

PSD2 : la C.J.U.E. valide la clause de modification tacite du contrat-cadre de services de paiement La C.J.U.E. considère que la fonction de paiement sans contact (NFC) d'une carte bancaire multifonction constitue un instrument de paiement

Jean-Pierre BUYLE & Antoine VILLANCE

Cour de justice de l'Union européenne

11 novembre 2020, C-287/19

Denizbank AG / Verein für Konsumenteninformation

La C.J.U.E. considère que la fonction de paiement sans contact (NFC) d'une carte bancaire multifonction constitue un instrument de paiement.

Services de paiement dans le marché intérieur – Modification tacite des conditions d'un contrat-cadre – Notion d'instrument de paiement – Cartes bancaires multifonctions personnalisées – Fonction de paiement sans contact (NFC) – Instrument de paiement anonyme ne pouvant pas être bloqué

1. Litiges et faits

La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie sur question préjudicielle par l'*Oberster Gerichtshof*, Cour Suprême autrichienne¹ sur l'interprétation de la directive relative aux services de paiement.² Cette juridiction était confrontée à un litige opposant *DenizBank AG* (ci-après D.B.), établissement bancaire opérant en Autriche, au *Verein für Konsumenteninformation* (ci-après « VKI »).³ Dans le cadre des relations avec ses clients, D.B. faisait usage de conditions générales, notamment relatives à l'usage de cartes bancaires de débit, équipées de la fonction de communication en champ proche (Near Field Communication ou NFC, c.-à-d. permettant le paiement sans contact)⁴ qui permet d'effectuer des paiements de faible valeur sans nécessiter d'authentification forte.⁵ VKI demandait la prononciation de la nullité des clauses contractuelles y relatives.

Les clauses des conditions générales pertinentes en l'espèce disposaient que :

« Les modifications des conditions générales relatives aux cartes de débit sont proposées au client au plus tard deux mois avant la date prévue pour leur entrée en vigueur. Le client est réputé avoir accepté ces modifications sauf opposition expresse de sa part avant cette date, avec une possibilité de libre résiliation offerte au client ayant la qualité de consommateur, ce dont il doit être informé dans la proposition de modification que lui adresse D.B. » (clause 14) ;

« D.B. n'est pas tenue de prouver que les paiements de faibles montants effectués sans saisie du code personnel, donc au moyen de la fonction NFC, ont été autorisés, ni que ces opérations n'ont pas été affectées par une déficience technique ou autre. » (clause 15) ;

« D.B. est exonérée de sa responsabilité et de toute obligation de remboursement, dans le cas où de telles opérations de paiement n'auraient pas été autorisées par le titulaire de la carte. » (clause 16) ;

« Le détenteur du compte bancaire supporte le risque de tout usage abusif de sa carte pour des paiements de ce type. » (clause 17) ;

« En cas de disparition de la carte de retrait, due par exemple à une perte ou à un vol, il est techniquement impossible de bloquer la carte en ce qui concerne les paiements de faibles montants. Même après un blocage, de tels paiements peuvent encore être effectués, jusqu'à 75 euros au total, sans qu'ils soient remboursables par D.B. » (clause 18) ;

1. C.J.U.E., 11 novembre 2020, C-287/19, *DenizBank AG / Verein für Konsumenteninformation*, EU :C :2020 :897.

2. Directive (UE) n° 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives n°s 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive n° 2007/64/CE (J.O., L. 337, 23 décembre 2015). Cette directive fut transposée en droit belge par deux lois. Le volet relatif à la « protection des consommateurs et aux règles de conduite » (matière sur laquelle porte l'arrêt) fut transposé dans le Code de droit économique via l'adoption de la loi du 19 juillet 2018 portant modification et insertion de dispositions en matière de services de paiement (M.B., 30 juillet 2018). Le volet « prudentiel et règles de sécurité », fut transposé via la loi du 11 mars 2018 relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique (...) (M.B., 26 mars 2018).

3. Association pour l'information des consommateurs, qui est habilitée à agir en justice afin de protéger les intérêts des consommateurs autrichiens.

4. « Cette technologie peut être utilisée pour initier des transactions avec des cartes de paiement (de débit et de crédit), ainsi qu'avec des smartphones, des tablettes et des wearables. Pour les petits montants, il n'est pas nécessaire de saisir un code secret. » : R. STEENNOT, « Gebruik van NFC-technologie zonder geheime code : afzonderlijk betaalinstrument met bijzondere (aansprakelijkheids)regelen in geval van onrechtmatig gebruik ? », R.D.C.-T.B.H., 2021/2, p. 208.

5. Cf. art. 4, (30) de la directive 2015/2366 : « Une authentification reposant sur l'utilisation de deux éléments ou plus appartenant aux catégories 'connaissance' (quelque chose que seul l'utilisateur connaît), 'possession' (quelque chose que seul l'utilisateur possède) et 'inhérence' (quelque chose que l'utilisateur est) et indépendants en ce sens que la compromission de l'un ne remet pas en question la fiabilité des autres, et qui est conçue de manière à protéger la confidentialité des données d'authentification. »

« Les dispositions relatives aux services de cartes sont, en principe, également applicables aux paiements de faibles montants. » (clause 19).

La clause 14 portait sur les modalités de modifications unilatérales des conditions générales et leur acceptation tacite par l'utilisateur de services de paiement. Les clauses 15 à 18 permettaient quant à elles théoriquement à la banque de se décharger de sa responsabilité en cas d'utilisation frauduleuse de la carte de paiement via sa fonctionnalité NFC.

Concernant les antécédents de la cause, VKI avait introduit une action en cessation devant le *Handelsgericht Wien* (tribunal de commerce de Vienne), afin qu'il soit prononcé la nullité des 6 clauses des conditions générales susmentionnées de D.B. Cette juridiction a fait droit à cette demande. Elle a jugé que la clause 14 était gravement préjudiciable et que la fonction NFC ne relevait pas des dispositions dérogatoires prévues pour les instruments de paiement relatifs à des faibles montants, aux motifs que la carte pouvait aussi être utilisée pour d'autres types de paiements et que la fonction NFC ne saurait être considérée en soi comme un instrument de paiement.

En appel, l'*Oberlandesgericht Wien* (tribunal régional supérieur de Vienne) a en partie confirmé le jugement rendu en première instance. Cette juridiction a, notamment, estimé que l'usage de la fonction NFC ne constituait pas une utilisation d'un instrument de paiement, mais était assimilable aux transactions de cartes de crédit effectuées par courrier ou par téléphone. A cet égard, elle a relevé que la fonction NFC était activée automatiquement, à la différence du « porte-monnaie électronique », et que la carte équipée de cette fonction était non pas anonymisée, mais à la fois personnalisée et sécurisée au moyen d'un code.

Saisi de pourvois en révision par les deux parties, la Cour Suprême autrichienne pose 4 questions préjudicielles à la Cour de justice sur l'interprétation de la directive n° 2015/2366 (DSP2).

La première question porte sur le régime de l'acceptation tacite de modifications unilatérales des clauses contractuelles d'un contrat-cadre de prestataire de services de

paiement. Les autres questions préjudicielles concernent le régime juridique de la fonction de paiement sans contact des cartes multifonctionnelles. Les principaux enjeux du litige consistent en la possibilité, pour le prestataire de services de paiement de présumer l'acceptation tacite de l'utilisateur en cas de modifications de clauses du contrat-cadre de services de paiement, et de transférer la responsabilité des paiements non autorisés à l'utilisateur de services de paiement.

2. Les questions préjudicielles et leurs réponses

2.1. La juridiction nationale demande s'il convient d'interpréter les articles 52, 6., (a) et 54, 1., de la directive n° 2015/2366 précitée⁶ en ce sens qu'une présomption d'acceptation peut être convenue, même avec un consommateur, sans qu'aucune restriction ne puisse être retenue au regard des conditions contractuelles envisageables ?

Selon la Cour, les dispositions précitées doivent être interprétées en ce sens qu'elles régissent les informations et les conditions à fournir par un prestataire de services de paiement (PSP) souhaitant convenir, avec l'utilisateur, d'une présomption d'acceptation concernant la modification du contrat-cadre qu'ils ont conclu. Ces dispositions ne fixent pas de restrictions ayant égard à la qualité de l'utilisateur ou au type de clauses contractuelles pouvant faire l'objet d'un tel accord. La Cour fonde ainsi son raisonnement sur le fait que les articles en question sont insérés dans un Titre III de la directive intitulé « *Transparence des conditions et exigences en matière d'informations régissant les services de paiement* » et sont ainsi appelés à régir les informations et conditions à fournir à l'utilisateur sans fixer de restrictions. Toutefois, lorsque l'utilisateur a la qualité de consommateur, un contrôle du caractère abusif de ces clauses modifiées reste envisageable au regard des dispositions de la directive n° 93/13.⁷ Ces clauses doivent ainsi satisfaire aux exigences de bonne foi, d'équilibre et de transparence telles qu'interprétées dans l'arrêt *RWE Vertrieb*.⁸ Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si la clause litigieuse n° 14 des conditions générales peut être considérée comme abusive.

2.2. L'article 4, (14), de la directive précitée⁹ doit-il être interprété en ce sens que la fonction de paiement sans

6. Art. en vertu desquels l'utilisateur de services de paiement est réputé avoir accepté une modification proposée des conditions contractuelles à moins qu'il n'ait notifié au prestataire de services de paiement son refus de cette modification avant la date proposée pour l'entrée en vigueur de celle-ci. En droit interne, cf. respectivement art. VII.22, 6°, a) et art. VII.24, § 1^{er}, al. 1^{er} et 2, CDE.

7. Directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (J.O.C.E., L. 95/29, 21 avril 1993).

8. C.J.U.E., 21 mars 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, EU :C:2013:180, pt. 47.

9. « Tout dispositif personnalisé et/ou ensemble de procédures convenu entre l'utilisateur de services de paiement et le prestataire de services de paiement et utilisé pour initier un ordre de paiement. » Cf. art. I.9, 10°, CDE.

contact (NFC) d'une carte bancaire multifonctions personnalisée constitue un instrument de paiement ?

La Cour répond par l'affirmative en faisant référence à son arrêt *T-Mobile Austria*.¹⁰ Elle constate que la fonction NFC est, eu égard à ses spécificités, juridiquement dissociable des autres fonctions dont est dotée la carte bancaire lui servant de support, qui nécessitent quant à elles l'usage de données de sécurité personnalisées pour effectuer des paiements d'un certain montant. Dès lors, cette fonction prise individuellement peut être qualifiée d'instrument de paiement. La Cour souligne que cette interprétation est de nature à contribuer à la réalisation des objectifs poursuivis par la directive, c'est-à-dire favoriser le développement de ce nouveau moyen de paiement dans le cadre d'une concurrence équitable entre les prestataires de services de paiement, mais également la protection des utilisateurs de ces services.

En cas de réponse affirmative à la question précédente, faut-il interpréter l'article 63, 1., b), de la directive précitée¹¹ en ce sens que le paiement d'un montant de faible valeur¹² au moyen de la fonction NFC d'une carte bancaire multifonctions personnalisée doit être considéré comme une utilisation anonyme de l'instrument de paiement ?

A nouveau, la Cour répond affirmativement. Ce mode de paiement ne permet pas de connaître l'identité du porteur de la carte au regard de l'absence d'utilisation de moyen d'identification sécurisée tel qu'un code PIN. Ainsi, si la carte est volée ou perdue, le prestataire de services de paiement n'a pas la possibilité d'identifier la personne procédant au paiement.

2.3. L'article 63, 1., (a), de la directive précitée¹³ doit-il être interprété en ce sens que cet article dérogatoire ne peut être invoqué par un prestataire de services de paiement que s'il est démontré que l'état objectif des connaissances techniques ne permet pas de bloquer l'instrument de paiement ou qu'un usage ultérieur ne peut pas être empêché ?

La Cour rappelle que cet article doit être interprété strictement de par son aspect dérogatoire. Partant, un prestataire de services de paiement qui entend se prévaloir de la dérogation prévue à cette disposition ne saurait se limiter à affirmer dans une clause du contrat-cadre, sans preuve, qu'il est impossible de bloquer l'instrument de paiement concerné ou d'empêcher la poursuite de l'utilisation de celui-ci, alors que, au regard de l'état objectif des connaissances techniques disponibles, une telle impossibilité ne peut être établie.¹⁴

3. Commentaires

Cet arrêt a le mérite de clarifier la situation de la clause de modification tacite du contrat-cadre de services de paiement. La Cour s'était déjà prononcée sur cette question dans le cadre de l'ancienne directive de services de paiement (DSP1)¹⁵, dans son arrêt *Bawag*.¹⁶ Pour rappel, afin qu'une modification tacite du contrat-cadre soit possible, plusieurs conditions doivent être respectées.¹⁷ Dans cette nouvelle affaire, la Cour précise que cette clause modifiée peut pleinement jouer, sans préjudice toutefois d'un contrôle par le juge de fond de son caractère abusif lorsque l'utilisateur de services de paiement est un consommateur. Bien que présentant une solution adéquate, le chemin emprunté par la Cour dans son raisonnement a suscité

10. C.J.U.E., 9 avril 2014, C-616/11, *T-Mobile Austria / Verein für Konsumenteninformation*, EU:C:2014:242.

11. Disposition introduisant des dérogations pour les instruments de paiement relatifs à des montants de faible valeur et pour la monnaie électronique, transposée à l'art. VII.31, 2°, CDE. Ces dérogations portent notamment sur la preuve de l'authentification et de l'exécution des opérations de paiement (art. 72) et sur la responsabilité du prestataire de services de paiement et du payeur en cas d'opérations de paiement non autorisées (voy. respectivement art. 73 et 74, 1. et 3., de la directive n° 2015/2366, art. VII.43 et VII.44 CDE).

12. Par montant de faible valeur, la directive entend « des opérations de paiement individuelles dont le montant n'excède pas 30 EUR ou qui soit ont une limite de dépenses de 150 EUR, soit stockent des fonds dont le montant n'excède à aucun moment 150 EUR ». Le règlement délégué offre notamment la possibilité d'effectuer des paiements sans contact sans exiger une authentification forte du client pour les transactions de paiement individuelles jusqu'à 50 EUR. Cf. art. 11 du règlement délégué (UE) n° 2018/389 de la Commission du 27 novembre 2017 complétant la directive (UE) n° 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation relatives à l'authentification forte du client et à des normes ouvertes communes et sécurisées de communication (J.O.U.E., 13 mars 2018, L. 69/23).

13. En droit belge, cf. art. VII.31, § 1^{er}, 1°, CDE.

14. Cette dérogation permet la mise à l'écart de l'art. 74, 3., de la directive, ce qui conduit concrètement le payeur à supporter tout paiement non autorisé même après avoir notifié la perte, le vol (...) au prestataire de services de paiement.

15. Directive n° 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives n° 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive n° 97/5/CE (J.O.U.E., L. 319/1, 5 décembre 2017).

16. C.J.U.E., 25 janvier 2017, C-375/15, *Bawag PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse / Verein für Konsumenteninformation*, EU:C:2017:38.

17. Entre autres, la possibilité d'une acceptation tacite des changements proposés par le prestataire de services de paiement doit être prévue dans le contrat (art. 52, 1., 6), a), de la directive n° 2015/2366 ; la modification du contrat-cadre proposée par le prestataire de services de paiement doit être communiquée au moins 2 mois avant son entrée en vigueur (art. 54, 1.) ; la notification de la modification doit être proposée par le prestataire de services de paiement sur un support durable (art. 51) ; l'utilisateur de services de paiement ne doit pas avoir informé le prestataire de services de paiement de son refus quant aux changements proposés et de son souhait de résilier le contrat (art. 54, 1.), ...

l'incompréhension de certains.¹⁸ Ceux-ci soulignent aussi que la possibilité de recourir à la matière des clauses abusives en pratique est incertaine pour ce genre de cas d'espèces au vu de la jurisprudence citée par la Cour.¹⁹

Concernant la résolution de cette première question préjudicielle, la Cour a d'ailleurs été à l'encontre de l'opinion de son avocat général²⁰ dont les conclusions condamnaient le fonctionnement standardisé des clauses de modification présentes dans l'écrasante majorité des contrats bancaires.²¹ La Cour n'a pas suivi son opinion selon laquelle l'acceptation tacite des modifications des conditions générales dans les contrats-cadres ne pouvait être invoquée que pour les « modifications non essentielles » à ces contrats.²² L'avocat général considérait que l'ajout d'une fonction NFC à une carte bancaire n'est pas possible au regard du critère de « modifications non essentielles ». En revanche, l'arrêt suit son raisonnement au demeurant.²³

La troisième réponse ne nécessite pas de commentaire. C'est à bon droit que la Cour fonde son raisonnement sur le texte de l'article 63, 1., (a), de la directive dont le libellé est suffisamment explicite.

Cependant, l'arrêt soulève un certain nombre de questions sur les autres solutions apportées.

C'est premièrement le cas, lorsqu'il détermine que la fonction NFC, sans contact, constitue un instrument de paiement distinct. En l'espèce, cet instrument correspond à un « ensemble non personnalisé de procédures convenues pour initier une opération de paiement », ce qu'il convient de distinguer de l'utilisation de la carte de paiement à l'aide d'un code secret (qui correspond alors à un instrument de paiement personnalisé).

Ce type de raisonnement ouvre des perspectives enthousiasmantes pour les prestataires de services de paiement en leur permettant de fixer certaines règles propres à l'utilisation de la fonction NFC sans code secret dans le contrat-cadre (en restant dans les limites de l'art. 63, 1., de la directive). D'ailleurs, si la Cour avait estimé que cette

fonction NFC ne constituait pas un instrument de paiement distinct de la carte bancaire, les dérogations prévues à l'article 63 de la directive pour les instruments de paiement relatifs à des montants de faible valeur se verraient dépourvues de toute utilité. Une carte de paiement peut donc contenir deux instruments de paiement distincts : le premier requiert une authentification forte et son utilisation n'est par conséquent pas anonyme, alors que le second, équipé de cette fonction NFC s'appliquant à des petits montants, procède à des paiements sans authentification forte et de façon anonyme. Ainsi, c'est « la fonction et non le support qui fait l'instrument de paiement ».²⁴

Cependant, ce raisonnement appelle également de nouvelles questions. Par exemple, il en découle que la règle contenue à l'article 70, 1., b) de la directive²⁵, qui prévoit l'interdiction d'envoyer de nouveaux instruments de paiement non sollicités à l'utilisateur, ne serait que peu respectée en pratique au vu des fréquents envois, non sollicités, de cartes de paiement sans contact.

Deuxièmement, l'articulation entre les articles 63 et 74, 2., de la DSP2 semble malaisée. Dans l'hypothèse où la dérogation prévue pour des instruments de paiement utilisés anonymement pour de petits montants est activée (art. 63 DSP2), il n'est pas clair de déterminer si la règle de l'article 74, 2., de la DSP2 (art. VII.44, § 2 CDE) – selon laquelle le payeur (ou utilisateur du service de paiement) ne peut pas être tenu responsable des opérations de paiement non autorisées qui ont eu lieu sans une authentification forte du client – doit être écartée.²⁶ Les deux dispositions sont en contradiction manifeste mais la Cour ne le relève pas.²⁷ En effet, l'article 63 (DSP2) permet au prestataire de services de paiement de déroger à certaines règles afin que la responsabilité d'un paiement non autorisé via un instrument de paiement relatif à des montants de faible valeur incombe au payeur. Le paragraphe 2. de l'article 74 stipule quant à lui que lorsque le prestataire de services de paiement du payeur n'exige pas une authentification forte du client (ce qui peut être le cas pour un instrument de paiement relatif à des montants de faible valeur), le payeur ne supporte aucune perte financière,

18. T. SAMIN et S. TORCK, « DSP2 : la présomption d'acceptation tacite des modifications unilatérales des contrats-cadres de service de paiement et la fonction de paiement sans contact (NFC) des cartes multifonction personnalisées devant la Cour de justice », *Rev. dr. banc. fin.*, 2021, n° 1, pp. 37-38.

19. C.J.U.E., 21 mars 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, EU :C:2013:180, pt. 47.

20. Concl. M. Campos SÁNCHEZ-BORDONA du 30 avril 2020 dans C-287/19.

21. P. STORRER, « Sur l'arrêt *DenizBank* », *Banque & Droit*, 2020, n°194, p. 28.

22. S. LESSAR, E. O'BRIEN et T. DUNLEA-PEATROSS, « CJEU case on PSD2 interpretation : C-287/19 *DenizBank AG v Verein für Konsumenteninformation* on the interpretation of Directive 2015/2366 on Payment Services (PSD2) », 27 Novembre 2020, disponible sur www.lexology.com.

23. Dans les réponses aux questions préjudicielles n° 2 sous a) (pt. 75 de l'arrêt) et n° 3 (pt. 104 de l'arrêt), il est fait référence aux conclusions de l'avocat général.

24. T. SAMIN et S. TORCK, *o.c.*, p. 40.

25. Cf. art. VII.39, 2°, CDE.

26. R. STEENNOT, *o.c.*, p. 217.

27. S. MCINNES *e.a.*, « The EU Court of Justice rules on various PSD2 provisions, including potential cardholder liability in relation to contactless payments », novembre 2020, disponible sur www.twobirds.com.

sauf fraude de sa part. Cet article 74, 2., ne figure pas dans la liste des exceptions stipulées par l'article 63, 1., d'où une articulation malaisée des deux dispositions concernant la question de responsabilité du payeur en cas de paiement non autorisé. L'article 63 permet, sous conditions, que le payeur soit tenu responsable par le prestataire de service de paiement d'un paiement non autorisé (effectué via un instrument de paiement relatif à des montants de faible valeur) alors que l'article 74, 2., s'y oppose (lorsqu'aucune authentification forte du client n'est requise pour procéder au paiement).

Enfin, l'usage de la fonctionnalité NFC d'une carte de paiement ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'un instrument de paiement sans authentification forte du client.

En atteste l'exemple de la carte qui a été « tokenisée » et placée dans un « wallet » sur smartphone.²⁸ Toutes ces transactions mobiles NFC seront généralement soumises à une authentification forte du client en exigeant un code PIN, une reconnaissance de l'empreinte digitale ou du visage ou un autre dispositif de vérification de l'identité sur le téléphone.

Par conséquent, il est peu probable que l'analyse de la Cour concernant la disponibilité de la dérogation pour les montants de faible valeur s'applique. En effet, l'utilisation de la carte dans les circonstances décrites ci-dessus ne sera généralement pas considérée comme anonyme. Etant initiée par téléphone, il semble possible de prouver que la transaction de paiement NFC a été autorisée par le titulaire de la carte.²⁹

28. S. MCINNES *et al.*, *o.c.*

29. R. STEENNOT, *o.c.*, p. 212 ; S. MCINNES *et al.*, *o.c.*