Si les deux parties sont maintenant domiciliés dans des Etats différents, il faut déterminer à quel type de contrat l'on a affaire. En effet, le droit international privé moderne fait une distinction entre les contrats "ordinaires" et les contrats plus spéciaux qui concernent des consommateurs, des travailleurs ou des assurés par exemple, c'est-à-dire des parties dites faibles qu'il convient dans une certaine mesure de protéger. S'agissant de petits paiements de détail, il faut donc se demander si le contrat liant la banque à son client n'est pas un contrat de consommation. Les conséquences pourront être importantes par rapport aux

1806 Cf. *infra* no 731 ss.
1807 KAISER, Zahlungsverkehr, p. 84.

règles applicables pour des contrats classiques, qui renvoient généralement, en l'absence d'élection de droit, au droit de l'Etat de la partie qui fournit la prestation caractéristique, c'est-à-dire l'institution financière et non le client[1808]. Les traités internationaux comme la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, les Conventions de Bruxelles et Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi que les loi nationales modernes de droit international privé comme la LDIP suisse, posent plusieurs conditions à l'application des normes protectrices à un contrat de consommation.

Nous examinerons ces questions dans la suite de ce chapitre[1809]. Il va sans dire que les développements que nous ferons au sujet de la relation contractuelle entre le donneur d'ordre et son établissement - contrat tombant sous le coup des dispositions de droit international privé en matière de protection des consommateurs ou contrat "ordinaire" - peuvent être également valables pour la relation entre le bénéficiaire et son établissement. Il se peut en effet que le bénéficiaire soit une personne physique titulaire d'un compte auprès d'une institution financière dans un autre Etat, compte qu'il utilise à des fins privées; il aurait simplement qualité de bénéficiaire à l'égard du donneur d'ordre pour une créance personnelle, à caractère non commerciale, de sorte que son contrat avec son établissement pourrait aussi être qualifié de contrat de consommation. Il est vrai cependant que dans la majorité des cas de paiements transfrontières, le bénéficiaire n'est pas un consommateur mais un commerçant: le donneur d'ordre lui est débiteur du paiement d'une prime d'assurance, d'un loyer pour un logement à l'étranger, du prix de vente pour un achat par correspondance, etc.

726. A noter que dans l'optique de la relation entre un client et sa banque, il est un problème spécifique qui mériterait à lui tout seul une étude approfondie de droit international privé: l'utilisation de conditions générales. Deux aspects doivent être distingués à cet égard.

Premièrement, les conditions générales posent des questions de conflit de lois liées à leur statut contractuel, par exemple lorsqu'il s'agit d'examiner si elles ont valablement été incorporées dans un cas d'espèce, lorsqu'il faut les interpréter ou surtout en cas de contrôle du contenu de clauses abusives[1810]. Si

---

1808 KAISER, Zahlungsverkehr, p. 84.

1809 *Infra* no 744 ss.

1810 On relèvera à cet égard que la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs prévoit en son art. 6 para. 2 que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres. Cf. notamment: FALLON Marc, Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive no 93/13 du 5 avril 1993, in: REDC 1996, p. 3 ss; CANNADA-BARTOLI Luigi, A propos de l'art. 6.2 de la directive,

le droit applicable au contrat est celui d'un Etat B, Etat qui ne dispose pas de moyens de lutte particuliers contre les clauses abusives, qu'un juge d'un Etat A serait amené à appliquer ce droit en cas de litige, mais que l'Etat A connaît une législation spécifique très complète en matière de conditions générales, on peut se demander si ledit juge pourrait finalement appliquer son droit et non celui de l'Etat B, à titre de loi de police (d'application immédiate), afin que la clause contractuelle abusive puisse être déclarée nulle[1811]. Les problèmes de droit international privé deviennent plus ardus encore lorsque des clauses abusives sont par exemple combattues dans un Etat par des organisations de consommateurs d'autres Etats, par le biais d'actions collectives transfrontières[1812].

Deuxièmement, les conditions générales jouent même un rôle plus direct en matière de conflit de juridictions et de conflit de lois, puisque les conditions préformulées des contrats bancaires contiennent généralement des clauses de prorogation de for et des clauses d'élection de droit. Nous y reviendrons[1813].

727. Si l'on s'arrête maintenant sur les contrats qui lient les différents professionnels qui interviennent successivement dans l'exécution d'un paiement transfrontière (établissement du donneur d'ordre, banques correspondantes, établissement du bénéficiaire), la situation est en principe relativement claire en droit international privé. Selon les règles généralement en vigueur, le droit applicable et le for peuvent être librement choisis par les parties contractantes. A défaut de choix et s'agissant par exemple du droit applicable, le contrat est généralement régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits, c'est-à-dire le droit de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la

---

in: European Review of Private Law 1995, p. 347 ss; BAUMERT Andreas J., Die Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 der AGB-Richtlinie im System des europäischen kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes, in: EWS 1995, p. 57 ss (et ses nombreuses références de la doctrine allemande); REICH, Verbraucherrecht, no 156q. Pour un exemple de définition du "*lien étroit*" au sens de l'art. 6 para. 2 de la directive, voir la transposition faite en Allemagne au § 12 de l'AGB-Gesetz telle que modifiée par la loi du 19.7.1996 (sur cette loi de transposition de la directive, cf. *supra* no 286 et note 807).

1811 Une étude très complète a été consacrée à toutes ces questions par BRUNNER Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internationalen Privatrecht (AGB im IPR), Grüsch 1985.

1812 Voir à ce sujet les différentes contributions publiées dans l'ouvrage de STAUDER Bernd (éd.), Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs, Droit international et droit du marché intérieur (Actes du colloque organisé avec le Centre d'études juridiques européennes, Faculté de droit de Genève), Zurich 1997, ainsi que *infra* no 801. Sur le droit international privé des CG en général et sur la question plus spécifique des actions collectives transfrontières, voir aussi l'étude de BRUNNER Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht (IPR und Verbandsklage), in: STAUDER B. (éd.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen (Fachtagung des Instituts für Europarecht der Universität St. Gallen am 15. Juni 1995 in Zürich), Zurich 1996, p. 83 ss.

1813 *Infra* notamment no 751.

prestation caractéristique est domiciliée ou a à tout le moins sa résidence habituelle[1814]. Cela signifie que le contrat éventuellement conclu directement entre l'établissement du donneur d'ordre et l'établissement du bénéficiaire sera régi par le droit de l'Etat de ce dernier établissement[1815], que le contrat entre l'établissement du donneur d'ordre et une banque correspondante sera régi par le droit de l'Etat de cette dernière, etc.

728. La situation est plus complexe si le rapport litigieux ne découle pas de l'une des relations contractuelles susmentionnées, mais par exemple de la prétention que voudrait faire valoir un donneur d'ordre directement à l'égard d'un établissement intermédiaire avec lequel il n'est pas lié contractuellement. Une telle action directe existe par exemple en droit suisse du mandat sur la base de l'art. 399 al. 3 CO[1816]. Il n'en est en revanche pas de même dans d'autres Etats. La situation juridique peut être encore plus délicate dans le cas où le contrat lui-même produit des effets à l'égard des tiers, comme par exemple le "*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*" du droit allemand, ou si l'on recourt à d'autres constructions juridiques tout aussi particulières ("*Drittschadensliquidation*" par exemple)[1817]. Le consommateur désireux de bénéficier de tels droits d'action directe peut se voir confronté à deux obstacles: soit l'autorité saisie du litige ne connaît pas une telle action spéciale dans son droit et peut avoir des difficultés pour la qualifier à la lumière de ses règles de droit international privé; soit l'autorité saisie connaît une telle institution, elle est en mesure d'appliquer ses règles nationales de conflit de lois, mais celles-ci renvoient à un droit applicable qui ne reconnaît pas une telle action.

729. Un autre exemple frappant est celui de la révocation d'un paiement transfrontière[1818]. Nous avons vu que certains Etats admettent la révocation, pendant une période qui peut toutefois varier d'un ordre juridique à l'autre, alors que d'autres ont décrété certaines formes de paiement irrévocables[1819]. Que se passera-t-il dès lors si un consommateur entend révoquer un paiement concernant plusieurs établissements dans plusieurs ordres juridiques? Comment l'autorité saisie dans le cadre d'un litige va-t-elle qualifier une telle action, ce d'autant plus si le consommateur entendait par exemple obtenir une révocation en s'adressant directement à un établissement avec lequel il n'était pas lié contractuellement? Quel sera le rôle des législations nationales, par hypothèse de

---

1814 Cf. *supra* no 714 et *infra* no 768.
1815 GENNER, UNCITRAL, p. 171.
1816 Cf. *supra* no 593 ss.
1817 SCHNEIDER, Regelung, p. 510; BÜLOW, p. 433; HAMMAN, Gebührenfragen, p. 251; ETZKORN, Zahlungsverkehr, p. 40, 81 s.
1818 Conseil national du crédit [France], cartes, p. 92, et aspects juridiques, p. 20.
1819 Cf. *supra* no 544 ss.

droit public, qui fixent impérativement l'irrévocabilité des paiements; s'agit-il de lois de police (d'application immédiate)?[1820]

730. Il découle donc en conclusion que le droit international privé est un écueil supplémentaire à ceux décrits dans les chapitres précédents, mais cela surtout à cause de l'absence d'une harmonisation des droits nationaux applicables aux paiements. Partant, il est intéressant d'examiner quelles solutions ont été envisagées pour remédier à cette situation.

III. Les tentatives d'uniformisation

731. A l'échelon international, les réflexions en matière de droit international privé des paiements ont été menées essentiellement à deux niveaux: d'une part, au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI); d'autre part, dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé.

732. Aucun des textes adoptés au sein de l'Union européenne dans le domaine des paiements, qu'il s'agisse de recommandations ou de directive, ne contient de dispositions particulières en matière de droit international privé.

1. La loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux

733. Dans le cadre de la préparation d'une loi modèle adressée aux Etats et destinée à harmoniser les normes légales applicables aux virements internationaux, la CNUDCI s'est bien évidemment penchée sur les problèmes de conflit de lois[1821]. Dans un premier temps, il a été question d'intégrer des dispositions spécifiques dans la loi type. Un article portant sur les conflits de lois en matière de virements internationaux figurait ainsi dans les différents projets de loi modèle, mais cette disposition n'a pas été retenue dans le texte définitif.

734. La solution finalement adoptée par la CNUDCI est pour le moins boiteuse. Alors que la loi type sur les virements internationaux n'est déjà pas une convention internationale contraignante - il est seulement recommandé aux Etats

---

1820 Voir aussi les réflexions de VASSEUR, transferts, p. 370; HEINI, p. 112; HUET, dossier monétique, p. 118.

1821 Cf. VASSEUR, transferts, p. 346 ss; BERGSTEN, Payments, p. 494 ss; GENNER, UNCITRAL, p. 170 ss; VON DER SEIPEN, p. 92 ss; BISCHOFF, UNCITRAL, p. 310.

de la prendre en considération[1822] -, le projet d'article en matière de conflit de lois a été remplacé par un art. Y, qui n'a pas été formellement intégré à la loi type. On trouve simplement en note aux dispositions générales du chapitre premier la mention suivante:

> "*La Commission suggère le texte suivant à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter:*
>
> *Article Y*
>
> *Conflits de lois*
>
> *1. Les droits et obligations découlant d'un ordre de paiement sont régis par la loi choisie par les parties. Faute d'accord entre les parties, la loi de l'Etat de la banque réceptrice s'applique.*"[1823]

735. La solution choisie n'est de loin pas révolutionnaire, puisqu'elle se limite à codifier les principes souvent appliqués en matière de droit international privé des contrats: la libre élection de droit tout d'abord; subsidiairement, l'application du droit de l'Etat de la partie qui reçoit l'ordre et doit l'exécuter, soit en d'autres termes celle qui fournit la prestation caractéristique[1824].

736. Dans la mesure où il est expressément prévu que la loi type ne traite pas des questions relatives à la protection du consommateur[1825], l'art. Y ne prévoit pas de dispositions spéciales pour les contrats bancaires conclus par des consommateurs.

737. Le fait que la seule disposition adoptée en matière de conflit de lois n'ait pas formellement été intégrée à la loi type montre à quel point la majorité de la CNUDCI, et donc des représentants des Etats qui la composent, ne souhaitait pas étendre l'harmonisation internationale du droit des paiements internationaux aux questions de droit international privé. Face à une telle attitude, c'est une autre instance internationale qui a alors examiné si cette lacune devait être comblée par une autre voie.

1822 Cf. *supra* no 48.

1823 L'art. Y contient encore deux autres paragraphes d'importance secondaire que nous ne traiterons pas ici.

1824 GENNER, UNCITRAL, p. 171.

1825 Cf. *supra* no 47.

2. La Conférence de La Haye de droit international privé

738. La Conférence de La Haye de droit international privé est une organisation intergouvernementale dont le but est l'unification progressive du droit international privé[1826]. Pendant plusieurs années, cette organisation a suivi les travaux de la CNUDCI, d'abord en matière de transferts électroniques de fonds, puis en matière de virements internationaux. Conscient des problèmes de droit international privé qui peuvent se poser dans ces domaines et constatant que la CNUDCI ne prenait aucune mesure d'envergure pour y remédier, le Bureau Permanent de la Conférence a souhaité examiner si ce sujet méritait d'être traité au niveau des Etats membres de la Conférence pour que d'éventuelles décisions soient prises.

739. Sur la base d'une "*Note sur le problème de la loi applicable aux virements internationaux*", établie en novembre 1991 par M. Michel PELICHET, Secrétaire général adjoint au Bureau Permanent, un "*Questionnaire sur la loi applicable aux virements internationaux*" a été transmis aux principales banques et systèmes de paiement des Etats membres de la Conférence de La Haye[1827]. Les réponses au questionnaire ont été assez variables selon les banques concernées[1828]. Le Bureau Permanent en a tiré comme conclusion que, d'une

---

1826 Cf. KNOEPFLER/SCHWEIZER, p. 75 ss (avec la liste des conventions adoptées sous l'égide de cette institution).

1827 En substance, le Bureau Permanent se demandait notamment si une seule règle de conflit, comme celle proposée par la CNUDCI, était suffisante pour couvrir les deux hypothèses différentes que sont d'une part les virements-papier, d'autre part les virements électroniques. C'est l'objection que le Bureau Permament de la Conférence de La Haye avait formulée à l'encontre de l'art. 18 du projet de loi type de la CNUDCI. Aux yeux du Bureau Permanent, une convention sur la loi applicable aux virements internationaux devrait contenir une règle spécifique pour les virements électroniques (loi unique, compte tenu de l'extrême rapidité de tels virements) et une autre règle pour les virements-papier (qui pourrait s'inspirer du texte de la CNUDCI) (cf. Questionnaire, p. 1 ad question 2). Voir aussi VASSEUR, transferts, p. 351. Plus généralement, le Bureau permanent a cherché à savoir si l'application d'une loi unique à l'ensemble de l'opération de virement pourrait être admise et si cela valait la peine d'entamer des travaux dans ce domaine, alors que les cas de jurisprudence traitant de problèmes de conflit de lois en matière de virements internationaux étaient quasiment inexistants.

1828 Voir la synthèse des réponses in Document préliminaire no 20 de mars 1993. Globalement, plusieurs banques ont estimé qu'une harmonisation dans le domaine des virements internationaux n'était pas nécessaire ou, en tout cas, qu'elle était prématurée et qu'il ne fallait pas porter atteinte à la liberté contractuelle. Si certaines institutions financières ont admis l'utilité d'une loi unique pour régir l'exécution d'un virement, toutes sont en revanche d'accord pour limiter une telle unification aux rapports entre banques, les relations entre le donneur d'ordre et sa banque devant continuer d'être régies par la loi de la banque. Enfin, l'idée d'adopter un régime différent pour les virements électroniques et les virements-papier n'a pas rencontré l'adhésion des banques. D'aucuns ont fait remarquer que malgré la rapidité d'une opération électronique, il est toujours possible techniquement d'identifier le segment à l'origine de l'erreur.

manière générale, les banques "*expriment une certaine réticence à voir la Conférence de La Haye entamer des travaux en vue d'élaborer une convention sur la loi applicable aux virements internationaux*"[1829]. Quelques institutions financières sont favorables à une certaine unification, mais elles estiment qu'une telle unification devrait porter sur le droit matériel et non sur le droit international privé. A cet égard, le Bureau Permanent a relevé à juste titre que l'unification du droit matériel par la seule voie d'une loi modèle comme celle de la CNUDCI ou par une directive européenne n'éliminerait pas le recours au droit international privé, puisque ce type de réglementation doit d'abord être transposé en droit national et que telle ou telle loi nationale ne trouvera ensuite application dans un cas donné qu'après recours à la règle de conflit du juge saisi. Le Bureau Permanent en a ainsi déduit qu'il ne serait pas inutile que la Conférence de La Haye mène malgré tout des travaux en la matière, mêmes si de tels travaux ne devaient pas nécessairement aboutir à l'élaboration d'une convention internationale[1830].

740. Le Bureau Permanent n'a toutefois pas été suivi par les Etats membres. La Conférence de La Haye de droit international privé a en effet décidé, lors de sa dix-septième session tenue au printemps 1993, de ne rien entreprendre pour l'heure en matière de virements internationaux[1831]. Le sujet n'est pas formellement et définitivement abandonné, il est simplement repoussé sur l'agenda des éventuels travaux futurs de la Conférence. Cela étant, il est peu probable que la Conférence se saisisse de ce dossier tant que le besoin ne s'en fera pas vraiment sentir, c'est-à-dire aussi longtemps que l'on ne sera pas confronté à des développements législatifs et/ou jurisprudentiels majeurs au niveau national et qu'aucune véritable demande n'émanera du monde bancaire.

B. La relation contractuelle entre une institution financière et son client

741. La première partie de ce chapitre a surtout été l'occasion de mettre en évidence les problèmes qui se posent en matière de droit international privé lors de l'exécution de paiements transfrontières, ainsi que l'absence de solution réglementaire spécifique au niveau international.

Rechercher des solutions théoriques détaillées à tous ces problèmes représenterait un travail d'une grande ampleur que l'on ne peut mener ici. Le droit international privé des paiements internationaux pourrait à n'en pas douter faire à lui seul l'objet d'une thèse de doctorat, notamment en raison des

1829 Document préliminaire no 20 de mars 1993, p. 26.
1830 Document préliminaire no 20 de mars 1993, p. 26, 28.
1831 VASSEUR, transferts, p. 355.

particularités que l'on peut rencontrer dans le rapport de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (par exemple: lieu, moment et monnaie du paiement), dans les rapports interbancaires (avec le développement des systèmes de paiement organisés et automatisés) ou dans des situations complexes d'action directe d'un consommateur contre une banque intermédiaire, de révocation d'un paiement, etc.

742. Selon l'orientation donnée à notre étude, qui se veut focalisée sur la relation entre un client et son institution financière, nous limiterons nos développements de fond en matière de droit international privé à ces seuls aspects. Nous n'examinerons pas les rapports entre banques ou le rôle du bénéficiaire, mais prendrons comme cas figure un consommateur domicilié dans un Etat européen, client d'une institution financière dans un autre Etat qui lui offre un service de paiement transfrontière. Dans la mesure où, dans l'optique des consommateurs, la directive 97/5/CE concernant les paiements transfrontaliers tend à rendre les établissements des donneurs d'ordre responsables en premier lieu de tout retard, perte ou "*double charging*", il s'agit là d'un élément supplémentaire qui témoigne de l'intérêt primordial de la relation entre un client et sa banque par rapport aux autres rapports créés par un paiement transfrontière.

Dans la plupart des cas, un client et son établissement se trouvent dans le même Etat et aucun problème de conflit de lois ne se pose. Dans la dynamique du marché intérieur de l'Union européenne, cette situation devrait cependant changer et l'on devrait plus fréquemment avoir affaire à des relations contractuelles nouées entre des consommateurs et des institutions financières établies dans des Etats différents: soit les consommateurs se sont par exemple rendus à l'étranger pour ouvrir un compte auprès d'un établissement étranger, soit les consommateurs ont été sollicités dans leur propre pays par un établissement étranger.

743. Si l'on s'intéresse aux aspects de droit international privé des paiements transfrontières dans la seule optique de la relation contractuelle nouée entre un consommateur et une institution financière, force est de constater qu'un tel sujet n'est en définitive pas très spécifique et qu'il renvoie aux problèmes généraux du droit international privé des contrats. La question est en réalité de savoir si un contrat entre un client et sa banque entre dans la catégorie des contrats "classiques" ou doit être qualifié, dans certaines circonstances à tout le moins, de "contrat de consommation" soumis à des dispositions spécifiques, protectrices du consommateur, dans les codifications modernes de droit international privé.

Le droit international privé des rapports de consommation a déjà fait l'objet de différentes études[1832] et nous ne procéderons donc pas ici à un examen approfondi de cette problématique. Il s'agira plutôt de brosser un tableau synthétique des différentes catégories de règles qui peuvent s'appliquer, qu'il s'agisse des principales conventions internationales en Europe ou d'un droit national comme le droit suisse. Nous nous intéresserons tant aux problèmes de la compétence judiciaire qu'à ceux du droit applicable. Dans l'optique européenne, nous examinerons aussi brièvement comment s'articulent les conflits potentiels entre les règles de droit international privé et le droit du marché intérieur de l'Union européenne.

I. La compétence judiciaire

744. Lors d'une situation internationale, l'autorité saisie d'un litige doit examiner sa compétence à la lumière de son droit international privé national. Dans certains cas et selon les Etats européens concernés, la compétence internationale est directement déterminée par le biais d'une convention multilatérale.

1. Les Conventions de Bruxelles et Lugano

745. S'agissant de paiements transfrontières effectués en Europe, la compétence dans l'ordre international du juge saisi d'un litige sera déterminée sur la base des Conventions de Bruxelles ou de Lugano si l'Etat dans lequel le litige est porté a ratifié l'un ou l'autre de ces textes et - pour des actions personnelles - si le défendeur est domicilié dans un autre Etat partie à la même convention[1833].

746. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [ci-après: "*CB*"][1834] est un traité international qui lie les Etats

---

1832 Pour ne citer que des publications suisses, voir notamment les thèses spécifiques de WEBER-STECHER (surtout chapitre 2, p. 113 ss) et de IMHOFF-SCHEIER Anne-Catherine, Protection du consommateur et contrats internationaux, Genève 1981; ainsi que KOLLER-TUMLER, p. 156 ss; SCHMELZER, p. 51 ss et 98 ss; BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 604.

1833 L'art. 4, tant de la Convention de Bruxelles que de la Convention de Lugano, prévoit que si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, la compétence est réglée dans chaque Etat contractant par la loi de cet Etat (sous réserve des compétences exclusives de l'art. 16 des deux conventions). KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 56 ss (également pour d'autres aspects du champ d'application dans l'espace).

1834 Références in HEINRICH, Harmonisation, p. 266 s.; DPCI 1995, p. 470 ss. Un projet de modification de la convention a récemment été publié par la Commission européenne; cf.

membres de la Communauté européenne[1835]. Afin d'établir un véritable espace judiciaire européen, le système de la Convention de Bruxelles a ultérieurement été étendu aux Etats de l'AELE par un traité parallèle[1836] au contenu quasiment identique, la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [ci-après: "*CL*"][1837], qui lie donc les Etats membres des Communautés européennes et les Etats de l'AELE.

747. La particularité de ces deux traités internationaux est de définir des règles de compétence directe, en désignant, selon les cas, l'Etat ou la juridiction qui connaîtra du procès au fond. La règle de base reste le for du juge naturel: les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant doivent être attraites devant les juridictions de cet Etat, quelle que soit leur nationalité[1838]. C'est dire qu'un client en litige avec son institution financière, de même d'ailleurs qu'avec tout autre intervenant dans la chaîne du paiement transfrontière, devrait en principe actionner cette partie défenderesse devant son propre juge, dans un Etat différent de celui du client, avec les complications que cela représente (coûts, procédure différente, langue peut-être différente, sûretés de type *cautio judicatum solvi* éventuellement à fournir, etc.).

748. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano connaissent cependant un certain nombre de compétences spéciales. La question est dès lors de savoir si l'une ou l'autre de ces compétences pourraient permettre à un consommateur d'agir dans son Etat contre son institution financière, c'est-à-dire dans des

---

Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale, in: JOCE C 33 du 31.1.1998, p. 20 ss.

1835 Conclue à l'origine entre six Etats de la Communauté, la Convention de Bruxelles a été élargie à plusieurs reprises par des conventions d'adhésion pour tenir compte de l'entrée de nouveaux Etats dans la Communauté (Convention de Luxembourg de 1978 à l'occasion de l'adhésion du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark; Convention de 1982 pour l'adhésion de la Grèce; Convention de San Sebastien de 1989 pour l'adhésion de l'Espagne et du Portugal). A ce jour, les trois derniers Etats de l'Union - l'Autriche, la Finlande et la Suède - ont signé une nouvelle convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles (convention d'adhésion signée à Bruxelles le 29 novembre 1996, in: JOCE no C 15 du 15.1.1997, p. 1 ss), mais qui n'est pas encore ratifiée et donc pas encore en vigueur. Cf. GAUDEMET-TALLON Hélène, Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in: Revue trimestrielle de droit européen 1997, p. 295 ss, 296 s. Une version consolidée de la Convention de Bruxelles, tenant compte de ces différentes conventions d'adhésion, a récemment été publiée in: JOCE C 27 du 26.1.1998, p. 1 ss.

1836 FURRER Andreas, Das Lugano-Übereinkommen als europarechtliches Instrument, Das Luganer Konvergenzsystem auf dem Prüfstand von Praxis und Politik, in: AJP 1997, p. 486 ss.

1837 Références in HEINRICH, Harmonisation, p. 267 s.; DPCI 1995, p. 590 ss.

1838 Art. 2 CB et CL.

conditions financières et pratiques beaucoup plus favorables que si l'action devait être introduite à l'étranger, au siège de l'institution financière.

749. S'agissant de prétentions d'un client à l'encontre de son établissement, en remboursement des fonds et/ou en dommages-intérêts à la suite d'une erreur ou d'une fraude dans l'exécution d'un paiement transfrontière, trois chefs de compétence principaux peuvent théoriquement être envisagés en faveur d'un for dans l'Etat de domicile du consommateur demandeur[1839].

750. (1) En matière contractuelle, le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée[1840]. Il faudrait donc que le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande soit au domicile du consommateur ou à tout le moins dans son Etat de domicile. Tel ne devrait cependant pas être le cas. En effet, à notre avis, si le consommateur conclut au remboursement des fonds prélevés sans droit sur son compte et/ou au paiement de dommages-intérêts, l'obligation qui sert de base à une telle demande devrait logiquement être l'obligation de l'institution financière mandatée d'exécuter correctement le paiement[1841]. Partant, le lieu d'exécution de cette obligation se trouve à l'endroit où l'institution financière gère le compte de son client et doit effectuer le paiement, c'est-à-dire au siège de cet établissement et certainement pas au domicile du client.

751. (2) Si une institution financière a son siège principal dans un Etat contractant et une succursale (ou une agence ou un autre établissement) dans un autre Etat contractant, dans lequel le client est domicilié selon notre hypothèse, le client peut actionner la société au lieu de situation de la succursale, mais pour autant que la contestation ait trait à l'exploitation de cette succursale[1842].

Il faut ajouter cependant que les contrats bancaires préformulés que concluent les consommateurs contiennent le plus souvent une clause de prorogation de for dans les conditions générales, clause aux termes de laquelle chaque client renonce généralement au for naturel du juge de son domicile au profit du for du siège de l'établissement cocontractant[1843]. Or les Conventions

---

1839 Nous n'envisageons pas ici les hypothèses de responsabilité délictuelle, d'enrichissement illégitime (cf. VON DER SEIPEN, p. 86 s.), d'infraction pénale, de particularités procédurales (pluralité de défendeurs, appel en cause, demande reconventionnelle), etc.

1840 Art. 5 ch. 1 CB et CL. Sur ce lieu d'exécution en matière bancaire, cf. KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 63 s.

1841 En se référant à l'arrêt De Bloos de 1976, GAUDEMET-TALLON, p. 116 s., relève que si une demande en dommages-intérêts est formée pour inexécution d'une obligation, l'art. 5 ch. 1 désigne le tribunal du lieu où cette obligation aurait dû être exécutée et non le lieu de paiement des dommages-intérêts.

1842 Art. 5 ch. 5 CB et CL. KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 66.

1843 STAUDER, libéralisation, p. 142.

de Bruxelles et de Lugano admettent de telles prorogations de for, si elles répondent à un minimum de formalisme[1844]. Si l'on est en présence d'une telle prorogation conventionnelle de compétence en faveur du seul juge du siège de l'établissement bancaire, celle-ci prime les compétences spéciales de l'art. 5 CB/CL et en particulier les chiffres 1 et 5: le défendeur, dans notre cas l'institution financière, ne pourra plus être actionné par devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ou par devant le tribunal du lieu de situation de la succursale[1845]. Les clauses de prorogation de for sont toutefois inefficaces dans d'autres cas prévus par les deux conventions et en particulier pour les contrats conclus par les consommateurs.

752. (3) Les Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoient une règle de compétence spéciale en matière de contrats conclus par les consommateurs[1846]. Il s'agit de contrats conclus par "*une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle*"[1847]. Mis à part les ventes à tempérament, les prêts à tempérament, la règle de compétence spéciale s'applique à "*tout autre contrat*

1844 Art. 17 CB et CL. La convention attributive de juridiction doit en tout cas être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite (lit. a) ou sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles (lit. b; hypothèse rare pour des consommateurs); la lit. c ne pourrait s'appliquer aux consommateurs dans la mesure où elle concerne le commerce international. Voir au surplus, en particulier pour les exigences développées par la jurisprudence, REICH, Verbraucherrecht, no 260; KILLIAS Laurent, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Zurich 1993; REISER Hans, Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, Zurich 1995; STAEHELIN Matthias, Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ, Bâle - Francfort 1994; KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 74 ss et ses références.

45 Compétence exclusive du tribunal choisi. GAUDEMET-TALLON, no 132; KROPHOLLER, no 96 ad art. 17; MERCIER/DUTOIT, p. 41 et 92.

16 Art. 13 à 15 CB et CL. KROPHOLLER, p. 176 ss; SCHLOSSER, p. 76 ss; GAUDEMET-TALLON, no 258 ss (p. 187 ss); BRIGGS/REES, no 2.74 ss (p. 59 ss) et no 3.09 (p. 182); WEBER-STECHER, p. 159 ss; BRANDENBERG BRANDL, p. 235 ss; KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 80 ss.

Art. 13 al. 1 CB et CL. Voir notamment l'interprétation donnée par la Cour européenne de justice (Convention de Bruxelles) dans l'arrêt du 19.1.1993, affaire C-89/91, Shearson Lehman Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, in: Rec. 1993, p. I-139 ss (cf. aussi: REDC 1993, p. 58 [GOYENS Monique]; VOLKEN Paul, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [1993/1994], in: RSDIE 1995, p. 283 ss, 298 ss) et dans l'arrêt du 3.7.1997, affaire C-269/95, Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl, in: Rec. 1997, p. I-3767 ss, ainsi que par le Tribunal fédéral suisse (Convention de Lugano) in ATF 121 III 336 = JT 1996 I 78 (cf. aussi: REDC 1996, p. 149 s. [STAUDER Bernd]; VOLKEN Paul, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [1995], in: RSDIE 1996, p. 69 ss, 84 ss ; KOLLER-TUMLER Carlis, Erster Bundesgerichtsentscheid zum Konsumentenvertrag, in: recht 1996, 47 s.). Sur la notion de consommateur, cf. aussi *supra* note 22.

ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels", mais uniquement si:

"*a)* *la conclusion du contrat a été précédée dans l'Etat du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que*

b) *le consommateur a accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat*"[1848].

753. Il ne fait guère de doute que les contrats bancaires permettant d'effectuer des paiements transfrontières de détail peuvent entrer dans la catégorie des contrats ayant pour objet une fourniture de services[1849] et qui sont conclus avec des personnes physiques[1850] pour un usage pouvant être considéré comme étranger à leur activité professionnelle. La situation est en revanche moins évidente s'agissant des autres conditions susmentionnées.

754. Pour l'heure, les institutions financières européennes ne mènent pas une activité de démarchage transfrontière très importante. Le plus souvent, les clients qui entretiennent une relation de compte avec un établissement sis dans un autre Etat que le leur ne l'ont pas fait parce qu'ils ont été sollicités, mais bien plutôt parce que, pour des raisons qui peuvent varier d'une personne à l'autre, ils ont

---

1848 Les let. a et b de l'art. 13 al. 1 ch. 3 CL sont des conditions cumulatives: ATF 121 III 336, 338 = JT 1996 I 78, 80. Cette situation pourrait changer si le Conseil suit la Commission dans sa récente proposition de modification de la Convention de Bruxelles (référence *supra* note 1834). Le projet prévoit en effet la suppression pure et simple de la condition selon laquelle le consommateur doit avoir accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son Etat.

1849 La notion de fourniture de services doit être interprétée largement et de manière autonome pour tous les Etats en tant que concept de droit européen: GEIMER Reinhold / SCHÜTZE Rolf A., Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen, Munich 1997, no 30 ad Art. 13. Des fournitures de services de tou ordres tombent sous le coup de l'art. 13 CL dès lors qu'elles servent à la consommatio privée et qu'elles ne concernent pas des domaines réservés (transport, assurance, ba immobilier). Pour déterminer si un fournisseur de services a passé un contrat avec u consommateur, il ne faut en principe pas analyser le type de contrat en cause, ma rechercher si celui qui a recours à la prestation offerte le fait à des fins privées professionnelles. Selon certains auteurs, la qualification du contrat de consommati devrait même être retenue en cas de doute: ATF 121 III 336, 340-342 = JT 1996 I 82-84 (et les références citées). Voir aussi la référence que fait le Tribunal fédéral dans dernier arrêt à l'art. 60 du traité CE qui définit la notion de services (prestations four normalement contre rémunération) en droit communautaire. Les auteurs qui se penchés sur le droit international privé des contrats bancaires et qui sont cités dan chapitre abordent d'ailleurs le plus souvent le sujet des dispositions des Convention Bruxelles et de Lugano en matière de consommateurs sans douter le moins du m qu'elles puissent s'appliquer, dès lors que les autres conditions requises sont réal (service fourni à des fins privées). Voir toutefois pour certaines réserves en matiè contrats bancaires, mais qui ne devraient pas concerner les services de paie KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 81 ss.

1850 KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 81.

pris l'initiative de contacter un établissement à l'étranger, puis de conclure un contrat avec lui. C'est donc toute la différence entre un consommateur "passif" et un consommateur "actif", distinction qui a été présentée dans un précédent chapitre[1851].

Or l'on peut dire que les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne prennent en considération que le consommateur "passif". Pour être protégé par des dispositions spéciales en matière de compétence, le consommateur doit non seulement avoir été le destinataire dans son pays, avant la conclusion du contrat, d'une proposition ou d'une publicité de son futur cocontractant, mais il doit également avoir procédé dans son pays aux actes requis pour la conclusion du contrat[1852]. Le cas typique est celui de l'acheteur par correspondance, qui est sollicité par exemple par l'envoi d'un catalogue à son domicile puis qui conclut le contrat de vente depuis chez lui par téléphone. Il est beaucoup plus rare en revanche qu'un consommateur se retrouve dans la même situation en matière bancaire[1853]. S'il s'agit d'un consommateur "actif", qui a lui-même recherché un établissement à l'étranger ou qui a simplement accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans l'Etat de cet établissement, ledit consommateur ne sera pas considéré comme ayant conclu un contrat de consommation au sens des Conventions de Bruxelles et de Lugano et il ne sera pas particulièrement protégé[1854].

755. Cette limitation de la protection au seul consommateur passif est regrettable, car elle ne tient pas compte de la dynamique du marché intérieur européen. On ne peut pas à la fois pousser les consommateurs à être demandeurs sur des marchés étrangers de biens et services et les priver totalement des droits dont ils bénéficiaient en restant chez eux. Pour l'utilisateur d'un service de paiement de détail, cocontractant d'une institution financière européenne, la différence est en effet importante selon que l'art. 13 CB/CL trouve ou non application.

756. Si les conditions du contrat conclu par un consommateur sont remplies et que l'art. 13 s'applique, le consommateur a le choix: il peut intenter son action soit devant les tribunaux de l'Etat dans lequel son cocontractant, le défendeur, est domicilié, soit devant les tribunaux de l'Etat dans lequel il est lui-même domicilié[1855]. A l'inverse, l'institution financière n'a pas cette liberté d'un for

---

1851 *Supra* no 88 ss.

1852 Voir toutefois la proposition de la Commission européenne visant à supprimer cette deuxième condition cumulative, *supra* note 1848.

1853 Le cas de certaines cartes mis à part (les cartes de crédit internationales sont par exemple plus facilement fournies à la suite d'un démarchage que d'autres types de moyens de paiement, en tout cas dans certains Etats).

1854 REICH, Verbraucherrecht, no 259.

1855 Art. 14 al. 1 CB et CL. Pour autant que l'autre partie au contrat ait son domicile dans un Etat contractant ou qu'il y ait lieu de la traiter comme si tel était le cas en application de

alternatif: l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel est domicilié le consommateur[1856].

En outre, il ne peut être dérogé à ces dispositions que dans des cas très précis et limités, notamment par des conventions postérieures à la naissance du différend ou qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux[1857].

757. En revanche, dans le cas le plus fréquent des contrats bancaires, conclus par des consommateurs, qui ne répondent pas aux conditions de l'art. 13 CB/CL, les consommateurs ne bénéficient pas de cette compétence spéciale et sont renvoyés aux autres dispositions générales des Conventions, c'est-à-dire qu'ils devront le plus souvent agir au siège de leur établissement, que ce soit en vertu d'une clause de prorogation de for (art. 17 CB/CL) ou tout simplement en application de la règle du for du juge naturel du défendeur (art. 2 CB/CL).

758. Il serait souhaitable que les consommateurs domiciliés dans des Etats européens ayant adhéré aux Conventions de Bruxelles et/ou de Lugano, quelle que soit leur activité pour la conclusion du contrat, jouissent de manière plus générale d'une meilleure protection en droit international privé s'agissant des questions de compétence. Comme nous allons le voir, la situation n'est toutefois pas différente dans une codification moderne de droit international privé comme la LDIP suisse.

2. La loi suisse sur le droit international privé

759. Si un consommateur saisit un tribunal en Suisse dans le cadre d'un litige relatif à un paiement transfrontière en Europe, le juge suisse sera amené à vérifier sa compétence selon sa loi nationale de droit international privé, la LDIP du 18 décembre 1987, pour autant qu'aucun traité international ne s'applique[1858], soit en particulier que le défendeur ne soit pas domicilié dans un Etat partie à la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1992[1859].

---

l'art. 13 al. 2: arrêt de la Cour de justice de Luxembourg du 15.9.1994, affaire C-318/93, Wolfgang Brenner et Peter Noller c. Dean Witter Reynolds Inc., in: Rec. 1994, p. I-4275 ss.

1856 Art. 14 al. 2 CB et CL.

1857 Art. 15 CB et CL.

1858 Cf. art. 1 al. 2 LDIP.

1859 Depuis la ratification de la Grèce (le 1.9.1997) et de la Belgique (le 1.10.1997), la Convention de Lugano est en vigueur pour tous les Etats de l'Union européenne et de l'AELE. La Convention pourrait même lier à terme d'autres Etats européens, notamment

760. L'application de la LDIP à la place de la CL n'impliquera pas de différences majeures pour le client d'une institution financière sise à l'étranger.

761. (1) A l'instar des art. 13 ss CB/CL, la LDIP connaît un chef de compétence spécial pour les contrats conclus avec des consommateurs à l'art. 114[1860]. Si l'établissement cocontractant du consommateur est établi dans un autre Etat, le consommateur peut choisir de l'actionner devant le tribunal suisse de son propre domicile ou résidence habituelle[1861]. Ce droit est impératif: le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle[1862].

762. Cela étant, il faut, pour que l'art. 114 LDIP puisse s'appliquer, que le contrat litigieux réponde à des conditions précises, qui sont celles énoncées à l'art. 120 al. 1 pour le droit applicable[1863]. Le contrat doit ainsi porter tout d'abord "*sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur*"[1864]. Il faut ensuite que l'une des trois conditions alternatives (art. 120 al. 1 lit. a, b ou c LDIP) soit réalisée. Dans l'optique de services de paiement, seule une de ces conditions pourrait véritablement entrer en ligne de compte[1865]: la conclusion du contrat a été précédée dans l'Etat de la résidence habituelle du consommateur d'une offre ou d'une publicité et le consommateur a accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat[1866].

763. Force est de constater que l'art. 114 LDIP trouvera difficilement application pour des services de paiement transfrontière fourni à un client

---

de l'Europe de l'Est. La Pologne a ainsi signé ce traité et devrait le ratifier prochainement.

1860 BRUNNER, p. 767 ss ad art. 114 (et la doctrine citée); KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, p. 887 ss ad art. 114; DUTOIT, p. 304 ss ad art. 114; WEBER-STECHER, p. 189 ss; BRANDENBERG BRANDL, p. 275 ss.

1861 Art. 114 al. 1 lit. a LDIP.

1862 Art. 114 al. 2 LDIP.

1863 Cf. *infra* no 783.

1864 Art. 120 al. 1 1ère partie LDIP. Selon le Message du Conseil fédéral du 10.11.1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (FF 1983 I 255, 401), le consommateur ne peut être qu'une personne physique; ce que certains auteurs critiquent, compte tenu du besoin de protection qui existe également pour les PME: DOHM, p. 155. Pour l'analyse la plus récente du champ d'application personnel de la norme (en particulier quant à la notion de "consommateur"), cf. WEBER-STECHER, p. 45 ss.

1865 L'art. 120 al. 1 lit. a LDIP vise l'hypothèse d'une commande reçue par le fournisseur dans l'Etat de la résidence habituelle du consommateur; l'art. 120 al. 1 lit. c LDIP vise l'hypothèse d'un consommateur qui a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger pour y passer commande. Voir parmi d'autres: WEBER-STECHER, p. 143 ss.

1866 Art. 120 al. 1 lit. b LDIP.

résident en Suisse par une institution financière sise dans un Etat non partie à la CL.

Premièrement, la condition de sollicitation du client dans son Etat par le professionnel et de l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans cet Etat ne sera pas réalisée dans le cas du consommateur "actif", qui a lui-même pris l'initiative d'entrer en relation contractuelle avec un établissement à l'étranger. La LDIP a sur ce point une teneur quasiment identique à l'art. 13 al. 1 ch. 3 CB/CL[1867], on peut donc se reporter aux développements faits précédemment au sujet de cette disposition[1868].

Deuxièmement, on peut se demander si un contrat en matière de service de paiement transfrontière de détail peut être qualifié de contrat portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur, le problème d'interprétation concernant surtout la notion de "*prestation de consommation courante*". Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne posent pas une telle difficulté[1869], puisque dès lors que la convention est conclue par un consommateur, selon la définition donnée, les dispositions protectrices s'appliquent à tout contrat de service[1870]. Il nous semble pour notre part qu'à l'heure actuelle, un service de trafic des paiements dans le cadre d'une relation de compte avec une institution financière peut raisonnablement apparaître comme une prestation de consommation courante[1871]. Il n'empêche que même si cette condition est réalisée, seul le consommateur "passif" pourra bénéficier des règles de compétence favorables de l'art. 114 LDIP.

764. (2) Si les utilisateurs de services de paiement transfrontière ne peuvent bénéficier des dispositions de droit international privé destinées à protéger les consommateurs, les autres règles de compétence[1872] seront sans conteste plus favorables aux professionnels.

En matière contractuelle, lorsque le défendeur, en l'occurrence l'institution financière cocontractante d'un consommateur, n'a ni domicile ou

---

1867 La seule différence est que l'art. 114 LDIP se réfère tant domicile qu'à la résidence habituelle du consommateur, alors que les Conventions de Bruxelles et de Lugano s'attachent au seul domicile du consommateur.

1868 *Supra* no 752 ss.

1869 KAUFMANN-KOHLER, Lugano, p. 84.

1870 Art. 13 al. 1 ch. 3 CB et CL.

1871 Dans le même sens: DOHM, p. 156; WEBER-STECHER, p. 50; SCHWARZ, p. 162 s.; BRUNNER, no 26 ad art. 114 et no 26 ad art. 120. Cf. aussi BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 367; BRANDENBERG BRANDL, p. 278; SCHNYDER, p. 111. Plus spécifiquement pour les cartes de crédit: GOETZ, p. 39 ss.

1872 Cf. BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 365.

résidence habituelle ni établissement en Suisse, mais que la prestation litigieuse doit être exécutée en Suisse, l'action peut être portée devant le tribunal suisse du lieu d'exécution[1873]. De toute évidence, le lieu d'exécution d'une prestation de service de paiement transfrontière ne peut pas être au domicile du consommateur, mais bien au siège de l'établissement prestataire, là où celui-ci gère le compte du consommateur.

De plus, les contrats bancaires contiennent le plus souvent une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux de l'Etat de l'institution financière. Si une telle prorogation de for ne peut déployer d'effets pour des contrats conclus avec des consommateurs, au sens strict de l'art. 114 LDIP[1874], elle est en revanche parfaitement valable pour les autres contrats "traditionnels", dès lors qu'elle respecte les conditions posées par l'art. 5 LDIP et la jurisprudence développée en la matière[1875].

Enfin, sans parler d'autres règles de compétence particulières qui ne nous intéressent pas ici (for de nécessité[1876], compétence en matière d'enrichissement illégitime[1877], pour un acte illicite[1878], etc.), la LDIP consacre le for du juge naturel à l'art. 112: les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions découlant d'un contrat[1879]. Comme l'institution financière actionnée par son client en Suisse a son siège à l'étranger dans notre hypothèse, cette disposition est inapplicable et le juge suisse saisi n'est pas compétent. La seule exception à relever est que si la contestation a trait à une obligation directement liée à l'exploitation de la succursale en Suisse d'une société dont l'établissement principal se trouve à l'étranger, les tribunaux suisses du lieu où le défendeur a cet établissement secondaire sont alors compétents pour connaître d'une telle action[1880].

1873 Art. 113 LDIP.

1874 Cf. art. 114 al. 2 LDIP et *supra* no 761.

1875 Cf. PATOCCHI/GEISINGER, p. 84 ss ad art. 5; SCHNYDER, p. 22 ss; REISER Hans, Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, Zurich 1995; VON OVERBECK Alfred E., Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 609 ss; BUTTET Nicolas / MOIX Paul-Henri, La prorogation de for en droit international privé, in: Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers, Ouverture ou repli?, Fribourg 1988, p. 315 ss.Voir par exemple dans la jurisprudence récente: ZR 1995 no 39, p. 123 ss (avec commentaire de SCHWANDER Ivo, Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Gesellschaftsrecht, in: RSDIE 1996, p. 373 ss, 376 ss).

1876 Art. 3 LDIP.

1877 Art. 127 LDIP.

1878 Art. 129 s. LDIP.

1879 Art. 112 al. 1 LDIP. Disposition qui ne fait que concrétiser en matière contractuelle la règle générale de l'art. 2 LDIP: sauf dispositions spéciales de la loi, les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile du défendeur sont compétentes.

765. En conclusion, on peut donc relever qu'à l'instar des règles de compétence des Conventions de Bruxelles et de Lugano, les règles de compétence de la LDIP ne permettent aux clients d'actionner en Suisse leur établissement étranger que dans des cas extrêmement limités. Le plus souvent, les consommateurs domiciliés ou résidents en Suisse devront rechercher une solution à leur litige auprès du juge du siège de leur cocontractant dans un autre Etat, les règles de compétence applicables résultant alors du droit international privé de cet Etat.

II. Le droit applicable

766. Parmi les différentes conventions internationales relatives au droit applicable, il est un instrument d'une importance majeure pour les consommateurs de services financiers en Europe: la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ce traité ne concerne cependant que les Etats membres de l'Union européenne et les règles nationales de droit international privé gardent donc tout leur intérêt pour d'autres Etats. C'est à ce titre, comme exemple de codification nationale, que nous examinerons brièvement les dispositions relatives au droit applicable dans la LDIP suisse. Dans un premier temps, nous présenterons les particularités de la Convention de Rome ainsi que son rapport délicat avec le droit du marché intérieur de la Communauté européenne.

1. Le droit européen

a. La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles

767. La Convention de Rome du 19 juin 1980 [ci-après: "*CR*"][1881] est un traité conclu entre les différents Etats de la Communauté européenne, qui unifie

---

1880 Art. 112 al. 2 LDIP (compétence alternative: DUTOIT, no 6 ad art. 112).

1881 Références in HEINRICH, Harmonisation, p. 265 s.; DPCI 1995, p. 178 ss. Rapport "officiel" concernant la convention par GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, in: JOCE no C 282 du 31.10.1980, p. 1 ss. Voir par exemple en doctrine: LAGARDE Paul, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, in: Rev. crit. 1991, p. 287 ss; FOYER Jacques, Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in: JDI 1991, p. 601 ss; BONOMI Andrea, Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore, in: Banca Borsa e Titoli di credito 1992, p. 36 ss et la bibliographie citée p. 104 ss; MERCIER/DUTOIT, p. 201 ss; PLENDER Richard, The European Contracts Convention, The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, Londres 1991; ainsi que les différentes contributions contenues dans le numéro hors série de la revue Banque & Droit, juin 1993: La Convention de Rome, Un nouveau droit international privé européen des

les règles de conflit de lois en matière contractuelle en se substituant aux règles équivalentes en vigueur dans les Etats parties. Ainsi, si un consommateur est en litige avec son établissement bancaire à la suite d'un paiement transfrontière mal effectué et qu'il saisit un tribunal compétent dans un Etat européen ayant ratifié la Convention de Rome[1882], ce tribunal devra déterminer le droit applicable au contrat bancaire sur la base des règles contenues dans la Convention de Rome, même si la loi ainsi désignée n'est pas celle d'un Etat contractant[1883].

768. Le principe directeur de la Convention de Rome est la liberté de choix: sauf quelques exceptions, comme par exemple pour les contrats conclus par les consommateurs[1884], le contrat est régi par la loi choisie par les parties[1885]. A défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits[1886]. Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui fournit la prestation caractéristique dans le cadre de son activité professionnelle a, au moment de la conclusion du contrat, son établissement principal (où l'établissement devant fournir la prestation dans le cas d'une succursale)[1887].

769. Jusque-là, la Convention de Rome signifie pour les clients d'institutions financières établies dans d'autres Etats européens que le leur qu'ils ne pourront pas se voir appliquer leur propre droit national. Soit le contrat bancaire contient une clause d'élection de droit expresse et elle sera logiquement en faveur du droit de la banque; soit l'on doit rechercher avec quel pays le contrat présente les liens les plus étroits et il ne fait aucun doute qu'entre le client et son établissement,

---

contrats, Application aux opérations bancaires (Colloque international AEDBF, 5-6.12.1991). Egalement dans une optique suisse: KAUFMANN-KOHLER, contrats, p. 258 ss; DUTOIT Bernard, Le nouveau droit international privé suisse des contrats à l'aune de la Convention (CEE) de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in: Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle - Francfort 1993, p. 31 ss.

1882 Les quinze Etats de l'Union européenne ont signé à Bruxelles le 29 novembre 1996 la convention d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède (JOCE no C 15 du 15.1.1997, p. 10 ss), mais cette convention doit encore être ratifiée avant d'entrer en vigeur. Cela signifie qu'à ce jour, la Convention de Rome n'est applicable qu'à l'égard des douze plus anciens Etats de l'Union. Cf. GAUDEMET-TALLON Hélène, Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in: Revue trimestrielle de droit européen 1997, p. 295 ss. Une version consolidée de la Convention de Rome, tenant compte des conventions d'adhésion, a récemment été publiée in: JOCE C 27 du 26.1.1998, p. 34 ss.

1883 "Caractère universel" de la convention, expressément prévu à l'art. 2.

1884 Cf. *infra* no 770.

1885 Art. 3 ch. 1 CR. PARDON, contrats, p. 32; SOUSI-ROUBI, Convention, p. 184.

1886 Art. 4 ch. 1 CR.

1887 Art. 4 ch. 2 CR. PARDON, contrats, p. 33; SOUSI-ROUBI, Convention, p. 185.

c'est ce dernier qui fournit la prestation caractéristique en exécutant un paiement transfrontière[1888], de sorte que c'est le droit de la banque qui doit s'appliquer.

770. La seule possibilité offerte au client pour que le droit applicable à son contrat soit celui de son Etat est que les normes générales susmentionnées soient primées par d'autres dispositions spéciales de la Convention de Rome. Cela pourrait être par exemple le cas avec des lois de police[1889], mais aussi dans l'hypothèse de contrats conclus par des consommateurs, au sens strict du terme. A l'instar des règles de compétences spéciales de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano, la Convention de Rome contient en effet des dispositions destinées à tenir compte du besoin de protection d'une partie faible comme le consommateur en matière de droit applicable[1890].

Pour que de telles dispositions s'appliquent, il faut tout d'abord que l'on ait affaire à un "consommateur", soit une personne à qui l'on fournit contractuellement un service pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle[1891]. Une telle condition peut sans difficultés être réalisée en cas de paiements transfrontières de détail effectués pour des "petits" clients[1892].

Il n'en est pas de même en revanche pour les autres conditions. On retrouve en effet dans la Convention de Rome toute la problématique, décrite précédemment en relation avec les Conventions de Bruxelles et de Lugano, du consommateur "actif" ou "passif"[1893]. Si la conclusion du contrat a été précédée dans l'Etat dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle d'une

---

1888 VON DER SEIPEN, p. 82; VASSEUR, transferts, p. 369 (valable aussi pour l'émetteur de carte par exemple). Cf. aussi *supra* no 714.

1889 Art. 7 CR. PARDON, contrats, p. 35 ss; SOUSI-ROUBI, Convention, p. 186; VAN AKEN, p. 113 ss; BIANCARELLI, intérêt général, p. 1097. Cf. aussi *infra* no 779, dans l'optique du droit du marché intérieur communautaire.

1890 Art. 5 CR. PARDON, contrats, p. 33 s.; SOUSI-ROUBI, Convention, p. 185 s.; VAN AKEN, p. 109 ss et 120 ss; REICH, services financiers, p. 74 s. et Verbraucherrecht, no 155.

1891 Art. 5 ch. 1 CR.

1892 Cf. *supra* no 753. Comparer avec SOUSI-ROUBI, Convention, p. 186. Question laissée ouverte par DOHM, p. 151. La notion de prestation de service doit en tout cas être interprétée largement: REICH, Verbraucherrecht, no 155. En revanche, selon STAUDER, services bancaires, p. 141, l'interprétation historique et systématique de l'art. 5 CR semble s'opposer à ce que les services bancaires soient considérés comme des "services" au sens de cette disposition. Cela étant, dans la mesure une interprétation conforme au droit communautaire primaire et secondaire (deuxième directive bancaire notamment) s'impose, cet auteur en déduit finalement que tous les services bancaires grand public font partie des contrats de consommation visés par l'art. 5 CR.

1893 STAUDER, Konsumentenrecht, p. 118; REICH, Evolution, p. 15 et 22 et Verbraucherrecht, no 155b, qui relève cependant certaines tentatives d'interprétation de l'art. 5 CR pour tenir compte également du besoin de protection du consommateur plus actif.

proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans son Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat, le consommateur sera protégé: l'élection de droit n'est pas interdite, mais le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle[1894]. En cas d'absence de choix, on ne s'intéresse pas à la prestation caractéristique, le contrat est tout simplement régi par la loi de l'Etat dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle[1895].

Le consommateur "actif", qui n'a pas particulièrement été sollicité par un établissement étranger, n'est donc pas protégé[1896]. La Convention de Rome est très claire sur ce point puisqu'elle va jusqu'à préciser que l'art. 5 ne s'applique même pas du tout "*au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle*"[1897].

771. Si l'utilisateur d'un service de paiement transfrontière offert par un établissement à l'étranger ne peut pas être indirectement protégé par l'application au contrat de son droit national, il reste encore à examiner quel rôle peuvent jouer à cet égard les règles du marché intérieur de la Communauté, en particulier lorsqu'il existe des lois nationales contenant des dispositions impératives en matière de protection des consommateurs.

b. Le rapport entre le droit international privé et le droit du marché intérieur

772. Nous avons esquissé dans le deuxième chapitre les problèmes de cohabitation qui peuvent exister au sein de l'Union européenne entre les principes du droit du marché intérieur et les règles de droit international privé[1898].

Le cas typique sur lequel nous nous arrêterons est le suivant. Une institution financière établie dans un Etat communautaire décide de fournir des services financiers dans un autre Etat communautaire, par le biais de la libre prestation de services garantie par le droit communautaire. Elle entre ainsi en relation contractuelle avec un consommateur établi dans cet autre pays, après

---

1894 Art. 5 ch. 2 CR. BIANCARELLI, intérêt général, p. 1096 s.
1895 Art. 5 ch. 3 CR.
1896 Conseil national du crédit [France], moyens de paiement, p. 180. Critique par STAUDER, services bancaires, p. 141 s.
1897 Art. 5 ch. 4 lit. b CR.
1898 *Supra* no 85 s.

l'avoir sollicité par des démarches publicitaires. Admettons que l'institution financière concernée est un établissement de crédit soumis à la deuxième directive de coordination bancaire[1899]. On rappellera que cette directive met en oeuvre les principes du droit du marché intérieur, en établissant une harmonisation minimale des règles prudentielles et en consacrant pour le surplus l'équivalence des législations nationales selon le principe de la reconnaissance mutuelle, ceci afin de favoriser la liberté d'établissement et la libre prestation de services sur la base d'un agrément unique délivré dans le pays d'origine.

773. Alors qu'il fournit ses services à un consommateur dans le pays d'accueil, l'établissement de crédit reste soumis au contrôle de son pays d'origine. C'est-à-dire que, sous l'angle du droit public, son activité transfrontière ne va pas être régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est exercée. Cela étant, il est possible que l'activité de l'établissement se heurte à des dispositions légales du pays d'accueil en matière de protection des consommateurs. Si ces dispositions impératives de droit public économique sont reconnues comme d'intérêt général et correspondent aux conditions fixées par la jurisprudence de la Cour européenne de justice, elles pourront être appliquées et le droit du pays d'accueil primera ainsi sur ce point le droit du pays d'origine[1900].

774. S'agissant maintenant de la relation contractuelle entre l'établissement et le consommateur, le droit applicable va être déterminé selon les règles de conflit de lois du juge saisi du litige. Si la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles est applicable, ce qui sera le cas pour les Etats membres de l'Union européenne l'ayant ratifiée, le droit applicable sera en principe le droit du pays d'origine (parce que l'établissement fournissant la prestation caractéristique est établi dans cet Etat ou en cas d'élection de droit autorisée en faveur du droit de l'Etat de l'établissement) ou le droit du pays d'accueil (si le contrat est conclu avec un consommateur, selon les conditions posées par l'art. 5 CR, le contrat est régi par le droit de l'Etat de résidence du consommateur en cas d'absence d'élection de droit)[1901].

775. Que se passerait-il maintenant si le droit du pays d'accueil était applicable au contrat, si l'activité de l'établissement était régie par le droit du pays d'origine et s'il y avait conflit entre les deux droits? Il convient de préciser qu'une telle situation conflictuelle ne devrait pas être si fréquente, en tout cas dans l'optique des paiements transfrontières. En principe, le droit administratif du pays d'origine va déterminer dans quelles conditions l'activité de l'établissement doit être contrôlée (police économique) et le droit civil du pays d'accueil pourra de

---

1899 Sur cette directive, cf. *supra* no 78 ss.
1900 Cf. *supra* no 81 s.
1901 Cf. *supra* no 768 ss.

son côté régir les aspects purement contractuels du litige (dommages-intérêts pour inexécution par exemple)[1902].

776. Si, malgré tout, l'on devait rattacher au droit privé du pays d'accueil applicable au contrat des dispositions inconnues du droit du pays d'origine et qui constitueraient une entrave à la libre prestation de service (l'établissement devrait par exemple modifier sa pratique habituelle pour se plier aux exigences du pays d'accueil en matière d'information du consommateur), ces dispositions du pays d'accueil pourraient-elles être sans autre applicables dès lors qu'elles découlent des règles de conflit ou devraient-elles céder le pas devant les exigences de libre prestation de service du droit du marché intérieur? Si la législation du pays d'accueil est reconnue d'intérêt général au sens de la jurisprudence communautaire, elle trouvera sans conteste application. *Quid* en revanche s'il ne s'agit pas d'exigences impératives en matière de protection des consommateurs (ou que, même d'intérêt général, les dispositions légales ne sont par exemple pas proportionnées[1903]), mais que les dispositions légales sont malgré tout plus favorables aux consommateurs que le droit du pays d'origine auquel l'établissement prétendrait être seul soumis? C'est toute la question de la primauté ou non du droit communautaire sur les règles nationales ou conventionnelles de droit international privé.

777. La Commission européenne s'est attachée à trancher cette controverse dans sa communication interprétative de juillet 1997, intitulée "*Liberté de prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire*", dont il a déjà été question dans un précédent chapitre[1904].

1902 PARDON, produits, p. 36 s. et note 50. "*la reconnaissance mutuelle issue de la deuxième directive concerne seulement les agréments, c'est-à-dire les autorisations pour accéder et exercer l'activité bancaire. Il ne s'agit pas du tout pour chacun des Etats membres de reconnaître le droit matériel contractuel des autres Etats membres. Chacun conserve sa propre législation en ce domaine et aucune harmonisation minimale n'est exigée*": SOUSI-ROUBI, Convention, p. 187. Voir aussi l'avis catégorique du Comité économique et social [UE], Services financiers, para. 3.7.18, mentionné *supra* note 231 quant à l'impossibilité d'un conflit entre les règles de la convention de Rome et le principe de la reconnaissance mutuelle; ainsi que la question écrite no E-0875/97 (AMADEO), in: JOCE C 319 du 18.10.1997, p. 184 s. ("*le principe de la reconnaissance mutuelle ne s'applique qu'au domaine du droit économique public, et non au droit des obligations, en particulier en ce qui concerne les dispositions de protection des consommateurs*"), avec la réponse en sens contraire de la Commission ("*On trouve dans les législations nationales relatives aux contrats de services financiers des dispositions, généralement impératives, qui, bien qu'étant considérées comme des règles de droit des obligations, affectent en réalité les échanges économiques*").

1903 On pense par exemple à l'affaire Yves Rocher jugée par la Cour européenne de justice (cf. *supra* no 262) où une disposition de la loi allemande contre la concurrence déloyale a été jugée contraire à l'art 30 du traité CE. La Cour a considéré que cette norme représentait un intérêt général de protection des consommateurs pouvant en principe limiter la libre circulation des marchandises, mais qu'en l'occurence, elle ne répondait pas à la condition de la proportionnalité.

1904 *Supra* no 87.

En substance, la Commission rappelle que la primauté du droit communautaire s'exerce en plein vis-à-vis de règles nationales relevant du droit privé et qui seraient applicables selon les règles de conflits, si ces règles de droit matériel créent une entrave à la circulation des services bancaires. La Commission admet que la plupart des règles relevant du droit des obligations ne devraient pas constituer de telles entraves. Néanmoins, dès lors qu'elles obligeraient les banques à modifier un service en fonction du pays où ce service serait commercialisé, affectant ainsi les échanges économiques, ces règles, même de droit des obligations, devraient être soumises au contrôle du droit communautaire[1905].

Le fait que les règles de conflit soient tirées de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ne change rien à cette situation. La Commission précise ainsi que: "*conformément au principe de primauté du droit communautaire, les règles de droit matériel applicables à un service bancaire en vertu de l'application des règles de conflit de la convention de Rome (autonomie de la volonté pouvant être écartée par les dispositions impératives, les lois de police, et l'ordre public national) peuvent, si elles constituent une restriction, être examinées à la lumière de l'intérêt général*"[1906].

Partant, dans le cas de services bancaires fournis en liberté de prestation de services à des consommateurs, l'application au contrat de dispositions légales du droit de l'Etat de résidence du consommateur doit être soumise au test de l'intérêt général en cas d'entrave au droit communautaire. La Commission estime à cet égard que: "*S'agissant de règles adoptées pour la protection du consommateur, il y a de fortes chances pour que ces règles de droit matériel passent avec succès le test d'intérêt général. La Cour a en effet reconnu que la protection du consommateur est un objectif d'intérêt général justifiant des restrictions aux libertés fondamentales. Ce succès ne peut cependant se présumer. (...) des règles nationales adoptées dans le but déclaré de protéger le consommateur peuvent (...), le cas échéant, être «déqualifiées», par exemple si elles ne sont pas nécessaires ou si elles sont disproportionnées*"[1907].

1905 Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 20. Voir aussi la réponse de la Commission à la question écrite no E-0875/97 (AMADEO), in: JOCE C 319 du 18.10.1997, p. 184 s.

1906 Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 21. Contra: Comité économique et social [UE], Services financiers, para. 3.7.17, qui critique l'avis de la Commission selon lequel les règles de la convention de Rome peuvent entrer en conflit avec le principe de la reconnaissance mutuelle.

1907 Commission [UE], intérêt général (Communication interprétative), p. 22. Comparer avec l'avis du Comité économique et social [UE], intérêt général, p. 74 (sur le projet de communication).

778. On peut approuver l'interprétation de la Commission[1908]. A nos yeux, et pour dessiner une solution plus systématique, la délimitation entre droit international privé et droit bancaire communautaire devrait donc se faire de la manière suivante.

La loi applicable au contrat entre le consommateur et son établissement est déterminée par les règles de conflit pertinentes, soit la Convention de Rome ou d'éventuelles dispositions de droit international privé contenues dans des directives ou règlements communautaires, qui primeraient la CR selon son art. 20.

Dans les cas, somme toute peu fréquents dans l'optique des paiements transfrontières, où le droit national applicable au contrat ne se limiterait pas à des dispositions de pur droit privé, mais contiendrait des normes entrant en conflit avec le droit du pays d'origine de l'institution financière régissant les conditions

---

1908 Il a fallu longtemps pour que la Commission publie sa communication finale, mais cela a visiblement permis de parer aux critiques que l'on pouvait formuler à l'égard du projet de communication publié en novembre 1995. La Commission [UE], intérêt général (Projet de communication), p. 19, estimait notamment que la Convention de Rome elle-même prévoit la primauté du droit communautaire en son article 20. Il n'est pas sûr que cela soit exact. L'art. 20 CR prévoit effectivement la priorité du droit communautaire sur les règles conventionnelles de conflit de lois, mais apparemment dans un sens différent de ce que soutenait la Commission. Selon cette disposition, la Convention de Rome "*ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes*". A notre sens, cela ne vise que des dispositions de droit international privé: la Convention de Rome ne s'efface devant le droit communautaire que pour des textes de droit dérivé qui contiennent des règles précises en matière de conflit de lois; par exemple la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui prévoit en son art. 6 para. 2 que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres (cf. *supra* note 1810). Or tel n'est pas le cas de la deuxième directive bancaire, qui ne contient aucune règle de conflit de lois. Reste que si l'on ne voit pas pourquoi, dans de telles circonstances, un texte de droit communautaire dérivé comme la deuxième directive bancaire devrait automatiquement et obligatoirement empêcher l'application du droit déterminé par la Convention de Rome, on voit mal comment, selon le principe plus général de la primauté du droit communautaire, une loi nationale applicable selon les règles de conflits pourrait, sans autre justification, entraver un principe comme celui de la reconnaissance mutuelle, qui est aujourd'hui un pilier du droit du marché intérieur et qui est notamment mis en oeuvre dans le domaine des services financiers par un texte comme la deuxième directive bancaire. Sur la primauté du droit communautaire selon l'art. 20 de la Convention de Rome, voir récemment: DOSSENA Augusto, Il primato del diritto comunitario nella convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in: Rivista di diritto europeo 1996, p. 295 ss.

d'activité de celle-ci, la loi normalement applicable devrait en principe être écartée afin de respecter le principe de la reconnaissance mutuelle[1909].

Si la loi applicable selon les règles de conflit est le droit du pays d'accueil, que ce droit est reconnu d'intérêt général et répond aux conditions posées par la jurisprudence communautaire (non-discrimination, absence d'harmonisation préalable, non-duplication, nécessité et proportionnalité), la loi du pays d'accueil restera malgré tout applicable puisque son entrave au principe de la reconnaissance mutuelle est justifiée en droit communautaire. Si la loi du pays d'accueil n'est pas d'intérêt général ou ne respecte pas les conditions fixées par la jurisprudence, elle ne pourra en revanche être appliquée. Cela ne signifie pas cependant que tout le droit du pays d'accueil sera inapplicable et qu'il faudra appliquer un autre droit national, par exemple celui du pays d'origine. Il suffira de retrancher du droit du pays d'accueil la ou les normes contraires au droit communautaire, le reste du droit du pays d'accueil pouvant sans autre être appliqué au contrat[1910].

779. Il est toutefois important que le droit international privé ne soit pas totalement effacé par le droit du marché intérieur. Certes, le droit communautaire doit primer sur des règles de conflit qui ne font que renvoyer à des droits nationaux. Dans le cadre d'une communauté supranationale, il est normal que les législations nationales s'effacent au profit de règles communes dans la mesure nécessaire pour parfaire l'intégration d'un marché unique et éviter des obstacles aux échanges. Cela étant, si les Etats membres ont conclu une convention multilatérale sur la loi applicable aux obligations contractuelles, si cette convention permet dans certains cas d'appliquer le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur pour protéger celui-ci, il ne faudrait pas que cette loi soit systématiquement écartée au seul profit de la primauté du droit du pays d'origine - c'est-à-dire également d'un droit national - du prestataire de service selon le principe de la reconnaissance mutuelle. En théorie du droit international privé, n'appliquer un droit national déterminé par les règles de conflit que si ce droit est d'intérêt général au sens du droit communautaire reviendrait vraisemblablement à se limiter aux seules lois de police (d'application immédiate), au détriment de toutes les autres règles nationales de protection des consommateurs.

On ne peut pas exhorter les consommateurs à profiter des libertés de circulation du marché intérieur de l'Union européenne tout en les privant trop fréquemment et trop facilement de leur droit national lorsqu'ils concluent une transaction. A une époque où les réglementations nationales relatives aux modalités de vente ne sont même plus considérées comme des obstacles à la libre

1909 PARDON, contrats, p. 37. Cf. aussi BIANCARELLI, intérêt général, p. 1098.

1910 Le projet de communication de la Commission (intérêt général, p. 19) était peu clair sur ce point.

circulation des marchandises[1911], il ne faudrait pas que le droit du pays d'origine d'un prestataire de service soit privilégié sans raison par rapport au droit du pays d'accueil, pour favoriser une reconnaissance mutuelle des législations nationales, alors que celles-ci sont loin d'être équivalentes dans beaucoup de domaines et qu'il est donc normal que des dispositions nationales "garde-fous" en matière de protection des consommateurs puissent s'appliquer selon les règles du droit international privé pour tenir compte des intérêts des destinataires de services. Afin de ne pas créer de conflit avec le droit communautaire, il serait donc judicieux que la notion d'intérêt général soit à tout le moins interprétée de manière souple lorsque l'on est en présence de législations nationales de protection des consommateurs pouvant entraver le commerce intracommunautaire. La Commission européenne ne va pas dans un autre sens lorsqu'elle expose qu'il y a de fortes chances pour que de telles règles passent avec succès le test de l'intérêt général[1912].

780. On soulignera enfin que ce qui vient d'être dit pour l'Union européenne vaut *mutatis mutandis* pour l'Espace économique européen. Les Etats membres de l'EEE n'étant pas parties à la Convention de Rome, les juges de ces Etats appliqueront leurs propres règles de conflit pour déterminer la loi applicable aux contrats en matière de paiements transfrontières. Il est dès lors possible que le droit du pays d'accueil, soit le droit de l'Etat du consommateur, soit applicable dans certains cas. Les principes du marché intérieur et la deuxième directive bancaire étant cependant tout autant applicables dans l'EEE, la primauté du droit communautaire jouera en plein et le droit du pays d'accueil devra être compatible avec le principe de la reconnaissance mutuelle par rapport au droit du pays d'origine de l'établissement prestataire de services.

2. La loi suisse sur le droit international privé

781. La Suisse n'étant pas membre de l'Union européenne, elle n'est pas partie à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Par ailleurs, la Suisse n'a pas conclu de traité multilatéraux ou bilatéraux avec d'autres Etats européens s'agissant du droit applicable en matière de contrats bancaires. Par conséquent, si un juge suisse était saisi d'un litige opposant un client résident en Suisse à une institution financière sise à l'étranger et s'il était compétent au vu des règles de droit international privé applicables (Convention de Lugano ou LDIP), il aurait à déterminer le droit applicable au rapport contractuel litigieux sur la base de la LDIP suisse.

1911 Cf. *supra* no 263.
1912 Cf. *supra* no 777.

782. Dans l'optique des services de trafic des paiements, les questions de droit applicable en matière contractuelle sont régies de manière très similaire dans la LDIP et dans la Convention de Rome. Ce qui a été dit plus haut pour celle-ci peut donc être transposé *mutatis mutandis* pour celle-là.

783. (1) La LDIP prévoit un régime spécial pour le droit applicable aux contrats conclus avec des consommateurs à l'art. 120 LDIP[1913]. Dans la mesure où l'art. 114 LDIP sur la compétence pour de tels contrats renvoie aux conditions de l'art. 120 LDIP pour la définition des contrats conclus avec des consommateurs, nous avons déjà analysé les particularités de l'art. 120 dans la première partie de ce chapitre[1914]. Nous rappellerons simplement que la définition des contrats conclus avec des consommateurs est étroite. Mis à part l'usage personnel ou familial, non professionnel qui caractérise le contrat de consommation[1915], le contrat doit encore concerner une "*prestation de consommation courante*", ce qui pourrait soulever certaines controverses si la prestation en cause est un service bancaire, plus particulièrement un service de paiement[1916]. En outre, seul le consommateur "passif" est visé, selon des principes analogues à ceux de la Convention de Rome[1917]. C'est dire que le client faisant effectuer un paiement transfrontière par son établissement à l'étranger ne pourra le plus souvent pas bénéficier de l'art. 120 LDIP. Son contrat ne sera donc pas impérativement régi par le droit de l'Etat de sa résidence habituelle[1918] et une élection de droit ne sera pas exclue[1919].

784. (2) Si le contrat n'est pas considéré comme conclu avec un consommateur, au sens de l'art. 120 LDIP, le principe général est que le contrat est régi par le droit choisi par les parties[1920], une telle élection de droit étant d'ailleurs très fréquente dans les conditions générales des banques, en faveur du

---

1913 BRUNNER, p. 868 ss ad art. 120 (et la doctrine citée); KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, p. 990 ss ad art. 120; DUTOIT, p. 334 ss ad art. 120; SCHNYDER, p. 111.

1914 *Supra* no 762 ss.

1915 Pour une interprétation détaillée: RSJ 1990, p. 214 ss (Bezirksgericht Zurich, 16.5.1989).

1916 Cf. *supra* no 763.

1917 Conclusion du contrat précédée dans l'Etat de la résidence habituelle du consommateur d'une offre ou d'une publicité et accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat par le consommateur dans cet Etat (art. 120 al. 1 lit. b LDIP).

1918 Inapplicabilité de l'art. 120 al. 1 LDIP.

1919 Inapplicabilité de l'art. 120 al. 2 LDIP. C'est là la seule différence notable entre la LDIP et la Convention de Rome. Pour des contrats conclus par des consommateurs, la LDIP exclut l'élection de droit, alors que la Convention de Rome l'admet, mais empêche simplement qu'elle prive le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit de l'Etat de sa résidence habituelle (art. 5 ch. 2; cf. *supra* no 770). WEBER-STECHER, p. 259 ss.

1920 Art. 116 al. 1 LDIP. BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 365 s.

droit de l'Etat dans lequel l'institution est établie[1921]. A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits[1922]. Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique dans l'exercice de son activité professionnelle a son établissement[1923]. On retrouve là encore les principes discutés plus haut pour la Convention de Rome, ce qui est normal puisque la Convention de Rome a été influencée sur ce point par la doctrine et la jurisprudence suisses, antérieures à l'adoption de la LDIP[1924].

Par prestation caractéristique, la LDIP entend la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service[1925]. Cela signifie que si un client en Suisse mandate son établissement sis à l'étranger pour effectuer un paiement transfrontière, c'est le droit de cet établissement qui s'appliquera[1926]. On ne devrait pas rencontrer de problèmes, dans le domaine des paiements, au niveau de l'ordre public suisse[1927] ou des lois d'application immédiate[1928].

785. Force est de constater en conclusion qu'à l'instar du droit européen, le droit international privé suisse ne permet généralement pas d'assurer une protection particulière du client d'une institution financière à l'étranger dans le cadre d'une relation contractuelle de trafic des paiements. Cela étant, il est tout à fait possible que le droit étranger applicable dans un cas déterminé selon les règles de conflit soit plus favorable pour le client que son propre droit[1929]. Ce serait notamment le cas pour un consommateur suisse qui verrait appliquées à son contrat les dispositions d'un droit national étranger destinées à protéger les utilisateurs de moyens de paiement, alors que le droit suisse ne connaît pas une telle législation spéciale.

Si les règles de conflit de juridictions et de conflit de lois se révèlent insuffisantes en elle-même pour assurer une certaine protection des consommateurs de services financiers, il est intéressant d'examiner maintenant

---

1921 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 367. Sur l'élection de droit contenue dans des conditions générales: BRUNNER Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internationalen Privatrecht (AGB im IPR), Grüsch 1985, p. 222 ss et la jurisprudence relevée par PATOCCHI/GEISINGER, p. 315 ad art. 116.

1922 Art. 117 al. 1 LDIP.

1923 Art. 117 al. 2 LDIP. BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 366.

1924 DPCI 1995, p. 180; KAUFMANN-KOHLER, contrats, p. 266.

1925 Art. 117 al. 3 lit. c LDIP. Pour la jurisprudence en matière de mandat: PATOCCHI/GEISINGER, p. 326 ad art. 117. Pour l'assignation, cf. *supra* note 1802.

1926 BISCHOFF, Zahlungsverkehr, p. 368.

1927 Art. 17 LDIP.

1928 Art. 18 LDIP (application de dispositions impératives du droit suisse). Voir toutefois l'analyse, sous l'angle du contrat de consommation, de WEBER-STECHER, p. 289 ss.

1929 Commission fédérale de la consommation [Suisse], politique, p. 64.

comment le règlement des litiges peut être favorisé par des règles spéciales en matière d'organisation des autorités de jugement et de procédure.

Chapitre 7: Le règlement des litiges

786. Prenons l'exemple d'un consommateur en litige avec son institution financière dans le cadre de l'exécution d'un paiement transfrontière. Ne pouvant transiger l'affaire à l'amiable, il va devoir saisir une autorité judiciaire. Les règles de conflit de juridictions applicables lui permettront de déterminer le juge compétent dans l'ordre international, le droit applicable au litige étant lui déterminé par les règles de conflit de lois. Le droit international privé lui ayant permis de savoir quel juge il devra saisir, le consommateur devra encore déterminer à quelles autorités et à quelle procédure il va être concrètement confronté.

A. Vers une alternative à la justice traditionnelle?

787. Il est reconnu que le système judiciaire traditionnel n'est pas le moyen le plus efficace pour assurer les intérêts des utilisateurs de moyens de paiement en général[1930]. Or ce constat est également valable pour les paiements transfrontières de petits montants. Sans parler de la différence de rapport de force entre une institution financière et son client et des conséquences que cela peut avoir sur le déroulement de la procédure, celle-ci sera généralement longue, complexe, coûteuse en frais de justice et en honoraires d'avocat. Quant aux éventuels recours, ils pourront parfois dépendre d'une certaine valeur litigieuse, difficile à atteindre pour des petits paiements[1931]. Le problème n'est pas nouveau: c'est toute la question de l'accès à la justice du consommateur[1932].

1930 OCDE, cartes, p. 86; European Consumer Law Group (ECLG), Payment, p. 11; STAUDER, contrat, p. 239; TYREE, p. 273 s.

1931 Il suffit de se référer à quelques décisions jurisprudentielles pour comprendre l'inadéquation de l'appareil judiciaire traditionnel en matière de moyens de paiement grand public. Pour des sommes non distribuées par un DAB, les valeurs litigieuses ont par exemple été de 50 DM in AG Nürnberg, WM 1987, 9 = NJW 1987, 660; 100 DM in AG Aschaffenburg, WM 1989, 213; 500 DM in AG Aschaffenburg, WM 1989, 1165. Voir aussi les remarques de KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 44.

1932 Voir parmi d'autres: BOURGOIGNIE, théorie, p. 85 ss et 140 ss; REICH, Verbraucherrecht, no 250 ss; WIESNER Helena, Redress for consumer grievances, in: MITCHELL J. (éd.), The Consumer and Financial Services. New Horizons, Londres 1990, p. 67 ss; ainsi que les différentes contributions publiées in: Consum.L.J. no 1/1995 (p. 1 ss), dans l'ouvrage Money and the Consumer, Londres 1988, p. 161 ss ("*Redress*") et dans l'ouvrage III European Conference on Consumer Access to Justice, Lisbonne 21-23.5.1992. Dans l'optique des litiges transfrontières: FALLON Marc, Problématique du contentieux de la consommation transfrontière en Europe, in: REDC 1988, p. 261 ss; VERNIER Jacques, Les litiges transfrontaliers de consommation, in: INC Hebdo, Fiche Europe, no 763, 20.3.1992, p. 3 ss; GOYENS, disputes, p. 92 ss; ainsi que les contributions au Symposium in Cross-Border Complaints publiées in: JCP no 4/1992 (p. 353 ss).

788. Il ne s'agit pas de soustraire aux juridictions civiles les litiges portant sur des affaires de consommation, *in casu* des paiements transfrontières, ce qui ne serait pas justifié, mais plutôt d'adapter la structure de la justice en trouvant de nouvelles voies, plus facilement accessibles, plus rapides et moins coûteuses, qui en définitive pourraient donner aussi bien satisfaction aux clients qu'aux institutions financières.

789. En matière de paiements et de services financiers en général, certains organismes[1933] et une partie de la doctrine[1934] ont proposé de créer un système extrajudiciaire de liquidation d'erreurs et de litiges, sur la base d'institutions indépendantes, déjà existantes ou à créer. Ces autorités pourraient être par exemple des médiateurs, des commissions de conciliation ou d'arbitrage, composées paritairement de représentants des institutions financières et de représentants des consommateurs, comme cela se fait par exemple en matière prud'homale, ou toute autre forme d'autorité de plainte indépendante[1935].

790. On peut douter qu'une autorité parallèle et totalement indépendante de l'appareil judiciaire classique soit une solution suffisante. Avec une institution qui s'ajoute aux juridictions ordinaires sans les remplacer, le consommateur ou l'institution financière n'ayant que la faculté et non l'obligation de saisir une telle autorité, le risque est toujours que cette institution reste sous-utilisée, les parties - surtout les professionnels - ayant tout intérêt à vider directement leur litige devant la justice étatique. Un autre danger est celui de la diversité des instances: il paraît peu efficace que les consommateurs et les professionnels aient à chaque fois à s'adresser à une autorité différente selon le type de contentieux (Ombudsman des banques, Ombudsman des assurances, Ombudsman des agences de voyage, etc.), surtout en cas de conflit éventuel de compétence entre les autorités de plainte (*quid*, avec l'exemple des Ombudsmen précités, en cas de refus de couverture d'un sinistre par une assurance à la suite d'un problème de paiement de prime par virement bancaire?).

1933 European Consumer Law Group (ECLG), Payment, p. 11, et EFTPOS, p. 310; AELE (Sub-Committee on Consumer Policy Affairs), titre V; OCDE, cartes, p. 19; Conseil Consultatif des Consommateurs (UE), TEF, p. 5; LAFERTY BUSINESS RESEARCH, p. 5.

1934 Par exemple STAUDER, libéralisation, p. 138 ss, et contrat, p. 240; BOURGOIGNIE, services financiers, p. 21 s.; THUNIS/SCHAUSS, transferts, p. 30; SCHAUSS, Contract, p. 115; GUTWIRTH/JORIS, p. 287; MITCHELL, Electronic Banking, p. 56, et payment systems, p. 139. Cf. aussi L'HEUREUX/LANGEVIN, cartes, p. 71 ss; LOWE Jonquil / VASS Jane, Dealing with financial complaints, in: Consumer Policy Review 1991, p. 28 ss.

1935 Voir aussi, pour une meilleure collaboration des parties dans la recherche de l'origine des incidents déjà avant toute plainte devant l'organe de règlement des litiges, soit au sein d'une première procédure interne spécifiquement prévue par l'institution financière, nos remarques et propositions in FAVRE-BULLE, paiement, p. 220 s. Pour l'exemple du code de conduite britannique "*The Banking Code*", cf. art. 5.5 à 5.11.

791. Il faut souligner qu'une autorité alternative, non prévue par une loi d'organisation judiciaire et ne reposant que sur l'initiative personnelle des parties, n'a généralement aucun pouvoir de rendre des décisions contraignantes, ayant la force et l'autorité de la chose jugée pour le consommateur et le professionnel. Ce n'est que si les parties se sont contractuellement soumises à une procédure arbitrale, au sens strict du terme, qu'une décision peut revêtir le caractère contraignant qu'on l'on reconnaît à une sentence arbitrale. Dans tous les autres cas de figure, les décisions rendues par des instances non prévues par la loi ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée. *A fortiori*, dans le contexte de paiements transfrontières, une décision rendue dans un Etat, par une instance non étatique et ne valant pas sentence arbitrale, ne pourrait pas être reconnue et exécutée dans un autre Etat[1936].

792. Certains systèmes hybrides sont certes intéressants, par exemple lorsque des banques s'engagent contractuellement à respecter la décision qui sera rendue par l'autorité de plainte, le client n'étant pas lié de son côté et gardant ainsi le droit de saisir la justice s'il n'est pas satisfait de la décision. Il nous semble cependant que ces initiatives restent très corporatistes, à l'instar des problèmes que l'on rencontre avec certains codes de conduite. Les consommateurs n'ont en effet aucun garantie que tous les établissements accepteront de se plier à la pratique de la branche en se liant contractuellement de la sorte. Ce d'autant plus au niveau transfrontière: il est peu probable qu'un tel système volontaire puisse être étendu au-delà des frontières, de sorte que les consommateurs se trouveront confrontés à une procédure différente d'un Etat à l'autre, avec les difficultés que cela comporte.

793. Enfin, d'un point de vue dogmatique, ce type de pratique ne garantit pas l'égalité des armes comme dans un véritable arbitrage. En cas de mauvaise décision pour la banque, celle-ci est liée, sans moyens de recours; en cas de mauvaise décision pour le client, celui-ci peut chercher mieux auprès de la justice traditionnelle. Autant dire que dans des domaines sensibles, où les intérêts sont totalement opposés entre banques et clients et les montants en jeu importants - on pense par exemple aux opérations non autorisées par carte avec code confidentiel ou à la perte de virements -, le risque est grand que les banques renoncent bien vite (par une modification des conditions générales contractuelles) à leur engagement volontaire de se plier aux décisions de l'autorité privée de plainte si une "jurisprudence" défavorable à leur égard devait être établie par cette autorité. De même, on ne voit pas l'intérêt du consommateur de saisir volontairement une telle autorité à la place de la justice s'il sait d'avance que la décision qui sera rendue ne lui sera vraisemblablement pas favorable; l'exemple type est la "jurisprudence" des Ombudsmen des banques suisses et belges qui considèrent

1936 Voir l'étude de CRESPO PARRA, notamment p. 280 ss.

systématiquement qu'un client a commis une négligence ou une fraude si sa carte a été utilisée avec son code confidentiel[1937].

794. Si l'on devait instaurer une procédure spécifique de règlement des litiges en matière de trafic des paiements, et plus généralement en matière de litiges de consommation, qu'il s'agisse d'affaires financières ou non, il conviendrait donc de ne pas multiplier la création d'instances locales, régionales ou nationales sans pouvoirs, mais bien de modifier les lois d'organisation judiciaire afin d'adapter les juridictions ordinaires aux différends de petits montants. Tant les consommateurs que les professionnels devraient saisir une autorité *ad hoc*, de conciliation et de jugement, remplaçant les tribunaux de première instance.

Cette autorité, quelle que soit sa forme (juge unique, commission paritaire, etc.), devrait être composée de personnes spécialisées dans le domaine des litiges de consommation. Sa compétence *ratione materiae* devrait être tant exclusive que limitée à de tels litiges, soit des litiges opposant des professionnels à des personnes physiques agissant à titre privé, à l'instar par exemple des tribunaux spéciaux en matière de bail à loyer ou de contrat de travail[1938]. Elle devrait se caractériser par sa facilité d'accès (gratuité, procédure essentiellement orale et rapide, sans monopole des avocats, etc.). Chaque instance devrait avoir tout pouvoir pour rendre des décisions contraignantes sur le fond, au bénéfice de la maxime inquisitoire (établissement d'office des faits) et d'une totale liberté d'administration et d'appréciation des preuves, dans un cadre et avec une procédure plus informels que la justice traditionnelle, favorisant notamment les possibilités de conciliation[1939].

795. Les procédures d'appel devant les juridictions ordinaires contre les décisions rendues par l'autorité spéciale devraient être aménagées de manière à ne pas désavantager les consommateurs par rapport aux professionnels (accessibilité quelle que soit la valeur litigieuse, gratuité ou coût modeste de la procédure, etc.). Il faut éviter en effet que les avantages de simplicité et de rapidité des procédures spéciales de première instance soient vidées de leur sens

---

1937 Voir *supra* no 516 et *infra* note 1988.

1938 Nous ne pouvons bien sûr définir ici qu'elle devrait être la compétence exacte d'une telle autorité pour tous les litiges de consommation (faut-il étendre la compétence aux matières non contractuelles, la limiter à une certaine valeur litigieuse, etc.?). Nous considérons simplement qu'un client individuel en litige avec son établissement bancaire au sujet d'un paiement transfrontière, dont l'objet n'aurait pas un caractère professionnel, devrait pouvoir saisir une autorité plus adéquate qu'un tribunal d'instance.

1939 Voir aussi l'analyse de TYREE, p. 274 s., et du Comité de la politique à l'égard des consommateurs de l'OCDE, cartes, p. 86 s., qui proposent que le système de règlement des litiges à adopter se caractérise par l'indépendance et la compétence de ses responsables, son accessibilité, sa rapidité, sa large compétence *ratione materiae* et son pouvoir (pouvoir de mener une enquête, de réclamer des documents aux parties, de prononcer une sentence contraignante, etc.).

par des recours systématiques qui s'enliseraient dans un appareil judiciaire inadapté.

796. Une alternative pourrait être de recourir à un arbitrage institutionnel, axé spécifiquement sur les questions de consommation, à l'instar par exemple des systèmes pratiqués en Espagne et au Portugal[1940]. L'arbitrage a encore une fois l'avantage, par rapport à d'autres formes de règlement extrajudiciaire des litiges, de conduire à des sentences contraignantes pour les parties dès lors que celles-ci se sont soumises volontairement à ce type de procédure. La procédure arbitrale ne pourrait évidemment pas s'exercer selon les règles que l'on connaît pour les litiges commerciaux et devrait être adaptée aux particularités du contentieux de consommation, s'agissant notamment du coût, de la nomination des arbitres, etc. Des expériences ont montré à cet égard que la création de centres d'arbitrage spécialisés pour traiter des problèmes de droit de la consommation était tout à fait possible et que cela apportait de très bons résultats. Dans la mesure toutefois où l'arbitrage, par définition, nécessite l'adhésion volontaire des parties, une voie judiciaire appropriée devrait être sauvegardée dans les cas où un consommateur et/ou un professionnel ne voudraient pas recourir à l'arbitrage, cela dans le cadre des procédures générales applicables aux "*small claims*" (la création d'instances judiciaires spécialement compétentes pour les litiges de consommation ne serait probablement pas nécessaire si l'alternative à la justice offerte aux parties était un système d'arbitrage institutionnel efficace consacré à ces problèmes).

Ceci posé, il est intéressant d'examiner maintenant comment les législateurs et la pratique ont réagi à ces nouveaux besoins des consommateurs, tant au sein de l'Union européenne et de l'Espace économique européen qu'en Suisse.

I. Le droit européen

797. Il convient de distinguer, en droit européen, les mesures générales prises en matière de règlement des litiges de consommation des mesures qui concernent plus spécifiquement les moyens de paiement grand public.

1. Le règlement des litiges de consommation en général

798. L'accès des consommateurs à la justice et le problème général du règlement des petits litiges est depuis longtemps à l'ordre du jour au niveau

1940 Cf. *infra* no 807.

communautaire[1941], mais sans que des mesures conséquentes aient été prises jusqu'à présent. Les déclarations d'intention se sont toutefois multipliées ces dernières années et il n'est pas exclu que des changements interviennent à plus long terme.

799. En novembre 1993, la Commission européenne a publié un livre vert consacré à "*L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique*"[1942]. Après un rappel de l'historique de cette problématique, ce texte expose la situation dans les Etats membres (procédures judiciaires simplifiées, procédures extrajudiciaires, autorités administratives, actions d'intérêt collectif, projets pilotes) et la dimension communautaire du dossier, tant en ce qui concerne la protection des droits individuels que la protection des intérêts collectifs. L'objectif était de créer un débat autour des différents problèmes à régler quant à la libre circulation des actions en cessation, l'aide judiciaire, la simplification du règlement des litiges transfrontaliers, l'autodiscipline et le dialogue consommateurs/professionnels et enfin la coopération transfrontalière.

800. L'instrument bien peu contraignant du livre vert s'est ensuite transformé en plan d'action. La Commission a en effet publié le 14 février 1996 une communication intitulée "*Plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché intérieur*"[1943], qui tient compte notamment des résultats de la consultation sur le livre vert[1944]. Ce plan d'action n'est toutefois pas très rigide, ce qui s'explique par le fait que la Commission n'entend que privilégier l'approche volontaire dans le domaine du

---

1941 Voir en particulier l'annexe à la résolution du Conseil du 14.4.1975 concernant un programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs, para. 32 s., ainsi que l'annexe au deuxième programme du 19.5.1981, para. 38 s.; le Mémorandum de la Commission relatif à l'accès des consommateurs à la justice, COM(84) 692 final, transmis au Conseil le 4.1.1985; la communication de la Commission au Conseil du 27.6.1985 relative à une "Nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs", para. 38; la résolution du Parlement européen du 13.3.1987 sur l'accès des consommateurs à la justice, in: JOCE C 99 du 13.4.1987, p. 203 ss; la communication complémentaire de la Commission du 7.5.1987 sur l'accès des consommateurs à la justice, COM(87) 210 final; la résolution du Conseil du 25.6.1987 sur l'accès des consommateurs à la justice, in: JOCE C 176 du 4.7.1987, p. 2; l'annexe à la résolution du Conseil du 9.11.1989 sur les priorités futures pour la relance de la politique de protection des consommateurs, para. 4 (voir certaines de ces références in bibliographie).

1942 Références in bibliographie. Agence Europe, Bulletin no 6114, 25.11.1993, p. 12; REDC 1993, p. 249 s. (GOYENS Monique); BRUNNER, Konsumentenrecht, p. 163 s.

1943 Références in bibliographie. Agence Europe, Bulletin no 6667, 15.2.1996, p. 13 s.; REDC 1996, p. 177 s. (GOYENS Monique). Rapport du European Consumer Law Group, octobre 1996 (ECLG/382/96). Voir aussi la résolution du Parlement européen du 14.11.1996 (no A4-0355/96) sur la communication de la Commission «plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché intérieur», in: JOCE 362 du 2.12.1996, p. 275 ss.

1944 Voir aussi sur ces résultats GASPARINETTI, p. 83 ss.

règlement des litiges[1945]. En matière de promotion des procédures extrajudiciaires, il n'est ainsi question en l'état que de l'adoption d'une recommandation*, après consultation des milieux intéressés et pour une période d'observation de trois ans[1946]. Quant à la simplification de l'accès aux procédures judiciaires, l'intervention communautaire ne sera là encore que minimale[1947].

801. A ce jour, le seul volet qui fait l'objet d'une procédure législative communautaire est celui des actions collectives transfrontières. Les autorités européennes ont en effet constaté grâce à différentes études que la dynamique des transactions commerciales transfrontières dans le marché intérieur se heurte au cloisonnement des différents ordres juridiques nationaux. Un consommateur peut individuellement agir à l'étranger selon les règles de droit international privé applicables, mais lorsque c'est une organisation de consommateurs qui souhaite agir, pour combattre par exemple l'utilisation de clauses abusives, de pratiques commerciales déloyales, etc., on refuse souvent à une telle organisation toute qualité pour agir dans un autre Etat. C'est dire que les professionnels peuvent avoir une activité commerciale transfrontière, alors que les organisations chargées de la protection des consommateurs ne se voient souvent pas reconnaître un tel droit[1948].

1945 Commission [UE], litiges, p. 12.

* La Commission vient d'adopter le 30 mars 1998 une recommandation concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, in: JOCE L 115 du 17.4.1998, p. 31 ss.

1946 Commission [UE], litiges, p. 14 et 19.

1947 Cf. Commission [UE], litiges, p. 14 ss et 19. Encore récemment, la Commission a marqué sa préférence pour une telle approche volontaire dans sa communication du 26.6.1997 consécutive au livre vert sur les services financiers. Elle a indiqué, de manière très générale, qu'afin d'améliorer l'accès des consommateurs aux systèmes de recours, les professionnels devraient s'engager clairement d'ici la fin de l'année 1997 à instaurer des mécanismes de traitement des plaintes des consommateurs ou à parfaire les dispositifs existants. De nouvelles actions d'ordre législatif ne sont envisagées que si les mesures volontaires n'apportent pas les résultats escomptés d'ici le milieu de l'année 1999 (Commission [UE], confiance, p. 5 s.). Voir pour une autre approche, en réponse au livre vert sur les services financiers, les recommandations de: Consumers in Europe Group, and Jeremy Mitchell of the International Consumer Policy Bureau, Response to the Commission Green Paper: Financial Services: Meeting Consumers' Expectations, in: JCP 1997, p. 379 ss, 391 s., "*The Commission should develop a strategy for ensuring that the financial services sector is comprehensively covered by public or private dispute resolution schemes which are independent, properly funded, well publicised, and which have powers to deal with cross-border complaints and to secure redress for consumers. Procedures should be speedly, simple and inexpensive for consumers*".

1948 Pour des études récentes et détaillées dans ce domaine, voir les différentes contributions publiées dans l'ouvrage de STAUDER Bernd (éd.), Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs, Droit international et droit du marché intérieur (Actes du colloque organisé avec le Centre d'études juridiques européennes, Faculté de droit de Genève), Zurich 1997; également: FRANCK Jérôme / GOYENS Monique, L'action en cessation des organisations de consommateurs à l'épreuve du Marché Unique,

C'est la raison pour laquelle la Commission a préparé un texte visant à améliorer l'accès des consommateurs à la justice *via* leurs représentants. Présentée le 16 février 1996, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs établit les conditions minimales pour la reconnaissance mutuelle des entités agissant dans un autre Etat membre (actions transfrontières) dans l'intérêt collectif des consommateurs[1949]. La directive définitive devrait être prochainement adoptée* . Elle ne visera cependant qu'un aspect très spécifique de l'accès à la justice et ce n'est pas parce que le Parlement européen a maintenant érigé l'accès facilité à la justice au titre de nouvelle priorité de l'action de la Commission[1950] que la question du règlement des litiges en matière de services financiers va plus rapidement être réglée.

802. Force est donc de constater que l'action de la Communauté en matière de règlement des litiges de consommation en général, qu'il s'agisse de la promotion des procédures extrajudiciaires ou de la simplification de l'accès aux procédures judiciaires, est pour l'heure bien peu incisive et convaincante et qu'elle n'est donc pas d'un grand secours dans l'optique des paiements transfrontières. La question est dès lors de savoir quelles autres mesures la Communauté a pris pour faciliter le règlement des litiges en matière de paiement internationaux.

2. Les moyens de paiement

803. Dans le domaine spécifique des paiements transfrontières, la Commission a pris ses premières mesures avec l'adoption de la recommandation 90/109 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières. Cette recommandation contenait en effet un chapitre traitant expressément de la procédure à suivre en cas de plaintes des consommateurs[1951]. La question du règlement des litiges a ensuite été à

---

in: REDC 1995, p. 27 ss; REICH, Verbraucherrecht, no 266 s. Dans l'optique plus restreinte des actions collectives en cessation de l'utilisation de clauses contractuelles abusives, voir aussi les références citées *supra* note 1812.

1949 Le texte initial a fait l'objet d'une proposition modifiée de directive le 6 janvier 1997, puis une position commune a formellement été arrêtée par le Conseil le 30 octobre 1997 (références in bibliographie).

* La directive a formellement été adoptée lors du Conseil Consommateurs du 23 avril 1998: Agence Europe, Bulletin no 7207, 24.4.1998, p. 10. Sa publication au Journal officiel est imminente.

1950 Voir les para. 8 ss de la résolution du 20.2.1997 sur la communication de la Commission: Priorités pour la politique des consommateurs 1996-1998, aux termes desquels le Parlement européen invite la Commission à accélérer son action dans différents domaines de l'accès à la justice, mais sans pour autant proposer des mesures importantes et radicales.

1951 Selon le sixième principe, tous les établissements qui participent à une transaction financière transfrontalière devraient être en mesure de "*traiter rapidement les plaintes*" du

l'ordre du jour des différentes instances qui se sont penchées sur les paiements transfrontières.

804. Parmi ces travaux, on relèvera que dans un avis de 1991, le Comité économique et social a indiqué que la Commission devrait encourager la création d'organismes d'arbitrage et de consultation semblables dans tous les Etats membres. Il a même suggéré d'examiner si l'on ne devrait pas instituer un médiateur ou autre instance de recours ou d'arbitrage au niveau européen également[1952]. Dans son document de travail de mars 1992 sur les paiements transfrontaliers, la Commission européenne a quant à elle parlé d'un "*droit à une procédure de traitement des plaintes*", selon des mécanismes rapides et souples, pour tous les types de paiements transfrontaliers de détail (et non seulement pour les virements visés par la recommandation 90/109), tant pour les consommateurs que pour les petites entreprises[1953].

805. Finalement, il existe aujourd'hui une disposition contraignante dans le domaine du règlement des différends puisque ce problème fait spécifiquement l'objet d'un art. 10 dans la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers[1954]. A la lettre de cet article, les Etats membres devront veiller à ce qu'il existe des procédures de réclamation et de recours adéquates et efficaces, existantes ou à créer, pour le règlement des litiges entre un donneur d'ordre et son établissement ou entre un bénéficiaire et son établissement. On rappellera par ailleurs que conformément à l'art. 3 sur les informations préalables au sujet des conditions applicables aux virements transfrontaliers, les établissements doivent

---

donneur d'ordre ou du bénéficiaire sur l'exécution ou le décompte de la transaction. En cas de refus ou en l'absence de réponse dans un délai de trois mois, les plaignants devraient pouvoir faire intervenir les organismes indépendants destinés à recevoir les réclamations des usagers dans les Etats membres (par exemple: départements ministériels, banques centrales, instances spécialisées telles qu'un Ombudsman, commissions de contact entre représentants des banques et des usagers). Les clients devraient pouvoir obtenir les coordonnées de ces organismes dans chaque établissement réalisant des transactions financières transfrontalières. Sur mandat de la Commission européenne, une étude a été menée en 1992 sous l'égide du International Consumer Policy Bureau par MITCHELL/ WORTHINGTON (Consumer Redress in Relation to Cross-Border Payments Within the European Community, cité in bibliographie; voir aussi l'article résumé de WORTHINGTON/MITCHELL) afin d'examiner les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges existant dans les différents Etats membres et de voir dans quelle mesure le sixième principe de la recommandation 90/109 était respecté. Les résultats de cette étude ont montré de nombreuses lacunes (institutions inexistantes dans certains Etats, systèmes insuffisants dans d'autres, etc.) et ont conduit les auteurs à proposer des recommandations d'améliorations, mais ces résultats sont en partie dépassés aujourd'hui.

1952 Comité économique et social [UE], paiements, para. 2.7.4.

1953 Commission [UE], paiements transfrontaliers, para. 7, 31 ss et 69. Voir aussi le rapport du PSULG, para. 18, 33 ss et 46.

1954 Cf. STAUDER, Richtlinie, p. 599 s.

indiquer, avant tout virement, les procédures de réclamation et de recours offertes aux clients ainsi que leurs modalités d'accès[1955].

Une telle initiative doit bien sûr être saluée car elle devrait permettre d'assurer une meilleure protection des consommateurs dans la mise en oeuvre de leurs droits en cas de litige[1956]. Cela étant, force est de reconnaître que la voie choisie par le Conseil et le Parlement européen dans la directive du 27 janvier 1997 - qui se limite déjà aux seuls virements, à l'exclusion d'autres modes de paiement transfrontière - ne se caractérise pas par une précision exemplaire. La liberté laissée aux Etats membres pour organiser les autorités de plainte et la procédure est quasiment totale, ce qui signifie une fois de plus que le consommateur européen va se trouver confronté à des systèmes totalement différents d'un Etat à l'autre. On aurait préféré que la directive fixe un cadre plus rigide et indique plus clairement ce que l'on attend des Etats membres pour faciliter le règlement des différends entre clients et institutions financières. Il est symptomatique que la recommandation 90/109, qui est la source d'inspiration de l'intervention contraignante des institutions communautaires dans le domaine des paiements transfrontières, soit plus détaillée que la directive finalement adoptée.

806. Dans l'optique des paiements face-à-face, ni la recommandation 87/598 ni la recommandation 88/590 ne prévoient de procédures spécifiques en matière de règlement des litiges[1957]. Sur ce point, l'adoption de la recommandation 97/489 a apporté une amélioration notable puisqu'une disposition spécifique a

---

1955 Cf. *supra* no 250.

1956 Curieusement, le premier projet de directive de 1993 contenait un article détaillé au sujet des plaintes et procédures de recours, qui a totalement disparu dans la proposition de directive publiée en 1994. Une disposition spécifiquement consacrée au règlement des différends a tout de même été intégrée dans la proposition modifiée de directive de 1995, à la suite notamment d'amendements du Parlement européen. La teneur de la disposition en question a ensuite été discutée durant toute la procédure législative, mais sans que les divergences entre le Conseil, le Parlement et la Commission ne représentent des différences de fond fondamentales (le Parlement européen essayait de faire adopter une disposition plus complète, décrivant tant la procédure de réclamation interne à l'établissement que la procédure ultérieure devant une autorité indépendante).

1957 Il est simplement précisé dans la recommandation de 1988 que les émetteurs doivent conserver des "*pièces justificatives internes*" permettant de "*repérer les opérations et de rectifier les erreurs*" (art. 6.1; cf. *supra* no 533), mais aucune indication n'est donnée quant au déroulement de la procédure de rectification des erreurs. Critique par STAUDER, Droit de la consommation, p. 212; KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 42; GUTWIRTH/JORIS, p. 287. Il en est de même du "Code de Bonne Conduite" des Associations européennes du secteur du crédit. En revanche, le code de conduite du CCD concernant les systèmes de paiement est plus intéressant. Il prévoit tout d'abord que les émetteurs de cartes privatives instaureront leur propre procédure de traitement des plaintes des consommateurs et qu'il devront en informer ces derniers (procédure à suivre pour introduire la plainte et pour contester la manière dont elle a été traitée) (art. 8.1 et 8.2). Ensuite, les émetteurs devront mettre à la disposition des titulaires une "*forme indépendante de médiation ou d'arbitrage*", qui n'empêchera toutefois pas les deux parties de recourir à la justice si elles le désirent (art. 8.3).

été intégrée à la recommandation: "*Les Etats sont invités à s'assurer qu'il existe des moyens adéquats et efficaces de règlement des différends entre titulaires et émetteurs*"[1958].

On peut cependant se demander si cette injonction très générale va vraiment être respectée. Premièrement, sa concrétisation est difficile puisque, à l'instar de la formulation comparable de l'art. 10 de la directive 97/5, il n'est pas du tout précisé ce qu'il faut entendre par une procédure de règlement des litiges "adéquate" et "efficace". Des systèmes très variés pourront continuer d'exister, au détriment du minimum d'uniformité requis pour que le consommateur européen puisse mettre ses droits en oeuvre dans des conditions comparables d'un Etat à l'autre. Deuxièmement, la recommandation 97/489 reste non contraignante et il est incontestable que la dernière expérience en la matière, à savoir les injonctions contenues dans la recommandation 90/109 quant aux procédures de règlement des différends, s'est soldée par un échec car les Etats membres n'ont généralement pas pris les mesures souhaitées par la Commission. Si la recommandation de 1997 devait à terme être remplacée par une directive applicable aux paiements électroniques, la question des exigences en matière de procédure de règlement des litiges devrait à tout le moins être approfondie par la Commission .

807. En l'état, la situation existant dans les différents Etats membres reste par conséquent importante. Les travaux de la Commission en matière de paiements, mais aussi le livre vert et le plan d'action qui l'a suivi en matière d'accès des consommateurs à la justice et de règlement des litiges de consommation dans le marché unique, ont été l'occasion d'examiner en détail quelles sont les autorités à la disposition des consommateurs dans les Etats de l'Union européenne en cas de litiges avec des institutions financières. Le constat généralement admis à l'heure actuelle est que si des institutions spéciales favorisant le règlement des différends existent à peu près partout, elles se caractérisent précisément par leur grande diversité[1959].

Aux Pays-Bas, les "*Geschillencommissies*" (commissions de litiges) sont composées d'un représentant des consommateurs, d'un représentant de l'organisation professionnelle concernée et d'un président indépendant; elles

---

1958 Art. 10.

1959 Sur les procédures extrajudiciaires pour les litiges de consommation en général, cf. Commission [UE], litiges, p. 5 s.; GASPARINETTI, p. 89 ss. Plus précisément pour les moyens de paiement: KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 42 ss, OCDE, cartes, p. 87 s.; MITCHELL/THOMAS, notamment p. 81. Pour les virements transfrontières, voir l'étude spécifique de MITCHELL/WORTHINGTON citée *supra* note 1951; ALLIX, Ombudsman, notamment son tableau p. 149 s. Ces différentes études ne sont toutefois plus toujours à jour.

rendent des décisions contraignantes[1960]. En Espagne[1961] et au Portugal[1962], les consommateurs bénéficient aujourd'hui d'une procédure gratuite et efficace d'arbitrage auprès de différents centres. Souvent, c'est le secteur bancaire lui-même qui a pris l'initiative de mettre sur pied une structure spéciale de traitement des litiges avec la clientèle. C'est ainsi que des Ombudsmen "privés" ont par exemple été créés successivement en 1986 au Royaume-Uni[1963], en 1990 en Belgique[1964] et en 1992 en Allemagne[1965]. L'Ombudsman a avant tout une mission de médiation, mais parfois il peut rendre des décisions; dans certains systèmes, la décision est même obligatoire pour les banques membres, dans d'autres pas[1966]. Les Ombudsmen créés volontairement par les professionnels ne doivent pas être confondus avec les Ombudsmen des pays nordiques (Danemark, Suède, Norvège, Finlande): dans ces Etats, le "*Consumer Ombudsman*" est une autorité administrative qui dispose de pouvoirs importants pour protéger les consommateurs, mais qui ne tranche pas les litiges individuels[1967] [1968].

1960 KNOBBOUT-BETHLEM, electronic funds transfer, p. 55 ss; HONDIUS, Contracts, p. 95 s.

1961 LE TAVERNIER Brigitte, L'arbitrage des litiges de consommation en Espagne, in: Revue de la concurrence et de la consommation, no 86, juillet-août 1995, p. 75 ss.

1962 CRESPO PARRA, p. 284 et ses références. Compte tenu des progrès majeurs accomplis au niveau extrajudiciaire dans la péninsule ibérique, cet auteur considère "*les expériences au Portugal et en Espagne comme les voies les plus appropriées en vue de la solution de litiges impliquant le droit international privé en matière de consommation*", c'est-à-dire pour des différends transfrontières impliquant la reconnaissance et l'exécution des décisions dans un autre Etat. Voir aussi les intéressantes informations contenues dans la documentation publiée par le Centre d'arbitrage de conflits de consommation de la ville de Lisbonne (rapport d'activité, règlement du Tribunal arbitral, etc.).

1963 MORRIS P. E., The Banking Ombudsman, in: JBL 1987, p. 131 ss; RAWLINGS Philip / WILLETT Chris, Ombudsman Schemes in the United Kingdom's Financial Sector: The Insurance Ombudsman, the Banking Ombudsman, and the Building Societies Ombudsman, in: JCP 1994, p. 307 ss; MITCHELL Jeremy, Ombudsman schemes for financial services in the U.K.: a consumer view, in: Journal of Consumer Studies and Home Economics 1991, p. 299 ss.

1964 VAN NULAND J., Un Ombudsman pour les clients des banques, Bruxelles 1991.

1965 Der Ombudsman der privaten Banken (Verfahrensordnung), in: WM 1992, p. 1423 s.; HOEREN, Schlichtung, p. 2727 ss; PARSCH Leo, Erste Erfahrungen mit dem Ombudsmann-Verfahren, in: WM 1993, p. 238; HEINSIUS Theodor, Verbraucher und Ombudsmann, in: WM 1992, p. 478; BUNDSCHUH Karl Dietrich, Erfahrungen mit dem Ombudsmannverfahren der Banken, in: ZBB 1998, p. 2 ss.

1966 GASPARINETTI, p. 92 et 94.

1967 GASPARINETTI, p. 92. Ainsi, Au Danemark, l'Ombudsman des consommateurs dont il est question dans la loi danoise consolidée sur les cartes de paiement etc. (cf. en particulier art. 10) ne peut pas résoudre des litiges individuels, il ne s'occupe que de questions générales, relevant du droit administratif et ayant trait au respect de la loi par les professionnels (KNOBBOUT-BETHLEM, survey, p. 44; STORM [MULVAD], Denmark, p. 141 ss).

1968 Pour d'autres exemples de systèmes extrajudiciaires de règlement des litiges entre les établissements bancaires et leurs clients, voir encore pour l'Italie: REDC 1993, p. 251; pour le Danemark: REDC 1988, p. 168. Pour les lacunes en France: Comité consultatif [France], Rapport 1991-1992, p. 121 ss; Rapport 1992-1993, p. 171 ss; Rapport 1993-1994, p. 101 ss. Pour une comparaison avec un système des antipodes: REICH Norbert,

En comparaison avec ces différentes initiatives nationales et communautaires, il est intéressant d'examiner maintenant brièvement quelle est la situation en Suisse.

II. Le droit suisse

808. Le droit suisse ne connaît pas de réglementation particulière en matière de paiements transfrontières, de sorte que le règlement des litiges n'est d'aucune manière facilité dans ce domaine. Les seules particularités à mentionner s'agissant des petits litiges de consommation en général sont d'une part les mesures légales d'application de l'art. 31 *sexies* de la Constitution fédérale, d'autre part le rôle joué par l'Ombudsman des banques suisses.

1. L'art. 31 *sexies* Cst.

809. Le troisième et dernier alinéa de l'article constitutionnel sur la protection des consommateurs adopté en 1981 - l'art. 31 *sexies* - règle une question de procédure civile et s'inscrit dans la problématique générale de l'accès à la justice des consommateurs. Alors que les deux premiers alinéas de l'art. 31 *sexies* concernent la législation fédérale, l'art. 31 *sexies* al. 3 s'adresse aux cantons, qui sont compétents en matière d'organisation judiciaire et de procédure (art. 64 al. 3 Cst.)[1969]. Les cantons doivent établir "*une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide*"[1970] pour tous les différends contractuels qui opposent des "*consommateurs finals*" ("*Letztverbraucher*") et des "*fournisseurs*" ("*Anbieter*")[1971], lorsque la valeur litigieuse (déterminée par le montant de la demande) ne dépasse pas 8000 francs, somme que le Conseil fédéral a fixé en exécution du mandat constitutionnel[1972]. Contrairement à

Die Einrichtung eines Bankenombudsmanns in Australien, Ein Modell für selbstverwalteten Verbraucherschutz?, in: WM 1992, p. 809 ss; BUCK Holger / SONNBERG Dirk, Aussergerichtlicher Rechtsschutz durch den Bank-Ombudsmann - Das britisch-australische Modell, in: ZBB 1993, p. 15 ss.

1969 La Confédération aurait toutefois pu empiéter sur les compétences cantonales et prévoir elle-même les dispositions de procédure applicables: HABSCHEID Walther J., Droit judiciaire privé suisse, 2ème éd., Genève 1981, p. 16 s.; RHINOW, no 86.

1970 Sur les difficultés posées par ces concepts (procédure de conciliation, procédure judiciaire simple et rapide, sans autres précisions), voir les commentaires de RHINOW, no 88 s.

1971 Sur l'art. 31 *sexies* et son champ d'application, voir la récente synthèse de WEBER-STECHER, p. 13 ss, qui tient compte de la doctrine publiée ces dernière années en la matière.

1972 Art. 1 de l'ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale du 14 décembre 1987, in: RO 1988 232, entrée en vigeur le 1er mars 1988. Le Conseil fédéral avait déjà fixé la valeur litigieuse à 8000 francs dans une ordonnance du 19 mai 1982 (RO 1982 1071, entrée en vigueur le 1er juillet 1982), mais cela ne concernait que les procédures en

l'art. 31 *sexies* al. 2, le troisième alinéa de la disposition constitutionnelle ne confère cependant aucun droit direct au consommateur[1973]. Les citoyens n'auraient en principe aucun moyen permettant d'exiger que les cantons respectent le mandat qui leur a été donné[1974].

810. Depuis 1981, certains cantons ont effectivement introduit une procédure spéciale pour les litiges de consommation, alors que d'autres se sont contentés de prévoir une procédure générale pour tous les petits litiges, quelle que soit leur nature[1975]. Nous ne pouvons procéder ici à une analyse de ces mesures, mais il apparaît bien souvent que les modifications d'organisation judiciaire et de procédure sont de peu d'importance et ne répondent pas véritablement aux critères de simplicité et de rapidité[1976]. Par ailleurs, la jurisprudence cantonale fait déjà apparaître quelques problèmes importants. Ainsi s'agissant de savoir ce qu'est un "*consommateur final*", le Bezirksgericht de Zurich a précisé que cette définition ne devait s'appliquer qu'à un consommateur agissant à titre privé ("*Konsument*" et non "*Letztverbraucher*", contrairement à ce que prévoit le texte constitutionnel), la procédure zurichoise adoptée en conformité avec l'art. 31

---

matière de protection des consommateurs. Or avec l'adoption de la loi contre la concurrence déloyale de 1986, il fut aussi prévu d'introduire une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide en la matière (art. 13 LCD). Le Conseil fédéral a donc abrogé son ordonnance de mai 1982 et a traité de la même manière les procédures en matière de concurrence déloyale et en matière de protection des consommateurs dans la nouvelle ordonnance de décembre 1987.

1973 RHINOW, no 83; REHBINDER, p. 129.

1974 Voir toutefois les développements de RHINOW, no 85.

1975 Pour des informations détaillées sur les législations cantonales, cf. BRUNNER, Konsumentenrecht, p. 168 ss et les références citées (notamment in note 36); KOLLER-TUMLER, p. 51 ss; ALLEMANN-SCHNEEBERGER Lotti / HUBER Heidi, Konsumentinnen und Konsumenten - die ungeliebten Stiefkinder der Justiz, in: prüf mit 6/1992, p. 7 ss; BRUNNER Alexander, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, in: plädoyer 5/1990, p. 36 ss, 42 ss; BORGHI Marco, La compatibilità costituzionale dell'assistenza intercantonale giudiziaria civile e dell'attribuzione di competenze giudiziarie agli uffici di conciliazione per consumatori, in: Rivista di diritto amministrativo ticinese 1989, p. 293 ss, 301 ss; LAGGER Hans, Ausgewählte Fragen zur neueren basellandschaftlichen Zivilprozessgesetzgebung, in: BJM 1986, p. 289 ss, 304 ss. Références de tous les textes légaux cantonaux in Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1995 (Législation: BRUNNER Alexander / MOSER Josef / VERNAY Anny), p. 155 ss; mise à jour in ADC 1996, p. 259 ss.

1976 L'enquête menée par le Konsumentinnenforum Schweiz (KF) et relatée par ALLEMANN-SCHNEEBERGER Lotti / HUBER Heidi, Konsumentinnen und Konsumenten - die ungeliebten Stiefkinder der Justiz, in: prüf mit 6/1992, p. 7 ss, a donné des résultats bien décevants. On constate par exemple que les cantons du Tessin et du Valais sont pour l'heure les seuls à avoir créé des commissions de conciliation composées de représentants des consommateurs et des commerçants (mais le bilan pratique de ces deux institutions est de toute façon très négatif: BRUNNER, Konsumentenrecht, p. 170). D'une manière générale, ALLEMANN-SCHNEEBERGER/HUBER en concluent que: "*Ein Konsumentenverfahren, das diesen Namen wirklich verdient, gibt es nicht, der «Konsumentenrichter» existiert nicht*" (p. 7).

sexies al. 3 Cst. ne pouvant donc en aucun cas concerner les entreprises commerciales[1977].

2. L'Ombudsman des banques

811. En parallèle aux règles de procédure civile cantonale, le consommateur espérant régler à l'amiable un litige avec une institution financière peut aujourd'hui saisir l'Ombudsman des banques suisses. A l'instar d'autres branches actives dans le domaine contractuel (assurances privées, agences de voyages), le secteur bancaire a souhaité créer son propre organisme de traitement des plaintes de la clientèle. C'est ainsi que, sous l'égide de l'Association suisse des banquiers (ASB), un Ombudsman a été mis sur pied fin 1992, pour entrer en fonction le 1.4.1993[1978]. Une "*Fondation Ombudsman des banques suisses*" a été créée à cet effet et un "*Règlement relatif à l'activité de l'Ombudsman*" a été adopté[1979].

812. Conformément à ce règlement, l'Ombudsman est à la disposition des clients des établissements membres de l'ASB, pour les informer et agir en tant que médiateur[1980]. Il n'est pas compétent pour traiter de questions juridiques générales ou de politique tarifaire ou commerciale, mais uniquement pour traiter les questions et les plaintes des clients relatives à des opérations effectuées par un établissement bancaire ayant son siège en Suisse[1981]. La procédure est en principe gratuite[1982]. L'Ombudsman doit se former une opinion indépendante et objective; il peut à cet effet requérir la banque concernée de lui fournir tous les documents et renseignements utiles pour la résolution du cas[1983]. Il a toutefois

---

1977 SJZ 1991, p. 263 s. = ZR 1990 no 60, p. 111 ss. Ces questions renvoient en fait au problème plus général de la notion de contrat de consommation ("*Konsumentenvertrag*") en droit suisse. Voir en jurisprudence cantonale: SJZ 1989, p. 249 ss, 249 = ZR 1989 no 27, p. 86 ss, 89; SJZ 1989, p. 12 ss, 14 et 16 = ZR 1988 no 92, p. 214 ss, 218 et 221; et désormais en jurisprudence fédérale: ATF 121 III 336 = JT 1996 I 78. En doctrine: BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 591 ss, ainsi que les thèses de KOLLER-TUMLER, SCHMELZER et WEBER-STECHER.

1978 BONZANIGO, p. 71 ss; NOBEL Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Berne 1997, no 268 ss; ASB, Rapport 1991/92, p. 75 s., et Rapport 1992/93, p. 82 s. Sur le bilan du premier exercice 1993: Journal de Genève, 16/17.7.1994; L'Agefi, 18.7.1994. L'Ombudsman publie annuellement un bref rapport depuis le début de son activité. Ces rapports sont quelque peu décevants puisque, par rapport par exemple aux publications détaillées de l'Ombudsman belge, ils ne reproduisent pas l'ensemble des avis rendus. Il s'agit uniquement d'exemples, de résumés et de réflexions générales sur les cas rencontrés.

1979 Règlement publié notamment in THÉVENOZ/ZULAUF, BF 97/56-1.

1980 Art. 1.

1981 Art. 2.1 et 2.2. L'Ombudsman n'est pas compétent pour les opérations avec des filiales et succursales à l'étranger de banques suisses.

1982 Art. 3.7. Cf. toutefois *infra* no 813 et note 1989.

1983 Art. 2.4 et 3.4.

été mis en évidence que l'Ombudsman n'a pas de véritable pouvoir d'enquêter: si une banque lui refuse par exemple l'accès à des documents ou dissimule des pièces, il ne peut la contraindre à les produire[1984]. L'Ombudsman n'est, rappelons-le, qu'un médiateur. Cela signifie que, contrairement à d'autres Ombudsmen européens, il soumet aux parties des propositions de règlement, sans que les parties ne soient aucunement liées; il n'a pas de pouvoir de juridiction[1985].

813. On peut dès lors émettre des doutes sur l'efficacité d'une telle institution. Une certaine indépendance devrait certes être garantie pour un organe qui n'est pas directement nommé et surveillé par les banques, mais par le conseil de fondation, constitué d'un représentant des consommateurs, d'un représentant des banques et de trois experts[1986]. Cela n'est cependant pas suffisant à nos yeux. L'Ombudsman ne peut imposer sa justice si les parties ne se concilient pas. Comme les banques l'indiquent elles-mêmes, il se peut très bien que l'Ombudsman parvienne à la conclusion qu'un tribunal devrait être saisi du cas litigieux[1987]. Dans quelle mesure les clients ont-ils donc intérêt à consacrer du temps à une telle procédure si elle se révèle finalement sans effet ou à tout le moins insatisfaisante[1988]? D'un côté, l'Ombudsman constate que les cas qui lui

---

1984 Journal de Genève et Le Nouveau Quotidien, 17.11.1993. L'Ombudsman le reconnaît lui-même: il ne peut pas procéder à une véritable administration des preuves, voire à des auditions de témoins (rapports annuels 1995 et 1996, p. 3).

1985 Art. 3.6 et 1.

1986 J'achète mieux, 12.93/1.94, p. 18.

1987 Indication extraite de la brochure publicitaire "*L'Ombudsman au service des clients des banques*".

1988 Un extrait du Rapport annuel de l'Ombudsman des banques suisses pour l'exercice 1995, p. 1 s., est symptomatique à cet égard: "*On constate que les cas litigieux tendent à devenir plus complexes. Il arrive que des clients soumettent à l'Ombudsman de véritables mémoires juridiques et attendent de lui une analyse détaillée de la doctrine et de la jurisprudence. Une telle attitude est en contradiction avec l'essence même de la procédure de conciliation. Il va de soi que la situation juridique est la base de l'appréciation du cas porté par l'Ombudsman. Mais les argumentations juridiques complexes et motivées en détail par des références à la doctrine ne sont pas déterminantes et doivent demeurer réservées aux tribunaux. Pour l'Ombudsman, le principe éprouvé de la bonne foi conserve la priorité. Il est conscient qu'il court ainsi le risque de voir certaines de ses positions, selon les circonstances, ne pas résister en tous points à l'examen des tribunaux*". De même dans le rapport annuel 1996, p. 3 s.: "*Il serait également contraire à l'esprit de la procédure de médiation d'obliger l'Ombudsman à rapporter à la banque, de manière pointilleuse et détaillée, la preuve qu'une faute a été commise. Il doit bien plutôt pouvoir compter sur la collaboration que la banque est prête à lui apporter* (...) *Pour décider s'il convient d'intervenir, l'Ombudsman ne se fonde pas uniquement sur les rapports contractuels, mais bien plutôt sur des considérations d'équité*". On peut imaginer des cas où les tribunaux, en appliquant le droit, ne seraient probablement pas arrivés au même résultat que l'Ombudsman: dans le rapport 1995, p. 16 s., l'Ombudsman indique ainsi curieusement qu'il n'a pas pu aider une cliente qui avait annoncé le vol de sa carte ec à sa banque et qui se plaignait de débits illicites sur son compte pour 7'450.- francs sur une période de quatorze jours après l'annonce du vol. Le cas était certes particulier: la banque n'avait pas bloqué la carte car la cliente avait déclarée que son code secret n'était

sont soumis sont de plus en plus complexes, ce qui est patent dans le domaine des paiements transfrontières, et d'un autre côté, le règlement auquel il est soumis prévoit que "*Dans les cas complexes, l'Ombudsman peut ne pas entrer en matière ou faire savoir au client qu'il devra lui adresser un décompte de frais en relation avec la charge de travail que lui impose le traitement du cas*"[1989]. Une telle procédure privée présente encore un autre désavantage puisque, contrairement à ce qui se passe avec une action en justice, la prescription n'est pas interrompue par la saisine de l'Ombudsman des banques[1990].

814. Dans l'optique des paiements transfrontières, le rôle d'un Ombudsman national paraît encore plus délicat[1991]. En faisant intervenir des institutions financières dans des Etats différents, un transfert de fonds international nécessite de pouvoir être jugé dans sa globalité en cas de litige. Or il est à craindre qu'un Ombudsman comme celui des banques suisses ne fasse pas ou ne puisse pas faire à tout le moins une enquête approfondie pour déterminer où un incident a pu intervenir dans la chaîne du paiement une fois que celui-ci est sorti de la sphère de puissance de la banque suisse du donneur d'ordre. Contrairement à une autorité judiciaire, qui bénéficie de moyens pour réunir des preuves à l'étranger (commissions rogatoires), la compétence de l'Ombudsman va s'arrêter aux frontières de son Etat. Ledit Ombudsman peut certes prendre contact avec l'un de ses homologues si le paiement transfrontière touche à un Etat connaissant l'institution de l'Ombudsman bancaire, mais une telle procédure restera informelle et le consommateur n'aura donc aucune garantie que l'ensemble des

---

connu de personne. L'Ombudsman en déduit que comme les retraits auprès d'automates ne sont pas possibles sans le code correspondant, la cliente doit se laisser imputer le fait que le code est tombé aux mains de l'escroc; la banque n'a commis aucune négligence. Un tel avis est bien sévère à l'égard des porteurs de carte ec. Nous avons vu que différentes techniques de fraude permettent à un voleur de carte de découvrir le code correspondant (*supra* no 368). Nous avons vu aussi que les conditions ec prévoient qu'en cas de vol annoncé par un client, la banque doit procéder au blocage de la carte et que le client est en principe libéré dès que le blocage est devenu effectif (*supra* no 664). On voit donc mal comment une banque qui aurait délibérément et unilatéralement choisi de ne pas procéder au blocage de la carte pourrait avoir fait preuve de la diligence requise. Voir aussi le rapport annuel 1996, p. 19, pour une autre affaire de retraits illicites pour laquelle l'Ombudsman "*n'a pas eu d'autre choix que d'accepter l'argumentation de la banque, étayée par des avis techniques, selon laquelle un retrait sans carte et en particulier sans le code s'y rapportant n'est pas possible*", alors que la cliente avait par exemple pu prouver que de l'argent liquide avait également été retiré lorsqu'elle se trouvait à l'étranger.

1989 Art. 3.7.

1990 La brochure publicitaire "*L'Ombudsman au service des clients des banques*" le rappelle bien: "*les délais légaux ordinaires (prescription) continuent à courir pendant la procédure menée auprès de l'Ombudsman*". Au contraire, en Allemagne, le règlement de procédure de l'Ombudsman des banques prévoit que la prescription est suspendue durant la procédure de conciliation: HOEREN, Schlichtung, p. 2731. Il est vrai qu'en droit suisse, si c'est le délai normal de prescription en matière contractuelle qui est applicable (dix ans; art. 127 CO), la longueur d'un tel délai fait qu'en règle générale le risque que la prescription intervienne au cours de la procédure devant l'Ombudsman devrait être faible.

1991 Cf. STAUDER, Richtlinie, p. 600.

points de fait et de droit relatifs au paiement transfrontière auront pu être pris en compte pour la solution à donner au litige.

815. Certains se demandent dès lors s'il ne faudrait pas tout simplement créer un Ombudsman "européen"[1992], c'est-à-dire une instance de médiation apte à traiter des litiges transfrontières à l'échelon de l'Union européenne, voire de l'Espace économique européen. Aussi séduisant qu'il puisse paraître, un tel projet pourrait présenter des failles. Même si le médiateur européen bénéficiait ainsi d'une meilleure "visibilité" des circonstances du litige transfrontière (enquête possible tout au long de la chaîne du paiement international), on voit mal comment un tel Ombudsman pourrait imposer ses décisions dans une communauté de quinze Etats ou plus. Ce problème de compétence territoriale a d'ailleurs une autre facette: comment un médiateur européen pourrait-il traiter efficacement les plaintes des consommateurs alors que l'Union européenne regroupe déjà plus de 370 millions de consommateurs!

816. Assurément, la seule médiation privée, qui plus est lorsqu'elle est uniquement organisée par les professionnels de la branche et donc limitée à un domaine (en l'occurrence les services bancaires), ne peut être suffisante pour permettre la sauvegarde des intérêts des consommateurs en général, pour les litiges en matière de paiements transfrontières, mais également pour d'autres types de contentieux. A l'instar d'autres Etats européens, la Suisse devrait légiférer pour mettre sur pied une véritable institution officielle de règlement de tous les litiges de consommation (applicable également en matière bancaire et notamment pour tous les problèmes relevant du trafic des paiements, national et international) ou tout au moins favoriser le développement d'un arbitrage spécialisé dans ce domaine en s'assurant par ailleurs que l'alternative judiciaire offre une procédure adéquate pour les "*small claims*" en général - ce qui n'est pas encore le cas dans la plupart des cantons -.

B. Une particularité: la sauvegarde des intérêts du client pendant la procédure

817. Nous n'allons pas définir ici ce que devrait être la procédure idéale devant l'autorité de règlement des litiges. Il s'agit de questions de détail qui devraient être discutées dans un autre contexte. Nous avons insisté sur le fait que la procédure devrait être organisée de manière à rester simple, rapide et peu coûteuse[1993]. Compte tenu de la pratique des institutions financières lorsqu'un

1992 Voir par exemple les recommandations de: Consumers in Europe Group, and Jeremy Mitchell of the International Consumer Policy Bureau, Response to the Commission Green Paper: Financial Services: Meeting Consumers' Expectations, in: JCP 1997, p. 379 ss, 392; ainsi que *supra* no 804.

1993 Cf. *supra* no 788 ss.

paiement est litigieux, cette procédure devrait en tout cas présenter une autre particularité.

818. Les différentes règles matérielles proposées en matière d'allocation des risques (inexécution ou mauvaise exécution des opérations, accès non autorisé) et en matière de preuve ne sont en effet pas suffisantes à elles seules pour garantir une protection efficace de l'utilisateur d'un service de paiement. Le consommateur se trouvera généralement dans une position défavorable en cas de litige si son compte a été débité du montant des opérations. La procédure peut en effet être longue si elle est rendue difficile d'une part par la technicité du différend (recherche de preuves pour les systèmes électroniques de paiement par exemple), d'autre part par son caractère transfrontière. Il pourrait dès lors être très utile de prévoir certaines règles spéciales afin d'éviter que le dommage du consommateur s'amplifie[1994] durant la phase préliminaire d'enquête et de recherche des incidents au sein de l'établissement concerné, puis lors de la procédure de règlement des litiges devant l'autorité indépendante.

819. Un exemple de droit comparé extra-européen est intéressant à cet égard. La loi américaine sur les transferts électroniques de fonds de 1978[1995], même si elle ne prévoit pas de recours à une instance extrajudiciaire de règlement des litiges[1996], instaure une procédure de rectification des erreurs tout à fait particulière[1997]. Dans les grandes lignes, on peut la résumer ainsi: le client a soixante jours dès réception de son relevé de compte pour signaler une erreur ou tout autre problème relatif à un transfert électronique de fonds[1998]; normalement, l'institution financière a dix jours pour rechercher l'incident, corriger l'erreur le cas échéant et indiquer au consommateur le résultat de ses investigations. L'émetteur peut aussi estimer qu'il lui faudra plus de temps pour se déterminer:

1994 Pertes d'intérêts, éventuellement intérêts débiteurs à payer, mise en demeure due à l'impossibilité de payer des créanciers, gain manqué dû à l'absence de fonds nécessaires pour conclure une affaire, etc.

1995 Cf. *supra* no 69.

1996 STAUDER, libéralisation, p. 140, note 81.

1997 Cf. § 908 E.F.T.A. et § 205.7 (a)(10), 205.8 (b), 205.11 Regulation E. Il convient de souligner que la loi américaine sur les transferts électroniques de fonds définit très largement la notion d'erreur (Conseil national du crédit [France] - Sous-groupe juridique, droit comparé, p. 241), puisqu'il peut aussi bien s'agir d'une opération non autorisée que d'une mauvaise exécution d'un ordre (pour les autres hypothèses, cf. 205.11 (a) Regulation E); critique par SCHAUSS, Contract, p. 108.

1998 Ce délai absolu apparaît critiquable. Le client devrait avoir l'obligation d'informer plus rapidement l'émetteur s'il est objectivement reconnaissable qu'un tel avis permettrait de limiter le préjudice, en particulier s'il semble s'agir d'opérations illicites réitérées. Au cas où le titulaire violerait cette obligation de diligence, sa prétention contre l'émetteur, qui doit supporter normalement les risques d'accès non autorisé au système, devrait être réduite. Le délai normal de contestation du relevé ne devrait s'appliquer qu'aux cas où, selon les règles de la bonne foi, l'urgence de l'avis n'aurait pas d'incidence, notamment lorsqu'il s'agit d'erreurs de comptabilisation. Sur cette question, cf. FAVRE-BULLE, paiement, p. 146 s.

le délai d'examen de la réclamation pourra être porté à quarante-cinq jours, mais l'institution financière devra alors recréditer provisoirement le compte du consommateur de la somme contestée pour que celui-ci puisse bénéficier des fonds durant les investigations, sous déduction de 50 $ à charge du consommateur si l'institution financière a des raisons valables de croire qu'un transfert électronique de fonds non autorisé peut être intervenu[1999].

820. Il serait bon que le droit européen, sans reprendre forcément tel quel le système américain, s'inspire au moins de ses principes[2000]. En fonction de nos développements en matière d'allocation des risques, les règles suivantes pourraient être appliquées par l'émetteur lors de sa procédure interne, avec un contrôle possible par l'autorité indépendante de règlement des litiges[2001]:

- tout débit effectué sur le compte du titulaire avant notification de la perte ou du vol du moyen de paiement et qui dépasserait le plafond de part de risque du titulaire (par exemple somme forfaitaire de 150 écus selon les recommandations 88/590/CEE et 97/489/CE) devrait être recrédité immédiatement, avec une date de valeur correspondant au jour du débit. Ce n'est que dans un deuxième temps, à l'issue de la procédure de règlement des litiges, que cet état du compte pourrait cas échéant être modifié, selon les fautes éventuellement commises par le consommateur et/ou l'institution financière et la répartition définitive du dommage (recrédit du montant forfaitaire débité en cas d'absence de faute du consommateur, débit du montant total des prélèvements en cas de faute grave du consommateur, etc.[2002]);

- toute somme débitée après notification devrait être recréditée immédiatement (valeur jour du débit). Elle pourrait être redébitée si la procédure démontrait que le titulaire a agi frauduleusement;

- en ce qui concerne les hypothèses d'erreurs (virement non mené à bonne fin, débit injustifié, etc.) et d'opérations non autorisées ne découlant pas de la perte ou du vol du moyen de paiement (retraits fantômes), la question est plus délicate. Il ne faudrait pas en effet qu'un système trop favorable aux utilisateurs favorise les abus: si les comptes étaient très rapidement recrédités, dans l'attente des résultats de la procédure, certains titulaires pourraient peut-être être tentés

---

1999 Le système de "*Collaboration pour la recherche de la cause des incidents et leur règlement amiable*" proposé en France au sein du Conseil national du crédit s'apparente quelque peu aux règles américaines, puisqu'il est prévu que si la banque n'a pas adressé au consommateur une réponse établissant le bien-fondé de l'imputation dans le mois qui suit la contestation, elle devra créditer le compte du client du montant litigieux (Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 85).

2000 Cf. THUNISS/SCHAUSS, transferts, p. 30; VASSEUR, paiement, no 50.

2001 Nous nous inspirons ici en partie des propositions du European Consumer Law Group [ECLG], Payment, p. 11 s., et de STAUDER, contrat, p. 240.

2002 Cf. *supra* no 472 ss.

d'invoquer de soi-disant opérations non autorisées, sachant que même si c'étaient eux qui y avaient procédé, les sommes débitées seraient de toute façon remises aussitôt à leur disposition. D'aucuns ont jugé, à cet égard, que la loi américaine comportait un tel risque de fraude[2003], puisqu'elle oblige les institutions financières incapables de prendre position sur le litige dans un délai très court de dix jours à recréditer les fonds.

Il ne faut pas perdre de vue que l'émetteur aura besoin d'un certain temps pour rechercher l'origine de l'incident et pour établir *prima facie* que son système n'a pas été l'objet d'une quelconque défectuosité et que les opérations ont été correctement exécutées[2004]. Ce devoir de l'institution financière de justifier les débits effectués ne devrait toutefois pas prendre un temps déraisonnablement long. Il conviendrait donc de prévoir un délai maximum, par exemple un mois, comme l'ont proposé certains participants du Conseil national du crédit[2005], après quoi les montants contestés par le consommateur devraient être recrédités (valeur jour du débit) si l'émetteur n'a pas pu fournir les explications nécessaires[2006]. Même si l'établissement a ainsi tardé et a dû recréditer le compte, celui-ci pourra toujours être redébité à l'issue de la procédure de règlement du différend s'il s'avère que c'est le consommateur qui doit en définitive supporter le dommage. A l'inverse, le consommateur devrait bien sûr pouvoir être indemnisé entièrement de tout dommage supplémentaire en cas de débit injustifié par l'institution financière[2007].

2003 TRINQUET, consommateurs, p. 431; voir aussi les remarques du Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 92, et de son Sous-groupe juridique, droit comparé, p. 241. Contra: TYREE, p. 274.

2004 Voir les règles sur la preuve présentées *supra* no 518 ss.

2005 Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 85.

2006 Reste à savoir s'il faudrait alors interdire au client de fermer son compte pendant un certain temps (par exemple deux mois selon les propositions du Conseil national du crédit [France], aspects juridiques, p. 85).

2007 STAUDER, contrat, p. 240. Cf. *supra* notamment no 408 et 482 pour les paiements électroniques.

Conclusion

821. L'objectif de cet ouvrage est de montrer ce que sont les paiements transfrontières de détail, les problèmes qu'ils posent en droit européen et en droit suisse, ainsi que les solutions qui peuvent exister *de lege lata* et *de lege ferenda* pour que de telles opérations puissent s'effectuer dans un cadre juridique harmonisé en Europe à la satisfaction des utilisateurs.

822. La notion de paiement à caractère transfrontière fait l'objet de certaines controverses qui n'ont pas nécessairement besoin d'être tranchées (chapitre 1). Il est suffisant de constater que pour des paiements de petits montants, à distance ou face-à-face, qu'un consommateur effectue en faveur d'un bénéficiaire dans un autre Etat, de nombreux problèmes juridiques peuvent se poser, problèmes qui ont essentiellement été analysés dans l'optique de la relation entre le client et son institution financière. Certaines distinctions peuvent d'ailleurs être faites selon le type de moyen de paiement transfrontière (monnaie, chèques, virements sous ses différentes formes - manuels ou électroniques -, cartes). Quant au cadre juridique applicable aux paiements transfrontières, il faut distinguer entre les travaux menés à l'échelle internationale, en particulier la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, le droit communautaire et les particularités nationales.

823. Au sein de l'Union européenne (chapitre 2), les paiements transfrontières s'inscrivent avant tout, en droit primaire, dans le contexte de la réalisation du marché intérieur. Toutes les restrictions aux paiements sont désormais interdites. Les institutions financières bénéficient de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services pour offrir des services de paiement aux particuliers, ces libertés pouvant toutefois être limitées à certaines conditions par des dispositions nationales d'intérêt général dans l'Etat du destinataire du service. Des mesures de protection des consommateurs représentent en principe un tel intérêt général. De leur côté, les particuliers peuvent eux aussi se déplacer dans un autre Etat de l'Union pour bénéficier d'un service de paiement. D'une manière générale, le droit communautaire primaire n'accorde toutefois qu'une protection limitée aux consommateurs de services financiers, même après la révision du traité instituant la Communauté européenne à Maastricht puis à Amsterdam, l'accent politique étant surtout mis sur les libertés de circulation permettant d'achever un véritable espace financier européen.

Dans l'optique de la future Union économique et monétaire, les dispositions du traité sur l'Union européenne touchant aux paiements transfrontières ne devraient pas modifier cette situation. En revanche, le passage de l'écu à une véritable monnaie unique, l'euro, permettra de faciliter les

paiements entre Etats membres puisque des opérations de change ne seront plus nécessaires.

Le droit communautaire dérivé se caractérise par un manque d'homogénéité. La politique de "*soft law*" pratiquée pendant de nombreuses années par la Commission européenne a montré ses limites dans la mesure où les différentes recommandations non contraignantes n'ont pas été respectées par les professionnels. Les institutions européennes en ont tiré les conséquences pour les virements transfrontières en adoptant finalement une directive (97/5/CE) le 27 janvier 1997. Il ne s'agit cependant pas d'un tournant définitif vers le "*hard law*" puisque la Commission a encore choisi la voie de la recommandation (97/489/CE) le 30 juillet 1997 pour régir les paiements électroniques. Un tel "patchwork" réglementaire est encore accentué sous l'angle du droit de la concurrence dans la mesure où les autorités européennes n'ont pas encore établi une politique claire pour les différents moyens de paiement.

824. Selon différentes études, les obstacles concrets auxquels se heurtent les paiements transfrontières (chapitre 3) sont: un manque de transparence (information du consommateur), des coûts élevés et un risque de double prélèvement des frais ("*double charging*"), une certaine lenteur (délais d'exécution) et une fiabilité limitée (pertes de virements). D'autres problèmes peuvent également se présenter, en particulier en matière contractuelle (droits et obligations différents d'un droit national à l'autre), au niveau de la protection des données, de la normalisation, des télécommunications, du droit de la concurrence et des formalités administratives.

Sur la base de ce constat, différentes thèses peuvent être avancées pour favoriser l'efficacité des paiements transfrontières en assurant une protection adéquate des utilisateurs.

825. L'information des consommateurs et la transparence des services de paiement transfrontière devraient être améliorées sur la base de standards minima, tenant compte des éléments essentiels d'information nécessaires aux utilisateurs mais également des limites d'efficacité et du coût d'une telle obligation (chapitre 4). Les remèdes principaux aux carences constatées devraient consister dans la fourniture aux clients, de manière active, des informations sur les caractéristiques des services (conditions d'utilisation notamment), les coûts (commissions et autres frais pour chaque établissement intervenant, dates de valeur et taux de change pratiqués), les délais d'exécution ainsi que les différents droits et obligations des parties. Les informations concernées devraient être fournies, sous des formes déterminées (brochures, médias électroniques, etc.) et sous peine de sanctions appropriées (d'ordre civil, pénal ou administratif), tant dans la phase précontractuelle que dans le cadre de l'exécution du contrat (avant et après une opération, selon le type

d'information). Les conditions générales d'un contrat préformulé, qui plus est lorsqu'elles ne sont pas disponibles avant la conclusion du contrat, ne sont généralement pas suffisantes pour assurer un niveau suffisant d'information.

Le droit communautaire a été renforcé dans ce domaine avec l'adoption de la directive horizontale 93/13 sur les clauses abusives et surtout avec la directive 97/5 pour les virements transfrontaliers, puis la recommandation 97/489 - bien que non contraignante - pour les paiements électroniques, mais des lacunes d'harmonisation subsistent. Pour les domaines non harmonisés, les législations nationales et jurisprudences topiques (notamment le "*Transparenzgebot*" allemand) pourront continuer de s'appliquer dans la mesure où elles sont compatibles avec les libertés du traité CE, à tout le moins en tant qu'entraves justifiées par l'intérêt général de la protection des consommateurs. Compte tenu des divergences existant entre les droits nationaux, l'harmonisation européenne en matière de transparence devrait être complétée, en particulier sur une base plus large, pour l'ensemble des services financiers ou au moins pour tous les moyens de paiement et non les seuls paiements transfrontières.

En droit suisse, la législation, la jurisprudence et les différentes recommandations sectorielles n'ont pas permis d'assurer jusqu'ici une information suffisante des consommateurs, en particulier des utilisateurs de moyens de paiement transfrontière. Sur la base du mandat conféré à la Confédération à l'art. 31 *sexies* al. 1 Cst. et dans un souci d'eurocompatibilité, des mesures devraient être prises pour remédier à cette situation, en sollicitant mieux la loi sur l'information des consommateurs ou en adoptant sinon des textes plus spécifiques (loi ou code de conduite s'il est respecté) en matière de transparence des opérations bancaires.

826. Un volet important de la problématique des paiements transfrontières a trait aux rapports contractuels noués entre les différents intervenants, en particulier la relation entre une institution financière et son client (chapitre 5). Pour être équilibrée, une telle relation ne doit pas reposer sur des clauses contractuelles abusives et à cet égard la directive 93/13/CEE peut jouer un rôle dans le domaine des paiements transfrontières. Une législation horizontale n'est cependant pas suffisante pour assurer un cadre juridique efficace aux paiements transfrontières et des normes plus spécifiques devraient être adoptées pour les différents problèmes qui se posent.

En fonction des risques représentés par les systèmes de paiement sans espèces, certaines règles devraient être appliquées pour assurer une répartition objective et équitable des responsabilités, compte tenu des différents intérêts en jeu et en particulier de ceux des utilisateurs. Si les solutions peuvent généralement trouver leur base dans le droit civil classique, elles doivent malgré tout être adaptées dans certains cas, pour faire face notamment à l'émergence de

nouvelles technologies de paiement qui tendent à dématérialiser les opérations par le biais de l'électronique.

827. S'agissant des hypothèses d'inexécution ou de mauvaise exécution (thème de l'erreur), la qualification juridique à donner à l'établissement du donneur d'ordre et aux établissements intermédiaires dans l'optique du client qui effectue un paiement permet de déterminer qui devrait notamment supporter les risques de retard, de perte et de non-respect des instructions en matière de répartition des frais. Le donneur d'ordre recourt aux services de l'établissement avec lequel il est en relation contractuelle pour qu'une somme d'argent soit créditée à un bénéficiaire. Il n'est pas au courant des détails de la chaîne des intervenants et il n'a pas à l'être. Dans cette mesure, tous les établissements intermédiaires, à l'exception de l'établissement du bénéficiaire, devraient être qualifiés d'auxiliaires de l'établissement du donneur d'ordre. C'est donc ce dernier établissement qui devrait directement répondre de tout incident à l'égard de son client jusqu'à ce que le transfert de fonds parvienne à l'établissement du bénéficiaire.

L'exécution d'un virement devrait prendre un, exceptionnellement deux jours ouvrables par institution financière. Aucun prélèvement de frais ne devrait avoir lieu dans la chaîne du paiement sans que le donneur d'ordre et son établissement en soient expressément convenus. La "perte" d'un virement devrait être intégralement remboursée au donneur d'ordre, qui reste créancier des fonds déposés sur son compte si le paiement n'est pas correctement exécuté. La responsabilité contractuelle assumée par l'établissement du donneur d'ordre devrait être compensée par le droit de cet établissement de se retourner contre l'intermédiaire suivant pour remonter ainsi la chaîne du paiement jusqu'au véritable fautif. La condition de faute n'a de sens que si l'on peut apprécier la diligence des institutions financières dans l'exécution du paiement. Dans les systèmes entièrement automatisés (du type DAB, GAB, EFTPOS, Telebanking), on peut se demander si l'adoption d'un régime de responsabilité causale n'aurait pas plus de sens en cas de mauvaise exécution, par exemple du fait d'un mauvais fonctionnement d'un ordinateur.

Si l'on confronte de telles thèses au droit communautaire, soit en particulier à la directive 97/5 sur les virements transfrontières et à la recommandation 97/489 sur les paiements électroniques, de même qu'à la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, le bilan de l'analyse est que si l'harmonisation européenne a été améliorée avec ces nouveaux instruments, des imperfections et des lacunes subsistent.

828. S'agissant des hypothèses d'opérations non autorisées (thème de la fraude), mais aussi des questions de preuve et de révocabilité des paiements, la démarche méthodologique est la même. Au vu des difficultés que rencontrent

aujourd'hui les tribunaux pour résoudre les questions complexes qui se posent dans ces domaines, les critères d'une meilleure harmonisation doivent être recherchés.

Lorsqu'un moyen de paiement, une carte par exemple, est perdu ou volé, des comportements humains sont en jeu. L'appréciation de la diligence du client - pour la conservation de ses moyens d'accès et l'annonce de l'incident - et de son institution financière - pour la sécurité de son système et la prévention du dommage après l'annonce de l'incident - est possible, mais elle est rendue difficile de par le peu de moyens de preuve à disposition. Nous avons donc proposé un régime de répartition des risques s'articulant en deux volets. Dans un premier temps, une allocation forfaitaire des risques - avant et après notification de la perte ou du vol du moyen de paiement - apporterait une solution médiane, en tenant compte de différents critères (droits et obligations des parties, moyens à disposition pour limiter le dommage, etc.). Dans un deuxième temps, une correction de ce régime pourrait se faire si l'appréciation des fautes s'avère possible.

Lorsque le vol ou la perte d'un moyen de paiement n'est pas en cause, mais que l'on constate toute autre fraude (virement non autorisé par un tiers, retrait illicite dans un automate, etc.), l'allocation des risques entre le client victime et son établissement peut se faire par le recours au régime de la responsabilité contractuelle: responsabilité pour faute pour les paiements classiques (support papier et signature), mais, à l'instar des hypothèses de mauvaise exécution, l'on peut se demander si un régime de responsabilité causale ne devrait pas être préféré en cas de paiements automatisés, lorsque les insuffisances des systèmes électroniques rendent trop difficiles l'appréciation de la diligence des responsables.

De manière générale, le droit de la preuve devrait en tout cas être adapté à la dématérialisation des preuves, non seulement au niveau du fardeau objectif et subjectif de la preuve, mais aussi en permettant une totale liberté des moyens de preuve et une grande liberté d'appréciation de ces preuves, voire en créant certaines présomptions de fait (par exemple en cas de perte d'un moyen de paiement codé par opposition à un vol).

L'irrévocabilité des paiements par carte devrait être consacrée et la révocabilité des paiements exécutés *via* un système de paiement organisé devrait être limitée à la période précédant l'entrée de l'ordre de paiement dans un tel système.

Sous réserve des hypothèses de fraude pour les paiements à distance par carte (directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance), tous ces points sont encore régis par des normes non

contraignantes en droit communautaire et la recommandation 97/489 n'a pas permis de remédier à toutes les faiblesses de la recommandation 88/590.

829. L'analyse du droit suisse des contrats appliqué aux paiements transfrontières permet quant à elle de constater les importantes divergences existantes par rapport au droit communautaire, cette "euro-incompatibilité" jouant en défaveur des utilisateurs. Les normes pertinentes relatives aux moyens de paiement grand public sont avant tout les conditions générales des banques pour les différents services offerts (virements non automatisés, instruments électroniques tels que carte ec ou Telebanking, etc.), conditions générales qui contiennent des clauses très discutables, notamment en matière de légitimation et d'allocation des risques. Or les moyens juridiques pour lutter contre des clauses abusives sont très limités en droit suisse.

C'est dire que le droit dispositif est trop systématiquement écarté et qu'une analyse basée sur les normes du Code des obligations, en particulier quant aux obligations et responsabilités d'une banque et de son client selon le droit du mandat, perd de son importance *de lege lata*. Le droit public applicable aux moyens de paiement postaux vient quant à lui de disparaître, au profit d'une "privatisation" des conditions d'utilisation. Dans ces circonstances, des réformes sont souhaitables pour permettre de limiter certains abus de la pratique contractuelle et de mieux encadrer le droit des paiements.

830. Présentant par définition des éléments d'extranéité, les paiements transfrontières posent des problèmes de droit international privé (chapitre 6). La question est de savoir comment décomposer une opération de paiement, en apparence unique, en différents segments correspondant aux rapports juridiques créés entre les parties et pouvant être soumis à des droits différents, ce qui nécessite de bien qualifier le type de paiement en cause et les relations juridiques qui le caractérisent. Quoi qu'il en soit, la détermination du ou des droits applicables dans un cas donné sera généralement peu satisfaisante car ces droits pourront présenter des divergences. En présence de droits nationaux insuffisamment harmonisés en Europe, le grand désavantage du droit international privé est donc ne pas conduire à des solutions uniformisées. Tant la CNUDCI que la Conférence de La Haye n'ont pas réussi à éviter ces obstacles.

Si l'on se penche sur les aspects de droit international privé de la relation contractuelle entre une institution financière et son client, à la lumière des exemples des principales conventions multilatérales européennes (Bruxelles, Lugano et Rome) et de la LDIP suisse, un consommateur peut dans certaines conditions actionner un établissement, dans son propre Etat et avec l'application de son droit national, mais ces hypothèses ne seront pas très fréquentes en matière de paiements. Le rapport entre le droit international privé et le droit communautaire du marché intérieur reste quant à lui délicat.

831. Toutes les normes de fond que l'on peut adopter n'auront d'efficacité que si on peut les mettre en oeuvre devant des autorités de règlement de litiges appropriées avec des règles de procédure déterminées (chapitre 7). Si elles répondent à certains critères, des procédures judiciaires spéciales applicables aux petits litiges de consommation présentent des avantages par rapport aux différents systèmes de règlement extrajudiciaire des différends que l'on connaît en Europe, notamment les Ombudsmen "privés". Une place pourrait également être faite à un véritable arbitrage institutionnel pour le contentieux de consommation.

Le droit communautaire n'a pas encore permis d'améliorer la situation dans ce domaine. Le manque d'uniformité des systèmes au niveau national va rester patent même après l'adoption de la directive 97/5 et de la recommandation 97/489. Le droit suisse ne s'avère pas plus satisfaisant. Les autorités et procédures judiciaires cantonales découlant de l'art. 31 *sexies* Cst. et un médiateur comme l'Ombudsman des banques ne permettent pas aux utilisateurs de moyens de paiement de régler un contentieux dans les meilleures conditions possibles d'accessibilité, d'efficacité, de rapidité et de coût.

832. Nous espérons ainsi avoir contribué à l'identification des conditions auxquelles un cadre juridique homogène et tenant compte des intérêts en présence pourrait et devrait répondre pour régir efficacement les paiements dans un espace financier européen, étant rappelé qu'il s'agit d'une problématique importante puisque les paiements transfrontières constituent un corollaire indispensable à la réalisation des quatre libertés de circulation.

L'analyse montre en effet que les problèmes juridiques posés à l'utilisateur de systèmes de paiement transfrontière sont loin d'être réglés à ce jour en Europe, malgré les efforts menés en droit communautaire.

833. Seuls une bonne transparence du marché, un meilleur équilibre des droits et obligations des parties et un système efficace de règlement des différends permettront que les paiements transfrontières soient effectués dans des conditions optimales. En faisant en sorte que le contentieux puisse se régler directement au sein de la relation contractuelle entre une institution financière et son client, on évite par ailleurs le recours délicat au droit international privé. Il est possible de "nationaliser"[2008] ainsi la problématique des paiements transfrontières en faisant répondre un établissement à l'égard de son client des fraudes ou mauvaises exécutions, tels que retards, pertes, et "*double charging*", qui peuvent être commises dans la chaîne du paiement par les établissements intermédiaires, le client n'ayant pas à rechercher ceux-ci à l'étranger. La qualification d'auxiliaires pour les acteurs qui collaborent à l'exécution d'un

---

2008 Cf. *supra* no 394; STAUDER, Richtlinie, p. 599.

paiement par l'établissement du donneur d'ordre est suffisante pour protéger les clients, qui restent de toute façon créanciers des fonds déposés sur leur compte en cas d'inexécution. Malgré les interrogations de certains, il n'est pas nécessaire à nos yeux de modifier à ce point les obligations traditionnelles du banquier en droit civil pour faire de ce qui a toujours été une obligation de moyens une obligation de résultat[2009], pour transformer - dans l'optique d'un ordre juridique comme le droit suisse - un contrat de mandat en un contrat d'entreprise.

Il n'en reste pas moins que les utilisateurs ne devraient pas avoir à supporter seuls les risques accrus d'un mode de paiement aux multiples intervenants et à la technologie certainement pas infaillible. Les institutions financières ont choisi leurs systèmes. Elles sont maîtres de leur niveau de sécurité et des enjeux financiers de l'allocation des risques. On peut comprendre que les faibles volumes et les procédures particulières d'exécution des paiements transfrontières de détail représentent des obstacles pour le secteur bancaire, mais dans une Europe de plus en plus libéralisée et homogène, de tels paiements vont augmenter et leur cadre juridique et technique devrait donc être amélioré.

834. Cela étant, limiter une telle réflexion aux seuls paiements transfrontières serait une erreur. La transparence est un problème général qui devrait être réglé pour l'ensemble des services financiers. Les procédures de règlement des différends devraient être améliorées pour tous les petits litiges de consommation. Enfin, des réformes en droit contractuel devraient s'étendre à tous les moyens de paiement, qu'ils soient à caractère national ou transfrontière.

L'avenir nous dira comment de telles réformes pourront se matérialiser. Le règlement des litiges se fera-t-il par le biais d'un véritable droit judiciaire européen? Va-t-on, pour le droit privé, vers l'adoption d'un code civil européen, qui contiendrait par exemple un chapitre sur le contrat de giro bancaire ou plus largement sur l'ensemble du trafic des paiements? Notre réflexion était limitée à des aspects de droit substantiel. Les perspectives d'une codification formelle mériteraient sans conteste une autre étude.

2009 Cf. SOUSI, Actualités, p. 24, à propos de l'obligation de garantie de la directive 97/5/CE.

Bibliographie

N.B. Certaines références bibliographiques relatives à des aspects très ponctuels traités dans un chapitre uniquement et qui n'ont été citées qu'à une seule reprise n'ont été mentionnées que dans les notes de bas de page[1].

I. Droit européen, international et comparé, droits nationaux (à l'exclusion du droit suisse)

AHLERS Horst:
- Die neuen Bedingungen für ec-Karten, in: WM 1995, p. 601-608.

ALBRECHT Andreas:
- Zur Haftung von Banken gegenüber Nichtkunden im Zahlungsverkehr, Munich 1988.

ALLIX Jean:
- L'action des communautés européennes dans le domaine des *moyens de paiement*, in: DEJEMEPPE P. (éd.), Les consommateurs et l'Europe des services financiers, Bruxelles 1992, p. 65-79.
- Les consommateurs et la *monnaie unique*: problèmes juridiques, in: REDC 1996, p. 28-43.
- Consumers and the *Single Currency*, in: JCP 1996, p. 83-100.
- Consommateurs et *paiements électroniques* transfrontières, in: Banque 1993, p. 58-60.
- Les *consommateurs* et la protection des porteurs de carte de paiement: débats en cours, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1989/4, p. 83-86.
- De la *carte de paiement* au porte-monnaie électronique: débats et problèmes, in: RAE, no 3/1994, p. 55-63.
- *Developments* in the European Community. Banking proposals, payment methods and consumer protection, in: MITCHELL J. (éd.), The Consumer and Financial Services. New Horizons, Londres 1990, p. 128-139.
- *ECU*: les implications pour les consommateurs, in: INC Hebdo, no 909, 30.6.1995, p. 7-14.

---

1 L'on pourra également se reporter, pour une bibliographie complémentaire, à certaines références non reprises ici contenues dans notre ouvrage: Le droit communautaire du paiement électronique, Zurich 1992.

- *Euro*: premières réactions sur les règlements du Conseil et leurs conséquences pour les consommateurs, in: REDC 1997, p. 3-16.
- La libre prestation de *service* et la sécurité économique du consommateur de services financiers, in: Revue de la concurrence et de la consommation, no 45, sept./oct. 1988, p. 18-20.
- *Payer*: l'européanisation des moyens de paiement, in: La sécurité économique et juridique du consommateur dans l'Europe de demain, VIes Journées du droit de la consommation, INC Hebdo, no 636 à 639 / 1988, p. 149-152.
- *Porteurs* de cartes: une nouvelle protection, in: Bancatique 1990, p. 621-622.
- La protection du consommateur en matière de *contrats à distance*, in: REDC 1993, p. 95-108.
- De l'utilisation du terme «*Ombudsman*» dans le domaine de services financiers, in: LALIVE D'EPINAY P. [et al.], Les modes non judiciaires de règlement des conflits, Bruxelles 1995, p. 139-150.

ANCEL Pascal:
- La monnaie électronique: régime juridique, in: KAHN P., Association Internationale de Droit Economique (éd.), Droit et monnaie. Etats et espace monétaire transnational, Dijon 1988, p. 303-315.

ANDERLONI Luisa:
- La *CEE* e la protezione del consumatore di servizi finanziari, in: RUOZI R. (éd.), La tutela del consumatore di servizi finanziari, Milan 1990, p. 369-402.
- La tutela del consumatore di servizi finanziari in *Francia*, in: RUOZI R. (éd.), La tutela del consumatore di servizi finanziari, Milan 1990, p. 59-115.

ARORA Anu / FAVRE-BULLE Xavier:
- The Single European Market and the Banking Sector, in: HOWELLS G.(éd.), European Business Law, Aldershot [etc.] 1996, p. 197-222.

ASSOCIATION BELGE DES BANQUES (ABB):
- *Paiements* transfrontaliers de petits montants, Pour un marché ouvert et efficace, juin 1994.
- Rapport de l'Ombudsman 1992.
- Rapport de l'Ombudsman 1993.
- Rapport de l'Ombudsman 1994.
- Rapport de l'Ombudsman 1995.
- Rapport de l'Ombudsman 1996.
- Avis de l'Ombudsman (1.9.1991-31.8.1992)
- Avis de l'Ombudsman (1.9.1992-31.8.1993)
- Avis de l'Ombudsman (1.9.1993-31.12.1994)
- Avis de l'Ombudsman (1.1.1995-30.6.1995)
- Avis de l'Ombudsman (1.7.1995-31.12.1995)

ASSOCIATIONS EUROPÉENNES DU SECTEUR DU CRÉDIT (AESC):
- *Code* de Bonne Conduite du secteur bancaire européen concernant les systèmes de paiement par cartes, 14.11.1990 (publié in: FAVRE-BULLE Xavier, Le droit communautaire du paiement électronique, Zurich 1992, annexe 3).

- *Lignes directrices* du secteur bancaire européen pour une information à la clientèle sur les paiements à distance transfrontaliers (publiées notamment in: Commission [UE], Faciliter les paiements transfrontaliers: éliminer les barrières [Document de travail], SEC (92) 621 final, 27.3.1992, annexe A).

AUSTRALIAN CONSUMERS ASSOCIATION:
- Electronic Funds Transfer, Summary of Problems experienced by Consumers, Sydney 1985.

BALENSI Ivan:
- La dette d'argent transfrontière, notamment sous l'angle du lieu et du moment de son exécution, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 17-26.

BALZ Manfred:
- Richtlinienvorentwurf zur Endgültigkeit von Abrechnungen in EU-Zahlungssystemen, in: ZIP 1995, p. 1639-1640.

Mémento-guide Alain BENSOUSSAN:
- Les cartes et le droit, Paris 1992.

BERGSTEN Eric E.:
- The *Draft* UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, in: SARCEVIC P. / VOLKEN P. (éd.), International Contracts and Payments, Londres [etc.] 1991, p. 33-50.
- Legal Aspects of international Electronic Funds *Transfers*, in: RDAI 1987, p. 649-668.
- A *Payments* Law for the World: UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, in: EFFROS R. (éd.), Payment Systems of the World, New York [etc.] 1994, p. 407-499.
- *UNCITRAL* Model Law on International Credit Transfers, in: JIBL 1991, p. 276-283.

BERTRAMS Hanne-Kathrin:
- Point-of-Sale: das Zahlungssystem der Zukunft?, in: ZIP 1985, p. 963-967.

BERTRAND André / LE CLECH Philippe:
- La pratique du droit des cartes de paiement et de crédit, des systèmes électroniques de paiement, de la télématique bancaire et du télé-achat, 2ème éd., Paris 1989.

BIANCARELLI Jacques:
- L'application du droit communautaire de la *concurrence* au secteur financier (banque et assurance), in: Gazette du Palais, 7/8.6.1991, Doctrine, p. 4-22.
- Conditions nouvelles d'exercice de la profession de *banquier* (Succursales, libre prestation de services), in: Les données juridiques du marché bancaire européen. 1992 quel droit pour les banques? (Séminaire de direction, 16.3.1988), numéro spécial de la revue Banque & Droit 1988, p. 17-28.

- L'*intérêt général* et le droit applicable aux contrats financiers, in: La Revue Banque 1992, p. 1090-1099.

BIEBER Klaus-Dieter:
- Rechtsprobleme des ec-Geldautomatensystems, in: WM Sonderbeilage Nr. 6/1987.

BIRKELBACH Jörg:
- Sicheres Homebanking - Ist der Kunde zukünftig das Hauptrisiko?, in: WM 1996, p. 2099-2100.

BISCHOFF Jacques:
- Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr, in: RSDIE 1993, p. 285-311.
- Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr - Ein *Kurzporträt*, in: RSDA 1993, p. 217-222.
- [voir également infra sous II. Droit suisse]

BLAUROCK Uwe:
- Le développement de nouvelles techniques dans le secteur financier. *Obstacles* juridiques qui entravent ce développement et en particulier l'utilisation transfrontière de ces techniques, Göttingen 1986.
- Dokumentelose Wertbewegungen im *Zahlungsverkehr*, in: KREUZER K. (éd.), Abschied vom Wertpapier? Dokumentelose Wertbewegungen im Effekten-, Gütertransport- und Zahlungsverkehr, Neuwied / Francfort 1988, p. 139-150.
- *Haftung* der Banken beim Einsatz neuer Techniken im Zahlungsverkehr, in: CR 1989, p. 561-567.

BLAUROCK Uwe / RENNPFERDT Peter:
- Internationale Initiativen zur Regelung des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 517-549.

BØJER Lotte:
- International Credit Transfers: The Proposed EC Directive Compared with the UNCITRAL Model Law, in: JIBL 1995, p. 223-228.

VON BORRIES Reimer / REPPLINGER-HACH Renate:
- Auf dem Weg zur "*Euro-Verordnung*", Rechtsfragen der Einführung der europäischen Währung, in: NJW 1996, p. 3111-3117.
- Rechtsfragen der Einführung der *Europawährung*, in: EuZW 1996, p. 492-498.

BOTHE Michael / KILIAN Wolfgang:
- Rechtsfragen grenzüberschreitender Datenflüsse, Cologne 1992.

BOUILHOL Hervé:
- La loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, in: La Revue Banque, no 529, juillet-août 1992, p. 668-681.

BOURGOIGNIE Thierry:
- Droit et politique communautaires de la consommation: de Rome à *Amsterdam*, in: REDC 1997, p. 194-210.
- Eléments pour une *théorie* du droit de la consommation, au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne, Bruxelles 1988.
- La protection du consommateur européen face aux *services financiers*. Les systèmes TPV, JUSletter Bulletin, no 3/1989 (version partiellement modifiée de: Consumer Protection, in: European Affairs - Special Issue on the European Finance Symposium, Bruxelles 1989, p. 302-316).
- *Transborder* Banking Services: The Consumer's Interest. Contractual Aspects, in: STAUDER B. (éd.), Liberalization and Regulatory Reform in the Field of Banking Services in Europe: The Swiss Consumer's Point of View / Libéralisation des services financiers bancaires en Europe: Le point de vue du consommateur suisse (Actes du Colloque C.E.J.E., Genève juin 1989), Zurich 1989, p. 67-85.

BOURSAULT R.:
- L'amélioration du service bancaire sur les paiements transfrontières, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 43-45.

BRADGATE Robert:
- Distance Selling in the United Kingdom and the Proposed E.C. Directive, in: Consum.L.J. 1993, p. 19-32.

BRANDNER Hans Erich / ULMER Peter:
- EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission, in: BB 1991, p. 701-709 (voir également: The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: some Critical Remarks on the Proposal submitted by the EC Commission, in: CML Rev. 1991, p. 647-662).

BRARD Alain:
- Les systèmes transfrontières de paiement de petits montants, in: La Revue Banque 1992, p. 1114-1118.

BRIEN Pascale:
- Le paiement par eurocheques et les retraits dans les Guichets automatiques de banques dans l'Union européenne, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 41-51.

BRIGGS Adrian / REES Peter:
- Civil Jurisdiction and Judgments, 2ème éd., Londres - Hong Kong 1997.

BROCKMEIER Matthias:
- Das POS-System des deutschen Kreditgewerbes, Berlin 1991.

BROWN J.T. / SHEA A.M.:
- The legal context, in: JOHNSON C., ECU The Currency of Europe, Londres 1991, p. 167-178.

BUCHER Michael:
- Die Risikoverteilung bei der Benutzung elektronischer kartengesteuerter Zahlungssysteme, Dargestellt am Beispiel des Geldausgabeautomaten, Francfort [etc.] 1992.

BÜLOW Peter:
- Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs, in: IStR 1993, p. 430-434.

BUESO GUILLEN Pedro-José:
- Die Kriterien der Missbräuchlichkeit in der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: VuR 1994, p. 309-323.

BUESO GUILLEN Pedro-José / SANTOS RUIZ DE EGUILAZ Jesus:
- Tarjetas de Transacciones Financieras en Espana: Estandares de Proteccion del Consumidor, ZERP-Diskussionspapier 2/94, Bremen mars 1994.

BUNDSCHUH Karl Dietrich:
- Tendenzen der Rechtsprechung in Bank- und Versicherungssachen. Vortrag, gehalten auf dem 9. Münsterischen Versicherungstag am 9. November 1991, Karlsruhe 1992.

BUNTE Hermann Josef:
- Gedanken zur Rechtsharmonisierung in der EG auf dem Gebiet der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Dusseldorf 1990, p. 325-336.

BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS (BEUC):
- Cost *Transparency* in Cross-Border Financial Transfers (BEUC/CA/221/92, A report prepared for: The Commission of the European Communities, Consumer Policy Service), août 1992.
- *Holiday* Money (BEUC/UFC/168/92, Que Choisir - Union Fédérale des Consommateurs), juin 1992.
- *Home Banking* in the EC (BEUC/CA/224/92, A report prepared for: The Commission of the European Communities, Consumer Policy Service), août 1992.
- *Transferts* d'argent à l'intérieur de la C.E.E., in: BEUC Actualités, no 73, avril 1988, p. 5-12.
- Opinion du BEUC sur la proposition de *directive* du Parlement européen et du Conseil concernant les virements transfrontaliers (BEUC/266/94), 16.1.1995.

BURGARD Ulrich:
- Bankrechtstag 1993: Grundfragen der Harmonisierung des Bank- und Börsenrechts, in: WM 1993, p. 1741-1745.

BUYLE Jean-Pierre:
- Commission des Communautés européennes: *inter-opérabilité* des cartes de paiement, in: Droit de l'Informatique 1987, p. 139 s.
- La *carte* de paiement électronique, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1988, p. 15 s., 44-46, 59, 87 s.

BUYLE Jean-Pierre / POELMANS Olivier:
- Description des moyens de paiement en réseau ouvert, in: MONTERO E. (éd.), Internet face au droit, Bruxelles 1997, p. 87-109.

CABRILLAC Michel:
- Virement, in: Juris-Classeurs (France), Banque et Crédit, 1990, fascicule 390.

CAHEN Didier:
- The Ecu and the consumer, in: JOHNSON C., ECU The Currency of Europe, Londres 1991, p. 145-151.

CALIA Caterina:
- Bankvertrag und Höchstbetragsbürgschaft im neuen italienischen Transparenzgesetz, in: RIW 1994, p. 550-559.

CAMELOT Jean-Pierre:
- Un nouveau contrat pour les titulaires d'une carte bancaire "CB", in: La Revue Banque 1990, p. 1166.

CAMPBELL Andrew:
- Banking and the *Consumer* in the United Kingdom: an Examination of some recent Developments in Consumer Protection, in: Consum.L.J. 1993, p. 81-91.
- Banking: The *Revised Code* of Practice, in: Consum.L.J. 1994, p. 171-173.

CANARIS Claus-Wilhelm:
- Bankvertragsrecht, 3ème éd., 1ère partie, Berlin - New York 1988 (Sonderausgabe der Kommentierung des Bankvertragsrecht aus Handelsgesetzbuch, Grosskommentar, 4. Auflage).

CAPRIOLI Eric A.:
- Le régime juridique des paiements sur Internet, in: Association française de droit de l'informatique et de la télécommunication, LINANT DE BELLEFONDS X. (éd.), Internet saisi par le droit, Paris 1997, p. 61-94.

CARLUCCIO Emanuele:
- La tutela del consumatore di servizi finanziari in Gran Bretagna, in: RUOZI R. (éd.), La tutela del consumatore di servizi finanziari, Milan 1990, p. 201-264.

CHAMBRAUD Agnès:
- Traité sur l'Union européenne, in: INC Hebdo, Fiche Europe, no 781, 11.9.1992, p. 3-11.

CHAMBRAUD Agnès / THIRY Marie-Odile:
- Les clauses abusives en droit communautaire, in: INC Hebdo, Fiche Europe, no 820, 25.6.1993, p. 7-10.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI):
- ICC World Payment Systems Handbook, Paris 1997.

CHAPUT Yves:
- La loi no 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, in: D 1992, Chronique, p. 101-108.

CHILLON Sandie:
- Le consommateur et le traité de Maastricht, mémoire DEA Université de Montpellier, 1992-93 (non publié).

CLARK Keith / PARLOUR Richard:
- Key Legal Implications of Economic and Monetary Union, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1991, p. 585-591.

CLAROTTI Paolo:
- La *démarche* de la commission, in: Les données juridiques du marché bancaire européen. 1992 quel droit pour les banques? (Séminaire de direction, 16.3.1988), numéro spécial de la revue Banque & Droit 1988, p. 7-12.
- La libération des *services bancaires* et l'encadrement réglementaire dans la Communauté européenne, in: STAUDER B. (éd.), Liberalization and Regulatory Reform in the Field of Banking Services in Europe: The Swiss Consumer's Point of View / Libéralisation des services financiers bancaires en Europe: Le point de vue du consommateur suisse (Actes du Colloque C.E.J.E., Genève juin 1989), Zurich 1989, p. 29-44.
- Making the *Single Market* in Banking Effective, in: Present Positions - Future Options, The Fifteenth Annual S.W.I.F.T. International Banking Operations Seminar, Bruxelles 1992, p. 29-36.
- La libération des *services financiers* dans la Communauté européenne, in: Revue du Marché unique européen, no 3/1991, p. 11-43.
- Un pas décisif vers le *marché commun* des banques. La deuxième directive de coordination en matière d'établissements de crédit, in: RMC 1989, p. 453-464.
- Vers un *marché unique* des banques, in: CDE 1989, p. 504-516.

CONSUMERS IN THE EUROPEAN COMMUNITY GROUP (CECG):
- EC Framework for Financial Services, Londres 1992.

CRANSTON Ross:
- *Consumers* and the Law, 2ème éd., Londres 1984.
- Law of International Funds *Transfers* in England, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, p. 223-236.
- Making International Payments by Means of *Cheques*, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the

European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 29-39.
- *Payment* and Clearing Systems, in: CRANSTON R. (éd.), The Single Market and the Law of Banking, 2ème éd., Londres 1995, p. 241-262.

CRAWFORD Bradley:
- International Money Transfers, in: KOH KHENG LIAN [et al.] (éd.), Current Developments in International Banking and Corporate Financial Operations, Singapore 1989, p. 6-39.

CREDOT Francis-J.:
- Le cadre juridique du passage à l'euro, in: Banque & Droit, no 51, janvier-février 1997, p. 3-12 (également in: Les Petites Affiches, 3.1.1997, p. 4 ss).

CRESPO PARRA Guillermo:
- Quelques réflexions sur les solutions extra-judiciaires de règlement des litiges de consommation, et en particulier sur l'arbitrage de consommation transfrontière, in: REDC 1996, p. 273-289.

CROZAFON Jean-Luc / GAUROY Jean-Louis:
- Les transactions à distance: télévente, téléachat, télépaiement, in: Juris PTT 1989, no 18, p. 52 ss.

DE LAS CUEVAS Fernando / GARAYAR Emiliano:
- Consumer Protection and Banking Activities in Spain: New Law 7/1995 of 23 March on Consumer Credit, in: JIBL 1995, p. 293-302.

DAIGRE Jean-Jacques:
- Aspects de droit *international* et de droit comparé en matière de cartes de paiement et de crédit, in: FAGET J.-P. (éd.), Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés (17e Congrès National des Huissiers de Justice, Dijon septembre 1986), Paris 1986, p. 231-234.
- Aspects juridiques généraux des *cartes* de paiement, in: FAGET J.-P. (éd.), Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés (17e Congrès National des Huissiers de Justice, Dijon septembre 1986), Paris 1986, p. 131-137.

DAMM Reinhard:
- Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, in: JZ 1994, p. 161-178.

DASSESSE Marc:
- Cross-border *Payments*: A Need to Reassess Priorities?, in: JIBL 1993, p. 169-173.
- EEC *Competition* Law Affecting Banking: Recent Developments and Future Prospects, in: JIBL 1988, p. 105-116.
- *Retail Banking* Services in the Single Market, in: CRANSTON R. (éd.), The Single Market and the Law of Banking, 2ème éd., Londres 1995, p. 59-73.
- The Treaty on European Union: Implications for the Free Movement of *Capital*, in: JIBL 1992, p. 238-243.

DASSESSE Marc / ISAACS Stuart / PENN Graham:
- EC Banking Law, 2ème éd., Londres [etc.] 1994.

DECKERT Martina R.:
- Europäische Privatrechtsharmonisierung am Beispiel des Bankrechts - eine Problemübersicht, in: JA 1997, p. 75-80.

DEHN Guy / CRANSTON Ross:
- Great Britain 1990-1991 (Droit bancaire et boursier / chroniques étrangères). The Draft Banking Code, in: RSDA 1992, p. 142-145.

DEJEMEPPE Pierre:
- Cartographie illustrée des initiatives communautaires dans le domaine des services financiers, in: DEJEMEPPE P. (éd.), Les consommateurs et l'Europe des services financiers, Bruxelles 1992, p. 9-62.

DELAFAYE Bernard:
- Les cartes de paiement: fraudes d'aujourd'hui, fraudes de demain, quelle protection?, in: FAGET J.-P. (éd.), Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés (17e Congrès National des Huissiers de Justice, Dijon septembre 1986), Paris 1986, p. 189-194.

DELIERNEUX Martine:
- Les instruments du paiement international, in: RDAI 1993, p. 987-1024.

DEVOS Diego:
- La protection juridique des systèmes de paiement en cas de défaillance d'un participant, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1997, p. 11-19.

DISHINGTON Jo:
- Eurocheque: The Helsinki Agreement and the First Fines in the Banking Sector, in: JIBL 1993, p. 32-35.

DUBACH Alexander:
- Eckwerte des Bankrechts in der Europäischen Gemeinschaft, in: L'expert-comptable suisse 1995, p. 681-687.

DUSSEAUX Mireille:
- Projets européens en matière de nouveaux moyens de *paiement*, in: FAGET J.-P. (éd.), Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés (17e Congrès National des Huissiers de Justice, Dijon septembre 1986), Paris 1986, p. 215-230.
- Vers une harmonisation européenne des *conditions* de banque? (A propos d'un arrêt allemand sur les dates de valeur), in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1990, p. 77-80.

DUXBURY Jennifer:
- The Draft Code of Banking Practice: Implications for Electronic Banking, in: JIBL 1991, p. 116-119.

EAGLESHAM Jean:
- Crossborder financial transfers within Europe, in: Consumer Policy Review 1991, p. 150-158.

ECK Jean-Pierre:
- Validité des clauses en écus au regard du droit français, in: Banque & Droit, no 16, mars-avril 1991, p. 47-50.

ECKERT Hans-Werner:
- Das neue Recht der Allgemeinen *Geschäftsbedingungen*, in: ZIP 1996, p. 1238-1241.
- Die EG-*Richtlinie* über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen aud das deutsche Recht, in: WM 1993, p. 1070-1078.

ECLANCHER Pascal:
- Banque électronique et droit, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1996/2, p. 5-9.

EHLERMANN Claus-Dieter:
- L'huile et le sel: le secteur bancaire et le droit européen de la concurrence, in: Revue Trimestrielle de Droit européen 1993, p. 457-475.

EMERSON Michael / HUHNE Christopher:
- L'Ecu, Paris 1991.

ENDRES Michael:
- Zahlungsverkehr in der Europäischen Währungsunion, in: WM 1996, p. 1720.

ESCHER Markus:
- Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet, in: WM 1997, p. 1173-1185.

ESPAGNON Michel:
- Le paiement électronique en réseau "ouvert" - Internet: problématique juridique, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1997/4, p. 6-12.

ETZKORN Jörg:
- Rechtsfragen des internationalen elektronischen *Zahlungsverkehrs* durch S.W.I.F.T., Berlin - New York 1991.
- Das *S.W.I.F.T.*-Regelungswerk, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 459-490.

EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP (ECLG):
- Avis du E.C.L.G. sur la proposition de directive du Conseil concernant les *clauses abusives* dans les contrats conclus avec des consommateurs in: J. GHESTIN (éd.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, Paris 1991, p. 299-307 (également publié en anglais in: JCP 1991, p. 107-116).
- *EFTPOS* Systems and Consumer Protection (ECLG/193/89), adopté en octobre 1989, publié in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.),

Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 297-310. (Egalement in: MITCHELL J. [éd.], The Consumer and Financial Services. New Horizons, Londres 1990, p. 163-171).
- New Electronic Means of *Payment*. Arguments in favour of consumer protection with regard to the contractual aspects (ECLG/90/88), adopté le 24.10.1988, publié in: BEUC Actualités, no 78, supplément juridique no 22, octobre/novembre 1988, p. 7-12. (Egalement in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. [éd.], Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 245-253).

FABRE-MAGNAN Muriel:
- De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, Paris 1992.

FAEMS Luc / HERMANS Viviane:
- Moyens de paiement et correspondent banking dans le nouvel espace financier européen, in: Revue de la Banque 1992, p. 477-490.

FARQUHARSON Ian:
- Cross-border Banking Services, in: BANCA D'ITALIA (éd.), Proceedings of the Workshop on Payment System Issues in the Perspective of European Monetary Unification, Rome 1991, p. 223-232.

FAVRE-BULLE Xavier:
- La *directive* 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers, in: RSDA 1997, p. 201-205.
- Le droit communautaire du *paiement* électronique, Zurich 1992.
- La politique communautaire dans le domaine des systèmes de paiement. Quelle *protection* pour les utilisateurs?, in: AJP 1994, p. 319-329.
- Les systèmes de paiement dans la Communauté Européenne: perspectives juridiques dans l'optique de l'*utilisateur*, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1993/4, p. 17-31.
- [voir également infra sous II. Droit suisse]

FERVERS Martin:
- Die Haftung der Banken bei automatisierten Zahlungsvorgängen, in: WM 1988, p. 1037-1044.

FEVRE Jean-Pierre:
- Payment systems and European integration, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 16-21.

FIEGE Carsten:
- Anonymer Zahlungsverkehr mit elektronischem Geld, in: CR 1998, p. 41-47.

FISCHER Reinfried:
- EG-Empfehlungen zum kartengesteuerten Zahlungsverkehr, in: WM 1989, p. 397-400.

FITCHEW Geoffrey:
- The Achievement of a Common Market in Financial Services (Tenth Consumers Forum, Berlin 30/31.1.1989), in: BEUC Actualités, no 80, janvier/février 1989, p. 2-8.

FORTUNATO Sabino:
- I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive, in: Diritto della banca e del mercato finanziario 1996, p. 14-30.

FOY Alain-Marie:
- Les cartes bancaires et les *innovations* technologiques, in: KAHN P., Association Internationale de Droit Economique (éd.), Droit et monnaie. Etats et espace monétaire transnational, Dijon 1988, p. 279-287.
- Le point de vue des établissements de crédit: les *cartes* bancaires en France, aspects juridiques, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 83-98.

FRANK Ernest Emmanuel:
- Cartes de paiement et cartes de crédit au regard de la jurisprudence, in: Administrer, avril 1992, p. 2-7.

FROTZ Gerhard:
- Dokumentelose Wertbewegungen im Zahlungsverkehr, in: KREUZER K. (éd.), Abschied vom Wertpapier? Dokumentelose Wertbewegungen im Effekten-, Gütertransport- und Zahlungsverkehr, Neuwied / Francfort 1988, p. 117-137.

FURCHE Andreas / WRIGHTSON Graham:
- Computer Money, Zahlungssysteme im Internet, Heidelberg 1997.

GASPARINETTI Marco:
- Accès à la justice et règlement des litiges de consommation dans le Marché unique: le coût des frontières «judiciaires», in: Revue du Marché Unique Européen, no 4/1994, p. 83-106.

GAUDEMET-TALLON Hélène:
- Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, 2ème éd., Paris 1996.

GAVALDA Christian / STOUFFLET Jean:
- *Droit bancaire*. Institutions-Comptes-Opérations-Services, 3ème éd., Paris 1997.
- *Droit du crédit* (2), 2ème éd., Paris 1991.
- Le nouveau droit du chèque et des cartes de paiement; *Commentaire* de la loi no 91-1382 du 30 décembre 1991, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1992, p. 84-90.

GENES M.:
- Le consommateur et les cartes de paiement: Aspects juridiques - L'étude des contrats proposés par les émetteurs de cartes, in: FAGET J.-P. (éd.), Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés (17e Congrès National des Huissiers de Justice, Dijon septembre 1986), Paris 1986, p. 171-177.

GENNER Jörg:
- Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr. Eine Darstellung im Vergleich mit den Regeln des Artikel 4A Uniform Commercial Code (UCC) und des deutschen Rechts, Berlin 1995.
- Das UNCITRAL Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr. Eine Vorbild für *Europa* ?, in: ZEuP 1995, p. 60-66.

GERARD Yves / SVENDSEN Arne:
- La recommandation de la Commission sur les relations entre organismes financiers et porteurs de cartes de paiement, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1989/2, p. 47-57.

GEVA Benjamin:
- International Funds Transfers: Mechanisms and Laws, in: NORTON J. / REED C. / WALDEN I. (éd.), Cross-Border Electronic Banking. Challenges and Opportunities, Londres 1995, p. 1-27.

GHESTIN Jacques / MARCHESSAUX-VAN MELLE Isabelle:
- Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens, in: La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Paris 1996, p. 1-72.

GIANNANTONIO Ettore:
- Trasferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata, Milan 1986.

GIOVANOLI Mario:
- Bargeld - Buchgeld - Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im *Geldbegriff*?, in: Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zurich 1993, p. 87-124.
- Legal Issues regarding *Payment* and Netting Systems, in: NORTON J. / REED C. / WALDEN I. (éd.), Cross-Border Electronic Banking. Challenges and Opportunities, Londres 1995, p. 205-231.

GÖBEL Karin:
- Überblick zum erweiterten Pflichtenkreis der Kreditinstitute aufgrund der EU-Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen, in: WM 1997, p. 1832-1836.

GÖSSMANN Wolfgang:
- Recht des Zahlungsverkehrs (Überweisung - Lastschrift - Scheck - Zahlungssysteme), 2ème éd., Berlin 1993.

GORMANNS Klaus M.:
- Die Postbank im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 211-230.

GOUBAN Philippe:
- La protection des intérêts économiques des consommateurs en droit communautaire, thèse Paris 1996.

GOYENS Monique:
- Cross-border *disputes*: a legal quagmire, in: Consumer Policy Review 1993, p. 92-97.
- *Payer*, mon beau souci,, in: DEJEMEPPE P. (éd.), Les consommateurs et l'Europe des services financiers, Bruxelles 1992, in: p. 81-91.

GOZZO Débora:
- Das Transparenzprinzip und missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Francfort [etc.] 1996.

GRALL Jean-Christophe:
- Présentation et analyse de la loi renforçant la protection des consommateurs, in: Les Petites Affiches, 12.8.1992, no 97, p. 14-21, et 14.8.1992, no 98, p. 9-13.

GUTWIRTH Serge / JORIS Tony:
- Electronic Funds Transfer and the Consumer: the "Soft Law" Approach in the European Community and Australia, in: ICLQ 1991, p. 265-301.

HABERSACK Mathias / KLEINDIEK Detlef / WIEDENMANN Kai-Udo:
- Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das künftige AGB-Gesetz, in: ZIP 1993, p. 1670-1675.

HADDING Walter:
- *Grenzüberschreitender* Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt, in: HADDING W. / WELTER R. (éd.), Rechtsfragen bei Bankleistungen im Europäischen Binnenmarkt, Cologne 1994, p. 95-99.
- Zahlungsverkehr in europaweiter *Entwicklung*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier (éd.), Bitburger Gespräche: Jahrbuch 1992, Munich 1993, p. 41-50.
- Zum grenzüberschreitenden *Überweisungsverkehr* nach deutschem Recht, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 13-31.

HADDING Walther / SCHNEIDER Uwe H.:
- Die einheitliche Regelung des internationalen Überweisungsverkehrs durch das UNCITRAL-Modellgesetz, in: WM 1993, p. 629-638.

HÄDE Ulrich:
- Die Zahlung mit Kredit- und Scheckkarten, Rechtliche Aspekte des "Plastikgeldes" und seine Auswirkungen auf die Währung, in: ZBB 1994, p. 33-44.

HÄDE Ulrich / ECKERT Lucia:
- Rechtliche Hindernisse für die Verwendung der ECU, in: EuZW 1993, p. 628-634.

HAHN Hugo J. / FOLLAK Klaus Peter:
- Kapital- und Zahlungsverkehr, in: DAUSES M. (éd.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Munich 1993, F. II.

HAMANN Uwe:
- *Gebührenfragen* im grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr, in: ZBB 1993, p. 247-255.
- Interner *Richtlinienentwurf* der EG-Kommission zum grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr, in: ZIP 1994, p. 404-408.

HANSEN Udo:
- Das sogenannte Transparenzgebot im System des AGB-Gesetzes, in: WM 1990, p. 1521-1528.

HARBEKE Christof:
- *electronic cash* im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr: Das internationale edc-System, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 87-94.
- Neue *Bedingungen* für die Verwendung der ec-Karte, in: ZIP 1995, p. 250-252 (p. 252-253: Bedingungen für die Verwendung der ec-Karte der Sparkassen [Auszug]; p. 254-255: ec-Bedingungen der Banken [Auszug]).
- Neue Kundenbedingungen für das *eurocheque*-Verfahren, in: Die Bank 1989, p. 31-36.
- Die *POS*-Systeme der deutschen Kreditwirtschaft - Eine Darstellung unter rechtlichen Aspekten -, WM Sonderbeilage Nr. 1/1994.
- Die vertragliche Grundlage zwischen Bank und Kunde für die Verwendung der eurocheque-Karte: Die neuen "Bedingungen für den *ec-Service*", in: WM 1989, p. 1709-1713, 1749-1753.

HARLAND David:
- Developments in Electronic Funds Transfer Systems and the Consumer - an Australian Perspective, in: Canadian Business Law Journal 1989, p. 259-275.

HARRIS-BURLAND William / DONÀ Alessandro:
- La proposition de directive de la Commission sur les virements transfrontaliers: première étape vers l'établissement d'un cadre juridique, in: Revue du Marché Unique Européen, no 3/1996, p. 177-235.

HARTMANN Wendelin:
- Einheitlicher grenzüberschreitender *Zahlungsverkehr* in Deutschland?, in: WM 1994, p. 11-12.
- Der Grosszahlungsverkehr in der Europäischen *Währungsunion*, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1996, p. 776-779.

- *Organisation* und Abwicklung des Zahlungsverkehrs im Europäischen Binnenmarkt, in: WM 1993, p. 982-985.

HASSELBACH Kai:
- Europarechtliche Unzulässigkeit von *Sonderentgelten* für den Auslandseinsatz von Kreditkarten, in: ZIP 1996, p. 1457-1459.
- Insolvenzprivilegien für Kreditinstitute bei *Zahlungssystemen*?, in: ZIP 1997, p. 1491-1495.

HEINRICH Gregor C.:
- Building A Universal Payments Law? The *UNCITRAL* Model Law on International Credit Transfers, in: Universal Payments Law, Summer 1991, p. 4-6.
- Funds Transfers, Payments and Payment Systems - International Initiatives towards Legal *Harmonisation*, in: NORTON J. / REED C. / WALDEN I. (éd.), Cross-Border Electronic Banking. Challenges and Opportunities, Londres 1995, p. 233-270. [2]
- International Credit *Transfers*, in: International Banking and Financial Law 1992, p. 78-79.
- International *Initiatives* Regarding the Harmonisation of Rules having an Effect on Payment, Funds Transfers and Bankruptcy, in: RDAI 1991, p. 315-327.

HEINRICHS Helmut:
- Die EG-*Richtlinie* über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: NJW 1993, p. 1817-1822.
- Das *Transparenzgebot* und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Lebendiges Recht - Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, p. 157-177.

HELLNER Thorwald:
- Quo vadis *AGB*-Recht?, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin - New York 1990, p. 573-587.
- Rechtsfragen des *Zahlungsverkehrs* unter besonderer Berücksichtigung des Bildschirmtextverfahrens, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin - New York 1984, p. 251-280.

HESBERT Jean:
- Les règles pour la transparence des opérations et des services bancaires et financiers en *Italie*, in: Les Petites Affiches, 4.8.1993, p. 28-31.
- Un code de bonne conduite pour les banques. L'exemple *britannique*, in: Les Petites Affiches, 26.5.1993, p. 30-36.

---

2 Pour une récente mise à jour, dont nous n'avons pu tenir compte, voir du même auteur et sous le même titre: Annotated Bibliography, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 193-244.

HIKEL Andreas:
- Tragung des EDV-Risikos im Recht der Banküberweisung, Francfort 1988.

VON HIPPEL Eike:
- Verbraucherschutz durch Information? Möglichkeiten und Grenzen, in: ZfRV 1978, p. 110-115.

HÖLSCHEIDT Norbert H.:
- Die Haftung der Banken im Zahlungsverkehr, Bergish Gladbach - Cologne 1991.

HOEREN Thomas:
- Das neue Verfahren für die *Schlichtung* von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, in: NJW 1992, p. 2727-2732.
- Die neuen "Bedingungen für den *ec-Service*", in: NJW 1995, p. 2473-2474.

HÖRMANN Günter:
- Foreign Exchange Payments in Europe from the Consumer's Viewpoint, in: BANCA D'ITALIA (éd.), Proceedings of the Workshop on Payment System Issues in the Perspective of European Monetary Unification, Rome 1991, p. 203-212.

HOFFMANN Diether:
- Banken- und Börsenrecht der EWG, Baden-Baden 1990.

HOLZWARTH Winfried:
- Grenzüberschreitender interbankärer Zahlungsverkehr, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 101-120.

HONDIUS Ewoud H.:
- La *directive* sur les clauses abusives et les Etats membres de l'Union européenne, in: La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Paris 1996, p. 591-602.
- Standard Form *Contracts* - A Better Way for Both Parties, in: New Directions in Consumer Financial Services (Proceedings of a National Forum), Canberra 1990, p. 93-103.
- *Unfair Terms* in Consumer Contracts, Molengraaff instituut voor privaatrecht, Utrecht 1987.

HORN Norbert:
- Die *AGB*-Banken als Grundlage des Bankprivatesrechts, in: HORN N. (éd.), Die AGB-Banken 1993, Berlin - New York 1994, p. 65-133.
- Die *Kreditkarte* im europäischen Gemeinschaftsrecht und in der deutschen Rechtsprechung, in: ZBB 1995, p. 273-281.
- Die *Zahlung* mittels Universalkreditkarte im Ausland, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 107-116.

HOWELLS Geraint G. / WEATHERILL Stephen:
- Consumer Protection Law, Aldershot [etc.] 1995.

VON HOYNINGEN-HUENE Gerrick:
- Die *Inhaltskontrolle* nach § 9 AGB-Gesetz, Heidelberg 1991.
- Unwirksamkeit von AGB bei blosser *Intransparenz*?, in: Lebendiges Recht - Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, p. 179-191.

HUBER Ulrich:
- Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr und Valutaverhältnis (underlying obligation), in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 33-78.

HUET Jérôme:
- Aspects juridiques du *télépaiement*, in: La Semaine Juridique (J.C.P.) 1991, Doctrine, no 3524.
- Clauses abusives, charge de la *preuve* et nouveaux moyens de paiement: un coup d'oeil sur le projet de directive européenne relatif à la protection des consommateurs contre les clauses abusives (texte du 3 septembre 1990), in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1991/3, p. 50.
- La directive du 5 avril 1993 relative aux *clauses abusives*, in: La Semaine Juridique (J.C.P.), no 26, 30.6.1993, Actualités.
- *Dossier monétique*: Relations entre établissements financiers, commerçants et porteurs de carte de paiement (France), in: Droit de l'Informatique 1986, p. 117-132.
- Droit de l'*informatique*: panorama sur les cartes de paiement, in: D 1986, Chronique, p. 297-298.
- *Formalisme* et preuve en informatique et télématique: éléments de solution en matière de relations d'affaires continues ou de rapports contractuels occasionnels, in: La Semaine Juridique (J.C.P.) 1989, Doctrine 3406.

IANNUCCI Diane:
- Les éléments d'*information* à la clientèle mis en place dans les banques commerciales européennes. L'état des lieux dans les différents pays de l'Union européenne, in: Les Rencontres du Courrier de la Monétique et d'Institutions Européennes & Finance: Les paiements transfrontaliers, Paris 1/2.3.1994 (rapport non publié).
- Virements transfrontaliers: une *directive* à marche forcée, in: Banque Stratégie, no 121, novembre 1995, p. 13-15.

IKAS Klaus:
- Zum Recht der elektronischen Zahlung mit Debetkarten in bargeldlosen Kassensystemen (EFTPOS), Berlin 1992.

JACQUET Hubert:
- Porte Monnaie Electronique: des avancées, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 53-56.

JETZER Rolf P. / ZINDEL Gaudenz G.:
- EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: RSJ 1994, p. 432-436.

JORGENSEN Hagen:
- Danemark: informer est un métier, in: Revue de la Concurrence et de la Consommation, no 67, mai-juin 1992, p. 12-15.

JUNG Peter:
- Haftung im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr (Anmerkung), in: ZEuP 1996, p. 659-671.

KAISER Thomas:
- *Banking* practice: self-regulation versus legislation, in: International Financial Law Review, octobre 1989, p. 26-29.
- Die Barabhebung vom laufenden Konto in der Bundesrepublik Deutschland und Grossbritannien unter besonderer Berücksichtigung des *Geldautomaten*, Francfort 1990.
- Rechtsfragen des grenzüberschreitenden elektronischen *Zahlungsverkehrs*, in: EuZW 1991, p. 83-86.

KARAGORGIOU Stavros J.:
- Developments on the law of international credit transfers, in: International Banking and Financial Law 1994, p. 119-120.

KATZ Sherman E.:
- The *General Good* and the Second Banking Directive: A Major Loophole?, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1993, p. 166-169.
- The Second Banking *Directive*, in: Yearbook of European Law 1992, Oxford 1993, p. 249-292.

KENDALL Vivienne:
- EC Consumer Law, Londres [etc.]1994.

KESSLER Simon:
- Faciliter les services bancaires transfrontaliers, in: Les Cahiers du Crédit Mutuel, no 83, février-mars 1992, p. 10-12.

KIENDL Doris:
- Gesamteuropäisches AGB-Recht, Neuerungen im AGB-Recht durch die Europäisierung des Verbraucherschutzes am Beispiel Deutschlands und Österreichs, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1995, Stuttgart 1996, p. 195-213.

KLEIN Stephan / KUBICEK Herbert:
- Geld- und Geldkreditkarten: Verbraucherrisiken neuer Zahlungssysteme, in: Verbraucherpolitische Hefte, no 15, décembre 1992, p. 151-172.

KLEINE Roland:
- Aktuelle Probleme im ec-Geldautomaten-System nach deutschem recht, New York 1991.

KLINGNER-SCHMIDT Ulrike:
- Die Rechtsstrukturen im ec-Service, Baden-Baden 1993.

KNOBBOUT-BETHLEM Charlotte Elisabeth:
- Konsumentgericht elektronisch betalingsverkeer (thèse Utrecht), Deventer 1992 (Consumer-initiated *electronic funds transfer*, résumé en anglais p. 277-289).
- La *recommandation* européenne du 17 novembre 1988: les systèmes de paiement, in: REDC 1990, p. 243-256.
- A *survey* of the implementation of the EC-recommendation concerning payment sytems (Consumentenbond/BEUC), Utrecht avril 1990.

KOCH Laurent:
- Paiements transfrontières: évolution de la banque de correspondant, in: Banque, no 544, janvier 1994, p. 70-71.

KÖHLER Helmut:
- Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), in: NJW 1998, p. 185-190.

KÖNDGEN Johannes:
- Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, Bemerkungen zum "Hypothekenzins-" und zum "Wertstellungs-Urteil" des BGH, in: NJW 1989, p. 943-952.

KOLLER Ingo:
- Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin - New York 1990, p. 667-686.

KOZIOL Helmut:
- Die rechtliche Problematik der Wertstellung im Zahlungsverkehr, in: ÖBA 1989, p. 643-658.

KRÄMER Ludwig:
- La CEE et la protection du consommateur, Bruxelles 1988.

KROPHOLLER Jan:
- Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 5ème éd., Heidelberg 1996.

KÜMPEL Siegfried:
- Rechtliche Aspekte der neuen GeldKarte als elektronische Gelbörse, in: WM 1997, p. 1037-1042.

LACHAND Jérôme:
- Le système TARGET, in: Bulletin de la Banque de France, no 18, juin 1995, p. 97-100.

LAFFERTY BUSINESS RESEARCH LTD:
- Electronic Funds Transfer and the Consumer. A Report to the Ministerie van Economische Zaken, 1.4.1987.

LAGAYETTE Philippe:
- Moyens de règlement et paiement à distance, in: EUREPARGNE, no 27, décembre 1988, p. 14-20.

DE LAROSIERE Jacques:
- L'évolution des activités bancaires, des systèmes de paiement et de la compensation-Ecu dans la perspective de l'Union économique et monétaire, in: Bulletin mensuel de la Banque de France, juillet 1992, no 31, p. 119-123.

LATHAM Patrick:
- Electronic payment systems and consumer protection in the European Community, in: MITCHELL J. (éd.), Money and the Consumer, Londres 1988, p. 142-146.

LE CLECH Philippe:
- Le droit européen des nouveaux moyens de paiement, in: BERTRAND A. / LE CLECH P., La pratique du droit des cartes de paiement et de crédit, des systèmes électroniques de paiement, de la télématique bancaire et du télé-achat, 2ème éd., Paris 1989, p. 503-517 (Annexes).

LECLERCQ Pierre:
- Les problèmes juridiques posés par les nouveaux moyens de paiement, in: Droit et Economie, Revue de l'Association nationale des docteurs en droit 1982, p. 30-48.

LEFORT Daniel:
- Aspects juridiques de l'écu privé, in: RSDA 1991, p. 49-62.

DE LENCQUESAING Edouard F.:
- Vers une Europe domestique des paiements, in: Banque, no 573, septembre 1996, p. 44-45.

LEVITT Malcolm:
- Payment Systems in E.M.U., in: De Pecunia - Revue du CEPIME, octobre 1991, p. 63-84.

L'HEUREUX Nicole:
- Le Canada: *responsabilité* de la banque comme fournisseur de services dans le TEF, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 117-124.
- *Droit bancaire*, 2ème éd., Cowansville 1995.

L'HEUREUX Nicole /LANGEVIN Louise:
- Les *cartes* de paiement: aspects juridiques, Sainte-Foy 1991.
- La *pratique* des cartes de paiement au Québec: l'apport du droit comparé, in: Revue du Barreau 1990, p. 237-276.

LICHTER Gilbert:
- Le devenir des paiements transfrontières, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 26-30.

LINDACHER Walter F.:
- Der topos der Transparenz im Rahmen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre, Cologne [etc.] 1991, p. 347-363.

LÖWE Walter:
- Weniger Verbraucherschutz durch neue ec-Bedingungen, in: ZIP 1995, p. 259.

LOPEZ SANCHEZ Manuel-Angel:
- Servicios financieros y proteccion del consumidor en Espana, in: Servicios financieros, proteccion del consumidor y sistemas extrajudiciales de resolucion de conflictos en Espana, ZERP-Diskussionspapier 5/95, Bremen décembre 1995, p. 3-117.

LOUIS Jean-Victor:
- L'*Union* économique et monétaire, in: CDE 1992, p. 251-305.
- Du *système monétaire* européen à l'union monétaire, 2ème éd., Bruxelles - Luxembourg, 1990.

LOUIS Jean-Victor / DE LHONEUX Etienne:
- The Development of thè Use of the ECU: Legal Aspects, in: CML Rev. 1991, p. 335-359.

LOWRY Amanda:
- Private Ecu gets promotion, in: International Corporate Law, mai 1993, p. 21.

MADUEGBUNA Samuel O.:
- The Effects of Electronic Banking Techniques on the Use of Paper-based Payment Mechanisms in International Trade, in: JBL 1994, p. 338-362.

MANN F. A.:
- The Legal Aspect of Money, 5ème éd., Oxford 1992.

MARTIN Didier R.:
- Analyse juridique du règlement par *carte* de payement, in: D 1987, Chronique, p. 51-54.
- La carte de payement et la *loi* (ou la puce maltraitée), in: D 1992, Chronique, p. 277-280.

MARTINEK Michael:
- Verbraucherschutz im Fernabsatz - Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, in: NJW 1998, p. 207-208.

MARTINEZ B.:
- Présentation de la proposition modifiée de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, in: REDC 1992, p. 83-91.

MATHIAS Garance:
- L'évolution de la réglementation communautaire relative aux instruments de paiement électronique suite à l'adoption par la Commission européenne de la Recommandation 97/489/CE du 30 juillet 1997, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1997/4, p. 50-51.

MATUSCHE Thomas:
- EU-Verbraucherschutz und deutsches Bankvertragsrecht - Die Umsetzung der Richtlinien über Verbraucherkredite, missbräuchliche Klauseln und grenzüberschreitende Überweisungen, Cologne 1998.

MAYNES E. Scott:
- Towards Market Transparency, in: GOYENS M. (éd.), Price information and public price controls, consumers and market performance, Bruxelles 1986, p. 61-89.

MEDER Stephan:
- Rechtsfragen des bargeldlosen *Zahlungsverkehrs* unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Entwicklung, in: JuS 1996, p. 89-96.
- Die Zulässigkeit einer isolierten Bepreisung des Auslandseinsatzes von *Kreditkarten*, in: NJW 1996, p. 1849-1854.

COMMENTAIRE MEGRET (AUSSANT J. [et al.]) / Le droit de la CEE:
- Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports, volume 3, 2ème éd., Bruxelles 1990.

MEIJBOOM A. P.:
- *Evidence*, in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, p. 33-57.
- *Problems* Related to the use of EFT and Teleshopping Systems by the Consumer, in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, p. 23-29.

MENUT Bernard:
- La monnaie électronique, in: FAGET J.-P. (éd.), Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés (17e Congrès National des Huissiers de Justice, Dijon septembre 1986), Paris 1986, p. 73-99 (rapport de la deuxième commission).

MERCIER Pierre / DUTOIT Bernard:
- L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Bâle - Francfort 1991.

MERTENS Roel FH / RINKES Jac GJ:
- Cross-Border Payments and Consumer Protection, in: International Banking and Financial Law, décembre 1994, p. 72-74.

MEYSMANS Edwin / THUNIS Xavier:
- La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen, in: La nouvelle loi sur le crédit à la consommation (Actes du colloque - 17 octobre 1991), Bruxelles 1992, p. 117-161.

MICHALSKI Lutz:
- Änderung des AGB-Gesetzes durch die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: DB 1994, p. 665-668.

MICKLITZ Hans-W.:
- *AGB*-Gesetz und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, in: ZEuP 1993, p. 522-535.
- Richtlinie 93/13/EWG - Stand der *Umsetzung*, in: VuR 1996, p. 75-79.

MICKLITZ Hans-W. / REICH Norbert:
- Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union - Perspektiven für 1993, in: EuZW 1992, p. 593-598.

MINUZ Marco:
- E-Money im Cyberspace, in: Schweizer Bank, no 7/1995, p. 15-19.

MITCHELL Jeremy:
- *Banker's* Racket or Consumer Benefit? A Consumer View of the Single European Market for Financial Services, Londres 1991.
- Le consommateur face aux *services financiers* dans la Communauté européenne, in: REDC 1989, p. 247-263. (Traduction légèrement modifiée de: The consumer and financial services in the European Community, in: MITCHELL J. [éd.], The Consumer and Financial Services. New Horizons, Londres 1990, p. 105-117).
- Cross-border *payments* within the European Union, in: Banking World, mars 1995, p. 27-29.
- *Electronic Banking* and the Consumer. The European Dimension, Londres 1988.
- *Electronic funds transfer* at point of sale: a consumer viewpoint, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 65-82.
- *Financial Services* and Consumer Protection, in: MANIET F. / DUNAJ B. (éd.), The scope and objectives of consumer law, Louvain-la-Neuve 1995, p. 57-85.
- *Liberalisation* and regulatory reform in the field of banking services in Europe. A consumer view, in: STAUDER B. (éd.), Liberalization and Regulatory Reform in the Field of Banking Services in Europe: The Swiss Consumer's Point of View / Libéralisation des services financiers bancaires en Europe: Le point de vue du consommateur suisse (Actes du Colloque C.E.J.E., Genève juin 1989), Zurich 1989, p. 7-28.

- New *payment systems* - a UK consumer view, in: MITCHELL J. (éd.), Money and the Consumer, Londres 1988, p. 131-141.

MITCHELL Jeremy / THOMAS W. H. (International Consumer Policy Bureau):
- Payment Card Terms and Conditions in the European Union. A Survey of the Implementation of European Commission Recommendation 88/590/EEC on Payment Systems, Consumer Policy Research Report No 3, 1995.

MITCHELL Jeremy / WORTHINGTON Steve (International Consumer Policy Bureau):
- Consumer Redress in Relation to Cross-Border Payments Within the European Community, Consumer Policy Research Report No 1, 1992.

MOHAMED Sideek:
- A Legal Analysis of the Euro Regulations, in: European Business Law Review 1997, p. 166-169.

MOULIN Anne-Marie:
- Le droit monétaire et les paiements en écus, in: Bulletin trimestriel de la Banque de France, no 84, décembre 1992, p. 85-98.

MÜLLER Alfons:
- EUFISERV-Zusammenarbeit der europäischen Sparkassen auf dem Gebiet des Zahlungsverkehrs, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 203-210.

MUNIER Isabelle:
- Les *cartes* de paiement et/ou de crédit. L'état d'intégration des dispositions européennes sur les sytèmes de paiement dans les contrats-porteurs des cartes émises en France (Institut national de la consommation, Service juridique et économique), juin 1993.
- Les *paiements* transfrontières de petits montants, in: INC Hebdo, no 884, 23.12.1994, p. 15-21.

NASSAL Wendt:
- Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: JZ 1995, p. 689-694.

NATIONAL CONSUMER COUNCIL (NCC):
- *Banking* Services and the Consumer, Londres 1983.
- Losing at *Cards*, Londres 1985.

DE NAYER Benoît:
- Acheter et vendre sur l'Internet: réflexions sur le cadre juridique belge, in: DCCR 1997, p. 5-21.

NENTWICH Michael:
- Verbraucherschutz und Bankdienstleistungen im EG-Binnenmarkt, in: GRILLER S. (éd.), Banken im Binnenmarkt, Vienne 1992, p. 593-666.

NICOLAS Geneviève:
- Approche juridique des *cartes* de paiement en France et sur le plan européen, in: Banque & Droit, no 27, janv./fév. 1993, p. 3-5.
- La *recommandation* de la Commission des Communautés européennes du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement, in: Banque & Droit 1989, p. 67-71.

NIEDENFÜHR Werner:
- Informationsgebote des AGB-Gesetzes, Francfort - Berne - New York 1986.

NIELSEN Poul Runge:
- Services and Establishment in European Community Banking Law. A study of its Legal Approach and Implications, Copenhag 1994.

OLIVIERI Gustavo:
- Prime riflessioni in margine alla direttiva (97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri, in: Il Diritto dell'Unione Europea 1997, p. 143-154.

D'ORNANO Roland:
- Taux effectif global et date de valeur, «Le temps c'est de l'argent» (Traduction d'un adage anglais), in: Gazette du Palais, Doctrine, 20/21.9.1989, p. 2-7.

PADOA-SCHIOPPA Tommaso:
- European payment system(s) in perspective: a Central Banker's view, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 3-10.

PAISANT Gilles:
- Brèves remarques sur la proposition de directive du 24 juillet 1990 relative aux clauses abusives, in: Contrats-Concurrence-Consommation, mars 1991, p. 1-2.

PARDON Jean:
- Application du droit européen de la *concurrence* en matière bancaire et financière, in: RDAI 1990, p. 115-137.
- La distribution des "*produits*" bancaires (Crédits, dépots) - la loi applicable, in: Les données juridiques du marché bancaire européen. 1992 quel droit pour les banques? (Séminaire de direction, 16.3.1988), numéro spécial de la revue Banque & Droit 1988, p. 33-40.
- La loi applicable aux *contrats* bancaires dans l'espace financier européen de 1993, Association belge des banques: Dossiers, no 30, Bruxelles juin 1990.

PEARSON Christopher:
- Préparer les systèmes de paiement à l'euro, in: Banque, no 575, novembre 1996, p. 34-35.

PERDRIX Michel:
- Les moyens de paiement dans les principaux pays développés, in: Revue d'économie financière, no 16/1991, para. 131-143.

PETRING Ralf:
- Störungen bei POS-Zahlungen unter besonderer Berücksichtigung der Risikoverteilung zwischen dem kartenausgebenden Kreditinstitut und seinem Kunden, Francfort [etc.] 1990.

PFEIFFER Thomas:
- Die Geldkarte - Ein Problemaufriss, in: NJW 1997, p. 1036-1039.

PIGOTT Hugh / HOLMES Alastair:
- European Economic and Monetary Union, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1995, p. 476-478.

PLEYER Klemens:
- Materiellrechtliche und Beweisfragen bei der Nutzung von ec-Geldausgabeautomaten, in: Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Cologne - Berlin - Bon- Munich 1990, p. 439-456.

PLEYER Klemens / WALLACH Edgar:
- Erfüllungszeitpunkt und Gefahrtragung bei grenzüberschreitenden Überweisungen nach deutschem und englishem Recht, in: RIW 1988, p. 172-180.

POLIS Richard I.:
- Technical Considerations for Consumer Protection in EFT Systems, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 53-61.

PONZANELLI Giulio:
- La tutela del consumatore di servizi finanziari in diritto comparato: un insegnamento per il caso italiano, in: RUOZI R. (éd.), La tutela del consumatore di servizi finanziari, Milan 1990, p. 403-429.

POULLET Yves / THUNIS Xavier:
- Réflexions sur le mouvement électronique de fonds, in: La télématique. Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, tome 2 (Actes du colloque C.R.I.D., Namur 5/6.12.1983), Gand 1984, p. 255-270.

RASSMANN Steffen:
- Elektronische Unterschrift im Zahlungsverkehr, in: CR 1998, p. 36-41.

REED Chris:
- Consumer Electronic Banking, in: JIBL 1994, p. 451-463 (également in: NORTON J. / REED C. / WALDEN I. [éd.], Cross-Border Electronic Banking. Challenges and Opportunities, Londres 1995, p. 81-104).

REHM Hannes:
- *Zahlungsverkehr* im EG-Binnenmarkt, in: WM 1991, p. 757.
- Zur künftigen *Gestaltung* des privaten Massen-Zahlungsverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 563-603.

REHM Hannes / HARBEKE Christof:
- Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, in: HENSSLER M. [et al.] (éd.), Europäische Integration und globaler Wettbewerb, Heidelberg 1993, p. 293-315.

REICH Norbert:
- The *Evolution* of Community Law on Services, with Special Reference to Financial Services and Consumer Protection, in: REICH N. / VAN AKEN J. C., The Evolution of Community Law on Financial Services, ZERP-Diskussionspapier 1/94, Bremen mars 1994, p. 1-44.
- Europäisches *Verbraucherrecht*, Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht, 3ème éd., Baden-Baden 1996.
- L'évolution du droit communautaire des *services financiers* et la promotion des intérêts des consommateurs, in: REDC 1991, p. 67-81.
- L'*information* du consommateur: condition de la transparence du marché, Réflexions sur le droit du consommateur à l'information et le fonctionnement de la concurrence dans le droit communautaire, in: SERRA Y. / CALAIS-AULOY J. (éd.), Concurrence et consommation, Paris 1994, p. 23-29.
- Die neue *Richtlinie 97/7/EG* über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: EuZW 1997, p. 581-589.
- Le principe de la *transparence* des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats, in: GHESTIN J. (éd.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, Paris 1990, p. 77-93.
- Schuldrechtliche *Informationspflichten* gegenüber Endverbrauchern, in: NJW 1978, p. 513-519.
- Verbraucherschutzaspekte der *AGB*-Banken, in: HORN N. (éd.), Die AGB-Banken 1993, Berlin - New York 1994, p. 43-64.
- Zur *Umsetzung* der EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen 93/13/EWG vom 5.4.1993 in deutsches Recht - Kritische Bemerkungen zum Referentenentwurf (RefE) des BMJ, in: VuR 1995, p. 1-7.

REICH Norbert / MICKLITZ Hans-W.:
- Le Droit de la Consommation dans les Pays Membres de la CEE - Une Analyse Comparative, New York [etc.] 1981.

REIFNER Udo:
- Der abhanden gekommene *Euroscheck*, in: NJW 1987, p. 630-635.
- *Bankentransparenz* und Bankengeheimnis, in: JZ 1993, p. 273-284.
- Die *Haftung* des Kontoinhabers beim Missbrauch seiner Bankautomatenkarte durch Dritte, in: BB 1989, p. 1912-1921.
- Die neuen *ec-Bedingungen* der Banken und Sparkassen, in: VuR 1995, p. 93-95.
- Die sprachlose Plastikkartengesellschaft - *Informationsarmut* durch neue Technologien im Zahlungsverkehr, in: VuR 1992, p. 193-203.
- *Widerrufsmöglichkeiten* im bargeldlosen Zahlungsverkehr (BGH, NJW 1988, 1320), in: VuR 1988, p. 181-183.

REISER Cristof:
- Rechtliche Aspekte der *Zahlungsverkehrsnetze*, in: WM 1986, p. 1401-1408.
- Die Rechtsgrundlagen für das *POS*-System des deutschen Kreditgewerbes ("electronic cash"), in: WM Sonderbeilage Nr. 3/1989.

REMIEN Oliver:
- AGB-Gesetz und Richtlinie über missbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, in: ZEuP 1994, p. 34-66.

RENNPFERDT Peter:
- Die internationale Harmonisierung des Erfüllungsrechts für Geldschulden, Baden-Baden 1993.

RESS Georg / UKROW Jörg:
- Der Kapital- und Zahlungsverkehr, in: GRABITZ E. / HILF M. (éd.), Kommentar zur Europäischen Union, 3ème éd., Münich (état: octobre 1995).

RIDEAU Roger:
- Monétique et protection des libertés, in: FAGET J.-P. (éd.), Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés (17e Congrès National des Huissiers de Justice, Dijon septembre 1986), Paris 1986, p. 101-128 (rapport de la troisième commission).

ROBERTS Graham:
- The British penchant for self-regulation: the case of the Code of banking practice, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1995, p. 385-389.

ROMNICIANU Michel:
- La libération du banquier dépositaire de fonds qui s'en dessaisit sur un ordre de paiement n'émanant pas de son client, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1997, p. 8-10.

ROSSA Caroline Beatrix:
- Missbrauch beim electronic cash, Eine zivilrechtliche Bewertung, in: CR 1997, p. 138-146.

ROSSINI Christine:
- Cross-Border banking in the EC: Host Country powers under the Second Banking Directive, in: European Review of Private Law 1995, p. 571-590.

RUOZI Roberto:
- La tutela del consumatore di servizi finanziari, in: RUOZI R. (éd.), La tutela del consumatore di servizi finanziari, Milan 1990, p. 1-58.

SABALOT Deborah A.:
- The Consumer and the Single Market - Time for Reflexion, in: Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1996, p. 311-313.

SALMON Hubert:
- Payment Cards and European Competition Law: an Attempt at Evaluation, in: JIBL 1990, p. 25-32.

SCHÄFER Jürgen:
- Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Francfort [etc.] 1992.

SCHAUSS Marc:
- *International* Aspects, in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, p. 171-176.
- Issues of *Contract* Law / Issues of Civil Liability, in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, p. 69-116.

SCHAUSS Marc / THUNIS Xavier:
- Quelques réflexions à propos du code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1988/1, p. 54-56.

SCHEFOLD Dietrich:
- Die Europäischen Verordnungen über die Einführung des Euro, in: WM Sonderbeilage no 4/1996.

SCHENKER Urs:
- Rechtliche Aspekte der Einführung des Euro, in: L'Expert-comptable suisse 1996, p. 779-786 / Legal Consequences of the Introduction of the Euro, in: L'Expert-comptable suisse 1996, p. 787-788.

SCHINNERER Erich:
- Zum "Leitfaden"-*Entwurf* von UNCITRAL über den internationalen elektronischen Überweisungsverkehr, in: ZfRV 1985, p. 226-240.
- Zum *UNCITRAL* Model Law on International Credit Transfer. Einige Überlegungen auf der Grundlage des in Österreich von den Banken entwickelten Datenträger(austausch) verfahrens, in: ZfRV 1993, p. 239-245.

SCHLOSSER Peter F.:
- EuGVÜ, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme, Münich 1996.

SCHMIDT-SALZER Joachim:
- Transformation der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.4.1993 in deutsches Recht und AGB-Gesetz: Einzelfragen, in: BB 1995, p. 1493-1499.

SCHNEIDER Uwe H.:
- Die *Angleichung* des Rechts der grenzüberschreitenden Überweisungen, in: EuZW 1997, p. 589-593.
- Das deutsche, europäische und internationale Recht der grenzüberschreitenden *Überweisung*, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.),

Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 95-106.
- Die einheitliche *Regelung* des internationalen Überweisungsverkehrs durch das UNCITRAL-Modellgesetz, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 491-516.
- Erster *Entwurf* für den Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur "Transparenz der Konditionen und zur Leistungsfähigkeit der Systeme für grenzüberschreitende Fernzahlungen" - Einführende Bemerkungen zur praktischen Bedeutung und zum Inhalt, in: WM 1994, p. 478-481.
- Die Geld-zurück-Garantie und die *Haftung* für Folgeschäden bei fehlerhafter Ausführung von Auslandsüberweisungen - ein Beitrag zum Einfluss des amerikanischen Rechts auf die europäische Rechtsangleichung, in: Festschrift für Ulrich Everling, vol. 2, Baden-Baden 1995, p. 1297-1314.
- Das *Recht* des elektronischen Zahlungsverkehrs, Francfort 1982.
- Das *UNCITRAL*-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr, in: WM 1989, p. 285-293.
- Die Vereinbarung und die Erfüllung von Geldschulden in *Euro* - Zugleich ein Beitrag zum Übergang zu einer europäischen Währungsverfassung, in: DB 1996, p. 2477-2482.

SCHNEIDER Uwe H. / TROBERG Peter:
- Finanzdienstleistungen im EG-Binnenmarkt: Sitzland- oder Gastlandrecht? - Zum Verhältnis zwischen europäischem Bankenaufsichtsrecht, europäischem Bankvertragsrecht und Verbraucherschutzrecht, in: WM 1990, p. 165-172.

SCHODERMEIER Marie-Danielle:
- Les droits de l'émetteur d'un virement international manqué par la faute d'une banque intermédiaire (étude comparative), in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 101-108.

SCHOECHLE Sabine:
- La tutela del consumatore di servizi finanziari in Germania, in: RUOZI R. (éd.), La tutela del consumatore di servizi finanziari, Milan 1990, p. 117-194.

SCHÖNLE Herbert:
- *Bank*- und Börsenrecht, 2ème éd., Munich 1976.
- Ort und Zeit bargeldloser *Zahlung*, in: SCHÖNLE H., Droit des obligations et droit bancaire, Etudes, Bâle - Francfort 1995, p. 101-123 (également in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin - New York 1984, p. 817 ss).
- [voir également infra sous II. Droit suisse]

SCHRÖTER Heike:
- Die neuen Bedingungen für ec-Karten, in: ZBB 1995, p. 395-401.

SCHÜRMANN Thomas:
- Haftung im mehrgliedrigen bargeldlosen Zahlungsverkehr, Berlin 1994.

SCHWERER François:
- La notion de *marché* et les échanges interbancaires, in: Banque & Droit, no 49, septembre-octobre 1996, p. 3-7.
- Le statut juridique de la *monnaie unique* pendant la phase transitoire, in: Banque & Droit, no 46, mars-avril 1996, p. 3-7.
- Statut de l'*euro*: un objectif, deux règlements, in: Banque, no 577, janvier 1997, p. 30-33.
- Les *virements* transfrontières: un marché ou un système?, in: RDAI 1996, p. 435-447.

VON DER SEIPEN Christoph:
- The Law Applicable to International Credit Transfers from the German Perspective, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, p. 77-96.

SERVAIS Dominique:
- Un espace financier européen, 4ème éd., Bruxelles - Luxembourg 1995.

SHURMAN Laurence:
- A Fair Banking Code?, Londres 1991.

SIEBELT Johannes:
- Die ECU, in: JuS 1996, p. 6-9.

SIMITIS Konstantin:
- Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?, Baden-Baden 1976.

SIMON Pierre:
- Du billet de banque à la *monnaie* électronique, in: La Revue Banque 1997, p. 62-64.
- Les *paiements* intra-européens, in: La Revue Banque 1992, p. 1100-1102.

SIOUFFI Bernard:
- Utilisation transfrontière des moyens de paiement scripturaux, in: La sécurité économique et juridique du consommateur dans l'Europe de demain, VIes Journées du droit de la consommation, INC Hebdo, no 636 à 639 / 1988, p. 75-77.

SITRUK Hervé:
- Evolution des Systèmes de paiement en Europe et impact du passage à la monnaie Unique, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 11-16.

SMITS René:
- Artikel 106, in: VON DER GROEBEN H. / THIESING J. / EHLERMANN C.-D., Kommentar zum EWG-Vertrag, 4ème éd., Baden-Baden 1991, p. 3040-3061.

SOUSI-ROUBI Blanche:
- *Actualités* européennes en droit bancaire, in: THEVENOZ L. (éd.), Journée 1997 de droit bancaire et financier, Berne 1997, p. 13-44.

- La *Convention* de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires, in: D 1993, Chronique, p. 183-190.
- *Dates de valeur* et règles du jeu communautaires, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 215-218.
- Le droit communautaire de la *concurrence* s'applique-t-il aux commissions interbancaires dans les systèmes de paiement?, in: D 1994, Chronique, p. 197-198.
- *Droit bancaire* européen, Paris 1995.
- Les dispositions communautaires en matière de *cartes*, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1989, p. 87-91.
- La loi applicable aux *contrats* bancaires transfrontaliers après la 2e directive de coordination bancaire, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1990, p. 155-158.

STAUDER Bernd:
- The contractual *relationship*, in: MITCHELL J. (éd.), The Consumer and Financial Services. New Horizons, Londres 1990, p. 60-66.
- Le *contrat* entre l'émetteur des moyens d'accès au système de transfert électronique de fonds et le consommateur, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 219-244 (voir également: Electronic Funds Transfer Contracts And the Consumer, in: Essays on Comparative Commercial and Consumer Law, Papers from the Fourth Biannual Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law - Melbourne août 1988, Littleton 1992, p. 339-364).
- Europäisches *Konsumentenrecht* - eine Einführung, in: BRUNNER A. / REHBINDER M. / STAUDER B. (éd.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR) / Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1995, Berne 1995, p. 75-119.
- Grands traits de la nouvelle *législation allemande* sur le droit des conditions générales des contrats, in: SJ 1978, p. 17-31.
- Kritische Analyse der *Richtlinie* vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, in: KRÄMER L. / MICKLITZ H.-W. / TONNER K. (éd.), Law and diffuse Interests in the European Legal Order / Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Liber amicorum Norbert Reich, Baden-Baden 1997, p. 585-601.
- The *protection* of the economic interests of the consumer, in: MANIET F. / DUNAJ B. (éd.), The scope and objectives of consumer law, Louvain-la-Neuve 1995, p. 45-55.
- Schwerpunkte der Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche *Klauseln* in Verbraucherverträgen, in: STAUDER B. (éd.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen (Fachtagung des Instituts für Europarecht der Universität St. Gallen am 15. Juni 1995 in Zürich), Zurich 1996, p. 11-47.
- Les *services bancaires* "grand public", in: Recueil des cours d'été en droit communautaire de la consommation, Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve 1996, p. 129-142 (chapitre VIII).
- Unfair Contract Terms - The EC-*Directive* 1993, in: MANIET F. / DUNAJ B. (éd.), The Implementation Process of E.U. Directives on Product Safety,

Product Liability and Unfair Contract Terms, Louvain-la-Neuve 1995, p. 9-30.
- [voir également infra sous II. Droit suisse]

STOCKWELL Tony / PETKOVIC Denis:
- The Jack Committe Report on Banking Services: Law and Practice, in: JIBL 1989, p. 134-141.

STORM Susanne:
- Les systèmes électroniques de *paiement* sans carte: protection et responsabilité des consommateurs au Danemark, in: REDC 1995, p. 157-162.
- [MULVAD Susanne:] *Denmark*: The Danish Payment Cards Act of 1984, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 125-174.

STROHDEICHER Carsten:
- Risiken des automatisierten Zahlungsverkehrs beim Einsatz von POS (ECS), Geldautomaten und BTX, Francfort [etc.] 1991.

SUNT Chris:
- Legal Aspects of the Ecu, Londres - Edimbourg 1989.

SYX Dirk:
- Aspects juridiques du *mouvement* électronique de fonds, Bruxelles 1982.
- Le *transfert* électronique de fonds. Le droit hésitant face à une réalité galopante, in: La télématique. Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, tome 2 (Actes du colloque C.R.I.D., Namur 5/6.12.1983), Gand 1984, p. 219-253.

TAUPITZ Jochen:
- *Kreditkartenmissbrauch*: Thesen zur zulässigen Verteilung des Haftungsrisikos in AGB, in: NJW 1996, p. 217-224.
- Zivilrechtliche *Haftung* bei Kreditkartenmissbrauch, Francfort [etc.] 1995.
- Zivilrechtliche Haftungsfragen bei *Kartenmissbrauch* nach österreichischem Recht, in: ÖBA 1997, p. 765-782.

TENREIRO Mario:
- The Community Directive on *Unfair Terms* and National Legal Systems, The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms, in: European Review of Private Law 1995, p. 273-284.
- Protection des intérêts économiques des *consommateurs*, Le droit des contrats, in: Juris-Classeurs (Europe), 1993, fascicule 2011.
- Les *clauses abusives* dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive no 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993), in: Europe, no 5, mai 1993, p. 1-4 (Chronique 5).

THEVENOZ Luc:
- Error and Fraud in Wholesale Funds *Transfers*. U.C.C. Article 4A and the UNCITRAL Harmonization Process, Zurich 1990.
- [voir également infra sous II. Droit suisse]

THOMAS Elisabeth:
- Un distributeur, une carte, des billets..., in: La Revue du Trésor 1993, p. 348-353.

THUNIS Xavier:
- Responsabilité du banquier et *automatisation* des paiements, Namur 1996.
- Responsabilité du banquier et automatisation des instruments de *paiement*. Le paiement par carte, une nouvelle donne?, in: POULET Y. [etc.], Droit de l'informatique: enjeux - nouvelles responsabilités, Bruxelles 1993, p. 321-406.
- La responsabilité dans les réseaux de services à valeur ajoutée: le cas des *transferts* électroniques de fonds, in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1990/2, p. 26-37. (Egalement in: EDV & Recht 1990, p. 132-141, sous le titre: Haftung bei elektronischem Geldtransfer. Eine systematische Betrachtung auf Grundlage des belgischen, französischen und U.S.-amerikanischen Rechts).
- The Second European *Recommendation* Concerning Payment Systems: New Obligations for Card Issuers?, in: JIBL 1992, p. 101-110.
- Systèmes de paiement par *carte*: la sécurité juridique, in: La sécurité économique et juridique du consommateur dans l'Europe de demain, VIes Journées du droit de la consommation, INC Hebdo Nos 636 à 639 / 1988, p. 81-85.
- Tendances récentes de la *responsabilité* des banques dans les opérations de transferts électroniques de fonds, in: RDAI 1991, p. 945-976 (paru également sous le titre: Recent Trends Affecting the Banks' Liability during Electronic Fund Transfer Operations, in: JIBL 1991, p. 297-309).

THUNIS Xavier / SCHAUSS Marc:
- Aspects juridiques du *paiement* par carte, Namur 1988.
- Aspects juridiques des *transferts* électroniques de fonds, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 7-51.

TISON Michel:
- Libre prestation de services et nullité d'opérations bancaires pour défaut d'agrément. Quelles leçons tirer de la jurisprudence?, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 171-179.

TRINQUET Robert:
- Relations entre organismes financiers et *consommateurs* dans un système de paiement étendu à l'ensemble de la Communauté (Exposé à l'"European Finance Symposium" d'Anvers, 4-6.11.1988), in: La Revue Banque 1989, p. 423-435. (Egalement in: Droit de l'Informatique & des télécoms 1989/3, p. 63-70).

- Vers un droit européen des *cartes* de paiement?, in: Droit et Technologies Nouvelles, no 6, avril 1987, p. 8-11.

TROBERG Peter:
- Auf dem Weg zum Europäischen *Währungsrecht*, in: ÖBA 1997, p. 85-93.
- Integration of EEC *Payment* Systems: European Commission Initiatives, in: BANCA D'ITALIA (éd.), Proceedings of the Workshop on Payment System Issues in the Perspective of European Monetary Unification, Rome 1991, p. 285-313.

TROCHU Michel:
- Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive no 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993), in: D 1993, Chronique, p. 315-320.

TROSIEN Jürgen:
- Die Rolle des Bargeldes im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 3-11.

TYREE Alan L.:
- EFT: surveillance, intervention and dispute resolution, in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 257-279.

ULLMO Yves:
- Perspectives d'évolution des moyens de paiement, in: La sécurité économique et juridique du consommateur dans l'Europe de demain, VIes Journées du droit de la consommation, INC Hebdo, no 636 à 639 / 1988, p. 71-74.

ULMER Peter:
- Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: EuZW 1993, p. 337-347.

USHER John A.:
- The Implications of the Single European Market for Banking and Finance: an Overview, in: CRANSTON R. (éd.), The Single Market and the Law of Banking, 2ème éd., Londres 1995, p. 1-23.

VAN AKEN John Cecil:
- Community Regulation on Banking Services, in: REICH N. / VAN AKEN J. C., The Evolution of Community Law on Financial Services, ZERP-Diskussionspapier 1/94, Bremen mars 1994, p. 45-130.

VAN ESCH Rob:
- Payment systems: the EC Commission's Recommendation, in: International Financial Law Review, juillet 1989, p. 29-33.

VAN GERVEN Walter:
- La deuxième directive bancaire et la jurisprudence de la Cour de Justice, in: Revue de la Banque 1991, p. 39-46.

VAN HUFFEL Michel:
- Le champ d'application de l'article 30 du Traité de Rome et les arrêts Keck et Mithouard, Hünermund et Clinique: la nouvelle liberté de la *libre circulation* des marchandises ou «l'enfer, c'est les autres»?, in: REDC 1994, p. 95-113.
- Le panier de la ménagère, le juge et le *droit communautaire* - Conte (ou compte) (a)moral, in: DCCR 1997, p. 270-299.
- Rapprochement des législations, intérêt général et exigences impératives: analyse critique - L'exemple du *droit bancaire* européen, in: REDC 1997, p. 262-287.

VASSEUR Michel:
- Les *aspects juridiques* de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire, in: KLEIN F.-E. (éd.), Zur Europaverträglichkeit im privatrechtlichen Bereich, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bâle 1991, p. 93-132 (également in: RDAI 1991, p. 171-211).
- *Droit* et Economie bancaires. Les opérations de banque (fascicule IV), 4ème éd., Paris 1988-1989.
- *Informations* sur les aspects juridiques des transferts internationaux de fonds par d'autres moyens que les cartes, in: Banque & Droit 1989, p. 61-66.
- Law and Practice of Foreign Funds *Transfers* in France, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, p. 237-266.
- La *loi-type* de la CNUDCI sur les virements internationaux - Brèves observations, in: Banque & Droit 1992, p. 191-198.
- Le *paiement* électronique. Aspects juridiques, in: La Semaine Juridique (J.C.P.) 1985, Doctrine 3206.
- Les principaux articles de la loi-type de la *CNUDCI* sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la Commission de Bruxelles concernant les paiements transfrontaliers, in: RDAI 1993, p. 155-207.
- Les *problèmes juridiques* de l'Europe financière, in: Les données juridiques du marché bancaire européen. 1992 quel droit pour les banques? (Séminaire de direction, 16.3.1988), numéro spécial de la revue Banque & Droit 1988, p. 50-56. (Egalement in: Banque & Droit, septembre 1988, supplément au numéro 486 de La Revue Banque, p. 40-46).
- Les *transferts* internationaux de fonds. La loi type des Nations Unies sur les virements internationaux. Les cartes de débit, in: Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1993 - II, Dordrecht - Boston - Londres 1994, p. 117-405.

VASSEUR Michel / CORNUT Charles:
- Le droit applicable et la solution des litiges en matière de cartes de crédit, in: Mélanges Jean Pardon, Etudes en droit bancaire et financier, Bruxelles 1996, p. 547-562.

VEREECKEN Marc / TROBERG Peter:
- Cross-border payments in the Single Market, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr im Euro-

päischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 139-157.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra:
- L'obligation juridique d'information du consommateur en droit communautaire. Sources, rôle et conséquences. Mémoire de Diplôme d'Etudes Approfondies (DEA) en droit européen, Université de Genève 1996 (non publié).

VIGNERON Philippe / STEINFELD Philippe:
- La Communauté européenne et la libre circulation des capitaux: les nouvelles *dispositions* et leurs implications, in: CDE 1996, p. 401-441.
- La libre circulation des capitaux: du marché commun à l'*union* économique et monétaire, in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1995, p. 19-28.

VISSOL Thierry:
- De l'ÉCU à l'ÉCU, quelques commentaires à propos du traité de *Maastricht*, in: RMC 1992, p. 372-379.
- L'écu dans la phase de *transition* vers l'UEM, in: RMC 1994, p. 425-436.

VOLLRATH Hans-Joachim:
- Die Entgültigkeit bargeldloser Zahlungen, Zivilrechtliche Gestaltungsvorgaben für grenzüberschreitende Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Berlin - New York 1997.

VORPEIL Klaus:
- Code of Practice der britischen Banken, in: RIW 1994, p. 559-562.

VORTMANN Jürgen:
- Aufklärungs- und Beratungspflichten der *Banken*, 4ème éd., Cologne 1997.
- Aufklärungs- und Beratungspflichten bei grenzüberschreitenden *Bankdienstleistungen*, in: WM 1993, p. 581-586.

VROEGOP Johanna:
- Electronic Banking and the Consumer: A Comparison of the New Zealand Code and the U.S. Electronic Fund Transfer Act, in: JBL 1990, p. 88-95.

WAGNER-WIEDUWILT Klaus:
- Das "*Transparenzgebot*" als Angemessenheits voraussetzung im Sinne des § 9 AGBG, in: WM 1989, p. 37-45.

WALDEN Ian:
- European regulation of Internet payment services, in: European Financial Services Law 1997, p. 234-238.

WALKHOFF Henner:
- Die Initiativen der Europäischen Union zur Verbesserung des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs und der Entwurf einer Transparenzrichtlinie der Europäischen Union - Überlegungen aus Sicht der Kreditwirtschaft, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Grenzüber-

schreitender Zahlungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt / Transboundary Payment Transactions in the European Single Market / Transactions financières transfrontières dans le Marché unique européen, Cologne 1997, p. 159-168.

WAND Lothar:
- Aufklärungs- und *Beratungspflichten* im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr, in: WM 1994, p. 8-10.
- Die neuen *Bedingungen* der privaten Banken für ec-Karten und den Scheckverkehr, in: ZIP 1996, p. 214-221.
- Die Zulässigkeit der Erhebung eines isolierten Entgeltes für den *Auslandseinsatz* einer Kreditkarte, in: WM 1996, p. 289-293.

WEATHERILL Stephen:
- The Role of the Informed Consumer in European Community Law and Policy, in: Consum.L.J. 1994, p. 49-69.

WEBER Arnd [ET AL.]:
- Secure International Payment and Information Transfer, Towards a Multi-Currency Electronic Wallet, Franfort 1995.

WEBER Rolf H.:
- Auf dem Weg zu einer einheitlichen *Währung* in Europa, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zurich 1994, p. 379-403.
- Der Kapital- und *Zahlungsverkehr*, in: LENZ C. (éd.), EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, Cologne 1994, p. 328-374.
- Der *Kapital-* und Zahlungsverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, in: recht 1994, p. 156-168.
- Rechtliche Rahmenbedingungen der Europäischen *Währungsunion*, in: WEBER R. H. / HIRSZOWICZ C. (éd.), Perspektiven der Europäischen Währungsunion und die Schweiz, Zurich 1996, p. 33-62.
- [voir également infra sous II. Droit suisse]

WEIL Kurt G. / PUIS Fabienne:
- Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives, in: RIDC 1994, p. 125-140.

WERNER Stefan:
- *Anscheinsbeweis* und Sicherheit des ec-PIN-Systems im Lichte der neueren Rechtsprechung, in: WM 1997, p. 1516-1519.
- Rechtsprobleme des Zahlungsverkehrs im Zusammenhang mit *EDIFACT*, in: WM 1995, p. 1901-1908.

WERNICKE Thomas:
- Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt, Baden-Baden 1996.

WESTERMANN Harm Peter:
- Das Transparenzgebot - ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin - New York 1990, p. 817-832.

GRAF VON WESTPHALEN Friedrich:
- AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz, in: EWS 1993, p. 161-167.

WIDMER Ursula / BÄHLER Konrad:
- Rechtsfragen beim Electronic Commerce, Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, Zurich 1997.

WILHELMSSON Thomas:
- La proposition de directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs - une perspective nordique, in: REDC 1992, p. 59-76.

WIMMER-LEONHARDT Susanne:
- Die Haftung gegenüber den Bankkunden im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, Baden-Baden 1996.

WITZ Claude:
- Les dates de valeur en droit allemand, Tempête autour de trois arrêts de la Cour fédérale de justice (1989, 1991, 1993), in: Revue de droit bancaire et de la bourse 1994, p. 221-225.

WOLF Manfred:
- Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt. Auswirkungen der II. EG-Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte, in: WM 1990, p. 1941-1952.

WOLF Manfred / HORN Norbert / LINDACHER Walter F.:
- AGB-Gesetz, Kommentar, 3ème éd., Munich 1994.

WOLF Manfred / UNGEHEUER Christina:
- Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: JZ 1995, p. 77-85 (Teil 1) et 176-188 (Teil 2).

WORTHINGTON Steve / MITCHELL Jeremy:
- Consumer redress and cross-border payments in the EC, in: Consumer Policy Review 1993, p. 98-102.

WRIGHT Claude:
- La *normalisation* bancaire européenne et l'automatisation des moyens de paiement transfrontaliers classiques, in: ECU, no 33, 1995/IV (systèmes de paiement intra-européens: le chantier), p. 34-37.
- *Paiements* transfrontières: point de vue de l'organisateur, in: Banque, no 544, janvier 1994, p. 68-69.

ZÄCH Roger / WEBER Urs M.:
- Die Entwicklung des freien Kapitalverkehrs im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zurich 1994, p. 405-420.

ZAVVOS George S.:
- Towards a European Banking Act, in: CML Rev. 1988, p. 263-289.

II. Droit suisse (y compris aspects de droit comparé)

ABEGGLEN Sandro:
- Die *Aufklärungspflichten* in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, Stuttgart [etc.] 1995, p. 89-116.
- Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im *Bankgeschäft*, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, thèse Berne, Berne 1995.

ALBISETTI Emilio / GSELL Max / NYFFELER Paul:
- Bankgeschäfte, 4ème éd., Zurich 1990.

ALBRECHT Franz-Josef:
- Konsumerismus und Konsumenteninformation, Eine kritische Analyse der Konsumenteninformation als verbraucherpolitisches Instrument, thèse St. Gall, Zurich 1979.

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB):
- Banken im Wettbewerb / Les *banques* et la concurrence, Bâle 1989.
- *Rapport* annuel *1988/89*.
- *Rapport* annuel *1989/90*.
- *Rapport* annuel *1990/91*.
- *Rapport* annuel *1991/92*.
- *Rapport* annuel *1992/93*.
- *Rapport* annuel *1993/94*..
- *Rapport* annuel *1994/95*.
- *Rapport* annuel *1995/96*.
- *Rapport* annuel *1996/97*.
- L'*Union* monétaire européenne et la Suisse, Rapport d'un groupe de travail de l'Association suisse des banquiers, janvier 1996.

BAUDENBACHER Carl:
- AGB-Kontrolle: Aus dem Westen nichts Neues, *Bemerkungen* zu BGE 119 II 443 = Pra. 83/1994 Nr. 229, in: RSDA 1996, p. 83-84.
- Ansätze zu einer *AGB-Kontrolle* im schweizerischen Recht, in: BAUDENBACHER C. [etc.], AGB - Eine Zwischenbilanz, St. Gall - Berlin 1991, p. 17-65.
- Braucht die Schweiz ein *AGB-Gesetz*?, in: RJB 1987, p. 505-531.

- Die *Rechtslage* in der Schweiz, in: STAUDER B. (éd.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen (Fachtagung des Instituts für Europarecht der Universität St. Gallen am 15. Juni 1995 in Zürich), Zurich 1996, p. 1-10.
- «Was soll noch *Art. 8* UWG?» / «Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?» [DESSEMONTET F., SPOENDLIN K., etc.], in: SAS 1987, p. 114-115.
- Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche *Grundprobleme* der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zurich 1983.

BILLOTTE-TONGUE Imogen:
- Aspects juridiques du virement bancaire. Implications des développements informatiques, Zurich 1992.

BISCHOFF Jacques:
- Tatsächliche Bedeutung und rechtliche Regelung des grenzüberschreitenden *Zahlungsverkehr*s in der Schweiz, in: HADDING W. / SCHNEIDER U. (éd.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, Berlin 1992, p. 343-369.
- [voir également supra sous I. Droit européen, etc.]

BONZANIGO Rocco:
- L'Ombudsman delle banche, in: BORGHI M. / HERTIG G. / NOBEL P., Aspetti civilistici del diritto bancario, Lugano 1993, p. 71-75.

BRANDENBERG BRANDL Beatrice:
- Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht, St. Gall 1991.

BRUNNER Alexander:
- *Art. 114* et *Art. 120* LDIP, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Bâle - Francfort 1996.
- Der *Konsumentenvertrag* im schweizerischen Recht, in: AJP 1992, p. 591-605.
- Zugang zum Recht als *Konsumentenrecht* im Binnenmarkt Schweiz, in: BRUNNER A. / REHBINDER M. / STAUDER B. (éd.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR) / Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1996, Berne 1996, p. 157-177.

BUCHER Andreas:
- Droit international privé suisse, Tome I/2: Partie générale - Droit applicable, Bâle - Francfort 1995.

BUCHER Eugen:
- *Schadensallokation* bei schuldlosen Fehlvergütungen einer Bank, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? Andere Zeiten, aber immer noch die alten Sitten!, in: NOBEL P. (éd.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz (Weiterbildungsstufe HSG 1996), Berne 1997, p. 41-53.
- Schweizerisches *Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 2ème éd., Zurich 1988.

- Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des *Risikos* betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, in: recht 1984, p. 97-104.
- Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den *AGB* der Banken, in: recht 1997, p. 41-56.

BUOL Martina:
- Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zurich 1996.

CHAPPUIS Christine:
- Jurisprudence civile récente, in: THEVENOZ L. (éd.), Journée 1996 de droit bancaire et financier, Berne 1996, p. 139-162.

CHAUDET François:
- L'obligation de diligence du banquier en droit privé, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes 1/1994, p. 1-114.

VON DER CRONE Hans Caspar:
- Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS), Zurich 1988.

DERENDINGER Peter:
- Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2ème éd., Fribourg 1990.

DESCHENAUX Henri:
- Le titre préliminaire du Code civil, in: Traité de droit privé suisse, Tome II/1, Fribourg 1969.

DESSEMONTET François:
- Le *contrôle* judiciaire des conditions générales, in: La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale (Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 mars 1988, à l'Université de Lausanne), Lausanne 1988, p. 57-87.
- «Was soll noch *Art. 8* UWG?» / «Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?» [DESSEMONTET F., SPOENDLIN K., etc.], in: SAS 1987, p. 109-112.

DOHM Jürgen:
- La libéralisation des activités bancaires dans la CEE: le rôle continu du droit international privé, in: STAUDER B. (éd.), Liberalization and Regulatory Reform in the Field of Banking Services in Europe: The Swiss Consumer's Point of View / Libéralisation des services financiers bancaires en Europe: Le point de vue du consommateur suisse (Actes du Colloque C.E.J.E., Genève juin 1989), Zurich 1989, p. 145-161.

DUTOIT Bernard:
- Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2ème éd., Bâle - Francfort 1997.

EMCH Urs [ET AL.]:
- Le monde et la pratique bancaires suisses, tome II: Les opérations, Lausanne 1995.

ENGEL Pierre:
- *Contrats* de droit suisse, Berne 1992.
- *Traité* des obligations en droit suisse, 2ème éd., Berne 1997.

FAVRE-BULLE Xavier:
- L'article *31 sexies* de la Constitution fédérale - Bilan de plus de onze ans de protection des consommateurs, in: AJP 1993, p. 265-277.
- L'évolution du droit des *contrats* de prestation de service, in: RDS 1991 I, p. 351-380.
- *Note* de jurisprudence (Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, 5 août 1993, A. SA c. S. = ATF 119 II 443), in: SJ 1994, p. 644-652.
- Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des *clauses abusives*, in: WIDMER P. / COTTIER B. (éd.), Abus de droit et bonne foi (Enseignement de 3e cycle de droit 1992), Fribourg 1994, p. 139-179.
- [voir également supra sous I. Droit européen, etc.]

FELLMANN Walter:
- Das Obligationenrecht, Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Berner Kommentar VI/2.4, Berne 1992.

FORSTMOSER Peter:
- Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz - Eine Standortbestimmung, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zurich 1982, p. 23-58.

GAUCH Peter:
- Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» - Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, in: DC 1987, p. 51-60.

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R.:
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6ème éd., Zurich 1995.

GAUTSCHI Georg:
- Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), 3ème éd., Berner Kommentar VI/2.4, Berne 1971.

GIGER Hans:
- Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zurich 1983.

GILLIERON Pierre-Robert:
- La *protection* du faible dans les contrats, in: RDS 1979 I, p. 233-266.
- Les voies et moyens dont dispose le juge pour combattre les abus ou les excès dans l'emploi et l'application des *conditions générales*, in: SAS 1987, p. 89-98.

- «Was soll noch *Art. 8* UWG?» / «Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?» [DESSEMONTET F., SPOENDLIN K., etc.], in: SAS 1987, p. 113-114.

GOETZ Stefan:
- Das internationale Kreditkartenverfahren, Bâle - Francfort 1992.

GONZENBACH Rainer:
- Konsumenten-AGB und kein Ende - oder doch?, in: recht 1993, p. 28-30.

GUGGENHEIM Daniel:
- Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3ème éd., Zurich 1986.

GUHL Theo:
- Das Schweizerische Obligationenrecht, 8ème éd., Zurich 1991 (cité: GUHL/MERZ/KOLLER pour les §§ 1-48).

GUTMANS Alexander:
- Die Warnpflicht des Bankkunden bei verspätet ausgeführten Zahlungsaufträgen (Art. 7 Muster-AGB der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 19. Januar 1966), in: AJP 1995, p. 1395-1402.

GUYET Jaques:
- Les *conditions* générales, les conditions commerciales "abusives" et l'art. 8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, in: Mélanges Assista, Genève 1989, p. 47-68.
- Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 *UWG*) (traduction MADAY D.), in: VON BÜREN R. / DAVID L. (éd.), Lauterkeitsrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/1, Bâle - Francfort 1994, p. 167-206 [2ème éd., 1998: à paraître].

HARDEGGER Ida:
- Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Berne - Stuttgart 1991.

HEINI Daniel:
- Rechtsprobleme der bargeldlosen Zahlung, insbesondere zur Frage der Rechtzeitigkeit und der Möglichkeit des Widerrufs, Zurich 1991.

HERTIG Gérard:
- *Droit bancaire* et boursier (y compris la circulation des capitaux), in: SCHINDLER D. [et al.] (éd.), Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts / Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, Zurich 1990, p. 419-460.
- «Was soll noch *Art. 8* UWG?» / «Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?» [DESSEMONTET F., SPOENDLIN K., etc.], in: SAS 1987, p. 115-116.

HESS Martin:
- Bargeldlose *Überweisung* mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen - Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?, in: recht 1996, p. 144-155.

- Rechtliche Aspekte der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrssystems Swiss Interbank Clearing (*SIC*), in: RSDA 1991, p. 101-116.
- *Switzerland*, in: EFFROS R. (éd.), Payment Systems of the World, New York - Londres - Rome 1994, p. 305-342.

HOFSTETTER Josef:
- Le mandat et la gestion d'affaires, in: Traité de droit privé suisse VII/2/1, Fribourg 1994.

HONSELL Heinrich:
- Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 4ème éd., Berne 1997.

HUGUENIN JACOBS Claire:
- Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: recht 1995, p. 85-95.

JÄGGI Peter:
- Kommentar zu den Art. 1-17, in: SCHÖNENBERGER W. / JÄGGI P., Obligationenrecht, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.1a, 3ème éd., Zurich 1973.

JÄGGI Peter / GAUCH Peter:
- Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 18 OR, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.1b, 3ème éd., Zurich 1980.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle:
- Convention de *Lugano* et contentieux bancaire, in: THEVENOZ L. (éd.), Journée 1995 de droit bancaire et financier, Berne 1995, p. 55-89.
- Le droit international privé des *contrats*: la Suisse face à l'Europe, in: SJ 1992, p. 257-278.

KELLER Max / KREN KOSTKIEWICZ Jolanta:
- Art. 114 et Art. 120 LDIP, in: HEINI A. [et al.] (éd.), IPRG Kommentar, Zurich 1993.

KILGUS Sabine:
- Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB, Zurich 1988.

KLEINER Beat:
- Bankkonto-*Giro*-und Kontokorrentvertrag, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich 1988, p. 273-284.
- Bankkonto und elektronische *Transaktionen*, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 715-725.
- Gefälschte *Unterschriften* im Kontoverkehr: Wer «haftet»?, in: L'Expert-comptable suisse 1986, p. 312-314.
- Internationales *Devisen*-Schuldrecht, Zurich 1985.

KNOEPFLER François / SCHWEIZER Philippe:
- Droit international privé suisse, 2ème éd., Berne 1995.

KOLLER Alfred:
- Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zurich 1980.

KOLLER Thomas:
- Die *Anweisung* (Art. 466-471 OR), in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2ème éd., Bâle - Francfort 1996.
- Der *Widerruf* einer Anweisung und seine Folgen - Bemerkungen zu einem für den Zahlungsverkehr wichtigen Bundesgerichtsurteil (BGE 121 III 109 ff.), in: RJB 1995, p. 797-802.

KOLLER-TUMLER Marlis:
- Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes, Berne 1995.

KRAMER Ernst A.:
- Allgemeine Geschäftsbedingungen: *Status quo*, Zukunftsperspektiven, in: RSJ 1985, p. 17-25, 33-39.
- Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu *Art. 1* und 2 OR, in: KRAMER E. / SCHMIDLIN B., Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar VI/1.1, Berne 1986.
- Kommentar zu *Art. 18* OR, in: KRAMER E. / SCHMIDLIN B., Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar VI/1.1, Berne 1986.
- Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Kommentar zu *Art. 19-22* OR, Berner Kommentar VI/1.2 (1a), Berne 1991.

LAUER Jürgen:
- Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Berne 1983.

LEHMANN Gerd D.:
- Zahlungsverkehr der Banken, 2ème éd., Zurich 1992.

LINDER Daniel:
- Das UWG als Ansatz des Konsumentenschutzes - Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts im Hinblick auf den Schutz von Konsumenteninteressen?, Zurich 1994.

MAURENBRECHER Benedikt:
- Die Vereinbarung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Rahmenvereinbarung und Geschäftsverbindungs-vertrag, in: RDS 1990 I, p. 173-210.

MERZ Hans:
- Le *contrôle* judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, in: SJ 1975, p. 193-208.
- Droit des *obligations*, Partie générale (Traduction GIOVANNONI P.), in: Traité de droit privé suisse VI/1, Fribourg 1993.
- *Massenvertrag* und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 137-161.
- *Vertrag* und Vertragsschluss, 2ème éd., Fribourg 1992.

MÜLBERT Peter O.:
- Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-Kontrolle, in: AJP 1995, p. 723-732.

NEUMAYER Karl H.:
- Les *conditions générales* des contrats - contrats d'adhésion, in: Recueil des travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Bâle 1970, p. 153-167.
- Zu *Art. 8* des neuen UWG - Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 727-741.

NORDMANN Philippe:
- Le contrat d'adhésion - abus et remèdes, Lausanne 1974.

OBERSON Pierre-André:
- Les moyens électroniques de paiement orientés vers le particulier. L'exemple du système Eurocheque, thèse Lausanne, Tolochenaz 1994.

PATOCCHI Paolo Michele / GEISINGER Elliott:
- Code de droit international privé suisse annoté, Lausanne 1995.

PEDRAZZINI Mario M.:
- Unlauterer Wettbewerb UWG, Berne 1992.

PERRIN Jean-François:
- La *limitation* de la responsabilité contractuelle en droit suisse, in: SJ 1973, p. 209-218.
- La *validité* des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Bâle 1976, p. 65-79.

PETITPIERRE-SAUVAIN Anne:
- Le chèque (I et II), FJS no 721 et 722.

REHBINDER Manfred:
- Konsumentenschutz im schweizerischen Recht, in: recht 1990, p. 129-134.

RHINOW René:
- Art. 31 sexies, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bâle - Zurich - Berne (état: juin 1988).

RÜEGG Erich:
- Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Fribourg 1990.

SACK Rolf:
- Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, in: BAUDENBACHER C. (éd.), Das UWG auf neuer Grundlage, Berne - Stuttgart 1989, p. 113-159.

SCHENK-ENGELER Suzanne:
- Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen - Ihre Bedeutung für das schweizerische Recht, thèse St. Gall, Bamberg 1993.

SCHMELZER Mikael:
- Der Konsumentenvertrag, Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung, Coire - Zurich 1995.

SCHMID Jörg:
- Der EG-*Richtlinienvorschlag* über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz, in: TERCIER P. / VOLKEN P. / MICHEL N. (éd.), Aspects du droit européen / Beiträge zum europäischen Recht, Hommage offert à la Société suisse des juristes à l'occasion de son assemblée générale 1993 par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, Fribourg 1993, p. 243 - 259.
- *Klauselkatalog* der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: STAUDER B. (éd.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen (Fachtagung des Instituts für Europarecht der Universität St. Gallen am 15. Juni 1995 in Zürich), Zurich 1996, p. 49-82.

SCHMID Stefan J.:
- Die Geschäftsbeziehung im schweizerischen Bankvertragsrecht, Berne - Stuttgart - Vienne 1994.

SCHMITZ Hans-Jürgen:
- Analyse der Sicherheitsprobleme beim EFTPOS (Diplomarbeit HSG), Berne 1989.

SCHNYDER Anton K.:
- Das neue IPR-Gesetz, 2ème éd., Zurich 1990.

SCHÖNLE Herbert:
- Obligationenrecht, *Kauf* und Schenkung, Art. 184-191 OR, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.2a, 3ème éd., Zurich 1993.
- Rapport suisse, in: La *bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (Journées louisianaises), tome XLIII 1992, Paris 1994, p. 193-213 (également in: SCHÖNLE H., Droit des obligations et droit bancaire, Etudes, Bâle - Francfort 1995, p. 29 ss).

- La responsabilité des banques pour *renseignements* financiers inexacts, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 387-410 (également in: SCHÖNLE H., Droit des obligations et droit bancaire, Etudes, Bâle - Francfort 1995, p. 219 ss).
- La *responsabilité* des banques et de leurs clients en cas d'utilisation abusive et frauduleuse des nouveaux moyens électroniques de paiement et de mauvais fonctionnement du système automatisé d'opérations bancaires, in: STAUDER B. (éd.), Les nouveaux moyens électroniques de paiement, Lausanne 1986, p. 65-104. (Egalement in: Diritto della banca e del mercato finanziario 1990, p. 180-222).
- [voir également supra sous I. Droit européen, etc.]

SCHRANER Marius:
- Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-83 OR, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.1e (Erste Lieferung), 3ème éd., Zurich 1991.

SCHWAIBOLD Matthias:
- Ausgewählte *AGB* der Banken, in: BAUDENBACHER C. [etc.], AGB - Eine Zwischenbilanz, St. Gall - Berlin 1991, p. 223-251.
- *Rechtsprechungschronik* 1996, in: NOBEL P. (éd.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz (Weiterbildungsstufe HSG 1996), Berne 1997, p. 55-69.

SCHWARZ Jörg:
- Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Auswirkungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglemente und Formularverträge der Schweizer Banken, in: STAUDER B. (éd.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen (Fachtagung des Instituts für Europarecht der Universität St. Gallen am 15. Juni 1995 in Zürich), Zurich 1996, p. 127-175.

SPIRO Karl:
- Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Berne 1984.

SPOENDLIN Kaspar:
- «Was soll noch Art. 8 UWG?» / «Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?» [DESSEMONTET F., SPOENDLIN K., etc.], in: SAS 1987, p. 112-113.

STAUDER Bernd:
- *Droit de la consommation*, in: SCHINDLER D. [et al.] (éd.), Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts / Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, Zurich 1990, p. 179-221.
- Die AGB der *Reiseveranstalter*, in: BAUDENBACHER C. [etc.], AGB - Eine Zwischenbilanz, St. Gall- Berlin 1991, p. 139-222.
- Die AGB-*Verbandsklage* nach dem UWG-Entwurf, in: GILLIARD F. [etc.], Konsumentenschutz - wie weiter? / Défense des consommateurs: Quel progrès? Berne 1985, p. 73-91.

- Les *clauses abusives* en droit suisse. Situation actuelle et perspectives, in: REDC 1991, p. 82-95.
- *Droit suisse*, in: GHESTIN J. (éd.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, Paris 1991, p. 95-133.
- La *libéralisation* des activités bancaires transfrontières. Le point de vue du consommateur suisse, in: STAUDER B. (éd.), Liberalization and Regulatory Reform in the Field of Banking Services in Europe: The Swiss Consumer's Point of View / Libéralisation des services financiers bancaires en Europe: Le point de vue du consommateur suisse (Actes du Colloque C.E.J.E., Genève juin 1989), Zurich 1989, p. 121-143.
- *Pacta sunt servanda* et le droit de repentir des consommateurs, in: SJ 1982, p. 481-500.
- [voir également supra sous I. Droit européen, etc.]

STEINMANN Markus:
- Kundenidentifikation durch Code und ihre rechtliche Bedeutung im Bankwesen, Zurich 1994.

STOCKAR Conrad H.:
- Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Bâle 1971.

TERCIER Pierre:
- Les contrats spéciaux, 2ème éd., Zurich 1995.

TEVINI DU PASQUIER Silvia:
- Le crédit documentaire en droit suisse, Bâle-Francfort 1990.

THALMANN Christian:
- Die Bedeutung Allgemeiner *Geschäftsbedingungen* im schweizerischen Bankverkehr, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zurich 1982, p. 125-160.
- Die privatrechtliche *Haftung* der Bank für fehlende Sorgfalt bei der Abwicklung von Bankgeschäften, in: WIEGAND W. (éd.), Konsequenzen aus der Krise, Berner Bankrechtstag 1995, Berne 1995, p. 75-92.
- Die *Rechtzeitigkeit* von Überweisungen und Einzahlungen auf ein Bank- oder Postcheckkonto des Gläubigers, in: RSDA 1990, p. 257-265.
- Die *Sorgfaltspflicht* der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, in: Rapports et communications de la Société suisse des juristes 2/1994, p. 115-248.
- Überlegungen zur Haftung der Bank für indirekten Schaden aus *Verspätungen* im Zahlungsverkehr, in: VON GRAFFENRIED R. (éd.), Beiträge zum Schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, p. 161-177.

THEVENOZ Luc:
- Le *banquier*, son client et l'ordinateur, Réflexions sur la prestation de services en masse, in: SJ 1993, p. 17-52.
- Le droit suisse des contrats face à la *monnaie* unique, in: THEVENOZ L. (éd.); Journée 1996 de droit bancaire et financier, Berne 1996, p. 17-63.

- La monnaie unique et les pays *tiers*: un point de vue suisse, in: RDAI 1997, p. 275-317.
- [voir également supra sous I. Droit européen, etc.]

THEVENOZ Luc / ZULAUF Urs:
- Droit bancaire et financier 1995 (*BF 95*), Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, fonds de placement et marchés financiers en Suisse, Zurich 1995.
- Droit bancaire et financier 1997 (*BF 97*), Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, fonds de placement et marchés financiers en Suisse, Zurich 1997.

TOLLER Marco:
- Schuldrechtliche Folgen der Verletzung von Art. 8 UWG, in: KELLERHALS A. (éd.), Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, Zur Emeritierung von Walter R. Schluep, Zurich 1995, p. 51-72.

VON TUHR Andreas / ESCHER Arnold:
- Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tome II, 3ème éd., Zurich 1974.

VON TUHR Andreas / PETER Hans:
- Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tome I, 3ème éd., Zurich 1974/1979.

VON TUHR Andreas / PETER Hans / ESCHER Arnold:
- Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplement, Zurich 1984.

VISCHER Frank:
- «Was soll noch *Art. 8* UWG?» / «Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?» [DESSEMONTET F., SPOENDLIN K., etc.], in: SAS 1987, p. 116-117.

WAHRENBERGER André:
- Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Zurich 1992.

WALDER Richard:
- Die Wertkarte der Banken, Neues System «CASH» als weiterer Schritt zur Bargeld-Substitution, in: L'Expert-comptable suisse 1996, p. 795-798.

WALTER Hans Peter:
- Vertauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: RJB 1996, p. 273-295.

WEBER Rolf H.:
- Allgemeine *Geschäftsbedingungen* der Banken - zum Problem einer Grenzziehung, in: SAS 1984, p. 150-159.

- Der *Auftrag* (Art. 394-406 OR), in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2ème éd., Bâle - Francfort 1996.
- Ausmass und Grenzen des *Informationsflusses* im Auftragsrecht: zu den BGE vom 23.3.1993 und 119 Nr. 45, in: p. 692-698.
- Deregulierung und *Konsumentenschutz* - Grundlagen, in: BRUNNER A. / REHBINDER M. / STAUDER B. (éd.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR) / Annuaire de droit suisse de la consommation (ADC) 1996, Berne 1996, p. 13-78.
- Erhöhtes *Haftungsrisiko* für Banken?, in: L'Expert-comptable suisse 1987, p. 387-390.
- Europarechtliche Aspekte des schweischerischen *Kapitalmarktrechts*, in: ZOBL D. (éd.), Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts, Zurich 1996, p. 97-129.
- *Fremdwährungsschulden* in der Praxis, in: BJM 1983, p. 105-131.
- Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter *Zahlungsaufträge*, in: RSJ 1985, p. 85-90.
- Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Kommentar zu Art. 68-96 OR, *Berner Kommentar* VI/1.4, Berne 1983.
- Praxis zum *Auftragsrecht* und zu den besonderen Auftragsarten, Berne 1990.
- Probleme bei der bargeldlosen Erfüllung von *Geldschulden*, in: RSJ 1982, p. 137-145.
- [voir également supra sous I. Droit européen, etc.]

WEBER-STECHER Urs M.:
- Internationales Konsumvertragsrecht. Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB), Zurich 1997.

WERRO Franz:
- Le mandat et ses effets, Fribourg 1993.

WESSNER Pierre:
- Le *consommateur* final face aux contrats d'adhésion: le dispositif - insuffisant - de la protection civile, in: GILLIARD F. [etc.], Konsumentenschutz - wie weiter? / Défense des consommateurs: Quel progrès? Berne 1985, p. 57-72.
- Les *contrats* d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible?, in: RDS 1986 I, p. 161-193.

WETTSTEIN Peter M.:
- Home Banking, Zurich 1989.

WIEGAND Wolfgang:
- *Art. 97-109* OR, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 2ème éd., Bâle - Francfort 1996.
- Die *Leistungsstörungen*, 2. Teil, in: recht 1984, p. 13-22.
- Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der *AGB*-Problematik, in: WIEGAND W. (éd.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Berne 1994, p. 129-158.

ZEIDLER Sven-Erik:
- Risikotragung und Haftung im Videotex-Telebanking, Berne 1991.

III. Textes officiels (principales lois, rapports, codes de conduite, etc.):

UNION EUROPÉENNE [UE]:

CONSEIL

- Directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, in: JOCE L 43 du 14.2.1997, p. 25-31.
- Position commune (CE) no 32/95 arrêtée par le Conseil le 4 décembre 1995 en vue de l'adoption de la directive 95/.../CE du Parlement européen et du Conseil, du ..., concernant les virements transfrontaliers, in: JOCE C 353 du 30.12.1995, p. 52-61.

- Position commune (CE) no 43/97 arrêtée par le Conseil le 13 octobre 1997 en vue de l'adoption de la directive 97/ /CE du Parlement européen et du Conseil, du ..., concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, in: JOCE C 375 du 10.12.1997, p. 34-47.

- Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, in: JOCE L 95 du 21.4.1993, p. 29-34.

- Règlement (CE) no 1103/97 du 17 juin 1997 fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, in: JOCE no L 162 du 19.6.1997, p. 1-3.
- Résolution du Conseil du 7 juillet 1997 relative au cadre juridique de l'introduction de l'euro, avec en annexe: Projet de règlement (CE) no .../97 du ... concernant l'introduction de l'euro, in: JOCE no C 236 du 2.8.1997, p. 7-12.

- Position commune (CE) no 48/97 arrêtée par le Conseil le 30 octobre 1997 en vue de l'adoption de la directive 97/.../CE du Parlement européen et du Conseil du ... relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, in: JOCE C 389 du 22.12.1997, p. 51-57.

- Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un *programme préliminaire* de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, in: JOCE C 92 du 25.4.1975, p. 1-7.
- Résolution du Conseil du 19 mai 1981 concernant un *deuxième programme* de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, in: JOCE C 133 du 3.6.1981, p. 1-12.

- Résolution du Conseil du 23 juin 1986 concernant les futures *orientations* de la politique de la Communauté économique européenne pour la protection et la promotion des intérêts des consommateurs, in: JOCE C 167 du 5.7.1986, p. 1-2.
- Résolution du Conseil du 9 novembre 1989 sur les priorités futures pour la *relance* de la politique de protection des consommateurs, in: JOCE C 294 du 22.11.1989, p. 1-3.
- Résolution du Conseil du 13 juillet 1992 concernant les priorités futures pour le *développement* de la politique de protection des consommateurs, in: JOCE C 186 du 23.7.1992, p. 1-3.

COMMISSION

- Tout *atout* pour l'Europe: Les nouvelles cartes de paiement, COM (86) 754 final, 12.1.1987.
- *Recommandation* de la Commission du 8 décembre 1987 portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique (Relations entre institutions financières, commerçants-prestataires de services et consommateurs) (*87/598/CEE*), in: JOCE L 365 du 24.12.1987, p. 72-76.

- *Recommandation* de la Commission du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes (*88/590/CEE*), in: JOCE L 317 du 24.11.1988, p. 55-58.
- Nouveaux *moyens de paiement* et autres services financiers offerts aux consommateurs. Note d'information, no P - 110, COM(88) 427, 21.9.1988.

- *Recommandation* de la Commission du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières (*90/109/CEE*), in: JOCE L 67 du 15.3.1990, p. 39-43.

- *Les paiements* dans le marché intérieur européen (Document de discussion), COM(90) 447 final, 26.9.1990.
- Making *Payments* in the Internal Market, XV/31/91, 19.3.1991.
- Faciliter les *paiements transfrontaliers*: éliminer les barrières (Document de travail), SEC (92) 621 final, 27.3.1992.
- Faciliter les paiements transfrontaliers: éliminer les barrières (Documents de référence), XV/0105/92:
    - Rapport du Groupe de développement technique des systèmes de paiement (*PSTDG*)
    - Rapport du Groupe de liaison des utilisateurs des systèmes de paiement (*PSULG*)
- *Transferts* de fonds dans l'UE: transparence, qualité d'exécution et stabilité (Communication au Parlement européen, au Conseil de l'Union européenne, à l'Institut monétaire européen et au Comité économique et social; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les virements transfrontaliers; Projet de communication relative à l'application des règles de concurrence de la CE aux systèmes de virement transfrontalier), COM(94) 436 final, 18.11.1994.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les virements transfrontaliers, in: JOCE C 360 du 17.12.1994, p. 13-17.
- Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur les virements intérieurs à l'UE, *COM(95) 264 final*, 6.6.1995.
- Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur les virements intérieurs à l'Union européenne, in: JOCE C 199 du 3.8.1995, p. 16-26.
- Avis de la Commission conformément à l'article 189 B, paragraphe 2, alinéa d) du traité CE, sur les amendements du Parlement européen à la position commune du Conseil concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les virements transfrontaliers, *COM(96) 172 final*, 19.4.1996.

- *Recommandation* de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire (*97/489/CE*) , in: JOCE L 208 du 2.8.1997, p. 52-58.
- Accroître la confiance de la clientèle dans les *moyens électroniques de paiement* dans le cadre du marché unique, COM(97) 353 final, 9.7.1997.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la finalité du règlement et les garanties, in: JOCE C 207 du 18.7.1996, p. 13-16.
- Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le caractère définitif du règlement et les garanties, in: JOCE C 259 du 26.8.1997, p. 6-10.

- Une initiative européenne dans le domaine du *commerce électronique*, COM(97) 157 final, 16.4.1997.

- Lever les obstacles juridiques à l'usage de l'*écu*, Livre blanc de la Commision à l'attention du Conseil, SEC(92) 2472 final, 23.12.1992.
- *Recommandation* de la Commission du 19 avril 1994 concernant le statut juridique de l'écu et des contrats libellés en écus dans la perspective de l'instauration de la monnaie unique européenne (*94/284/CE*), in: JOCE L 121 du 12.5.1994, p. 43-44.
- Livre vert sur les modalités de passage à la *monnaie* unique, COM(95) 333 final, 31.5.1995.

- Livre vert sur l'accès des consommateurs à la *justice* et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique, COM(93) 576 final, 16.11.1993.
- Plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des *litiges* de consommation dans le marché intérieur, COM(96) 13 final, 14.2.1996.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, in: JOCE C 107 du 13.4.1996, p. 3-5.
- Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, in: JOCE C 80 du 13.3.1997, p. 10-17.

- L'achèvement du marché intérieur. *Livre blanc* de la Commission à l'intention du Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985), COM(85) 310 final, 14.6.1985.

- Nouvelle *impulsion* pour la politique de protection des consommateurs, COM(85) 314 final, 27.6.1985.
- *Plan d'action* triennal pour la politique de protection des consommateurs dans la CEE (*1990-1992*), COM(90) 98 final, 3.5.1990.
- Politique des consommateurs, Deuxième *plan d'action* triennal de la Commission *(1993-1995)*, Mettre le marché unique au service des consommateurs européens, COM(93) 378 final, 28.7.1993.
- *Priorités* pour la politique des consommateurs 1996-1998, COM(95) 519 final, 31.10.1995.

- *Services financiers*: répondre aux attentes des consommateurs (Livre vert), COM(96) 209 final, 22.5.1996.
- Services financiers: renforcer la *confiance* des consommateurs. Suites données au Livre vert intitulé "Services financiers: répondre aux attentes des consommateurs", COM(97) 309 final, 26.6.1997.

- *Projet de communication* de la Commission: Liberté de prestation de services et *intérêt général* dans la deuxième directive bancaire, in: JOCE C 291 du 4.11.1995, p. 7-20.
- *Communication interprétative* de la Commission: Liberté de prestation de services et *intérêt général* dans la deuxième directive bancaire, in: JOCE C 209 du 10.7.1997, p. 6-22.
- Communication interprétative de la Commission concernant la libre circulation transfrontière des *services*, in: JOCE C 334 du 9.12.1993, p. 3-6.

- Décision de la Commission du 10 décembre 1984 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30/717 - Eurochèques uniformes), in: JOCE L 35 du 7.2.1985, p. 43-53.
- Décision de la Commission du 25 mars 1992 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.717-A - Eurocheque: accord d'Helsinki), in: JOCE L 95 du 9.4.1992, p. 50-67.
- Projet de communication relative à l'application des règles de concurrence de la Communauté européenne aux systèmes de virements transfrontalier, in: JOCE C 322 du 19.11.1994, p. 7-10.
- Communication relative à l'application des règles de *concurrence* de la Communauté européenne aux systèmes de virements transfrontaliers, in: JOCE C 251 du 27.9.1995, p. 3-10.

PARLEMENT EUROPÉEN

- Avis sur le document de discussion "Les paiements dans le Marché intérieur européen", in: JOCE C 120 du 6.5.1991, p. 17-22.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les virements transfrontaliers (1ère lecture, 19.5.1995), in: JOCE C 151 du 19.6.1995, p. 370-375.

- Décision concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant les virements transfrontaliers (2ème lecture, 13.3.1996), in: JOCE C 96 du 1.4.1996, p. 74-77.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la finalité du règlement et les garanties (1ère lecture, 9.4.1997), in: JOCE C 132 du 28.4.1997, p. 74-79.

- Résolution relative au système des paiements dans le cadre de l'Union économique et monétaire (A3-0029/93), in: JOCE C 72 du 15.3.1993, p. 153-158.
- Résolution sur les mesures facilitant les paiements transfrontaliers dans le marché intérieur (A3-0028/93), in: JOCE C 72 du 15.3.1993, p. 158-159.
- Résolution sur l'extension de l'usage de l'Ecu et la simplification des opérations de paiements intracommunautaires (A2-167/87), in: JOCE C 345 du 21.12.1987, p. 197-200.
- Résolution sur la levée des obstacles juridiques à l'usage de l'écu (A3-0296/93), in: JOCE C 315 du 22.11.1993, p. 94-96.
- Résolution sur la communication de la Commission: Priorités pour la politique des consommateurs 1996-1998 (COM(95)0519 - C4-0501/95) (A4-0317/96), in: JOCE C 85 du 17.3.1997, p. 133-136.
- Résolution sur le Livre vert de la Commission sur les services financiers: répondre aux attentes des consommateurs (COM(96)0209 - C4-0339/96) (A4-0048/97), in: JOCE C 85 du 17.3.1997, p. 137-140.

COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

- Avis sur le document de discussion "Les *paiements* dans le Marché intérieur européen" (doc. COM(90) 447 final), CES 412/91, 20.3.1991.
- Avis sur les *transferts* de fonds dans l'UE: transparence, qualité d'exécution et stabilité, in: JOCE C 236 du 11.9.1995, p. 1-9.
- Avis sur la communication et le projet de proposition de directive concernant la *transparence* et la qualité d'exécution des paiements transfrontaliers à distance, in: JOCE C 388 du 31.12.1994, p. 32-41.
- Avis sur la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur les *virements intérieurs* à l'UE, in: JOCE C 301 du 13.11.1995, p. 1-2.

- Avis sur la «Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à l'Institut monétaire européen et au Comité économique et social: Accroître la confiance de la clientèle dans les *moyens électroniques de paiement* dans le cadre du marché unique"», in: JOCE C 95 du 30.3.1998, p. 15-20.

- Avis sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le caractère définitif du *règlement* et les garanties", in: JOCE C 56 du 24.2.1997, p. 1-2.

- Avis sur le *Consommateur* et le Marché intérieur, in: JOCE C 19 du 25.1.1993, p. 22-29.
- Avis sur «*Marché unique* et protection des consommateurs: opportunités et obstacles», in: JOCE C 39 du 12.2.1996, p. 55-69.
- Avis sur la «Communication de la Commission: "*Priorités* pour la politique des consommateurs (1996-1998)"», in: JOCE C 295 du 7.10.1996, p. 64-73.
- Avis sur le «Livre vert - *Services financiers*: répondre aux attentes des consommateurs», in: JOCE C 56 du 24.2.1997, p. 76-83.

- Avis sur la proposition de directive du Conseil concernant les *clauses abusives* dans les contrats conclus avec des consommateurs, in: JOCE C 159 du 17.6.1991, p. 34-37.

- Avis sur le «Projet de communication de la Commission: Liberté de prestation de services et *intérêt général* dans la deuxième directive bancaire», in: JOCE C 204 du 15.7.1996, p. 66-74.

INSTITUT MONÉTAIRE EUROPÉEN [IME]

- Le passage à la monnaie unique, Francfort, novembre 1995.
- Payment Systems in the European Union ("*Blue Book*" [2]), Francfort, avril 1996.

CONSEIL CONSULTATIF DES CONSOMMATEURS (CCC - anciennement: Comité Consultatif des Consommateurs)

- Avis du Conseil consultatif des consommateurs rejettant le *code de bonne conduite* des trois organisations bancaires européennes en matière de paiement électronique, adopté le 24.4.1990, CCC/040/90-FR.
- Avis du Comité Consultatif des Consommateurs (CCC) sur les nouveaux moyens de paiement: cartes et transfert électronique de fonds (*TEF*), adopté le 17.5.1988, CCC/46/87 final.

COMITÉ DU COMMERCE ET DE LA DISTRIBUTION (CCD)

- Code de conduite concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre porteurs et émetteurs de cartes privatives, XXIII/371A/90/FR-Rév.7, 16.9.1991 (publié in: FAVRE-BULLE Xavier, Le droit communautaire du paiement électronique, Zurich 1992, annexe 4).
- Code de conduite européen sur la relation entre acquéreurs et accepteurs en matière de systèmes de paiement par carte (non publié).

COMITÉ DES GOUVERNEURS DES BANQUES CENTRALES DES ETATS MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ ECONOMIQUE EUROPÉENNE

- Committee of Governors of the Central Banks of the Member States of the European Economic Community: Payment Systems in EC Member States, prepared by an Ad Hoc Working Group on EC Payment Systems, septembre 1992 ("Groupe PADOA-SCHIOPPA", "*Blue Book*" [1]).
- Report to the Committee of Governors of the Central Banks of the Member States of the European Economic Community on Issues of Common Concern to EC Central Banks in the Field of *Payment Systems*, by the Ad Hoc Working Group on EC Payment Sytems, septembre 1992 ("Groupe PADOA-SCHIOPPA").
- Report to the Committee of Governors of the Central Banks of the Member States of the European Economic Community on Minimum Common Features for *Domestic Payment* Systems, Action 2 of the Report on issues of common concern to EC central banks in the field of payment systems (September 1992) by the Working Group on EC Payment Systems, novembre 1993 ("Groupe PADOA-SCHIOPPA").

ASSOCIATION EUROPENNE DE LIBRE-ECHANGE (AELE / EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION):

- Consultative Committee, Sub-Committee on Consumer Policy Affairs: New methods of payment, EFTA/CSC/CPA 1/90, 26.2.1990. Annexe: Guidelines for Regulation of Electronic Funds Transfer Systems.

CONSEIL DE L'EUROPE:

- *Recommandation* no R(83) 9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'automatisation et l'utilisation des ordinateurs dans la distribution, adoptée le 16.9.1983.
- Les problèmes juridiques relatifs aux systèmes modernes de paiement: Responsabilité et preuve en cas de transfert électronique de fonds à l'initiative du consommateur, Conférence des ministres européens de la Justice (La Haye, 20.6.1989), *Note* introductive présentée par le *ministre de la Justice des Pays-Bas*, MJU-RI (89) 1, Strasbourg 1989.
- La protection des données liée à l'utilisation des nouveaux moyens de paiement électronique: approche de droit comparé (Groupe de travail no 10 du *Comité d'experts sur la protection des données*, étude réalisée par L. BOUACHERA), CJ-PD-GT10 (87) 1, Strasbourg mars 1987.

NATIONS UNIES (CNUDCI):

- Electronic Funds Transfer, Report of the Secretary-General, A/CN.9/221, in: Yearbook of the United Nations Commission of International Trade Law 1982, p. 272 ss (également in: STAUDER B. [éd.], Les nouveaux moyens électroniques de paiement, Lausanne 1986, p. 141 ss).

- Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds, New York 1987.
- Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, in: Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session (4-22 mai 1992), Annexe I (publiée également - dans différentes langues - in: VASSEUR, transferts, p. 389 ss, CNUDCI, p. 207 ss, et loi-type, p. 191 ss; GENNER, UNCITRAL, p. 198 ss; BISCHOFF, UNCITRAL, p. 312 ss; WM 1993, p. 664 ss; EFFROS R. [éd.], Payment Systems of the World, New York [etc.] 1994, p. 559 ss, Appendix C).
- Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux: note du Secrétariat (A/CN.9/384), in: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international / Annuaire 1994, New York 1996, p. 259-265.

BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX (BRI):

- Bank for International Settlements: *Large-value* funds transfer systems in the Group of Ten countries, Prepared by the Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten countries, mai 1990.
- Bank for International Settlements: *Payment Systems* in the Group of Ten Countries, Prepared by the Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries, Bâle décembre 1993 (également: édition française - sans modifications, début 1996).
- Bank für Internationalen Zahlungsausgleich: *Zahlungsverkehrssysteme* in elf entwickelten Ländern (April 1989), Bearbeitet von den Zahlungsverkehrsexperten der Zentralbanken der Zehnergruppe und der Schweiz, Francfort 1989.

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE:

- Questionnaire sur la loi applicable aux virements internationaux (*Questionnaire* établi à l'intention des principales banques et des *systèmes de virement* des Pays membres de la Conférence de La Haye, comprenant une Note sur le problème de la loi applicable aux virements internationaux).
- Questionnaire sur la loi applicable aux virements internationaux - Aperçu synthétique des réponses, établi par Michel Pelichet, *Document préliminaire No 20* de mars 1993 à l'intention de la Dix-septième session.

GROUPE DES DIX (G-10 / GROUP OF TEN):
- *Electronic Money*. Consumer protection, law enforcement, supervisory and cross border issues, Report of the working party on electronic money, avril 1997.
- (cf. également supra, rapports publiés sous l'égide de la Banque des Règlements Internationaux)

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION:

COMMITTEE ON INTERNATIONAL MONETARY LAW

- Draft Resolution of the Committee, in: Report of the sixty-first Conference held at Paris, Londres 1985, p. 174-176 (avec commentaire de SCHÖNLE Herbert, p. 162-168).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE):

- Les *banques* et les transferts électroniques de fonds (étude réalisée par J. R. S. Revell), Paris 1983.

COMITÉ DE LA POLITIQUE À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS

- Les transferts de fonds électroniques. Les *cartes* de paiement et le consommateur, Paris 1989.
- Conséquences pour les consommateurs de la réforme de la réglementation et de la *libéralisation* des services financiers, Paris 1990.
- L'*information* des consommateurs sur les services financiers, Paris 1992.

DANEMARK:

- Consolidated Payment Cards etc. Act [avant les amendements de 1988, 1989, 1992 et 1994, la version initiale de la Loi relative aux cartes de paiement du 6 juin 1984 a notamment été publiée en français in: OCDE, Les transferts de fonds électroniques. Les cartes de paiement et le consommateur, Paris 1989, Annexe IV, p. 134-143; in: CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT [France], Aspects européens et internationaux des cartes de paiement. Annexes au rapport du groupe de travail (2), Paris mars 1988, ann. 16.A.2., p. 311-327; en anglais in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. (éd.), Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, ann. 4, p. 365-372; in: BOURGOIGNIE Th. / GOYENS M. (éd.), Electronic funds transfer and consumer protection / Transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles 1990, p. 164-171].

ETATS-UNIS:

- *Electronic Fund Transfer Act* (Public Law 95-630; 15 U.S.C. § 1693 ss) du 10 novembre 1978, in: STAUDER B. (éd.), Les nouveaux moyens électroniques de paiement, Lausanne 1986, p. 125-140 (publié également par exemple in: POULLET Y. / VANDENBERGHE G.P.V. [éd.], Telebanking, Teleshopping and the Law, Deventer 1988, ann. 4, p. 349-364, et in: EFFROS R. [éd.], Payment Systems of the World, New York [etc.] 1994, p. 535-558 [Appendix B]).
- *Regulation E* of the Board of Governors of the Federal Reserve System (12 C.F.R. § 205), entrée en vigueur le 10 mai 1980, in: CONSEIL

NATIONAL DU CRÉDIT [France], Aspects européens et internationaux des cartes de paiement. Annexes au rapport du groupe de travail (2), Paris mars 1988, ann. 16.A.1, p. 283-308.

FRANCE:

COMITÉ CONSULTATIF

- Nouveaux travaux sur les *cartes* de paiement, Paris octobre 1990.
- *Rapport* présenté au Conseil national du crédit *1988-1989*, Paris 1989.
- *Rapport* au Conseil national du crédit *1991-1992*, Paris 1992.
- *Rapport* au Conseil national du crédit *1992-1993*, Paris 1993.
- *Rapport* au Conseil national du crédit *1993-1994*, Paris 1994.
- *Rapport* au Conseil national du crédit *1994-1995*, Paris 1995.

CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT

- Rapport du groupe de travail sur les *aspects juridiques* des nouveaux moyens de paiement, Paris juillet 1986.
- Aspects européens et internationaux des *cartes* de paiement. Rapport du groupe de travail (1), Paris mars 1988.
- Sous-groupe juridique: Etude de *droit comparé*: les droits étrangers en matière de cartes de paiement (extrait du rapport), in: Aspects européens et internationaux des cartes de paiement. Annexes au rapport du groupe de travail (2), Paris mars 1988, annexe 16, p. 235-269.
- Les *organisations* interbancaires en Europe. Moyens et systèmes de paiement, Paris novembre 1995.
- Bilan et perspectives des *moyens de paiement* en France, Paris février 1996.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

- La modernisation des moyens de paiement,
  1: *Avis* adopté par le Conseil économique et social au cours de sa séance du 14 octobre 1992 sur la modernisation des moyens de paiement;
  2: La modernisation des moyens de paiement, *Rapport* présenté au nom du Conseil économique et social par Monsieur Jacques VANDIER, Paris 1992.

COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES

- Recommandation no 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit (BOCC 27 septembre 1994), in: La Semaine Juridique (J.C.P.) 1994, Textes, no 67053, et in: Code de la Consommation (Dalloz), 2ème éd., Paris 1997, p. 668-672.

ROYAUME-UNI:

- Banking Services: Law and Practice, *Report by the Review Committee*, février 1989.
- Banking Services: Law and Practice ("*White Paper*"), mars 1990.
- Association for Payment Clearing Services / British Bankers' Association / The Building Societies Association: Draft Code of Banking Practice - A Consultative Document, décembre 1990.
- Good Banking - Code of practice to be observed by banks, building societies and card issuers when dealing with personal customers, décembre 1991 (traduction française in: Comité consultatif [France], Rapport 1991-1992, p. 150-158).
- *Good Banking* - Code of Practice to be observed by banks, building societies and card issuers in their relations with personal customers, 2ème éd., mars 1994.
- *The Banking Code*, 3ème éd., mars 1997.

SUISSE:

COMMISSION DES CARTELS

- Les effets de portée nationale d'accords entre banques, in: Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix, 3/1989.

COMMISSION FÉDÉRALE DE LA CONSOMMATION

- La *monnaie* de plastique. Cartes de crédit et de débit et autres formes du trafic des paiements sans espèces, Recommandations, février 1986, publiées in: STAUDER B. (éd.), Les nouveaux moyens électroniques de paiement, Lausanne 1986, p. 111-119. (Egalement in: BEUC-Actualités, no 61, février 1987, p. 6-10).
- La *politique* suisse de rapprochement avec la CE dans l'optique des consommateurs, Rapport, janvier 1990.



COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.
Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Henry Peter

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés

Xavier Oberson

Les taxes d'orientation.
Nature juridique et constitutionnalité

Pierre Garrone

L'élection populaire en Suisse.
Etudes des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre
sur le plan fédéral et dans les cantons



COLLECTION GENEVOISE

Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son Congrès 1991 à Genève

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Les instruments d'action de l'Etat

Christine Chappuis

La restitution des profits illégitimes.
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Gustavo Scartazzini

Les rapports de causalité dans le droit suisse
de la sécurité sociale.
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Sonja Gafner d'Aumeries

Le principe de la double incrimination.
En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale
en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La légalité: un principe à géométrie variable



COLLECTION GENEVOISE

Marie-Claire Pont Veuthey

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Daniele Cattaneo

Les mesures préventives et de réadaptation
de l'assurance-chômage

Marina Mandofia Berney

Vérités de la filiation et procréation assistée

Elias Kastanas

Les origines et le fondement du contrôle
de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce

Sylvie Chavanne

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Nicolas Jeandin

Le chèque de voyage

Margareta Baddeley

L'association sportive face au droit



COLLECTION GENEVOISE

Sylvain Marchand

Les limites de l'uniformisation matérielle
du droit de la vente internationale

Jacques-André Schneider

Les régimes complémentaires de retraite en Europe:
Libre circulation et participation

La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands

François Chaix

Le contrat de sous-traitance en droit suisse: limites du principe
de la relativité des conventions

Michel Hottelier

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Charles-Albert Morand

Aménagement du territoire et protection de l'environnement:
La simplification des procédures

Herbert Schönle

Droit des obligations et droit bancaire. Etudes

Problèmes actuels de droit fiscal. Mélanges en l'honneur
du Professeur Raoul Oberson



COLLECTION GENEVOISE

Rita Trigo Trindade

Le conseil d'administration de la société anonyme

Thierry Tanquerel

Les voies de droit des organisations écologistes
en Suisse et aux Etats-Unis

Charles-Albert Morand
(Editeur)

La pesée globale des intérêts.

Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Bénédict Foëx

Le contrat de gage mobilier

Arlette Stieger-Chopard

L'exclusion du droit préférentiel de souscription
dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Blaise Knapp et Xavier Oberson
(Editeurs)

Problèmes actuels de droit économique.

Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod

COLLECTION GENEVOISE

Nicolas Wisard

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Philippe Gerber

La nature cassatoire du recours de droit public

Mythe et réalité

Pierre Guibentif

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale

Etude de sociologie du droit de la coordination à l'exemple du Portugal

Alfred Dufour, Ivo Rens, Rudolf Meyer-Pritzl, Bénédict Winiger (Editeurs)

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Jacques-André Reymond

De l'autre côté du miroir. Etudes récentes

Démocratie directe

Andreas Auer (Editeur)

Les origines de la démocratie directe en Suisse
Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Des études ont montré que les paiements internationaux exécutés par des particuliers se heurtent à différents obstacles, alors que l'évolution des échanges en Europe nécessite que de telles opérations puissent s'effectuer dans les meilleures conditions possibles.

Cet ouvrage présente les différents moyens de paiement transfrontière grand public (virement, cartes, etc.) et le cadre juridique qui les régit au sein de l'Union européenne et en Suisse. Une fois les obstacles identifiés, l'auteur s'attache à rechercher des solutions d'harmonisation pour y remédier, tout en confrontant ces propositions à la situation *de lege lata.*

Les principaux thèmes ainsi abordés sont la transparence des conditions de paiement, la relation contractuelle entre une institution financière et son client, le rôle du droit international privé et le règlement des litiges. Les problèmes juridiques sont examinés dans chaque chapitre en droit européen et en droit suisse.

Helbing & Lichtenhahn

ISBN 3-7190-1739-7

9 783719 017392