

Affaire C-287/19**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

5 avril 2019

Jurisdiction de renvoi :

Oberster Gerichtshof (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

25 janvier 2019

Partie défenderesse, puis requérante en « Revision » :

DenizBank AG

Partie requérante, puis défenderesse en « Revision » :

Verein für Konsumenteninformation

RÉPUBLIQUE D'AUTRICHE**OBERSTER GERICHTSHOF (Cour suprême)**

Dans l'affaire opposant le Verein für Konsumenteninformation, [omissis] Vienne, partie requérante, à DenizBank AG, [omissis] Vienne, partie défenderesse, qui porte sur une action en cessation et en publication de jugement (valeur du litige : 36 000 euros), l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) – saisi dans le cadre d'un pourvoi en « Revision » formé par la partie requérante et par la partie défenderesse contre l'arrêt rendu en appel le 20 novembre 2017 par l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) et par lequel le jugement du Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) du 28 avril 2017 a été en partie confirmé et en partie réformé – a rendu l'ordonnance suivante :

Ordonnance

Les questions suivantes sont soumises à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne : **[Or. 2]**

1. Convient-il d'interpréter les dispositions combinées de l'article 52, point 6, sous a), et de l'article 54, paragraphe 1, de la directive 2015/2366/EU (directive sur les services de paiement) – en vertu desquelles l'utilisateur de services de paiement est réputé avoir accepté une modification proposée des conditions contractuelles à moins que l'utilisateur de services de paiement 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 ce sens qu'une présomption d'acceptation peut être convenue, même avec un consommateur, sans aucune restriction pour toutes les conditions contractuelles envisageables ?

2. a) Convient-il d'interpréter l'article 4, point 14, de la directive sur les services de paiement en ce sens que la fonction de paiement sans contact (NFC) d'une carte bancaire multifonctions personnalisée – fonction grâce à laquelle sont opérés des paiements de faibles montants au débit du compte bancaire associé – constitue un instrument de paiement ?

2. b) En cas de réponse affirmative à la question 2, sous a) :

Convient-il d'interpréter l'article 63, paragraphe 1, sous b), de la directive sur les services de paiement – disposition introduisant des dérogations pour les instruments de paiement relatifs à des montants de faible valeur et pour la monnaie électronique – en ce sens que le paiement sans contact d'un montant de faible valeur au moyen de la fonction NFC d'une carte bancaire multifonctions personnalisée doit être considéré comme une utilisation de manière anonyme de l'instrument de paiement au sens de la disposition dérogatoire ?

3. Convient-il d'interpréter l'article 63, paragraphe 1, sous b), de la directive sur les services de paiement en ce sens qu'un prestataire de services de paiement ne peut invoquer cette disposition dérogatoire 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 ? **[Or. 3]**

Motifs

I. Les faits :

La procédure au principal est ce qu'il est convenu d'appeler un procès sur la validité de clauses contractuelles (Klauselprozess). La requérante est une association de protection des intérêts des consommateurs qui a qualité pour agir en vertu de la loi autrichienne sur la protection des consommateurs (Konsumentenschutzgesetz). La banque défenderesse exerce des activités bancaires sur tout le territoire autrichien et utilise dans ses relations d'affaires avec des consommateurs des conditions générales et formulaires contractuels, notamment en ce qui concerne l'utilisation de cartes de paiement équipées de la fonction NFC (Near Field Communication) (« communication en champ proche »).

Ces cartes de paiement de la défenderesse permettent de payer, à des caisses dotées de l'équipement technique spécifiques de faibles montants allant jusqu'à 25 euros, sans contact et sans devoir saisir un numéro d'identification personnel (ci-après : « code PIN »). Le paiement de montants supérieurs est conditionné à une authentification supplémentaire au moyen d'un code. La fonction NFC des cartes bancaires est automatiquement activée lorsque le client utilise sa carte pour la première fois.

Les clauses des conditions générales de la défenderesse qui sont pertinentes aux fins de la procédure préjudicielle sont les suivantes :

Clause 14 :

« Modifications des [conditions générales relatives aux cartes de débit] : les modifications des présentes conditions générales 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 et celles-ci sont donc réputées convenues, si le client n'a pas fait part de son refus à DenizBank AG avant la date prévue d'entrée en vigueur. La proposition de modification précitée [Or. 4] est transmise au client sur papier ou, s'il y consent, sur un support de données durable. Dans sa proposition de modification, DenizBank AG informera le client et attirera son attention sur le fait que son silence à cet égard vaut acceptation de la modification. De plus, DenizBank AG publiera sur son site internet une comparaison des clauses concernées par la modification des conditions générales et elle transmettra également cette comparaison au client. À l'égard d'une entreprise, il suffira que DenizBank AG permette une consultation de la proposition de modification selon un moyen convenu avec cette entreprise. Lorsqu'une telle modification des conditions générales est prévue, le client ayant la qualité de consommateur a le droit de résilier sans frais et sans préavis ses contrats-cadres relatifs aux services de paiement (et en particulier au compte courant). Ce point sera également indiqué par DenizBank AG dans la proposition de modification adressée au client. »

Clause 15 :

« Absence de preuve de l'autorisation : dans la mesure où la finalité des paiements de montants de faible valeur sans saisie du code personnel est qu'une opération de paiement puisse être effectuée de manière simplifiée et sans autorisation, DenizBank AG n'est pas tenue de prouver que l'opération de paiement a été autorisée, dûment enregistrée et comptabilisée, ni que cette opération n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre. »

Clause 16 :

« Pas de responsabilité en cas de paiements non autorisés : Dans la mesure où, lorsque la carte de retrait est utilisée pour [Or. 5] des paiements de montants faible valeur sans saisie du code personnel, DenizBank AG n'est pas en mesure de vérifier que l'opération de paiement a été autorisée par le titulaire de la carte,

DenizBank AG n'a, en cas d'opération de paiement non autorisée, aucune obligation de rembourser le montant du paiement non autorisé ni de remettre le compte débité en l'état dans lequel il se serait trouvé en l'absence de l'opération de paiement non autorisée. Sont également exclues toutes autres prétentions contre DenizBank AG, dès lors qu'elles seraient fondées sur une négligence simple de DenizBank AG. »

Clause 17 :

« Avertissement : le détenteur du compte bancaire supporte le risque de tout usage abusif de la carte de retrait concernant des paiements de faibles montants sans saisie du code personnel. »

Clause 18 :

« Impossibilité de bloquer les paiements de faibles montants en cas de disparition de la carte de retrait : il est techniquement impossible de bloquer la carte de retrait en ce qui concerne les paiements de faibles montants. En cas de disparition (par exemple perte ou vol) de la carte de retrait, même après un blocage effectué conformément au point 2.7, des paiements de faibles montants jusqu'à un total de 75 euros peuvent encore être effectués. Ces montants ne seront pas remboursés. Dans la mesure où il s'agit de paiements de faibles montants au sens de l'article 33 de la loi sur les services de paiements (Zahlungsdienstegesetz), où seules des opérations unitaires n'excédant pas 25 euros sont possibles et où il n'existe aucune possibilité de bloquer la carte de retrait en ce qui concerne des paiements de faibles montants sans saisie du code personnel, l'article 44, paragraphe 3, de la loi sur les services de paiements (Zahlungsdienstegesetz) n'est pas applicable.

Clause 19 :

« À moins que le point 3 ne contienne une disposition expresse relative aux paiements de faibles montants, [Or. 6] les dispositions du point 2 (services de cartes) leur sont également applicables. »

II. Les dispositions du droit de l'Union

Les dispositions du droit de l'Union pertinentes aux fins de la procédure préjudicielle sont les suivantes :

1. L'article 52 de la directive 2015/2366/UE sur les services de paiement dispose :

« Les États membres veillent à ce que les informations et les conditions ci-après soient fournies à l'utilisateur de services de paiement :

[...]

6) *sur la modification et la résiliation d'un contrat-cadre :*

a) *s'il en est convenu ainsi, le fait que l'utilisateur de services de paiement est réputé avoir accepté la modification des conditions conformément à l'article 54, à moins que l'utilisateur de services de paiement 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 ;*

b) *la durée du contrat-cadre ;*

c) *le droit de l'utilisateur de services de paiement de résilier le contrat-cadre et tout accord lié à cette résiliation, conformément à l'article 54, paragraphe 1, et à l'article 55 ; ».*

2. L'article 54, paragraphe 1, de la directive 2015/2366/UE sur les services de paiement dispose :

« Toute modification du contrat-cadre ou des informations et conditions prévues à l'article 52 est proposée par le prestataire de services de paiement selon les modalités prévues à l'article 51, paragraphe 1, et au plus tard deux mois avant la date proposée pour son entrée en vigueur. L'utilisateur de services de paiement peut [Or. 7] accepter ou rejeter la modification avant la date proposée pour son entrée en vigueur.

Le cas échéant, conformément à l'article 52, point 6) a), le prestataire de services de paiement informe l'utilisateur de services de paiement qu'il est réputé avoir accepté la modification s'il n'a pas notifié au prestataire de services de paiement, avant la date d'entrée en vigueur proposée de cette modification, qu'il ne l'acceptait pas. Le prestataire de services de paiement informe également l'utilisateur de services de paiement que, au cas où ledit utilisateur rejette la modification, l'utilisateur de services de paiement a le droit de résilier le contrat-cadre sans frais et avec effet à tout moment jusqu'à la date à laquelle la modification aurait été appliquée. »

3. L'article 4, point 14, de la directive 2015/2366/UE sur les services de paiement dispose :

« [On entend par] "instrument de paiement" 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 ; ».

4. L'article 63, paragraphe 1, de la directive 2015/2366/UE sur les services de paiement dispose :

« Dans le cas d'instruments de paiement qui, conformément au contrat-cadre, concernent uniquement 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, les

prestataires de services de paiement peuvent convenir avec leurs utilisateurs de services de paiement que :

a) l'article 69, paragraphe 1, point b), l'article 70, paragraphe 1, points c) et d), et l'article 74, paragraphe [2], ne s'appliquent pas si l'instrument de paiement ne [Or. 8] peut pas être bloqué ou si la poursuite de l'utilisation de celui-ci ne peut être empêchée ;

b) les articles 72 et 73 et l'article 74, paragraphes 1 et 3, ne s'appliquent pas si l'instrument de paiement est utilisé de manière anonyme ou si le prestataire de services de paiement n'est pas en mesure, pour des raisons autres qui sont inhérentes à l'instrument de paiement, d'apporter la preuve qu'une opération de paiement a été autorisée ;

[...] ».

III. Les dispositions du droit interne

1. L'article 48, paragraphe 1, point 6, sous a) et sous c), de la loi autrichienne sur les services de paiements (Zahlungsdienstegesetz) dans sa version de 2018 dispose :

« Le prestataire de services de paiement est tenu de fournir à l'utilisateur de services de paiement les informations et conditions ci-après :

[...]

6) sur la modification et la résiliation d'un contrat-cadre :

a) s'il en est convenu ainsi, le fait que l'utilisateur de services de paiement est réputé avoir accepté la modification des conditions conformément à l'article 50, 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, la modification devant avoir été notifiée dans le délai de l'article 50, paragraphe 1, point 1 ;

[...]

c) une mention du droit de l'utilisateur de services de paiement de résilier le contrat-cadre et de tout accord lié à cette résiliation, conformément à l'article 50, paragraphe 1, et à l'article 51. »

2. L'article 50, paragraphe 1, de la loi sur les services de paiements (Zahlungsdienstegesetz) dans sa version de 2018 dispose :

« Le prestataire de services de paiement est tenu [Or. 9] :

1. de proposer toute modification du contrat-cadre au plus tard deux mois avant la date proposée pour son entrée en vigueur et selon les modalités visées à l'article 47, paragraphe 1 ;

2. dès lors qu'un accord au sens de l'article 48, paragraphe 1, point 6, sous a), a été conclu, d'indiquer :

a) que l'utilisateur de services de paiement est réputé avoir accepté la modification des conditions, 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 ; et

b) que l'utilisateur de services de paiement a le droit de résilier le contrat-cadre sans préavis avant l'entrée en vigueur des modifications. »

3. L'article 4, point 14, de la loi sur les services de paiements (Zahlungsdienstegesetz) dans sa version de 2018 dispose :

« "instrument de paiement" : 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 ».

4. L'article 57, paragraphe 1, de la loi sur les services de paiements (Zahlungsdienstegesetz) dans sa version de 2018 dispose :

« Dans le cas d'instruments de paiement qui, conformément au contrat-cadre applicable, concernent exclusivement des opérations de paiement dont le montant unitaire n'excède pas 30 euros ou qui soit ont une limite de dépenses de 150 euros, soit stockent des fonds (instruments de paiement prépayés) dont le montant n'excède à aucun moment 150 euros, le prestataire de services de paiement et l'utilisateur de services de paiement peuvent convenir que :

1. l'article 63, paragraphe 2, l'article 64, paragraphe 1, points 2 et 4, ainsi que l'article 68, paragraphes 4 et 5, ne s'appliquent pas si l'instrument de paiement ne peut pas être bloqué ou si la poursuite de l'utilisation de celui-ci ne peut être empêchée ; **[Or. 10]**

2. les articles 66 et 67 et l'article 68, paragraphes 1, 2, 4 et 5, ne s'appliquent pas si l'instrument de paiement est utilisé de manière anonyme ou si le prestataire de services de paiement n'est pas en mesure, pour des raisons autres qui sont inhérentes à l'instrument de paiement, d'apporter la preuve qu'une opération de paiement a été autorisée [...]. »

IV. La procédure antérieure

La requérante a affirmé que les clauses sont nulles. Selon elle, la clause 14 pourrait également s'appliquer à des prestations principales et serait gravement préjudiciable et opaque.

Selon la requérante, la fonction de paiement NFC dont est dotée une carte bancaire ne relèverait pas des dispositions dérogatoires relatives aux instruments de paiements de faibles montants et à la monnaie électronique.

La défenderesse a rétorqué que la clause 14 serait conforme aux exigences juridiques.

Selon la défenderesse, il conviendrait d'apprécier distinctement les diverses fonctions de paiement de la carte.

La juridiction de première instance a fait droit au recours en ce qui concerne les clauses 14 à 19 ; elle a considéré que la clause 14 était gravement préjudiciable.

Selon elle, les conditions d'application des dispositions dérogatoires relatives aux instruments de paiements de faibles montants n'étaient pas réunies, dans la mesure où la carte pouvait également être utilisée pour d'autres paiements. La fonction supplémentaire du paiement sans contact et sans authentification ne devait nullement être considérée comme un instrument de paiement.

La juridiction d'appel a partagé cette opinion juridique. Selon elle, si l'on ne considère que la fonction de paiement sans contact, il ne s'agit pas d'une utilisation d'un instrument de paiement mais il convient au contraire de traiter l'opération comme les transactions de cartes de crédit effectuées par courrier ou par téléphone. Cela est étayé par le fait que pour des montants de faible valeur, la fonction de paiement NFC [Or. 11] est activée automatiquement, ce qui n'est pas le cas du « porte-monnaie électronique ». De plus, [selon la juridiction d'appel], la carte bancaire utilisée pour les transactions NFC n'est pas anonymisée, mais au contraire à la fois personnalisée et sécurisée au moyen d'un code.

V. Renvoi préjudiciel et motivation :

[omissis] [considérations sur l'habilitation à opérer un renvoi préjudiciel]
[omissis]

- 1 La défenderesse affirme dans son pourvoi en « Revision » que la clause 14 satisferait aux exigences posées, quant à son libellé, par la directive et par la loi et que, partant, cette clause ne devrait pas être soumise à un contrôle supplémentaire quant à son bien-fondé et à sa transparence. Dans la pratique de la banque de détail, la possibilité de pouvoir convenir, même avec des consommateurs, d'une telle présomption d'acceptation serait indispensable pour la sécurité juridique dans la mesure où il ne serait pas possible d'obtenir des déclarations expresses

d'acceptation d'une très grande majorité des clients. Il serait excessif de limiter cette possibilité à certaines clauses contractuelles ou d'imposer que les modifications susceptibles de faire l'objet d'une présomption d'acceptation soient décrites d'une manière suffisamment détaillée pour que ces clauses respectent l'obligation stricte de transparence ; de plus, cela soumettrait la rédaction de conditions générales acceptables à des exigences pratiquement impossibles à satisfaire.

Or, à l'inverse de cette argumentation, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) a dit pour droit, à plusieurs reprises, qu'une clause de présomption d'acceptation n'est pas licite du seul fait qu'elle **[Or. 12]** remplit les conditions formelles et que des clauses de modification de contrats ainsi nées sont soumises à un contrôle supplémentaire au sens de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ainsi que des mesures nationales transposant cette directive [article 879, paragraphe 3, du code civil général autrichien (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) et article 6, paragraphe 3, de la loi sur la protection des consommateurs (Konsumentenschutzgesetz)] [omissis].

Selon ce point de vue, des modifications particulièrement poussées du contrat, lesquelles affectent les fondements des relations juridiques entre les parties, ne peuvent pas intervenir par le biais d'une présomption d'acceptation ; si une clause permet, par le biais d'une simple présomption d'acceptation, d'apporter des modifications pratiquement illimitées en faveur de l'entrepreneur et au détriment du consommateur, elle est considérée comme gravement préjudiciable. De plus, la jurisprudence qualifie une clause d'opaque lorsque celle-ci laisse totalement vague non seulement la désignation des prestations que le prestataire de services de paiement pourrait restreindre au moyen d'une acceptation présumée, mais également l'ampleur que peut avoir une modification des redevances payées par le consommateur. En revanche, il serait certainement licite que le pouvoir d'amendement porte concrètement sur l'introduction de modifications dictées par des évolutions législatives ou par des exigences de l'administration ou du juge ou encore de modifications en faveur des usagers ou que ce pouvoir fixe, dans certains domaines, les orientations des modifications.

Cette jurisprudence est fondée sur l'idée que malgré le droit formel de s'y opposer, la présomption d'acceptation stipulée dans le contrat revient en pratique à donner à l'entrepreneur un pouvoir unilatéral de modification, puisque l'expérience montre que de manière générale, les consommateurs ne font aucune analyse critique des propositions de modification [omissis]. **[Or. 13]**

Les articles 48, paragraphe 1, point 6, sous a), et 50, paragraphe 1, de la loi sur les services de paiements (Zahlungsdienstegesetz) dans sa version de 2018 fixent, conformément à la directive sur les services de paiement, les informations que l'entrepreneur doit fournir et quelles mentions il doit faire en cas de modifications envisagées, *si* une présomption d'accord a été convenue. Aux yeux de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), cette formulation présuppose l'existence d'un tel

accord mais elle n'en régit pas la teneur. Dès lors – et contrairement à ce qui vaut pour le prestataire de services de télécommunications en vertu de l'article 20, paragraphe 4, de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel – la directive [sur les services de paiement] n'autorise pas directement le prestataire de services de paiement à stipuler pour toutes les conditions générales contractuelles envisageables une possibilité de modification unilatérale par le biais d'une présomption d'acceptation.

Par la suite, cette jurisprudence a toutefois essuyé plusieurs critiques de la doctrine autrichienne. *Bollenberger* [omissis] est d'avis que cette ligne jurisprudentielle stricte impose aux prestataires de services de paiements, en ce qui concerne la teneur des clauses d'acceptation présumée, des restrictions qui ne ressortent ni de la loi ni de la directive, sans pour autant que la jurisprudence ne fournisse de critères suffisants à cet égard. Selon cet auteur, la directive sur les services de paiement, qui a pour objectif une pleine harmonisation, s'oppose à une telle restriction, a fortiori lorsque cette restriction n'existe pas dans d'autres États membres, notamment en Allemagne, alors même que la législation y est identique.

Schopper [omissis] développe une argumentation similaire et considère qu'il convient de mettre en balance, d'une part, les intérêts importants et légitimes d'entrepreneurs qui concluent avec des consommateurs des contrats de longue durée dans le secteur de la banque de détail et, [Or. 14] d'autre part, les désavantages du client qui ne sont de toute façon que potentiels. En effet, une présomption d'acceptation ne seraient pas nécessairement au détriment des consommateurs puisque les modifications proposées pourraient également produire des effets qui leurs sont bénéfiques. En tout état de cause, le risque d'un avantage disproportionné serait moins important lors d'une modification de conditions générales que lors de modifications portant sur l'équivalence entre la prestation et la contrepartie.

L'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) considère cependant que l'on peut opposer à ces considérations le contenu normatif des directives, lequel vise à protéger les consommateurs contre des pratiques commerciales désavantageuses.

Si une présomption d'acceptation était convenue une fois et sans limitation, il serait à tout moment possible de reléguer les clients, sans aucune restriction, dans des modèles commerciaux qui leur seraient moins avantageux, en se fiant au fait que les clients n'analyseront pas suffisamment des textes contractuels volumineux, au fait qu'ils n'en comprendront pas les conséquences ou au fait qu'ils accepteront les modifications comme une fatalité face à la seule autre option qu'est la résiliation.

Aux yeux de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), sa jurisprudence peut désormais également se fonder sur le considérant 63 de la directive sur les services de paiement : « Afin de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs, les États membres devraient être en mesure, dans l'intérêt du

consommateur, d'introduire ou de maintenir des restrictions ou des interdictions concernant les modifications unilatérales des termes d'un contrat-cadre, par exemple lorsqu'une modification n'est pas justifiée. »

- 2 Aux termes de l'article 63, paragraphe 1, sous b), de la directive sur les services de paiement, dans le cas **[Or. 15]** d'instruments de paiement qui, conformément au contrat-cadre, concernent uniquement 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, les prestataires de services de paiement peuvent convenir avec leurs utilisateurs de services de paiement que les articles 72 et 73 et l'article 74, paragraphes 1 et 3, ne s'appliquent pas si l'instrument de paiement est utilisé **de manière anonyme** ou si le prestataire de services de paiement **n'est pas en mesure**, pour des raisons autres qui sont inhérentes à l'instrument de paiement, **d'apporter la preuve** qu'une opération de paiement a été **autorisée**.

Dans la procédure au principal, les questions préliminaires qui se posent au sujet de la fonction NFC de paiement sans contact d'une carte multifonctionnelle liée à un compte à débiter spécifique d'un utilisateur de services de paiement sont celles de savoir :

- si cette fonction constitue réellement un instrument de paiement au sens de l'article 4, point 14 de la directive sur les services de paiement ;
- et si tel est le cas, quand cet instrument est utilisé « de manière anonyme ».

2.1. L'article 4, point 14, de la directive sur les services de paiement définit l'« instrument de paiement » comme 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 au sens de l'article 4, point [13] de la directive.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, pour être qualifié de personnalisé, un instrument de paiement doit permettre au prestataire de services de paiement de vérifier que l'ordre de paiement a été initié par un utilisateur habilité à ce faire (arrêt du 9 avril 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, EU:C:2014:242, points 33 et 35). Cependant, la notion d'instrument de paiement peut également **[Or. 16]** couvrir un ensemble de procédures non personnalisé, convenu entre l'utilisateur et le prestataire de services de paiement, et auquel l'utilisateur a recours pour initier un ordre de paiement (par exemple, un bulletin de virement signé ; voir arrêt du 9 avril 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, EU:C:2014:242, points 33 et 35).

En ce sens, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) parvient à la conclusion que le déclenchement d'un ordre de paiement par l'utilisation de la fonction NFC d'une carte bancaire associée à un [compte bancaire] individuel peut constituer un ensemble de procédures au sens de l'article 4, point [14], et donc un instrument de paiement.

2.2. La notion d'utilisation de manière « anonyme » au sens de l'article 63, paragraphe 1, sous b), de la directive sur les services de paiement n'est pas définie dans la directive. L'usage courant de la langue (à titre d'exemple, la notion est définie comme « non nommé » ou « sans nom » par le site www.duden.de et comme « incognito », « inconnu », « caché », « sans nom » par le site www.wikipedia.org) ne fournit pas de résultat clair.

Il est possible d'interpréter la notion en ce sens qu'il n'y a utilisation « de manière anonyme » que lorsque l'opération de paiement est déclenchée, cumulativement, au moyen d'une carte bancaire non associée à un compte client individuel et sans qu'aucun autre élément d'authentification ne soit fourni. Mais selon une autre interprétation possible, l'utilisation se fait déjà de manière anonyme au sens de la disposition lorsque c'est certes une carte bancaire personnalisée qui est employée pour déclencher l'opération de paiement au débit d'un compte déterminée, mais aucune autre authentification (voir article 4, points 29 et 30, de la directive) n'est fournie par ailleurs, de sorte que n'importe quelle personne physique ayant la carte bancaire en sa possession est en mesure de l'utiliser. **[Or. 17]**

Le libellé de l'article 63, paragraphe 1, sous b), de la directive sur les services de paiement permet de supposer que l'utilisation « de manière anonyme » et les « raisons autres qui sont inhérentes à l'instrument de paiement » ont pour caractéristique commune l'incapacité du prestataire de services de paiement à prouver qu'une opération de paiement a été autorisée.

Il n'a pas été entièrement clarifié si une telle preuve ne pouvait réellement pas être apportée lors de l'utilisation sans CVM (« cardholder verification mesure », mesure d'identification du titulaire de la carte ; il s'agit sans doute du code PIN) d'une carte bancaire multifonctionnelle personnalisée.

Si, dans le même temps, il n'y a eu aucune déclaration de perte, la seule possession physique de la carte suggère déjà qu'elle a été utilisée par le titulaire dont elle porte le nom ou par un tiers à qui ce titulaire l'a volontairement remise. On pourrait y objecter qu'une carte bancaire peut aussi avoir été subtilisée au titulaire, à son insu, par une personne non autorisée et que sa simple possession ne suffit pas à prouver un droit d'en disposer. A contrario, cependant, une vérification de l'autorisation au-delà de tout doute possible est impraticable, même lorsqu'une authentification au moyen d'éléments de sécurité supplémentaires est réclamée (voir article 4, point 30, de la directive, relatif à une « authentification forte du client »). Même dans un tel cas, un abus (par exemple, au moyen d'un code PIN qui aurait été épié) ne peut pas être exclu. En ce sens, il n'y a que des différences qualitatives entre la simple possession de la carte, en tant qu'indice le plus faible, et des étapes d'authentification supplémentaires, en tant qu'indices plus forts d'une utilisation autorisée.

Le point de vue selon lequel une carte de paiement personnalisée n'est pas utilisée de manière anonyme en ce qui concerne la fonction NFC **[Or. 18]** se reflète également dans la doctrine autrichienne [omissis].

2.3. Dans le document de questions-réponses de la Commission européenne intitulé « Your questions on PSD, Payment Services Directive 2007/64/EC », à la question n° 301 relative aux articles 34 et 53, en ce qui concerne la qualification de cartes bancaires multifonctionnelles permettant d'effectuer aussi bien des paiements au moyen de la saisie d'une mesure de vérification (code PIN) que des paiements sans contact de faibles montants, sans mesure de vérification (code PIN), il est conclu ce qui suit : « *S'agissant de cartes multifonctionnelles, divers régimes peuvent s'appliquer. Dans le cas de figure décrit, les opérations de paiement effectuées grâce à la fonction sans contact bénéficieraient des dérogations des articles 35 et 53, tandis que les dispositions "normales" s'appliquent à la fonction de carte de crédit ou de débit.* »

Manifestement, cette réponse repose sur l'interprétation selon laquelle un instrument de paiement est déjà utilisé de manière anonyme lorsqu'il peut être employé pour donner un ordre de paiement sans nécessiter d'authentification au moyen d'un élément de sécurité personnalisé ; dès lors, la nature « anonyme » de l'utilisation au moyen de la fonction NFC n'est pas remise en cause par le fait que c'est une carte bancaire émise au nom du titulaire d'un compte en banque déterminé qui est utilisée.

- 3 En vertu de l'article 63, paragraphe 1, sous a), de la directive sur les services de paiement (disposition transposée en Autriche par l'article 57, paragraphe 1, point 1, de la loi sur les services de paiements – Zahlungsdienstegesetz – dans sa version de 2018), les dérogations qui y sont prévues s'appliquent « *si l'instrument de paiement ne peut pas être bloqué ou si la poursuite de l'utilisation de celui-ci ne peut être empêchée* ».

En l'espèce, les clauses litigieuses de la défenderesse contiennent entre autres des dérogations fondées sur cette disposition, au motif que [Or. 19] la carte bancaire « ne peut pas être bloquée pour des paiements de faibles montants ».

Dans la procédure au principal, l'affirmation de la requérante, selon laquelle un tel blocage est tout-à-fait possible sur un plan technique, n'a pas été contestée par la défenderesse ; celle-ci a considéré que cela n'avait aucune importance.

Le libellé de l'article 63, paragraphe 1, sous a), de la directive sur les services de paiement permet en principe l'interprétation selon laquelle il est loisible au prestataire de services de paiement de proposer une carte en déclarant qu'elle ne peut pas être bloquée et de faire jouer à cet égard les dispositions dérogatoires. Mais la disposition peut aussi être interprétée en ce sens que le prestataire de services de paiement ne peut invoquer l'accord sur la dérogation que s'il prouve que la fonction NFC ne peut pas être bloquée. Selon cette interprétation, le prestataire de services de paiement ne pourra pas l'invoquer si un blocage était possible au vu de l'état des connaissances techniques mais que ces connaissances techniques n'étaient pas utilisées par le prestataire.

En accordant une attention particulière à la protection des consommateurs, c'est cette dernière interprétation de l'article 63, paragraphe 1, sous a), de la directive sur les services de paiement qu'il convient de privilégier. Dans un cas contraire, le prestataire de services de paiement pourrait facilement, au moyen d'une offre technique médiocre, mettre à charge de l'utilisateur de services de paiement le risque de responsabilité du fait de paiements non autorisés, ce qui pourrait aller à l'encontre du considérant 91 de la directive (responsabilité pour des mesures de sécurité appropriées).

- 4 Les questions générales consistant à savoir si l'« anonymat » au sens de l'article 64, paragraphe 1, sous b), de la directive sur les services de paiement peut déjà être exclu lorsque le paiement est effectué au moyen d'une carte bancaire associée à un compte bancaire individualisé [Or. 20] ou s'il faut également pour cela un autre élément d'authentification (par exemple le compte PIN) ne peuvent pas être clairement tranchées sur la base des principes issus de la jurisprudence existante de la Cour de justice et relatifs à l'interprétation du droit de l'Union. Cela vaut également pour la question de savoir si, lors de l'examen de l'impossibilité de blocage au sens de l'article 63, paragraphe 1, sous a), de la directive, il convient de considérer la faisabilité technique ou l'accord qui a été conclu. Il est nécessaire à cet égard, d'établir une solution unitaire au moyen d'une norme générale issue de l'interprétation du droit de l'Union par la Cour de justice ; il ne s'agit pas uniquement de la simple application du droit de l'Union, incombant au juge national [omissis].
- 5 La réponse aux questions posées constitue un préalable à la décision sur la licéité des clauses litigieuses en l'espèce.

Oberster Gerichtshof (Cour suprême),

Vienne, le 25 janvier 2019

[omissis]