

Article

« Les nouveaux moyens de paiement ont-ils besoin d'un cadre juridique spécifique : l'expérience française »

Henri Delahaie et André Grissonnanche

Les Cahiers de droit, vol. 24, n° 2, 1983, p. 279-304.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042548ar>

DOI: 10.7202/042548ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Les nouveaux moyens de paiement ont-ils besoin d'un cadre juridique spécifique : l'expérience française

Henri DELAHAIE *
André GRISSONNANCHE **

Payment by delivery of a sum of money or by another common type of negotiable instrument is regarded in practice as an obsolete way of settling debts. It is being gradually replaced by a product of modern technology often called « electronic money ». This phenomenon may call for a new juridical framework. Serious consideration is given to the matter in the following article which, in the process, affords us a glimpse of its treatment under French law.

	<i>Pages</i>
Introduction	280
1. Le cadre juridique des moyens de paiement traditionnels	281
1.1. Le chèque : un cadre législatif précis	282
1.2. Le virement et l'avis de prélèvement : les pratiques bancaires	283
1.3. Les opérations automatiques de retrait de monnaie fiduciaire : une réinsertion dans la légalité	284
1.4. Les cartes de crédit : le contrat bancaire	285
2. Qualification juridique des fonctions des nouveaux moyens de paiement	287
2.1. Le moyen de pré-paiement	287
2.2. L'instrument de paiement	288
2.3. Les instruments de crédit	290
3. Entités responsables de l'émission et de la gestion des nouveaux moyens de paiement	
4. Les relations entre la banque et le client : la pratique contractuelle actuelle	290
4.1. La liberté contractuelle	291
4.2. La charge de la preuve	292

* Chargé de recherches à l'Association Droit et Informatique, Paris.

** Chargé de Mission, Direction des Affaires internationales, Agence de l'Informatique PARIS, La Défense.

5. Les limites de la dimension contractuelle	295
5.1. La concurrence des moyens de paiement sur un même compte bancaire	295
5.2. L'inopposabilité des exceptions	296
5.3. Qualification pénale de l'abus d'utilisation du nouveau moyen de paiement	297
5.3.1. La jurisprudence	297
5.3.2. La doctrine	298
5.3.3. Positions de la profession bancaire et des pouvoirs publics	298
6. Le client face à la relation contractuelle banquier/commerçant	299
6.1. La relation contractuelle entre le commerçant et le réseau bancaire	299
6.2. La situation juridique du client	300
7. Les nouveaux moyens de paiement et l'ordre public	300
7.1. Nouveaux moyens de paiement et vie privée	301
7.2. Intégrité des nouveaux moyens de paiement	302
7.2.1. La destruction des données représentatives des nouveaux moyens de paiement	303
7.2.2. Fausses émissions de données financières ou émissions non autorisées sur le réseau de transmission	304
Conclusion	304

Introduction

1. Le développement des nouveaux moyens de paiement est devenu en France l'une des priorités du programme télématique. L'année 1982 a démontré l'engagement direct des banques, des pouvoirs publics et des industriels dans la filière de la « monnaie électronique ». Un néologisme est même apparu pour désigner cette application: la « monétique ». Nous limiterons ici volontairement notre propos aux nouveaux moyens de paiement strictement dits, excluant ce qu'il est convenu d'appeler des « transferts électroniques de fonds », — la traduction littérale de « electronic fund transfer » — qui recouvre l'ensemble des relations électroniques de transfert et de compensation entre banques.

2. En France, l'inscription de cette nouvelle technique de paiement dans la vie courante se fait progressivement, par une suite ininterrompue d'expériences. Cette volonté d'approche expérimentale n'a pas permis jusqu'à maintenant d'exprimer véritablement les conséquences juridiques de cette technologie. La question fondamentale reste de déterminer si ces nouveaux moyens de paiement requièrent un cadre juridique spécifique et si oui, dans quels domaines. Pour l'heure, les expériences en cours se développent dans la plus grande liberté juridique, les parties intervenantes définissant ou ne définissant pas leurs obligations respectives par voie contractuelle. Nous aurons l'occasion de préciser quelles sont les demandes qui ont été formulées pour une législation spécifique.

3. Mais avant d'examiner point par point les différentes questions juridiques qui sont soulevées ou susceptibles d'être soulevées par les nouveaux moyens de paiement, il est nécessaire de préciser dans quel cadre juridique s'opèrent présentement les opérations de paiement effectuées par les particuliers à l'aide de moyens de paiement que nous appelons « traditionnels ». Il sera nécessaire ensuite de mieux définir la nature juridique des différents instruments dits de paiement électronique, car ils peuvent recouvrir des « produits bancaires » très différents et ils pourraient être émis, tout au moins certains d'entre eux, par des entités économiques n'appartenant pas à la profession bancaire.

4. Nous examinerons ensuite plus précisément les rapports contractuels qui régissent actuellement les relations entre l'émetteur du moyen de paiement et le titulaire, tout en soulignant les limites réelles ou supposées de cette dimension contractuelle.

5. De son côté, le client se trouve dans une position particulière face à la relation contractuelle existante entre le banquier et le commerçant. Il y a lieu de souligner certains éléments de cette situation.

6. Enfin, les nouveaux moyens de paiement qui intègrent des infrastructures informatiques et qui s'apparentent par certains aspects à la monnaie pourraient relever d'une législation d'ordre public ayant trait à la protection de la vie privée et à la monnaie.

7. Une telle analyse, qui aborde différents éléments juridiques ayant trait aux nouveaux moyens de paiement, fournit quelques indications sur le cadre juridique — en évolution — des nouveaux moyens de paiement. Elle permet de souligner l'acquis juridique contractuel tel qu'il se développe en conformité avec une tradition professionnelle créatrice d'instruments ou de services bancaires. Elle permet aussi de mettre l'accent sur certaines faiblesses du dispositif juridique, dont la persistance paraît incompatible avec les objectifs de large développement de ces instruments de paiement.

1. Le cadre juridique des moyens de paiement traditionnels

8. L'analyse juridique des divers moyens de paiement utilisés couramment par les consommateurs permet de décrire des situations très différentes selon les moyens de paiement. À part le chèque qui s'inscrit dans un contexte législatif ancien et perpétuellement renouvelé, principalement sous l'effet de la progression des « incidents » bancaires, les autres moyens de paiement se sont développés dans un cadre juridique qui a été façonné par la profession bancaire.

9. Ces descriptions illustrent ainsi l'éventail dans lequel peut s'inscrire un cadre juridique — ou plus précisément des cadres juridiques — adapté aux nouveaux moyens de paiement.

1.1. Le chèque : un cadre législatif précis

10. Le chèque est le moyen de paiement le plus largement utilisé par les particuliers. Mais c'est également le seul qui fasse l'objet d'une législation spécifique en France. Cette législation s'est d'ailleurs particulièrement renforcée durant les dernières années. Ainsi, on considère qu'il y a 100.000 personnes qui sont interdites de chèque en France. Comme la durée de conservation des incidents de paiement est de 3 ans au fichier central de la Banque de France, on estime que le chiffre réel des interdits de chèques s'élève à 1 million.

11. Cette situation est pour certains commentateurs¹ un élément positif pour le développement des moyens de paiement électroniques qui réintroduiraient ce million de citoyens dans la vie économique du pays à des conditions apportant toute garantie pour les banquiers et les commerçants. Quoi qu'il en soit, le dispositif législatif est imposant². Un client qui émet un chèque bancaire sans provision, c'est à dire dont le compte n'est pas crédité d'un montant suffisant lors de la présentation du chèque, se trouve soumis à une procédure que certains auteurs ont qualifiée de judiciaire³. La banque doit demander à son client la régularisation de la situation. Si après un délai de quinze jours, cette régularisation n'intervient pas, la banque est tenue d'une part d'informer la Banque de France, d'autre part de faire connaître au client qu'il ne peut plus émettre de chèque pendant un an. Cette faculté de régularisation est supprimée si un nouvel incident de paiement intervient dans l'année suivant le premier incident régularisé⁴. Les peines prévues en cas d'émission de chèques sans provision ou d'émission de chèques durant la période d'interdiction sont celles prévues à l'article 405 du Code Pénal — sur l'escroquerie —, à savoir emprisonnement de un à cinq ans, amende de 3.600 à 36.000 F, mesures de sécurité (interdiction des droits civiques, civils et de famille) et mesures de sureté spécifiquement bancaire (interdiction judiciaire d'émettre des chèques d'un an à cinq ans).

1. *La monnaie électronique*, Avis et rapport du Conseil Économique et Social, année 1982, n° 12, *Journal Officiel*, Paris, 1982.

2. La législation sur les chèques est publiée au *Journal Officiel* : chèques : prévention et répression des infractions en matière de chèques, Brochure n° 1418, *Journal Officiel*, Paris.

3. Michel CABRILLAC, « Servitude et grandeur bancaires ou le nouveau droit des émissions de chèque sans provision », *Recueil Dalloz-Sirey* 1975, chronique, p. 51 s.

4. Cette procédure correspond au dispositif mis en place par la loi du 3 janvier 1975.

12. Par ailleurs, le banquier est contraint d'honorer tous les chèques présentés d'un montant inférieur à 100 F, quel que soit le solde du compte du client. Contrairement à la Convention de Genève sur le chèque, la nature de cette disposition est celle d'un donneur d'aval par acte séparé^{4a}.

13. D'une manière générale, le banquier n'est pas considéré comme un commerçant ordinaire. Il peut refuser de délivrer au titulaire d'un compte les formules de chèques. Il peut à tout moment demander la restitution des formules antérieurement délivrées (décret 1935, art 65-1).

14. Sans préciser les différents cas, on doit souligner que le paiement par chèques ou par virement est obligatoire notamment pour les traitements et salaires qui dépassent un montant de 2.500 F par mois (art. 10, loi du 7.6.77).

1.2. Le virement et l'avis de prélèvement : les pratiques bancaires

15. Il n'existe pas de cadre juridique spécifique au virement bancaire. Ce moyen de paiement doit se référer à la théorie générale des obligations.

16. Ainsi, l'ordre de virement peut être effectué par tout moyen et il n'existe aucun formalisme en la matière⁵. Quant à la nature juridique du virement, les controverses doctrinales sont nombreuses. La cession de créance puis la délégation ont été soutenues. Le fait que la délégation soit liée à un dépôt de compte milite pour considérer le virement comme un procédé de transfert de la monnaie scripturale, « technique abstraite à rapprocher de la remise d'un billet de banque »⁶.

17. En l'absence de règle précise, la détermination de la date effective du virement reste incertaine. Le moment d'irréversibilité peut soulever des difficultés. S'agira-t-il de la date du débit du compte du donneur d'ordre ou de la date de crédit du compte du bénéficiaire⁸. La deuxième solution semble s'imposer dans la doctrine, étant entendu que même le banquier du bénéficiaire agit pour le compte du donneur d'ordre et, qu'en conséquence, le donneur d'ordre peut procéder à une opposition auprès de lui tant qu'il n'a pas crédité le compte.

4a. M. CABRILLAC, *supra*, note 3, n° 30.

5. En particulier, en ce qui concerne l'identification du donneur d'ordre, le banquier n'est tenu qu'à une obligation de prudence et de diligence (Paris, 5 jan. 1973, Revue trimestrielle de droit commercial, 1973, 310, obs. Cabrillac, Rives-Lange).

6. GAVALDA et STOUFFLET, *Le droit de la banque*, Paris, Thémis, 1974, n° 350.

7. Michel CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, 5^e éd., Paris, Litec. Droit, 1980.

8. Françoise CHAMOUX, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, » JCP 1981, I.3008.

18. Le virement est une pratique ancienne et sa généralisation a accompagné le développement des ouvertures des comptes bancaires. C'est un moyen de paiement obligatoire pour certaines transactions et il est inclus dans les procédés normaux de paiement durant la période suspecte en cas de règlement judiciaire ou de liquidation (loi 13 juillet 1967, art 29 4^o).

19. L'avis de prélèvement, de création récente, ne présente pas ces particularités. Il est par contre comparable au virement dans la mesure où, tout comme lui, il s'agit d'un moyen de paiement établi par convention. La doctrine admet que l'avis de prélèvement résulte d'un double mandat du débiteur. Le premier mandat est donné au créancier pour l'autoriser à émettre des avis de prélèvement. Le deuxième mandat est donné à son banquier pour l'autoriser à débiter ces avis.

20. Le débiteur doit être avisé avant chaque débit, avec en pratique un préavis de 5 jours à 1 mois. Le défaut de cette exigence entraînerait la responsabilité contractuelle du créancier. Le débiteur peut effectuer une opposition, même injustifiée au sens du créancier, sans qu'il s'expose à aucune sanction répressive. Le défaut de provision au moment de la présentation de l'avis de prélèvement auprès du banquier du débiteur ne saurait entraîner une quelconque sanction pénale. La seule sanction consiste pour le créancier à dénoncer la convention de prélèvement et éventuellement poursuivre son débiteur pour le paiement de la prestation qui reste due.

21. Il est également admis que le banquier du débiteur peut lui refuser ce service bancaire en vertu de son pouvoir discrétionnaire alors que le banquier ne pourra pas refuser l'exécution d'un ordre de virement lorsque le compte est suffisamment approvisionné.

1.3. Les opérations automatiques de retrait de monnaie fiduciaire : une réinsertion dans la légalité

22. Les distributeurs automatiques de billets sont implantés en France depuis de nombreuses années. Ils permettent de retirer une certaine somme — limitée par semaine — à l'aide d'une carte magnétique à laquelle est associé un code secret. Le client qui effectue un retrait ne dispose d'aucun document écrit prouvant son opération. De son côté, la banque peut affirmer qu'un débit a été effectué avec cette carte mais elle est dans l'impossibilité de prouver par écrit que l'argent a bien été remis à la personne titulaire de l'instrument de retrait. En conséquence, et jusqu'à ce qu'une réforme législative intervienne, la situation des distributeurs automatiques de billets était une situation de non droit dans la mesure où l'ancien article 1341 du Code civil stipulait qu'« il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de

50 F. et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ».

23. Tous les litiges qui pouvaient apparaître au sujet de ces retraits se réglait dans un premier temps à l'amiable, la banque acceptant de prendre à sa charge tout débit contesté. Mais à partir du deuxième ou du troisième incident, la banque retirait sans délai la carte au client comme elle en a la possibilité par une clause contractuelle.

24. Par une loi du 12 juillet 1980, cet article a été remanié et dorénavant, les opérations inférieures à une valeur fixée par décret peuvent être prouvées par tous moyens. Néanmoins, la hiérarchie des preuves existe et un écrit ne peut être contesté que par un autre écrit⁸. À l'heure actuelle, cette valeur est fixée à 5.000 F, ce qui inclut bien dans le dispositif juridique l'ensemble des distributeurs automatiques de billets. Ainsi, si de nouveaux litiges suivent une procédure civile, ils sont jugés à la lumière des moyens de preuve de chaque partie. En théorie le client pourrait apporter des témoignages concernant telle ou telle opération contesté, alors que de son côté la banque pourrait démontrer que le système a parfaitement fonctionné à l'instant du retrait et que l'ensemble des dispositifs offre une sécurité telle que toute fraude est exclue. Mais cette présentation théorique de la preuve tend à être remise en cause avec en particulier un renversement de la charge de la preuve (cf, *infra*, 4.2).

1.4. Les cartes de crédit : le contrat bancaire

25. La carte de crédit développée par le réseau bancaire français, la « carte bleue », fonctionne suivant des principes très différents de ceux qui régissent les cartes de crédit créées en Amérique du Nord, comme les cartes American Express ou Diners Club par exemple.

26. L'émetteur de la carte est la banque du porteur elle-même, ce qui signifie que celui-ci doit, préalablement à la demande d'une carte, posséder un compte bancaire auprès de l'établissement émetteur. Par ailleurs, la banque dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser de délivrer une carte à un client.

27. Au moment où il reçoit une carte, le client signe un contrat qui le lie à son banquier. Dans le même temps, il reçoit communication d'un code confidentiel qui lui permettra d'effectuer certaines opérations.

28. Cette carte qui permet d'effectuer des achats ou d'utiliser des prestations de service, ne donne pas droit, à proprement parler, à un crédit⁹.

9. Telle est la position de la profession bancaire exprimée depuis de nombreuses années, voir en particulier, l'exposé des motifs d'une proposition de loi tendant à réprimer l'utilisation abusive des cartes de paiement (Doc. Assemblée Nationale, première session ordinaire 1973-1974, n° 904).

En réalité, le dispositif technique mis en place accorde au client un délai de paiement entre le moment où la transaction intervient et le moment où le débit de son compte est enregistré, étant entendu qu'un seul débit est opéré par mois pour l'ensemble des transactions qui ont été présentées par les commerçants.

29. La banque opère donc directement sur le compte de son client. Elle expédie quelques jours avant la date du débit un relevé des opérations et précise que le compte devra présenter une provision suffisante à cette date. Certaines banques françaises ont même supprimé l'envoi de ce relevé et effectuent sans préavis le prélèvement correspondant sur le compte de leur client.

30. Chacune des transactions effectuée par un client entraîne l'émission d'un document en triple exemplaire qui est signé par le client et qui constitue la preuve de la transaction. Mais cette clause a évolué et il est maintenant prévu que toute utilisation de la carte, pour des achats, par correspondance, par téléphone ou avec des appareils automatiques, entraînera le débit du compte au seul vu des enregistrements transmis. La banque se dégage par contrat de toute responsabilité. Le contrat précise en outre qu'en cas de contestation, le client doit se retourner vers le commerçant. Une telle clause ne saurait évidemment dégager la responsabilité de la banque en cas de faute ou d'erreur au sein de ses services, mais elle pose un problème plus général dans le cas des nouveaux moyens de paiement, à savoir la responsabilité du gestionnaire du système (cf *infra* 4.1.). Ces différents cadres juridiques spécifiques dans lesquels évoluent les moyens de paiement utilisés le plus couramment par les particuliers peuvent servir seuls ou associés à cerner le cadre juridique propre aux nouveaux moyens de paiement. Dans l'état actuel de la diffusion technologique, un cadre contractuel assimilable à celui utilisé pour les cartes de crédit a les faveurs de la profession bancaire. Mais en réalité toutes les configurations juridiques définies jusqu'à ce jour peuvent interférer dans la définition du cadre juridique des nouveaux moyens de paiement. Ces moyens peuvent être assimilés à un ordre de virement. Ils pourraient être à l'origine d'une procédure de prélèvement automatique. Ils peuvent même être assimilés en théorie à l'émission de chèques. Dans ce dernier cas, une intervention législative spécifique serait nécessaire car elle seule conférerait un tel statut financier aux nouveaux moyens de paiement. Dans tous les autres cas, les difficultés d'assimilation sont artificielles dans la mesure où la démarche contractuelle est propice précisément à l'intégration de toute nouvelle forme de paiement.

31. Mais avant d'examiner plus en détail ce cadre contractuel et ses éventuelles limites, il nous semble nécessaire de procéder à un certain

nombre de distinctions au sein de la vaste famille des nouveaux moyens de paiement aujourd'hui envisagés, qui peuvent être opérées selon deux critères :

- soit selon la qualification juridique de l'opération monétaire réalisée ;
- soit selon la qualité de l'entité économique responsable de l'émission du moyen de paiement.

2. Qualification juridique des fonctions monétaires des nouveaux moyens de paiement

32. Les nouveaux moyens de paiement ne peuvent certainement pas être regroupés sous une même qualification juridique car ils recouvrent en réalité des fonctions monétaires différentes. On peut ainsi en relever au moins trois : la fonction de pré-paiement, de paiement, de crédit.

2.1. Le moyen de pré-paiement

33. Dans ce cas, le nouveau moyen de paiement consiste en une carte dite chargée, c'est à dire que la carte a été obtenue par son titulaire contre versement d'une certaine somme. La carte possède un pouvoir libératoire à due concurrence.

34. Si le terme n'était pas aussi souvent utilisé, dans une acception trop vague, on pourrait prétendre qu'il s'agit de la véritable monnaie électronique. Le titulaire du moyen de paiement peut présenter sa carte auprès de commerçants disposant de matériels de lecture et d'imputation automatique. En fait, en France la seule utilisation concerne le paiement des communications téléphoniques dans certaines cabines publiques. Le dispositif du créancier débite sur la carte du titulaire le montant de la prestation. Dès que le montant figurant sur la carte atteindra un solde nul, la carte n'est plus utilisable. Elle doit être jetée ou rechargée. Un tel mode de paiement ne peut conduire à une remise en cause du paiement effectué qui doit être considéré comme irréversible. Pour des moyens de ce type, il n'est pas prévu de procédure d'identification par code secret, ce qui signifie que toute carte volée ou réutilisée suite à sa perte possède toujours un pouvoir libératoire auprès des commerçants et des prestataires appartenant au réseau.

35. Des litiges peuvent toutefois apparaître. Ainsi le dispositif automatique d'imputation du créancier peut pratiquer un débit supérieur au prix convenu pour la prestation. Le client ne peut constater cet incident lors du débit. Après l'opération, il ne pourra relever des incidents passés que s'il dispose d'un lecteur de carte qui lui permet de constater l'évolution de son solde. Mais les techniques de débit utilisées n'autorisent pas aujourd'hui l'enregistrement des coordonnées de chacune des opérations. Aucun élément

de preuve n'apparaît donc dans ce système. La seule sanction sera d'ordre commercial : l'utilisateur n'aura plus recours à ce moyen de paiement s'il considère que sa fiabilité n'est pas assurée par l'organisation commerciale. Mais reste le cas où ce nouveau moyen de paiement constitue le seul dispositif de paiement accepté, dans le cas des cabines téléphoniques par exemple. Dans cette situation, refuser l'utilisation du moyen de paiement revient à se priver de la prestation. Ce problème sera analysé plus loin lorsque seront traitées les questions relatives aux libertés d'accès et de choix des moyens de paiement.

36. Ces moyens de pré-paiement soulèvent un autre point de droit : ces moyens peuvent-ils être échangés contre d'autres valeurs monétaires et en particulier peuvent-ils être délivrés contre remise d'un chèque ? Que se passe-t-il lorsque le chèque remis se révèle sans provision ? Le titulaire dispose déjà de son moyen de pré-paiement et l'organisme émetteur ne peut faire opposition à l'utilisation de la carte. Pour prévoir une procédure d'opposition et de listes noires, il faudrait que les cartes soient identifiées.

37. Émettre des cartes chargées et non identifiées soulève des questions de principe essentielles. C'est la raison pour laquelle ces cartes de pré-paiement ne sont utilisées que pour des applications spécifiques et que leur valeur est limitée. Par delà les problèmes juridiques et les risques encourus, le consommateur ne peut accepter d'immobiliser une somme trop importante à un moment donné pour l'octroi de services ou de prestations qui s'échelonnent sur plusieurs jours, voire plusieurs semaines.

2.2. L'instrument de paiement

38. Le nouveau moyen de paiement peut donc être un instrument de prépaiement. Mais il sera certainement avant tout, dans les applications futures, un véritable instrument de paiement. Ceci signifie que son utilisation entraîne un débit et un crédit « simultanés » respectivement du compte du consommateur et du compte du commerçant.

39. Mais les techniques utilisées — et utilisables — ne permettent pas d'affirmer la qualification de « paiement » sans aucune retenue, car l'instrument utilisé est en réalité privé du pouvoir libératoire. En effet, la carte permet en théorie de vérifier le solde du compte du consommateur avant d'enregistrer le débit correspondant à la transaction. Mais bien que la gestion des comptes soit dite « en temps réel » dans ce cas, elle ne permet pas en fait d'apporter au banquier la garantie que le solde sera suffisant le moment venu pour absorder le montant total de la transaction. En pratique, ce sont des comptes dupliqués, arrêtés aux opérations de la veille, qui sont

consultés en vue d'autoriser ou de refuser la transaction et une multitude d'opérations peuvent intervenir dans une même journée et bouleverser totalement la physionomie du solde bancaire. Cette difficulté résulte du fait que la carte n'est pas le seul instrument de paiement à fonctionner sur le compte (cf, *infra*, 5.1)

40. Pour cette raison, et afin de limiter le risque encouru par la banque, la pratique actuelle consistant à fixer une limite à l'utilisation du moyen de paiement sera vraisemblablement généralisée. Cette limite pourra être fixée soit pour chaque transaction, soit pour une période donnée — 4 jours, 1 semaine, un mois par exemple — Les limites pourront être personnalisées suivant le niveau et la régularité des revenus du titulaire. Il est important de préciser que ces limites ne correspondent en aucun cas à un droit de tirage automatique au profit du titulaire. Même si une transaction d'un montant inférieur à la limite fixée est acceptée par le système — à moins que la carte ne figure sur une « liste noire », le client restera responsable envers sa banque de tout solde négatif. Mais comme en principe le montant de la transaction sera garanti au commerçant — ou au moins en partie —, le paiement du commerçant ne sera pas remis en cause, contrairement au cas du chèque.

41. Pour des raisons de marketing bancaire et pour ne pas faire marche arrière — par rapport à des avantages considérés par les consommateurs comme acquis — le débit du compte du client n'interviendra pas nécessairement dans les délais les plus courts. En pratique, il sera certainement laissé au client un délai supplémentaire qui correspond au délai actuellement constaté pour enregistrer les chèques émis. Il pourra ainsi s'écouler un délai de plusieurs jours entre le moment où le client effectuera la transaction et le moment où son compte sera effectivement débité. Comment peut-on interpréter ce délai ? Il ne s'agit pas de notre point de vue d'un crédit à proprement parler mais plutôt d'un débit différé, bien que cette notion soit elle-même contestable. En effet, dans l'exposé des motifs d'un projet de loi concernant l'application d'une législation pénale sur les opérations liées à l'utilisation de la carte bleue présentée par le monde bancaire, il était dit que les délais appliqués confèrent un certain avantage au client, mais que cette opération n'est pas assimilable à un crédit ni même à un droit au crédit⁹. Or, la jurisprudence et la doctrine s'opposent à cette conception : le délai entre la date de transaction et la date de débit constitue une ouverture de crédit assortie d'une promesse de prêt à l'occasion de chaque achat¹⁰.

10. Voir par exemple, Paris, 25 mai 1970, Revue trimestrielle de droit commercial, 1970, p. 755 ; Rodière et Rives-Lange.

2.3. Les instruments de crédit

42. Le nouveau moyen de paiement peut également s'intégrer dans une opération de crédit, de façon directe ou indirecte. Le banquier peut délivrer une carte avec un montant de débit autorisé, quel que soit l'état du compte du porteur. Cette situation n'est pas à confondre avec celle décrite précédemment où le montant inscrit sur la carte ne constituait qu'un moyen de protection propre au banquier et ne représentait absolument pas une ouverture de crédit. Il faut admettre également que le commerçant qui accepte ce type d'instrument doit être automatiquement garanti pour le montant total de la transaction.

43. Pareillement, le titulaire d'une carte, qui peut être une carte de paiement telle que décrite précédemment, peut également se voir accorder un crédit ou un découvert bancaire.

44. Des problèmes de frontières apparaissent lorsque le découvert représente un plafond d'autorisation de débit qui permet cumulativement d'utiliser un crédit bancaire ; les relations entre banquier et client devraient clairement prévoir telles situations susceptibles de se produire sur le compte bancaire du client, étant donné en particulier la complexité de fonctionnement du compte.

3. Entités responsables de l'émission et de la gestion des nouveaux moyens de paiement

45. Les nouveaux moyens de paiement peuvent être émis et gérés par différentes entités. Dans des expériences en cours en France, des instruments de pré-paiement sont émis par les services des télécommunications. Des grands magasins et des grands distributeurs émettent par ailleurs des cartes dites de crédit, sous une forme et une vue d'utilisation traditionnelles, mais il semble que ces cartes doivent de plus en plus souvent servir de support à des opérations électroniques de gestion de compte, à la faveur du développement des applications télématiques.

46. Le cas le plus intéressant et peut être le plus délicat, concerne l'émission d'instrument de paiement au sens où nous avons défini ce terme plus haut (2,1). Nous avons présenté ce cas en supposant que l'émetteur du titre de paiement et le gestionnaire du système étaient une même personne, à savoir la banque du porteur. D'autres situations sont envisageables, dans lesquelles le banquier ne jouerait plus ce rôle central.

47. Ainsi on peut imaginer une transposition électronique de l'autorisation de prélèvement. Un tel système pourrait être mis en place par de

grands distributeurs, comme les grandes surfaces ou une chaîne de commerçants. Ce système posséderait les coordonnées bancaires des clients ayant accepté de donner leur accord. « L'instrument de paiement » entre les mains du client ne servirait qu'à vérifier son identité et à constater son accord pour le prélèvement d'un tel montant.

48. Une autre situation doit encore être envisagée. Un établissement non bancaire ne pourrait-il pas mettre en place un système de transmission de données financières en servant en quelque sorte d'intermédiaire entre clients, commerçants et banque ? Cette situation a été envisagée en particulier par Charles Read, Directeur de l'Inter Bank Research Organization (IBRO - Londres) dans une interview accordée au mensuel 01 Informatique.

4. Les relations entre la banque et le client : la pratique contractuelle actuelle

49. Les expériences actuellement en cours en France s'opèrent dans un cadre contractuel. En pratique deux cas se présentent : soit que le contrat est écrit et dans ce cas il est fortement inspiré des formules utilisées pour les cartes de crédit traditionnelles ; soit qu'aucun texte spécifique ne régit les relations entre la banque et le client et dans ce dernier cas, les relations doivent être interprétées à la lumière des règles propres à la profession bancaire et des règles générales des obligations.

50. Cette liberté contractuelle telle qu'elle est perçue à l'heure actuelle pourrait subir une double évolution, sous l'influence d'une meilleure analyse juridique des services bancaires offerts et d'une prise en compte de l'accroissement du nombre de clients utilisateurs de ces instruments de paiement. La charge de la preuve de la transaction subit également une évolution face au développement de ces nouveaux moyens de paiement.

4.1. La liberté contractuelle

51. Régler les rapports entre les parties par contrat implique que la banque garde un droit discrétionnaire de délivrer ou non une carte à chacun de ses clients. Notons à cet égard que la législation commerciale sur le refus de vendre, qui interdit normalement les pratiques discriminatoires en matière d'offre des produits et services n'est pas applicable aujourd'hui à la profession bancaire¹¹.

11. Cf H. HILLARD, « Association Française de Banques », in *Informatique et information*, Recueil des conférences de la Convention Informatique, 1980, T. A., p. 223, Paris. Le refus de vente ou de prestation de service est sanctionné par l'article 37 - 1^o - a de l'ordonnance du 30 juin 1945.

52. Par ailleurs, le banquier peut également prévoir contractuellement une clause de rupture. Cette possibilité est à l'heure actuelle utilisée de manière générale dans les contrats régissant les cartes de crédit, et d'une façon particulièrement rigide puisque la banque n'a même pas l'obligation de motiver cette rupture.

53. Cette liberté contractuelle peut-elle être maintenue en l'état? Deux points méritent l'attention.

54. En premier lieu, cette liberté contractuelle risque de ne pas correspondre avec la nature juridique de certains instruments de paiement. Si pour la fonction de crédit, le caractère contractuel paraît légitime, il n'en est pas de même pour d'autres applications. Ainsi, par exemple, les opérations assimilables à un virement, effectuées à l'aide d'une carte, dont nous parlions ci-dessus, telles que celles réalisées avec des terminaux point de vente ou des terminaux de télépaiement ne nous paraissent pas pouvoir relever de cette liberté contractuelle. De telles opérations nous semblent au contraire assimilables à un service de caisse qui ne peut être refusé par le banquier.

55. En fait l'interprétation juridique de ces opérations électroniques est dénaturée par le risque lié au système électronique en général. La clause de rupture en est une illustration puisqu'elle peut être utilisée chaque fois qu'une contestation est considérée comme suspecte par le banquier.

56. En deuxième lieu, cette liberté contractuelle pourrait être limitée en raison même du développement propre de ces moyens de paiement. Une large utilisation des moyens électroniques pourra certes se maintenir dans un cadre contractuel, mais les conditions de délivrance et de retrait ne pourront plus être laissées à la discrétion du banquier. Cette évolution pourrait être initiée soit par un contrôle judiciaire, soit par la définition au sein de la profession bancaire d'un contrat-type tenant compte de l'importance sociale du moyen de paiement. De telles restrictions imposées à la liberté contractuelle n'élimineraient pas toute marge de manœuvre pour la banque puisqu'elle pourrait encore estimer le risque présenté par chaque client et qu'elle disposerait encore d'un certain nombre de moyens pour limiter ce risque (limitation du montant et de la fréquence des opérations, accord ou refus de garanties du paiement auprès du commerçant).

4.2. La charge de la preuve

57. *Preuve de l'identification*: le code confidentiel remis par la banque au titulaire du moyen de paiement ne permet pas d'identifier le titulaire, mais seulement de constater que le porteur connaît effectivement ce code confidentiel, la présomption étant que seul le titulaire connaît ce code, sauf

négligence de sa part. Tout le dispositif repose sur le maintien de cette confidentialité. Les contrats qui régissent actuellement les cartes de crédit et de paiement incluent une clause prévoyant la responsabilité du titulaire dans le cas où le code est dévoilé à un tiers à la suite d'une négligence ou imprudence du porteur. Les banques ont voulu que les tribunaux constatent que lorsqu'une carte déclarée perdue ou volée est utilisée, cela impliquait nécessairement la responsabilité du titulaire. Les tribunaux ont rejeté cette présomption et ont laissé aux banques la charge de la preuve de la négligence. Ils ont en effet constaté qu'une défaillance technique du système de sécurité n'était pas à exclure¹².

58. Des développements techniques sont en cours et quelques systèmes existent déjà qui permettent une identification de l'individu liée à ses caractéristiques physiques. C'est ainsi qu'existent déjà des machines de reconnaissance dynamique de la signature, du spectre de la voix, de la forme de la main, ainsi que des prototypes de systèmes de reconnaissance des empreintes digitales. L'introduction de ces technologies devrait de notre point de vue faire évoluer le débat juridique. Dans la mesure où l'identificateur n'est plus transmissible, la responsabilité du porteur du moyen de paiement en cas d'usage par un tiers devrait être dégagée, sauf à démontrer l'existence d'une manœuvre frauduleuse. Mais il nous semble qu'avec l'utilisation de nouvelles technologies de ce type il deviendrait clairement de la responsabilité de la banque de démontrer que le système fonctionnait correctement au moment de la transaction contestée.

59. Indépendamment de l'identification de l'intervenant à la transaction, se pose la question de la *preuve de la transaction dans son ensemble*, à savoir montant, date et lieu. Dans la plupart des expériences en cours, le système émet des reçus dont le double doit être signé par le client et conservé par le commerçant, au moins lorsque la transaction porte sur un montant supérieur à une valeur fixée.

60. Une telle solution n'est évidemment pas très satisfaisante. Elle implique des coûts supplémentaires (imprimante, papier), des contraintes (stockage des bandes de papier) et une perte de temps à chaque opération qui peut être pénalisante dans le cas de terminaux point de vente dans des grandes surfaces par exemple. En outre, dans de nombreux cas, cette méthode n'apporte aucune garantie. Dans le cas d'application de télépaiement, quelle serait l'utilité d'un ticket émis chez l'utilisateur et qui ne correspondrait pas à la transaction effectuée, ou voulue? Quelle sera la situation juridique en cas de contestation d'une telle transaction? Comme

12. Cf en particulier, arrêt de la Cour de Paris en date du 1^{er} déc. 1980, chronique L.M. MARTIN in revue « Banque », n° 403, fév. 1981, p. 223.

nous l'avons souligné plus haut (*supra*, 1.3), la preuve sera le plus souvent libre. Mais lorsque c'est le titulaire du moyen de paiement qui conteste la transaction, il pourra difficilement apporter des éléments de preuve contrairement aux gestionnaires du système, c'est à dire la banque. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine est aujourd'hui favorable à un renversement de la charge de la preuve dans ce cas, ce qui prendrait mieux en compte la situation technique et économique des partenaires et ne mettrait pas systématiquement en position de faiblesse le titulaire du moyen de paiement¹³.

61. Certains avancent que la carte à mémoire apporterait un terme à ce débat juridique de la preuve¹⁴. La carte à mémoire permet de garder une trace de toutes les transactions effectuées par le porteur, et ces informations restent « en sa possession ». Mais ces informations constituent-elles des éléments de preuve qui peuvent être présentés par le titulaire ou au contraire des éléments de preuve qui peuvent lui être opposés ? Peut-on considérer par exemple que si les éléments sont identiques sur la carte et dans le système bancaire, cela entraîne une preuve certaine de la transaction ?

62. On ne peut exclure la possibilité que l'erreur effectuée au moment de la transaction soit inscrite à l'identique dans la carte. Dans ce cas, que peut faire le porteur lorsqu'il constate l'écart, chez lui par exemple ? Par ailleurs, en cas de différence, quel est le support qui emporterait gain de cause, celui du titulaire ou celui du banquier ? En somme, la carte à mémoire dans les mains du titulaire pourrait signifier le dépassement du débat sur le

13. Cf par exemple P. LECLERCQ, « Les problèmes juridiques posés par les nouveaux moyens de paiement » in congrès A.N.D.D., Informatique, banque et affaires, Lyon, 27-29 nov. 1981 ; cf également la position du Conseil Économique et Social qui « estime d'une part que l'initiateur d'une technique a, par le choix qu'il exerce, la maîtrise et la responsabilité du seuil de fiabilité d'un système et que d'autre part le préjudice subi à l'occasion d'un incident par le banquier est relatif tandis que celui subi par le client prend un caractère exceptionnel et qu'enfin la disproportion des moyens dont dispose le client pour engager et nourrir un contentieux place déjà ce dernier en situation d'infériorité de fait », *La monnaie électronique, supra*, note 1, p. 579.

14. Ce sont les promoteurs commerciaux de la carte à mémoire qui insistent surtout sur cet aspect juridique, cf par exemple une brochure télépaiement des PTT, Télécommunications, qui cite comme avantages du télépaiement la sécurité : « identification certaine des partenaires, confidentialité absolue des échanges, exactitude vérifiable des données, validité assurée des opérations ». Un article journalistique reprenait le thème suivant : « La carte à mémoire : une sécurité absolue », 01 Hebdo, n° 696, 10 mai 1982, p. 34. Le Conseil Économique et Social a été sensible à ce type d'argument : « le système carte à mémoire apporte un élément de réponse au risque d'imputation par erreur du compte du client ainsi qu'à celui de mauvaise foi de l'utilisateur ; ... En cas de difficulté la confrontation des enregistrements peut constituer un élément de preuve pour les tribunaux et en tous cas un facteur dissuasif pour les fraudeurs ». *La monnaie électronique, supra*, note 1, p. 578.

renversement de la charge de la preuve pour revenir à la conception classique dans laquelle le demandeur doit supporter la charge de la preuve car le client qui conteste une opération disposerait d'éléments de preuve et ne serait plus dans le dénuement total des systèmes actuels utilisant des cartes à pistes magnétiques.

63. Pour notre part, nous ne considérons pas que cette évolution technologique doive favoriser l'abandon de la thèse du renversement de la charge de la preuve car, en définitive, c'est le gestionnaire du réseau qui garde techniquement la maîtrise de toutes les opérations inscrites sur les différents supports, y compris sur les cartes à mémoire.

64. On peut noter par ailleurs que l'*envoi régulier de relevés d'opérations* de la banque à son client n'est pas systématiquement prévu dans les expériences en cours. Les relevés permettent au client de suivre de manière précise l'exécution des ordres de débit. Le contrat carte bleue provoyait un tel envoi, mais depuis quelques mois et dans certaines banques le relevé spécial des opérations n'est plus adressé au client dont le compte est automatiquement débité sans qu'il soit en mesure de prévoir le montant de la provision nécessaire pour couvrir les débits présentés par les différents commerçants, ni la date précise à laquelle ces débits seront effectués.

5. Limites de la dimension contractuelle

65. Ces limites sont au nombre de trois. En premier lieu, les nouveaux moyens de paiement s'intègrent au sein des mécanismes du compte-chèque en augmentant les problèmes liés à la concurrence des moyens de paiement. En second lieu, les paiements non garantis ne bénéficient pas de l'inopposabilité des exceptions. Enfin, les transactions effectuées avec les nouveaux moyens de paiement restent, jusqu'à ce jour, privées de la qualification pénale, ce qui constitue aux yeux des banquiers une faiblesse.

5.1. La concurrence des moyens de paiement sur un même compte bancaire

66. Après avoir présenté les différents moyens de paiement actuellement utilisés ou envisagés, nous avons souligné les difficultés soulevées par la situation de concurrences des divers moyens de paiement sur un même compte. La multiplication des instruments de paiement électroniques accroît les risques liés à cette situation. Cette concurrence ne serait pas en soi une difficulté si tous les moyens de paiement présentaient des caractéristiques juridiques communes. Or le chèque est un instrument privilégié dans la mesure où il bénéficie d'un cadre légal et d'une protection pénale.

67. En théorie, des priorités existent pour régler la présentation des différents instruments de paiement. Ainsi, un chèque doit passer en priorité dès qu'il a été émis antérieurement à toute autre opération. Le banquier qui reçoit un ordre de virement au moment où un chèque lui est présenté doit donner la préférence au porteur du chèque, même s'il a été émis postérieurement à l'ordre de virement.

68. La mise en place des nouveaux systèmes électroniques de paiement vient compliquer ce mécanisme. Ainsi nous avons déjà souligné que ces systèmes, même lorsqu'ils opèrent « en ligne », n'ont jamais accès aux comptes réels des clients¹⁵. C'est un double des comptes des clients arrêté au matin de la journée d'opération qui est consulté en vue d'autoriser ou de refuser les transactions. C'est également sur un double que s'effectuent les débits, relatifs aux nouveaux moyens de paiement utilisés. D'autre part, pendant la même journée, des chèques ont pu être débités sur le compte réel cette fois-ci, mais au vu du même solde arrêté le matin. En fin de journée, les deux soldes d'opérations de la journée sont agglomérés. Si le nouveau solde est négatif, la banque peut adopter deux attitudes : ou bien considérer que le découvert correspond aux opérations découlant de l'utilisation des nouveaux moyens de paiement — et dans ce cas, supporter le risque du découvert, né d'une relation contractuelle — ; ou bien considérer que le découvert correspond à la passation du chèque et dans ces cas, passer l'écriture et engager la procédure propre aux chèques sans provision. Une enquête a permis de montrer que c'est cette solution qui est en général adoptée et que la référence aux dates d'opération n'est pas utilisée. Le conflit entre les deux types d'instrument de paiement n'est en réalité que très rarement évoqué car dans l'opinion publique — et les banques contribuent à entretenir ce sentiment — la législation pénale s'applique au découvert bancaire, quelle que soit la raison pour laquelle le compte devient débiteur, et non pas à l'émission de chèques sans provision.

69. C'est dans ce contexte juridiquement peu clair qu'il faut comprendre la revendication de la profession bancaire en matière de qualification pénale de l'abus d'instrument de paiement.

5.2. L'inopposabilité des exceptions

70. L'inopposabilité des exceptions permet au bénéficiaire du moyen de paiement d'obtenir le paiement de la transaction sans que l'émetteur ne puisse s'y opposer pour quelque raison que ce soit. Cette technique juridique

15. Jean Pierre CHAMOUX, Henri DELAHAÏE, André GRISSONNANCHE, *Preuve et Sécurité dans les réseaux informatiques, rapport spécial sur les nouveaux moyens de paiement*, Association Droit et Informatique, Paris, 1980.

appartient au monde des effets de commerce et le mécanisme du chèque en bénéficie.

71. Dans le cas des nouveaux moyens de paiement, l'inopposabilité ne peut intervenir que si le paiement au commerçant n'est pas garanti par la banque, car, dans ce dernier cas, le banquier s'est déjà engagé à payer le commerçant.

72. Pour la partie des paiements non garantis, le client peut faire opposition auprès de sa banque tant que le débit n'a pas été effectivement pratiqué. À l'heure actuelle, les commerçants n'ont pas demandé une intervention législative permettant d'introduire la notion d'opposabilité des exceptions aux nouveaux moyens de paiement ¹⁶.

5.3. Qualification pénale de l'abus d'utilisation du nouveau moyen de paiement

73. L'utilisation d'un moyen électronique de paiement peut induire un découvert du compte bancaire du client. Nous avons donné ci-dessus quelques exemples illustratifs de cette situation. L'utilisation des cartes d'accès aux distributeurs de billets de banque a déjà entraîné de nombreux litiges et la jurisprudence pénale a eu l'occasion de prendre position sur la qualification pénale de ces débits. La doctrine s'est également emparée de ce sujet, mais la profession bancaire elle-même a fait connaître son sentiment et a exprimé le désir d'une intervention législative en la matière.

5.3.1. La jurisprudence

74. La jurisprudence tend à refuser toute qualification pénale à une utilisation dite abusive d'un moyen de paiement de type carte de débit. Dans deux affaires récentes, elle a eu l'occasion de réfuter les arguments selon lesquels un retrait d'espèces qui entraîne le découvert du compte pourrait déclencher une procédure pénale relative soit au vol, soit à l'escroquerie, soit à l'abus de confiance ¹⁷.

75. La qualification de vol (art. 379 du code pénal) est repoussée car il n'y a pas soustraction de chose d'autrui, et la remise des billets a été faite volontairement par la banque.

76. L'escroquerie (art. 405 du Code pénal) n'est pas non plus retenue car les manœuvres frauduleuses, indispensables à cette qualification,

16. Une intervention législative et considérée comme inévitable, cf. *La monnaie électronique*, *supra*, note 1, p. 579.

17. Angers, 2 décembre 1980, JCP 1981, IV, 375; Gaz. Pal. 1981, 2, 20-21 nov. p. 9, note Blanche Sousi; Banque, 1981, p. 511, obs Martin; Lyon, 9 juillet 1981, Gaz. Pal. *ibid*.

n'existent pas. Les tribunaux ne considèrent pas non plus que l'utilisation abusive relève de l'abus de confiance (art. 408 du code pénal). La Cour d'Appel de Lyon a précisé que « l'usage abusif qui en a été fait n'était pas substantiellement différent de celui auquel elle était destinée ».

5.3.2. La doctrine

77. Une partie de la doctrine s'est efforcée de démontrer que la qualification pénale de l'utilisation abusive du moyen de paiement était possible en utilisant au moins l'une des possibilités refusées dans l'ensemble par les tribunaux. La qualification de *vol* devrait être retenue car il n'y a pas de remise volontaire pour la somme excédant le montant de la provision. La machine est une nécessité, mais elle ne doit pas former un écran juridique et effacer l'existence de l'infraction. Cette infraction devrait, selon cette doctrine, être affirmée par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation car elle serait conforme à sa jurisprudence¹⁸.

78. *L'abus de confiance* pourrait également être appliqué parce que le contrat qui lie client et banquier stipule que la provision doit être suffisante pour couvrir toute opération. De plus, la jurisprudence elle-même retient l'abus de confiance quand « la chose est distraite de sa destination par un détournement de pouvoir allant à l'encontre de l'affectation du bien ou de la finalité d'un droit »¹⁹.

79. Pour certains, la qualification d'*escroquerie* serait possible car la manœuvre frauduleuse existerait. Ainsi la jurisprudence admet que le document authentique matériellement mais faux intellectuellement a donné force et crédit aux affirmations de l'escroc. La présentation d'une carte de débit à un distributeur en sachant que son compte sera à découvert serait assimilable à cette situation²⁰.

5.3.3. Positions de la profession bancaire et des pouvoirs publics

80. Le rejet par les tribunaux des qualifications pénales ne fait qu'accroître la volonté de la profession bancaire de vouloir imposer une qualification pénale par voie législative. La comparaison avec la législation

18. Voir par exemple Jean LARGUIER « L'abus de distributeur de billets par le titulaire d'un compte insuffisamment approvisionné ne peut-il être pénalement incriminé? » Semaine Juridique, Doctrine (1982), 306.

19. Voir par exemple Michel MASSÉ, « L'utilisation abusive des distributeurs automatiques de billets », Revue Expertises, n° 34, nov. 1981, p. 7 s.

20. L.M. MARTIN in revue « Banque », *supra*, note 12.

sur le chèque est constamment avancée pour justifier cette législation spécifique.

81. Les pouvoirs publics semblent avoir adopté la théorie du risque pour refuser cette intervention législative. Le banquier qui délivre une carte prend un risque sur lequel il peut établir des limites (choix des clients, plafond des montants des opérations...). Ce risque n'a pas à être couvert par une législation pénale. Cette thèse, qui a été formulée récemment dans un rapport public²¹, va ainsi même à l'encontre d'une partie de la doctrine juridique qui voulait étendre aux nouveaux moyens de paiement les délits de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance. La décision de la Cour de Cassation apportera un nouvel argument au débat qui reste pour l'instant largement ouvert.

6. Le client face à la relation contractuelle banquier/commerçant

82. Notre propos n'est pas d'analyser ici dans son ensemble la relation juridique existant entre le banquier et le commerçant, mais seulement certains de ses aspects existant qui peuvent avoir des conséquences sur la situation juridique du client, en matière de sécurité des transactions notamment.

6.1. La relation contractuelle entre le commerçant et le réseau bancaire

83. Les nouveaux moyens de paiement nécessitent l'implantation d'un terminal électronique sur le lieu de distribution des biens ou des services. Le statut juridique de ce terminal peut revêtir des formes très différentes. Le commerçant peut acquérir ou louer le terminal au fabricant, mais il peut également l'acquérir ou le louer auprès de sa banque ou du groupement bancaire gestionnaire du réseau.

84. Ce statut du terminal (location, vente, dépôt) peut avoir des implications sur les rapports juridiques entre la banque et le commerçant. Par exemple si le commerçant est propriétaire du terminal, sera-t-il pour autant responsable de tout litige survenant au niveau du terminal pour ce qui concerne l'enregistrement et le stockage des données ? À l'opposé, le fait que

21. *La monnaie électronique*, *supra*, note 1, p. 566. Le Conseil Économique et Social a soulevé une objection que les auteurs du présent article avaient déjà exprimée, à savoir que la sanction pénale suppose une identification sans contestation possible, ce qui n'est manifestement pas le cas avec la méthode du code secret. Cf. *Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques*, *supra*, note 15.

le banquier loue ou dépose le terminal impliquera-t-il une responsabilité de sa part en cas d'incidents au niveau du terminal, et l'exonération complète du commerçant. Le partage des responsabilités entre la banque et le commerçant sera déterminé par le contrat qui existe entre le commerçant et le banquier ou le réseau bancaire responsable de l'application. Mais encore faut-il que cette construction contractuelle soit cohérente avec les relations qui existent par ailleurs entre le client et la banque et entre le client et le commerçant.

6.2. La situation juridique du client

85. Dans le cas où le client souhaite contester une transaction, se pose la question : à qui doit-il présenter sa requête ? Si l'on suppose que la thèse de présomption de responsabilité du questionnaire du réseau s'impose, il lui suffira normalement de s'adresser à sa banque. Mais s'il pouvait être démontré que la transaction a été consciemment ou inconsciemment enregistrée indûment au niveau du terminal, la banque pourrait-elle opposer sa non-responsabilité vis à vis des agissements du commerçant ? Cet argument, de notre point de vue, ne devrait pas être opposé au client, car le service dont il dispose lui a été offert par sa banque, vis à vis de laquelle existe seule la relation contractuelle. Il en découle que la banque devrait assurer entièrement la sécurité du moyen de paiement, quelles que soient les clauses de partage de responsabilité entre la banque et le commerçant.

86. Il faut cependant envisager également le cas d'un moyen de paiement émis par un organisme non-bancaire, comme une chaîne de distribution ou un grand magasin. Dans ce cas, le client ne peut contester la transaction qu'auprès de l'organisme émetteur, qui se trouve être en même temps le commerçant. Mais même dans ce cas, c'est la thèse de la présomption de responsabilité du gestionnaire du réseau qui doit s'appliquer à l'encontre de l'établissement.

7. Les nouveaux moyens de paiement et l'ordre public

87. Le développement des nouveaux moyens de paiement interpelle l'ordre public à deux niveaux : l'utilisation de ces systèmes constitue une menace pour le respect de la vie privée, qui ne doit pas être négligée, à cause des risques qu'elle implique de divulgation anormale de données confidentielles ou d'utilisation abusive de renseignements obtenus au moyen de ces nouveaux réseaux de collecte de l'information. D'autre part, comme nous le précisons plus loin, l'intégrité de ces systèmes doit également être protégée, au besoin par des sanctions juridiques, dans le souci de maintien de l'ordre public.

7.1. Nouveaux moyens de paiement et vie privée

88. Les systèmes électroniques de paiement impliquent la collecte, la transmission et le traitement de données extrêmement sensibles concernant les titulaires de ces moyens de règlement. Grossièrement ces données sont de trois types.

89. Il y a des données d'identification et de caractérisation. Elles peuvent porter sur l'état civil, le domicile, la situation financière, la catégorie socio-professionnelle, etc. de l'individu. Même pour celles exprimées en termes financiers (revenus par exemple), ces données sont extra-bancaires par nature : elles sont certes utilisées par la banque et le système de paiement, mais leur origine est en dehors du système bancaire — certaines sont d'ailleurs liées de manière bi-univoque à l'individu — et leur domaine de validité et d'utilisation est plus large que le système bancaire.

90. Il y a aussi des données personnelles de gestion bancaire qui ont souvent également pour objet d'identifier ou de caractériser un individu mais qui, à la différence de celles du type précédent, sont créées dans et par le système bancaire, à des fins de gestion, et qui n'ont pas d'intérêt en dehors de ce système. Les numéros de compte et les codes secrets qui identifient un individu dans le système bancaire relèvent de ce type.

91. Il y a enfin les données d'exploitation. Ce sont les données générées automatiquement par le système au cours de son utilisation. Typiquement, les traces des paiements effectués, les situations de compte, font partie de cette catégorie.

92. Cette typologie sommaire montre l'importante diversité des données recueillies et utilisées dans le cadre de l'exploitation des moyens électroniques de paiement. Elle suggère également les menaces pour la vie privée que constituent les possibilités d'utilisation ou de diffusion abusive de telles informations. Elle montre en outre, et c'est la raison pour laquelle nous avons cru utile de la présenter, que ces menaces sont d'ordre différent. Ainsi, par exemple, les données de la 1^{re} catégorie présentent un danger plus faible que celles des 2^e et 3^e catégories en ce sens qu'elles sont relativement banales et accessibles en de nombreux endroits. Les données des 2^e et 3^e catégories présentent au contraire une grande sensibilité, mais avec une différence essentielle. Les données du 2^e type ne présentent d'intérêt que dans un cadre bancaire. Les données du 3^e type sont de loin les plus sensibles. Elles peuvent permettre de connaître les aspects les plus privés de la vie des individus, comme ceux liés aux habitudes d'achat, de déplacement, de fréquentation, etc. Nous avons présenté cette typologie très simple afin de préciser la nature des menaces que représentent les données collectées et gérées pour la mise en œuvre des nouveaux moyens de paiement.

93. Face à ces dangers, il convient de recenser les moyens de défense et de recours qui peuvent exister. Dans la mesure où les informations transmises ou collectées constituent des données nominatives — directement ou indirectement — au sens de la loi du 6 janvier 1978, les dispositions de cette loi s'appliquent parfaitement. Ainsi par exemple, l'article 25 précise que la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite. L'article 42 de la même loi prévoit que sera puni d'emprisonnement de 1 à 5 ans et ou d'une amende de 20.000 F à 2.000.000 F quiconque aura enregistré ou fait enregistrer, conservé ou fait conserver des informations nominatives en violation de l'article 25. Les opérations relatives à la collecte et au traitement des données nominatives nécessaires au fonctionnement des nouveaux moyens de paiement relèvent de la compétence de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. Les fichiers des incidents de paiement ou des abus d'utilisation relèvent également de la loi Informatique et Libertés, en particulier en ce qui concerne le droit d'accès aux informations, le droit de rectification et le droit de suppression après le délai légal de conservation — un an sauf avis contraire —. La création d'un fichier central, qu'il soit géré par la Banque de France — comme le fichier des incidents de paiement avec le chèque — ou qu'il soit géré par un groupement de banques, soulève des problèmes de qualification car les « abus » d'utilisation doivent être clairement définis sous peine de constituer un fichier qui évoluerait vers un fichier général de solvabilité.

94. Par ailleurs, l'écoute des communications sur les lignes constitue une possibilité d'atteinte à la confidentialité des informations : le code des Postes et Télécommunications ne sanctionne malheureusement cette atteinte au secret de la correspondance que dans le cas de transmissions radio-électriques (article L. 42 du Code).

7.2. Intégrité des nouveaux moyens de paiement

95. L'introduction de fausses pièces dans des parcmètres n'a pas été considérée par les tribunaux comme une manœuvre de falsification de fausse monnaie au sens de l'article 132 du Code Pénal. Cet article et les suivants s'appliquent difficilement aux nouveaux moyens de paiement car la fausse monnaie vise la contrefaçon ou l'altération de monnaies ou de moyens de paiement ayant cours légal (art. 136 du Code Pénal). Cette notion de cours légal qui renvoie elle-même aux critères d'universalité, de privilège d'émission... exclut l'assimilation entre falsification de monnaie électronique — au sens de moyen de pré-paiement — et fausse monnaie. C'est la raison pour laquelle la qualification d'escroquerie a été retenue dans ce genre d'affaire (Cass. Crim. 10 déc. 1970, JCP 72 II 17277, note Gassini; 29 mai 1978 D. 1978 IR. 344 Bull. Crim. 1978.432)

96. Il reste que le Code Pénal, dans son article 144 — 1^o, pourrait s'appliquer à toute fraude sur une carte représentant de la monnaie électronique (cas de l'instrument de pré-paiement). En effet, la formulation de l'article 144-1^o est très large : relèvent de l'article 144 – 1^o les personnes qui « auront fabriqué, vendu, colporté ou distribué tous objets... obtenus par un procédé quelconque qui, par leur forme extérieure, présenteraient avec les pièces de monnaies... et généralement avec les valeurs fiduciaires émises par l'État ainsi que par les sociétés, compagnies ou entreprises privées, une ressemblance de nature à faciliter l'acceptation des dits objets..., aux lieux et place des valeurs imitées ».

97. Pour les instruments de paiement et de crédit, le faux en écriture privée peut s'appliquer (article 150 du Code Pénal). Dans le cas d'une falsification d'un titre de transport, la Cour de Cassation a admis que le délit de faux en écriture privée était constitué (Cass. Crim. 19 déc. 1974, Bul. Crim. N^o 378).

98. Le choix d'une qualification pénale appropriée pour les nouveaux moyens de paiement reste théorique dans la mesure où les éléments constitutifs de l'escroquerie sont réunis et que de plus, les sanctions pénales prévues en cas d'escroquerie sont beaucoup plus élevées que celles prévues pour les autres délits²².

7.2.1. La destruction des données représentatives des nouveaux moyens de paiement

99. Si certains nouveaux moyens de paiement peuvent être assimilés à des effets bancaires (cf *supra* l'analyse de l'article 144 – 1^o) le délit de destruction volontaire d'informations financières pourrait être évoqué dans le cas d'atteinte à l'intégrité des données supportées par les nouveaux moyens de paiement (article 439 du Code Pénal).

100. Reste toutefois une incertitude lorsque les données sont transmises sur un réseau de transmission, en l'absence de tout support matériel. Dans cette éventualité, il faudrait se référer à l'article L 66 du Code des PTT : « toute personne qui, par la rupture des fils, par la dégradation des appareils ou par tout autre moyen cause volontairement l'interruption des télécommunications, est punie... »

22. Les sanctions prévues en cas d'escroquerie s'étalent de 3.600 à 2.500.000 F d'amende et de 1 à 5 ans d'emprisonnement alors que les peines prévues à l'article 144 – 1^o vont de 300 à 8.000 F d'amende et de 10 jours à 6 mois de prison, à l'article 150 de 1.000 à 120.000 F d'amende et de 1 à 5 ans d'emprisonnement. Seules les sanctions prévues dans la loi Informatique et Libertés sont comparables à celles de l'escroquerie ; 20.000 à 2.000.000 F d'amendes et 1 à 5 ans d'emprisonnement.

7.2.2. Fausses émissions de données financières ou émissions non autorisées sur le réseau de transmission

101. Dans le cas où une personne non autorisée intervient sur le réseau pour introduire des données qui par nature sont fausses, la législation des PTT pourrait s'appliquer. En effet, l'article L 39 du Code des PTT précise que « quiconque transmet sans autorisation des signaux d'un lieu à un autre, soit à l'aide d'appareils de télécommunications, soit par tout autre moyen, est puni de... » Cette législation qui a été élaborée pour lutter contre le vol de prestations téléphoniques pourrait trouver ici une nouvelle application.

Conclusion

102. Arrivés à la fin de cet exposé, nous sommes bien conscients d'avoir soulevé plus de questions que résolu de problèmes. Ce constat est lié à l'état actuel du développement des nouveaux moyens de paiement et de la réflexion sur leur cadre juridique, qui sont l'un comme l'autre dans une phase exploratoire. Il n'est donc pas possible — et il serait prématuré — d'apporter des conclusions aujourd'hui. Notre objectif était davantage de recadrer le débat dans une perspective englobant d'une manière aussi complète que possible les différents aspects de ce problème. Nous aurons cependant un souhait pour terminer : celui que l'enchaînement des expériences ne conduise pas insensiblement à un état de fait juridique — et technique — imposé par les premiers arrivés, sans qu'un vrai débat, appuyé sur une réflexion sérieuse, ait lieu.