Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 15 septembre 2016 [1]

Affaire C-375/15

BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG
contre
Verein für Konsumenteninformation

[demande de décision préjudicielle formée par l'Oberster Gerichsthof (Cour suprême, Autriche)]

«Rapprochement des dispositions législatives — Directive 2007/64/CE — Services de paiement dans le marché intérieur — Contrats-cadres — Information générale préalable — Informations relatives aux modifications des conditions des contrats-cadres — Obligation de fournir ces informations sur un support durable — Informations "fournies" ou "mises à disposition" — Informations transmises par une boîte mail intégrée dans une plate-forme de banque en ligne»

I – Introduction

1. La directive 2007/64/CE concernant les services de paiement dans le marché intérieur [2] exige que les modifications apportées aux contrats-cadres soient *fournies* par le prestataire de services de paiement à l'utilisateur de services de paiement sur support papier ou sur un autre *support durable*.

2. BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG (ci-après « BAWAG ») est une banque opérant en Autriche. Elle propose à ses clients des contrats pour la banque en ligne. Dans ses conditions générales relatives à de tels contrats sur la banque en ligne, BAWAG inclut une clause contractuelle aux termes de laquelle « les communications de modification » sont communiquées aux clients par la boîte mail interne de son système de banque en ligne. Le Verein für Konsumenteninformationen (Association pour l'information des consommateurs, Autriche), une association de protection des consommateurs, considère qu'une telle clause contractuelle ne respecte pas l'obligation de fournir les informations sur un « support durable » au sens de la directive 2007/64.

1 — Langue originale : l'anglais.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE (JO 2007, L 319, p. 1). La directive 2007/64 est abrogée et remplacée, avec effet au 13 janvier 2018, par la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 (JO 2015, L 337, p. 35).

3. Dans la présente affaire, il est demandé à la Cour de déterminer si des informations données par la boîte mail d'une banque en ligne sont « fournies » (par opposition à simplement « mises à disposition ») sur un « support durable », au sens de la directive 2007/64. Plus généralement, la Cour est à nouveau invitée[3] à établir un équilibre entre, d'une part, les exigences minimales en matière d'information et de protection des consommateurs et, d'autre part, les développements technologiques représentés par la tendance croissante parmi les opérateurs économiques (également alimentée, sans aucun doute, par les préférences des consommateurs) à créer des environnements en ligne et sans papier aux fins de communiquer avec leurs clients.

II – Cadre juridique

A – Droit de l'Union

4. La directive 2007/64 fixe les règles concernant la transparence des conditions et des exigences en matière d'informations régissant les services de paiement[4]. Ces règles spécifient les obligations à charge des prestataires de services de paiement en ce qui concerne les informations à fournir aux utilisateurs de services de paiement qui, aux termes du considérant 21, « […] pour pouvoir faire un choix éclairé et faire jouer la concurrence dans toute l'Union européenne, devraient recevoir des informations claires, d'un niveau partout égal et élevé […] ».

5. Aux termes du considérant 23 de la directive 2007/64, les informations requises devraient être proportionnées aux besoins des utilisateurs et communiquées sous une forme standard. Toutefois, ce considérant indique que les exigences en matière d'information applicables aux opérations de paiement isolées devraient être différentes de celles applicables aux contrats-cadres (fixant les règles pour une série d'opérations de paiement). Le considérant 24 clarifie les exigences en matière d'information préalable sur les contrats-cadres et fournit des indications sur ce qui constitue un « support durable », en en fournissant des exemples. Le considérant 25 clarifie les exigences en matière d'information applicables à une opération de paiement isolée, par opposition aux contrats-cadres, stipulant qu'il n'est pas nécessaire que les informations soient fournies dans chaque cas sur papier ou sur un autre support durable, sauf si le consommateur en fait la demande.

6. Le considérant 27 de la directive 2007/64 opère une distinction entre deux manières dont les informations doivent être fournies à l'utilisateur de services de paiement : « soit le prestataire de services de paiement devrait fournir, c'est-à-dire communiquer activement, les informations au moment opportun, comme requis par la présente directive, sans autre sollicitation de la part de l'utilisateur de services de paiement, soit les informations devraient être mises à la disposition de l'utilisateur de services de paiement, compte tenu de toute demande d'informations complémentaires qu'il pourrait formuler ». Ce considérant clarifie plus en avant les situations dans lesquelles les informations sont « mises à disposition » et où le consommateur doit prendre activement des mesures pour y accéder, et en fournit des exemples.

3 — Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419). Voir, sur l'interprétation des mots « sur un support papier ou sur un autre support durable » dans le contexte de l'article 10 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil (JO 2008, L 133, p. 66), conclusions que l'avocat général Sharpston a présentées dans l'affaire Home Credit Slovakia (C-42/15, EU:C:2016:431). La Cour a également eu la possibilité, dans l'arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub (C-322/14, EU:C:2015:334), d'interpréter l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1), qui mentionne une « transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement […] ».

4 — Voir article 1er, paragraphe 2, et considérant 18.

7. L'article 4 de la directive 2007/64 fournit des définitions. Aux termes de l'article 4, point 12, on entend par « "contrat-cadre" : un contrat de services de paiement qui régit l'exécution future d'opérations de paiement particulières et successives et peut énoncer les obligations et les conditions liées à l'ouverture d'un compte de paiement ». Aux termes de l'article 4, point 25, on entend par « " support durable" : tout instrument permettant à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à leur finalité et reproduites à l'identique ».

8. Le titre III de la directive 2007/64, intitulé « Transparence des conditions et exigences en matière d'information régissant les services de paiement », contient, à son chapitre 2, des dispositions applicables aux opérations de paiement isolées (articles 35 à 39). Dans son chapitre 3 figurent les dispositions applicables aux contrats-cadres (articles 40 à 48).

9. L'article 41 de la directive 2007/64 relatif à l'information générale préalable, applicable aux contrats-cadres, dispose :

« 1. Les États membres exigent que, bien avant que l'utilisateur de services de paiement ne soit lié par un contrat-cadre ou une offre, le prestataire de services de paiement lui fournisse, sur support papier ou sur un autre support durable, les informations et les conditions définies à l'article 42. Ces informations et conditions sont fournies dans des termes aisément compréhensibles et sous une forme claire et compréhensible, dans une langue officielle de l'État membre dans lequel le service de paiement est offert ou dans toute autre langue convenue par les parties.

[…] »

10. L'article 44 de la directive 2007/64 concerne les modifications des conditions du contrat-cadre. Aux termes de l'article 44, paragraphe 1, « [t]oute modification du contrat-cadre, ainsi que des informations et conditions visées à l'article 42, est proposée par le prestataire de services de paiement selon les modalités prévues à l'article 41, paragraphe 1, et au plus tard deux mois avant la date proposée pour son entrée en vigueur ». Aux termes de l'article 44, paragraphe 1, deuxième alinéa, « [l]e cas échéant, conformément à l'article 42, 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. Dans ce cas, le prestataire de services de paiement précise également que l'utilisateur de services de paiement a le droit de résilier le contrat-cadre, immédiatement et sans frais, avant la date d'entrée en vigueur proposée de la modification. »

B – Droit autrichien

11. La directive 2007/64 a été transposée en droit autrichien par le Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz) (loi sur les services de paiement) (BGBl. 2009 I, n° 66). L'article 26 de ladite loi est libellé comme suit :

« 1. Le prestataire de services de paiement doit communiquer à l'utilisateur de services de paiement, en temps utile, avant que l'utilisateur de services de paiement ne soit lié par un contrat ou une offre de contrat, les informations et les clauses contractuelles

1) dans le cas d'un contrat-cadre visé à l'article 28, sur papier ou, si l'utilisateur de services de paiement marque son accord, sur un autre support durable […]

[…]. »

12. L'article 29 de la loi sur les services de paiement, qui concerne les modifications apportées aux contrats-cadres, est libellé comme suit :

« 1. Le prestataire de services de paiement doit

1) proposer à l'utilisateur de services de paiement des modifications au contrat-cadre au plus tard deux mois avant la date prévue pour leur application, de la manière prévue à l'article 26, paragraphe 1, point 1, et paragraphe 2, et,

2) lorsqu'un accord a été atteint conformément à l'article 28, paragraphe 1, point 6, sous a), signaler

   a) que le consentement de l'utilisateur de services de paiement aux modifications est réputé avoir été donné s'il n'a pas notifié au prestataire de services de paiement son refus avant la date prévue pour l'application des modifications, et

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

III – Litige au principal, questions préjudicielles déférées et procédure devant la Cour

13. Pour les contrats de services bancaires conclus avec ses clients, BAWAG utilise des contrats généraux avec des clauses et des conditions standard. La clause contractuelle en cause dans la procédure au principal concerne, notamment, la participation des clients au système de banque en ligne de BAWAG. Elle est rédigée comme suit :

« Le client qui a souscrit à l'e-banking reçoit les communications et les messages (en particulier les messages relatifs au compte, les extraits de compte, les relevés de carte de crédit, les communications de modification, etc.) que la banque doit fournir au client ou mettre à la disposition de ce dernier par la poste ou grâce à la possibilité d'une consultation ou d'une transmission par voie électronique dans le cadre du système e-banking de BAWAG. »

14. La communication par l'intermédiaire du système de banque en ligne en cause, tel que décrit par la juridiction de renvoi, fonctionne de la manière suivante : dans le cadre de son système de banque en ligne, BAWAG crée une boîte mail pour chaque client. Les clients peuvent accéder à la boîte mail en se connectant avec leur mot de passe personnel sur le site Internet de la banque en ligne. Les messages électroniques sont par la suite transmis par la banque à cette boîte mail. Il n'y a pas de communication supplémentaire, par exemple, par un message envoyé à la boîte mail privée personnelle du client l'informant qu'un message a été envoyé à la boîte mail de la banque en ligne.

15. Dans la procédure au principal, l'Association pour l'information des consommateurs a introduit un recours tendant à empêcher BAWAG d'inclure la clause contractuelle en cause dans les contrats qu'elle conclut avec ses clients et d'appliquer une telle clause à ces clients. Ce recours a été accueilli en première instance et a été confirmé sur appel. Il a été jugé que la clause contractuelle en cause violait les exigences impératives des dispositions combinées de l'article 26, paragraphe 1, point 1, et de l'article 29, paragraphe 1, point 1, de la loi sur les services de paiement. BAWAG a formé un recours en révision sur un point de droit devant l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche). Dans ce contexte, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) a suspendu la procédure et a déféré les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Les dispositions combinées de l'article 41, paragraphe 1, et de l'article 36, paragraphe 1, de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur (directive sur les services de paiement) doivent-elles être interprétées en ce sens qu'une information (sous une forme électronique) qui est transmise

par une banque dans la boîte email du client dans le cadre de la banque online (e-banking), de telle sorte que le client peut la consulter par un clic après s'être connecté au site Internet de l'e-banking, est communiquée au client sur un support durable ?

2) En cas de réponse négative à la première question :

Les dispositions combinées de l'article 41, paragraphe 1, et de l'article 36, paragraphe 1, de la directive [2007/64] doivent-elles être interprétées en ce sens que, dans un tel cas,

a) l'information est mise à disposition par la banque certes sur un support durable, mais elle n'est pas communiquée au client, mais elle est uniquement rendue accessible à ce dernier, ou

b) est-il uniquement question d'une information rendue accessible sans recours à un support durable ? »

16. La demande de décision préjudicielle est parvenue à la Cour le 15 juillet 2015. BAWAG, l'Association pour l'information des consommateurs, les gouvernements italien et polonais, ainsi que la Commission européenne, ont déposé des observations écrites. Une audience s'est tenue le 30 juin 2016 au cours de laquelle l'Association pour l'information des consommateurs, BAWAG et la Commission ont présenté des observations orales.

IV – Analyse

A – Observations préliminaires

17. Avant d'analyser le fond des questions préjudicielles déférées par l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême), trois clarifications sont nécessaires.

1. Les dispositions applicables de la directive 2007/64

18. Premièrement, bien que la juridiction de renvoi ait posé ses questions en rapport avec l'article 41, paragraphe 1, lu « en combinaison » avec l'article 36, paragraphe 1, de la directive 2007/64, seule la première disposition est directement pertinente pour la présente affaire.

19. Il ressort des informations figurant dans la demande de décision préjudicielle que la clause contractuelle concernée par la présente affaire figure dans un contrat de banque en ligne. Le contrat de banque en ligne est conclu en tant que contrat accessoire d'un contrat-cadre. Par conséquent, la clause contractuelle en cause porte sur la fourniture d'informations au titre des contrats-cadres. En conséquence, l'article 36, paragraphe 1, de la directive 2007/64, qui vise uniquement les opérations de paiement isolées, c'est-à-dire les opérations de paiement non couvertes par un contrat-cadre, n'est pas directement applicable à la présente affaire.

20. Néanmoins, l'article 36, paragraphe 1, représente toujours un élément pertinent aux fins de l'interprétation systémique de la directive dans son ensemble. Il prescrit la manière dont les informations doivent être mises à disposition dans le cas d'opérations de paiement isolées, manière qui diffère explicitement celle dont les informations doivent être fournies pour les contrats-cadres. Le renvoi à l'article 36, paragraphe 1, dans les questions de la juridiction de renvoi doit donc être compris comme une demande d'interprétation relationnelle de ces deux dispositions, étant donné que ces deux dispositions régissant les exigences en matière d'information – article 36 et article 41 – ont été conçues par la directive en tenant compte de l'une et de l'autre.

21. Deuxièmement, il est clair que la clause contractuelle en cause se réfère à plusieurs éléments – du point de vue de la directive 2007/64 – assez différents. Elle est libellée comme suit : « les communications et les messages (en particulier les messages relatifs au compte, les extraits de compte, les relevés de carte de crédit, les communications de modification, etc.) ». Cependant, ainsi que cela a été confirmé par les observations écrites et orales déposées devant la Cour, la présente affaire ne concerne en fait que le dernier de ces éléments, à savoir les « communications de modification », qui est l'unique élément entraînant potentiellement des modifications aux contrats-cadres.

22. La disposition de la directive 2007/64 applicable aux modifications apportées aux contrats-cadres est l'article 44. L'article 44, paragraphe 1, prévoit que « [t]oute modification du contrat-cadre […] est proposée par le prestataire de services de paiement selon les modalités prévues à l'article 41, paragraphe 1 ». Pour ces motifs, je conclus que les dispositions pertinentes aux fins de la présente affaire sont l'article 41, paragraphe 1, et l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2007/64.

2. Formulation des questions préjudicielles posées

23. La formulation de la demande de décision préjudicielle dans la présente affaire fait apparaître une hypothèse quant à l'existence d'un lien entre le type de *support* utilisé pour les communications et la *manière* dont les informations sont communiquées. L'existence d'un support durable signifie-t-elle nécessairement que l'information est « fournie » ? Si les informations ne sont pas communiquées sur un support durable, sont-elles uniquement « mises à disposition » ?

24. Selon moi, ces deux éléments – le type de support utilisé pour les communications et la manière dont les informations sont communiquées – doivent être envisagés séparément. Le support est une question distincte de la manière dont les informations sont distribuées.

25. Il n'y a rien dans la directive 2007/64 qui indique que le support utilisé pour les informations et la manière dont les informations sont transmises doivent aller de pair. Au contraire, plusieurs considérants de la directive expliquent qu'il s'agit là de deux questions différentes. Le considérant 24 indique ce qu'est un « support durable » et en donne des exemples. Le considérant 27 expose les deux manières de communiquer les informations conformément à la directive (« fourniture » et « mise à disposition »). Il est par conséquent possible d'envisager une situation dans laquelle les informations, même si elles sont contenues sur un « support durable », sont non pas effectivement « fournies » au consommateur, mais simplement « mises à sa disposition », ainsi que cela est illustré par différentes dispositions de la directive [5].

26. Pour ces motifs, les deux questions posées par la juridiction de renvoi peuvent être simplifiées et reformulées comme suit : 1) les informations figurant dans la boîte mail d'une banque en ligne constituent-elles des informations sur un « support durable » et 2) ces informations sont-elles « fournies » par la banque (par opposition à une simple « mise à disposition ») ?

3. Les faits tels qu'exposés par la juridiction nationale

27. La juridiction de renvoi a établi que, aux fins de la présente procédure, il convient de considérer que les messages électroniques communiqués par la banque au moyen de son système de banque en ligne dans la boîte mail de la banque en ligne des clients ne peuvent être modifiés. Ils ne sont pas effacés par la banque pendant une période qui est adaptée à la finalité des informations. Les informations peuvent être consultées et reproduites à l'identique (de manière électronique ou en les imprimant). Les messages peuvent être gérés par le client, qui peut également les effacer.

5 — Notamment, l'article 43 précise que l'utilisateur de services de paiement a le droit de recevoir les clauses contractuelles sur demande (de sorte que l'initiative reviendrait au client) « sur support papier ou un autre support durable ».

28. Ces informations sont toutefois contestées par l'Association pour l'information des consommateurs. Cette dernière considère que la juridiction de renvoi procède déjà à une qualification en droit des faits.

29. Il est de jurisprudence constante que la procédure visée à l'article 267 TFUE est fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour. Il appartient à la seule juridiction de renvoi de constater et d'apprécier les faits de l'affaire dont elle est saisie [6].

30. Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi a envisagé de manière assez détaillée les caractéristiques de la boîte mail et du système de banque en ligne en cause. Par conséquent, l'analyse ci-après, sous B, 1, des présentes conclusions vise à clarifier la portée de la notion de « support durable » au sens de la directive 2007/64.

31. Les observations soumises à la Cour soulèvent des questions relatives aux exigences que doivent remplir les systèmes de communication fondés sur l'internet pour pouvoir être qualifiés de « support durable ». Dans ce contexte, même s'il incombe à la seule juridiction nationale d'apprécier, en tant qu'éléments factuels, les caractéristiques techniques du système de banque en ligne de BAWAG en cause dans la présente affaire, certains critères utiles peuvent être fournis par l'interprétation de la définition de la notion de « support durable » figurant dans la directive 2007/64.

B – Analyse

1. Support durable

32. Les exigences de fond pour qu'un support ou un dispositif soit qualifié de « support durable » sont définies à l'article 4, point 25, de la directive 2007/64 : a) il doit permettre le stockage des informations personnellement adressées au client d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée, et b) il doit garantir la reproduction à l'identique des informations stockées.

33. Les mêmes éléments sont également présents dans différents autres instruments du droit secondaire de l'Union qui se réfèrent à la notion de « support durable ». Cette notion, utilisée pour la première fois dans la directive 97/7/CE [7], fournit une alternative au papier en tant que support pour les informations. Bien que la directive 97/7 ne contenait pas une définition de la notion de « support durable », la Cour a confirmé l'interprétation uniforme de cette notion dans le droit de l'Union en se

6 — Voir, notamment, arrêts du 18 février 2016, Finanmadrid EFC (C-49/14, EU:C:2016:98, point 27 et jurisprudence citée), ainsi que du 3 septembre 2015, Costea (C-110/14, EU:C:2015:538, point 13 et jurisprudence citée).

7 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance – Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6, paragraphe 1 – Déclaration de la Commission sur l'article 3, paragraphe 1, premier tiret (JO 1997, L 144, p. 19). Elle a été abrogée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011 (JO 2011, L 304, p. 64). L'article 5 de la directive 97/7 établissait que le consommateur devait recevoir une confirmation par écrit ou « sur un autre support durable » auquel il a accès des informations préalables mentionnées à l'article 4, paragraphe 1, sous a) à f), de ladite directive.

fondant sur les éléments figurant dans la définition de la notion de « support durable » fournie par le législateur de l'Union dans d'autres textes législatifs [8]. Les éléments de la définition mentionnée au point 32 ci-dessus sont également présents dans la législation secondaire [9] et dans les actes d'exécution ultérieurs [10].

34. Les éléments fondamentaux de la définition – possibilité de stockage et de reproduction – peuvent également être trouvés dans d'autres instruments qui ne se réfèrent pas explicitement à la notion de « support durable », tels que la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique [11].

a) Support durable et internet

35. L'introduction de la notion de « support durable » et les éléments de sa définition sont indicatifs de la volonté du législateur de l'Union de réconcilier la tension entre i) la nécessité de s'adapter à l'évolution de la technologie qui rend les opérations commerciales plus rapides par l'internet et d'autres moyens de communication électronique ainsi que ii) la protection des droits des consommateurs grâce à l'information de ces derniers. En assimilant le support papier à d'autres « supports durables » dans des situations spécifiques, le droit de l'Union reconnaît l'évolution technologique et l'intérêt économique, à la fois des clients et des prestataires de services, pour un abandon du support papier.

36. Dans le même temps, cependant, les éléments de la définition de la notion de « support durable » – possibilité de stockage et reproduction à l'identique – visent à protéger les consommateurs en tant que partie la plus vulnérable des relations contractuelles, en empêchant que les informations leur soient données d'une manière purement éphémère [12] et en empêchant la modification unilatérale des informations par les prestataires de services. Ces caractéristiques signifient, ainsi que l'avocat général Mengozzi l'a déclaré, « que les informations sont placées sous le contrôle du client, et non plus de la personne qui les fournit » [13].

37. En dépit de la relative clarté de la définition de la notion de « support durable », le débat en l'espèce porte sur la question de savoir si les messages transmis par la boîte mail de la banque en ligne réunissent les éléments d'un « support durable » exposés au point 32 ci-dessus.

8 — Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, point 44). La Cour s'est référée à l'article 2, sous f), de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7 et 98/27/CE (JO 2002, L 271, p. 16) ; à l'article 2, point 12, de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 9 décembre 2002, sur l'intermédiation en assurance (JO 2003, L 9, p. 3) ; à l'article 3, sous m), de la directive 2008/48 et à l'article 2, point 10, de la directive 2011/83.

9 — Voir, notamment, article 2, paragraphe 1, sous h), de la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 janvier 2009, relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange (JO 2009, L 33, p. 10) ; article 2, paragraphe 1, sous m), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (JO 2009, L 302, p. 32) ; article 2, point 17, de la directive 2014/92/UE du Parlement européen et du Conseil, du 23 juillet 2014, sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base (JO 2014, L 257, p. 214) ; article 4, paragraphe 1, point 62, de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mai 2014, concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (JO 2014, L 173, p. 349) ; article 2, paragraphe 1, point 18, de la directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil, du 20 janvier 2016, sur la distribution d'assurances (JO 2016, L 26, p. 19).

10 — Voir, notamment, article 2, paragraphe 2, de la directive 2006/73/CE de la Commission, du 10 août 2006, portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive (JO 2006, L 241, p. 26).

11 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») (JO 2000, L 178, p. 1), dont l'article 10, paragraphe 3, prévoit que « [l]es clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ».

12 — Voir, par analogie, point 24 des conclusions que l'avocat général Sharpston a présentées dans l'affaire Home Credit Slovakia (C-42/15, EU:C:2016:431).

13 — Voir point 42 des conclusions que l'avocat général Mengozzi a présentées dans l'affaire Content Services (C-49/11, EU:C:2012:126).

38. À titre liminaire, l'Association pour l'information des consommateurs considère que le courrier électronique et les sites Internet ne sauraient être qualifiés de « support durable » parce qu'ils ne sont pas en mesure de constituer un instrument physique de stockage.

39. Selon moi, cet argument ne peut être accueilli.

40. Il est désormais clair que la notion de « support durable » est définie de manière flexible. La Cour a envisagé cette notion comme un « équivalent fonctionnel » au support papier [14], le libérant ainsi de toute préconception quant à ce que devrait être le support matériel des informations.

41. De plus, la référence figurant à l'article 4, point 25, de la directive 2007/64 à « tout instrument » confirme que le « support durable » doit être défini d'une manière large, n'excluant pas a priori tout moyen potentiel de communication.

42. La notion de « support durable » est donc indépendante de la structure physique ou des caractéristiques matérielles d'un média ou d'un support. Elle se fonde, plutôt, sur les caractéristiques *fonctionnelles* qui régissent son fonctionnement et qui lui permettent de satisfaire les exigences de stockage et de reproduction à l'identique, au sens de l'article 4, point 25, de la directive 2007/64. Ainsi, dans la mesure où ces conditions sont remplies, le type et la forme réels d'un « support durable » peuvent varier avec l'évolution dans le temps des possibilités techniques.

43. Certes, l'évolution de la législation de l'Union indique un certain degré d'incertitude en matière d'appréciation de la question de savoir si une communication basée sur l'internet peut satisfaire les exigences d'un « support durable ». En effet, le considérant 20 de la directive 2002/65 et l'article 2, point 12, de la directive 2002/92 révèlent une certaine réticence à l'égard de l'internet, indiquant que les sites Internet ne sont pas couverts par la notion de « support durable » à moins qu'ils ne remplissent les critères de la définition.

44. Toutefois, le considérant 23 de la directive 2011/83 énumère les courriers électroniques parmi les exemples de support durable. De plus, la directive 2007/64 a sans doute renversé l'approche réticente à l'égard des sites Internet. Le considérant 24 de cette directive inclut désormais de manière explicite, en tant qu'exemple de « support durable », les sites Internet qui peuvent « être consultés ultérieurement pendant une période adaptée aux fins auxquelles les informations sont destinées et permettent la reproduction à l'identique des informations stockées ».

45. Enfin, la qualification d'un site Internet en tant que « support durable » selon ses caractéristiques fonctionnelles a également été confirmée par la Cour de l'Association européenne de libre-échange (AELE) dans l'arrêt Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht [15], dans le cadre d'une affaire relative à l'interprétation de la notion de « support durable » au sens de la directive 2002/92. Dans cette affaire, la Cour AELE a déclaré que, alors que des sites Internet « ordinaires » ne rempliraient pas les conditions pour être qualifiés de support durable [16], des sites Internet « sophistiqués » le peuvent s'ils respectent les conditions fixées dans la définition applicable [17].

14 — Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, points 40 et 42).

15 — Arrêt de la Cour AELE du 27 janvier 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86).

16 — La Cour AELE a déclaré, au point 63 de son arrêt du 27 janvier 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86), « qu'un site Internet ordinaire » – qui sert d'hôte électronique dynamique ou de portail pour la fourniture d'informations qui, de manière générale, peuvent être librement modifiées par le propriétaire du site Internet – ne satisfait pas les exigences relatives à la garantie d'une reproduction à l'identique et ne saurait par conséquent être qualifié de « support durable ».

17 — Cette distinction se trouve dans le rapport de 2007 du Groupe européen d'experts des marchés des valeurs mobilières (ESME) intitulé « On durable medium – Distance Marketing Directive ans Markets in Financial Instruments Directive », consultable à l'adresse Internet suivante : http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/esme/durable_medium_en.pdf

46. À ce stade, il convient donc de conclure que les systèmes de communication basés sur l'internet ne sont pas en soit exclus de la définition de la notion de « support durable ». À cette fin, toutefois, leur fonctionnalité et leur fonctionnement doivent satisfaire les exigences fixées à l'article 4, point 25, de la directive 2007/64, exposées ci-dessus, au point 32 des présentes conclusions.

b) Une « boîte mail de banque en ligne » en tant que support durable

47. Eu égard aux informations fournies dans la demande de décision préjudicielle, BAWAG et la Commission considèrent que la boîte mail en cause satisfait les exigences fixées à l'article 4, point 25, de la directive 2007/64.

48. À l'inverse, l'Association pour l'information des consommateurs fait valoir que le système de banque en ligne en cause ne satisfait pas les exigences précitées étant donné que BAWAG gère elle-même le serveur qui héberge la boîte mail. Par conséquent, il n'est pas garanti que les informations contenues dans la boîte mail resteront inchangées. De plus, le prestataire de services peut bloquer l'accès aux utilisateurs. Dans le même ordre d'idée, le gouvernement polonais considère que les courriers électroniques et les messages transmis par la banque en ligne sont deux instruments distincts, étant donné que ces derniers permettent généralement aux prestataires de services de paiement de modifier unilatéralement les messages ou de bloquer l'accès, notamment après la résiliation du contrat, de sorte qu'il n'y a pas de garantie de reproduction à l'identique des informations.

49. Selon moi, la question de savoir si une boîte mail d'une banque en ligne peut ou non être qualifiée de « support durable » dépend du respect des conditions fixées à l'article 4, point 25, de la directive 2007/64, dont l'appréciation incombe à la juridiction nationale à la lumière des critères d'interprétation fixés par la Cour.

50. L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419) est d'une utilité limitée aux fins de la présente affaire. Dans le contexte de la directive 97/7, la Cour y a déclaré que les informations communiquées au consommateur uniquement par un hyperlien sur un site Internet ne sauraient être considérées comme un « support durable » au sens de l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive [18]. Toutefois, la Cour n'a pas eu l'occasion d'examiner la situation dans laquelle un site Internet s'assure que les informations peuvent être stockées, sont accessibles et peuvent être reproduites par le consommateur [19]. Une telle situation a toutefois été envisagée par la Cour AELE dans l'arrêt Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht [20].

51. En adoptant une approche analogue à celle de la Cour AELE dans l'arrêt Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht, je considère que différents types de dispositifs techniques, tels que des systèmes de boîte mail basés sur l'internet, peuvent, selon leurs caractéristiques ou leurs fonctionnalités, satisfaire les exigences relatives à un « support durable ».

52. Sans chercher à être exhaustif ou à limiter l'éventail de dispositifs techniques existants ou possibles qui pourraient satisfaire les exigences énoncées à l'article 4, point 25, de la directive 2007/64, selon moi, les boîtes mail d'une banque en ligne pourraient être considérées comme des « supports durables » dans deux scénarios [21]. Premièrement, une boîte mail d'une banque en ligne pourrait être considérée comme remplissant en soi les conditions d'un « support durable ». Deuxièmement, un tel système pourrait être considéré comme constituant une voie pour la transmission de documents

18 — Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, point 51).

19 — Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, point 46).

20 — Arrêt de la Cour AELE du 27 janvier 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86).

21 — Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 27 janvier 2010 dans l'affaire Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86), la Cour AELE a identifié ces deux scénarios dans le contexte de sites Internet en général : voir points 64 et suiv. de cet arrêt.

électroniques qui, s'ils sont fournis dans un format adéquat, peuvent constituer eux-mêmes un « support durable ». La question clé dans les deux cas est de savoir si les informations peuvent être stockées pour une période adéquate et si est garantie la reproduction à l'identique. Dans les deux scénarios, toutefois, l'existence d'une « boîte mail » présuppose un espace de stockage indépendant sécurisé auquel les utilisateurs accèdent avec un nom d'utilisateur et un mot de passe.

53. Dans le premier scénario, une boîte mail d'une banque en ligne est un système qui permet aux prestataires de services de paiement de transmettre des informations et aux utilisateurs de services de paiement de stocker et de reproduire ces informations. Cependant, dans ce cas, les fonctions séparées de la boîte mail en tant que « support durable », d'une part, et en tant que « support de stockage », d'autre part, sont estompées dans une large mesure.

54. En ce qui concerne la possibilité de stockage, les informations devraient être accessibles pendant une période adéquate aux fins des informations concernées, c'est-à-dire tant que cela est pertinent pour l'utilisateur de services de paiement aux fins de la protection de ses intérêts à l'égard du prestataire de services de paiement [22]. Par conséquent, la période de disponibilité des informations peut varier, selon le contenu de ces informations ainsi que les droits et les obligations contractuels affectés [23]. Pour ce qui est des modifications des conditions du contrat-cadre, la période de disponibilité peut se poursuivre après la clôture du compte ou la résiliation du contrat afin de permettre à l'utilisateur de services de paiement de connaître ses droits contractuels et, le cas échéant, de chercher à obtenir réparation.

55. Dès lors que la question de la possibilité de stockage des informations pendant une période adéquate a été résolue, l'exigence de « reproduction à l'identique » doit également être satisfaite. L'expression « reproduction à l'identique » signifie qu'il doit être techniquement impossible pour le prestataire de services de paiement de modifier ou d'effacer unilatéralement les informations une fois qu'elles ont été transmises à l'utilisateur [24]. En conséquence, une boîte mail hébergée et administrée par le prestataire de services de paiement ne satisfera vraisemblablement pas l'exigence de garantir « une reproduction à l'identique », étant donné qu'elle est techniquement sous le contrôle du prestataire de services de paiement.

56. En dépit de l'apparente complexité dans le contexte des nouvelles technologies, le point fondamental reste remarquablement simple : l'objectif qui sous-tend la réglementation relative à l'information des consommateurs en matière de formation et de modification des contrats est que les consommateurs sont informés d'une certaine manière et qu'ils peuvent conserver ces informations dans un format sûr à des fins de preuve ultérieure. Sans insinuer aucune malveillance à l'égard de l'une des parties contractantes, une « boîte mail » placée sous le contrôle du prestataire de services ne saurait, par définition, garantir que les consommateurs peuvent conserver les informations distribuées à cette boîte mail dans un format sûr pour les consulter ou les utiliser ultérieurement. À titre de comparaison avec l'âge « prévirtuel », une telle boîte mail ressemble à la situation dans laquelle les clients se voient remettre des versions papier de leur contrat conclu avec une banque, mais où l'ensemble de ces documents contractuels doit être obligatoirement stocké dans une salle d'archives dans la banque elle-même. Même si le papier est plutôt durable, les informations figurant dans ces documents contractuels archivés peuvent difficilement être qualifiés, du point de vue du client, comme pouvant « être consultés ultérieurement » et « reproduites à l'identique » au sens de l'article 4, point 25, de la directive 2007/64.

22 — Voir, par analogie, arrêt de la Cour AELE du 27 janvier 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86, point 44).

23 — Voir, par analogie, arrêt de la Cour AELE du 27 janvier 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86, point 44).

24 — Voir, par analogie, arrêt de la Cour AELE du 27 janvier 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86, point 66).

57. Il existe toutefois le second scénario mentionné ci-dessus. Dans le cadre du premier scénario, et également dans la plupart des observations déposées dans la présente affaire, la discussion s'est concentrée sur la question de savoir si la boîte mail elle-même pouvait être qualifiée de « support durable ». Cependant, il pourrait être quelque peu trompeur de se focaliser sur ce point. Une boîte mail peut être conçue comme un portail aux fins de fournir des informations. Dans ce scénario, la boîte mail n'est pas considérée comme le support des informations elles-mêmes. Autrement dit, la boîte mail d'un système de banque en ligne pourrait être qualifiée de « porte » par laquelle les informations pertinentes sont transmises sous la forme de documents électroniques. Si l'on accueille cette conception, la question fondamentale est non pas « Quels sont les paramètres techniques de la boîte mail ? », mais plutôt « À quoi ressemblent les messages individuels qui sont envoyés par cette boîte ? ».

58. Si l'on s'intéresse de plus près au format des informations fournies, celles qui sont personnellement adressées au client devraient être données dans un document électronique dont le format garantit la reproduction à l'identique de ces informations. Sans préjuger des solutions techniques possibles, cela pourrait être garanti par un format électronique qui, en principe, empêche les modifications, garantissant un degré raisonnable d'authenticité des informations, si le client se fonde potentiellement sur celles-ci ultérieurement.

59. Étant donné que, dans le second scénario, la boîte mail est le canal de transmission des documents, mais non pas un dispositif de stockage en soi, les documents électroniques devraient pouvoir être stockés séparément d'une manière qui permette à l'utilisateur de télécharger et/ou d'imprimer le document. En effet, étant donné la séparation conceptuelle entre la boîte mail en tant que porte et le dispositif de stockage, l'exigence en termes de possibilité de stockage signifie, dans ce scénario, que la boîte mail devrait attirer l'attention du client, par une interface conviviale, sur des informations passant par la boîte mail et sur les possibilités de stockage. Ainsi que l'a souligné la Cour AELE, elle devrait « avoir les caractéristiques qui amèneront le consommateur presque certainement soit à se procurer les informations sur papier, soit à les stocker sur un autre support durable » [25].

60. Lorsque les informations pertinentes ont été transmises sous la forme d'un document électronique qui constitue un « support durable » en soi, la possibilité pour le client de stocker le document électronique sur son disque dur personnel ou de conserver la version papier dans un dossier personnel respecterait, en principe, le critère temporel relatif à la disponibilité des informations stockées. Il convient toutefois de souligner que, en mettant en place une « boîte mail », le prestataire de services de paiement crée l'apparence d'un espace indépendant avec une certaine capacité de stockage pour le client. Cela signifie que la durée pendant laquelle les messages sont accessibles sous la forme de documents électroniques dans la boîte mail elle-même doit être adéquate aux fins des informations concernées, à moins qu'il ne soit clairement indiqué au client que le document électronique n'est stocké que de manière temporaire dans la boîte mail de la banque en ligne et qu'il disparaîtra après une période de temps raisonnable, précisée de manière explicite.

61. Ainsi, selon moi, l'exigence d'une information sur un « support durable » au sens de l'article 4, point 25, de la directive 2007/64 est satisfaite si l'information est donnée aux clients sous un format facilement accessible et sûr par une boîte mail et si les clients sont libres de traiter ces informations de la manière qu'il juge appropriée. Pour comparer cette situation avec un bureau de poste, cela revient effectivement à remettre une « lettre » au client. Il appartient entièrement aux clients individuels de décider ce qu'ils en font, la stocker ou la jeter.

25 — Voir arrêt de la Cour AELE du 27 janvier 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, p. 86, points 64 et 65).

62. Enfin, il convient d'ajouter que les deux scénarios décrits ci-dessus ne sont pas mutuellement exclusifs. Bien entendu, aux fins de satisfaire, selon moi, les exigences d'une communication sur un « support durable », au moins un des deux scénarios doit exister. Cependant, les caractéristiques techniques des deux solutions peuvent également être combinées. Par exemple, un système de banque en ligne qui garantit aux utilisateurs de services le contrôle de leur boîte mail et qui empêche le prestataire de services de modifier ou d'effacer unilatéralement le contenu peut, dans le même temps, fonctionner en tant que porte par laquelle les informations pertinentes sont distribuées par des documents électroniques dans un format qui garantit leur caractère inaltérable et stockable, et qui permet à l'utilisateur de stocker le document en l'imprimant ou en le téléchargeant.

63. À la lumière des considérations qui précèdent, je suis d'avis que l'article 44, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 41, paragraphe 1, et l'article 4, point 25, de la directive 2007/64 doit être interprété en ce sens que les informations transmises par un prestataire de services de paiement dans la boîte mail de la banque en ligne du client constituent des informations sur un « support durable » à condition que la boîte mail de la banque en ligne permette à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées de manière à pouvoir être consultées ultérieurement pendant une période adéquate à la lumière des objectifs de l'information. Elle doit en outre permettre la reproduction à l'identique des informations stockées, empêchant ainsi le prestataire de services d'accéder à ces informations, de les modifier ou de les effacer. Une boîte mail d'une banque en ligne peut également constituer un canal approprié pour la transmission des informations sous la forme de documents électroniques, si ces documents eux-mêmes satisfont les exigences pour être un « support durable » et si un tel système incite l'utilisateur à stocker électroniquement et/ou à imprimer ces documents grâce à une fonction facilement accessible.

2. Informations « fournies » ou « mises à disposition »

64. Dans l'hypothèse où la juridiction nationale constate que la boîte mail de la banque en ligne en cause ou les informations fournies dans cette boîte satisfont les exigences pour que cette dernière puisse être considérée comme un « support durable », il y a toujours lieu de déterminer si les informations relatives aux « communications de modification » peuvent être considérées comme ayant été « fournies » au sens de l'article 41, paragraphe 1, de la directive 2007/64.

65. Ainsi que nous l'avons déjà souligné ci-dessus au point 25 des présentes conclusions, la directive 2007/64 établit deux régimes différents de communication avec des exigences différentes.

66. Ainsi que le gouvernement italien l'a fait observer à juste titre dans ses observations écrites, la terminologie différente utilisée aux articles 36 et 37 (les informations étant « mises à disposition »), par opposition aux articles 41 et 42 (les informations étant « fournies »), de la directive 2007/64 est l'expression de deux critères différents de transmission des informations aux utilisateurs de services de paiement. Lorsque la directive utilise le verbe « fournir », elle me semble se référer à une obligation d'information renforcée.

67. Les informations relatives aux modifications des conditions des contrats-cadres, dont il est question dans la présente affaire, sont régies par l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2007/64. Cette disposition prévoit, à son paragraphe 1, que toute modification d'un contrat-cadre, ainsi que des informations et des conditions visées à l'article 42, doit être proposée par le prestataire de services de paiement conformément aux exigences fixées à l'article 41, paragraphe 1, et au plus tard deux mois avant la date proposée pour son entrée en vigueur. Les informations doivent être « fournies » au sens de l'article 41, paragraphe 1, de la directive.

68. Le considérant 27 de la directive 2007/64 fournit une indication utile sur les termes « fournies » et « mises à disposition ». Aux termes de ce considérant, une information est « *fournie* » si « le prestataire de services de paiement [la communique] activement […] sans autre sollicitation de la part de l'utilisateur de services de paiement ».

69. Lorsque les informations sont « *mises à disposition* », l'utilisateur doit prendre un rôle plus actif en sollicitant l'information auprès du prestataire de services de paiement. Le considérant 27 de la directive 2007/64 fournit les exemples suivants de « mise à disposition » : en adressant une demande explicite au prestataire de services de paiement, *en consultant son compte bancaire en ligne* * ou en introduisant sa carte bancaire dans un appareil imprimant les extraits de comptes bancaires. Par conséquent, la notion de « mise à disposition » envisage un rôle plus actif de la part de l'utilisateur de services de paiement, qui devrait s'adresser au prestataire de services pour obtenir les informations.

70. Le fait que le considérant 27 se réfère à « une consultation du compte bancaire en ligne » comme exemple d'une information « mise à disposition » n'est pas, contrairement à ce qu'affirme la juridiction de renvoi, en contradiction avec le considérant 24 de la directive, qui mentionne les sites Internet comme de possibles « supports durables ». Le fait qu'une boîte mail d'une banque en ligne puisse remplir les conditions pour être qualifiée de « support durable » n'implique pas de conclure que ces informations ont été « fournies » par la banque au client. Ainsi que je l'ai déjà expliqué ci-dessus aux points 23 à 26 des présentes conclusions, la question du support sur lequel les informations sont fournies est distincte de la question des modalités de transmission des informations.

71. La mention d'un « compte bancaire en ligne » en tant qu'exemple d'information « mise à disposition » au considérant 27 de la directive est précisément motivée par les caractéristiques spécifiques d'une communication par les systèmes de banque en ligne.

72. Pour BAWAG (ainsi que pour la juridiction de renvoi), ce qui est décisif, c'est de déterminer qui a pris l'initiative de communiquer les informations. Selon ce raisonnement, puisque le prestataire de services de paiement a pris l'initiative de transmettre les informations au client par la boîte mail de la banque en ligne à son client, les informations ont été « fournies » au sens de l'article 41, paragraphe 1, de la directive 2007/64.

73. Je ne partage pas cet avis. Selon moi, l'initiative n'est pas l'élément unique ou déterminant pour apprécier le point de savoir si les informations ont été « fournies » ou simplement « mises à disposition ». Ce qui est plus important, c'est la transmission effective des informations. L'information doit franchir la ligne du domaine du prestataire de services pour entrer dans la sphère de connaissance de l'utilisateur. En conséquence, même si l'initiative de la transmission des informations par une boîte mail interne d'une banque en ligne peut être le fait du prestataire de services de paiement, ce canal ne garantit pas, en soi, que les informations soient effectivement transmises à la sphère du client de sorte que ce dernier a pris connaissance de son existence.

74. Si l'on reprend la comparaison déjà utilisée avec le « monde prévirtuel », une boîte mail de la banque en ligne administrée par le prestataire de services ressemble beaucoup à une boîte postale dans un bureau de poste ou à un coffre personnel situé dans les locaux d'une banque. En l'absence de toute notification ou de message d'alerte, les lettres placées dans une telle boîte et adressées au client peuvent difficilement être considérées comme ayant effectivement atteint la sphère personnelle du client.

* Cette expression fait l'objet d'une traduction différente dans d'autres versions linguistiques de la directive, qui font expressément référence à l'action de se connecter à une boîte mail d'un système de banque en ligne. Notamment, en anglais, le considérant 27 mentionne « *logging into bank account mail box* » ; en espagnol, « *entrar en la cuenta de correo electrónico de la cuenta bancaria* » ; en allemand, « *sich in die Mailbox des Bankkontos einloggt* », ou en italien, « *accedere alla casella postale elettronica del conto bancario* ».

75. Je partage l'avis du gouvernement polonais selon lequel il convient d'opérer une distinction entre un courrier électronique personnel et la boîte de réception interne d'un système de banque en ligne. Un compte de courrier électronique constitue, de nos jours, un mode de communication régulier et normal, et il fait partie de la vie quotidienne de la plupart des consommateurs moyens. À l'inverse, même si elle peut être éventuellement assimilée d'un point de vue technique à un courrier électronique, avec toutefois certaines réserves, la boîte mail d'un système de banque en ligne peut difficilement être assimilée à un outil régulièrement utilisé pour les communications générales et quotidiennes des consommateurs. Elle constitue un environnement particulier de leurs relations avec une entité spécifique (c'est-à-dire, en l'espèce, une banque) dans le cadre spécifique de leurs opérations bancaires. De manière typique, elle n'autorise toutefois pas des communications générales avec d'autres tiers. De plus, on ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que les consommateurs consultent quotidiennement les systèmes de communications électroniques qui ne cessent de se multiplier de chaque prestataire de services dans le cadre de leurs relations contractuelles variées.

76. En conséquence, les informations placées dans une boîte mail d'une banque en ligne, même à l'initiative du prestataire de services de paiement, ne laisse pas la sphère particulière de la banque pénétrer le domaine des instruments de communication réguliers utilisés par les clients dans leur vie quotidienne. En ce sens, les informations ne sont pas « fournies ».

77. Tel est d'autant plus le cas si, informé conformément à l'article 44, paragraphe 1, second alinéa, de la directive [si cela est convenu en application de l'article 42, paragraphe 6, sous a), de la directive], le consommateur est réputé avoir accepté les modifications des conditions d'un contrat-cadre s'il ne notifie pas au prestataire de services de paiement, avant la date proposée pour leur entrée en vigueur, qu'il ne les accepte pas. Ainsi que le suggère le gouvernement polonais, si ces informations sont communiquées uniquement par la boîte mail interne de la banque en ligne, il est possible, voire même probable, que les clients ne seront pas informés du fait qu'une nouvelle information importante est à leur disposition.

78. Cependant, par souci d'exhaustivité, il convient de faire observer que d'autres solutions techniques peuvent être utilisées pour s'assurer que l'information est effectivement « fournie » par les prestataires de services de paiement à leurs utilisateurs.

79. Selon moi, la « fourniture » d'informations peut survenir à la suite d'une opération « en deux temps ». Un système peut être mis en place qui garantit qu'un avis ou un message d'alerte est envoyé à l'adresse électronique privée du consommateur (ou un SMS sur leur téléphone personnel, ou même une simple lettre d'alerte), l'avertissant que de nouveaux messages sont disponibles dans la boîte mail de sa banque en ligne. Une telle procédure serait, selon moi, un complément approprié aux informations communiquées par une boîte mail de la banque en ligne sur un support durable, de sorte à constituer une « fourniture » d'informations. Ce type de solution technique garantirait la fourniture effective des informations à l'utilisateur de services de paiement et préserverait, dans le même temps, les bénéfices d'un système de boîte mail d'une banque en ligne, tels que la possibilité d'assurer un accusé de réception.

80. Je ne pense pas qu'une telle approche va à l'encontre des conclusions de la Cour dans l'arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419). Il est vrai que, dans cet arrêt, la Cour a déclaré que, lorsque les informations qui se trouvent sur un site Internet sont rendues accessibles au consommateur par un lien qui lui est communiqué, ces informations ne sont ni « fournies » à ce consommateur ni « reçues » par celui-ci, au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 [26]. Toutefois, non seulement l'objet de la directive 97/7 diffère de celui de la directive 2007/64, mais le

26 — Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, point 37).

libellé des dispositions pertinentes dans chacun de ces instruments également ne semble pas suivre le même modèle [27]. De plus, les circonstances de l'affaire Content Services, où les informations étaient envoyées uniquement par un lien à un site Internet et qui ne remplissaient pas les critères d'un « support durable », étaient également radicalement différentes des circonstances de l'espèce [28].

81. Tout comme la juridiction de renvoi, je ne pense pas que le nombre de clics (avec la souris) nécessaires pour accéder aux informations pertinentes devrait déterminer si l'information a ou non été « fournie ». Après tout, en ce qui concerne les contrats-cadres au sens de la directive 2007/64, il existe un accord entre le client et la banque aux termes duquel la communication est effectuée par la boîte mail de la banque en ligne. Cliquer plusieurs fois, voire même introduire un nom d'utilisateur et un mot de passe, sont des actions qui ne vont pas au-delà de ce qui est attendu des clients pour obtenir les informations qui leur sont envoyées.

82. Enfin, la Commission a avancé un argument laissant entendre que, parce que l'utilisateur de services de paiement a consenti à recevoir les informations par la boîte mail de la banque en ligne, les démarches nécessaires pour accéder à la boîte mail ne devraient pas être considérées comme constituant l'initiative du client. Cet argument aurait deux conséquences. Premièrement, toute communication par la boîte mail interne devrait être considérée comme « fournie ». Deuxièmement, les consommateurs seraient effectivement libres, en signant un accord portant sur un système de banque en ligne, de « renoncer par contrat » à la protection prévue par la directive 2007/64.

83. Selon moi, il convient de rejeter cet argument.

84. Ainsi que l'indique le considérant 20 de la directive 2007/64, les consommateurs et les entreprises ne se trouvent pas dans la même situation et ne requièrent pas un niveau de protection identique. Reconnaissant la réalité de pouvoirs de négociation intrinsèquement inégaux, ce considérant indique en outre qu'il est important de garantir les droits des consommateurs au moyen de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par contrat [29]. Sans chercher à être excessivement paternaliste à l'égard des consommateurs, cela est en fait la nature même du droit de la protection des consommateurs.

85. Certes, il résulte de l'article 42, paragraphe 4, sous a), de la directive 2007/64 que les parties peuvent convenir des moyens de communication pour la transmission des informations ou des notifications. À cet égard, le considérant 24 indique que « les modalités de la transmission des informations fournies par la suite en ce qui concerne les opérations de paiement effectuées devraient pouvoir être arrêtées dans le contrat-cadre par le prestataire de services de paiement et l'utilisateur de services de paiement, par exemple que, dans le cadre de services bancaires par internet, toutes les informations relatives au compte de paiement seront accessibles en ligne ». Cependant, cette déclaration qui concerne « les informations fournies par la suite en ce qui concerne les opérations de paiement effectuées » n'affecte ni les exigences relatives à une information générale préalable telles que prévues à l'article 41, paragraphe 1, ni les obligations d'information relatives aux modifications du contrat-cadre en application de l'article 44 de la directive 2007/64.

86. De plus, l'article 34 prévoit explicitement des dérogations aux obligations d'information prévues au titre III de la directive 2007/64. Aux termes de son intitulé, cette disposition ne vise que les instruments de paiement relatifs à des montants faibles et la monnaie électronique. Conformément à l'article 34, paragraphe 1, sous b), de la directive, des dérogations aux exigences d'information au titre

27 — Les différentes versions linguistiques de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/7 utilisent des termes différents si on les compare avec le libellé de l'article 41, paragraphe 1, et de l'article 36, paragraphe 1, de la directive 2007/64. Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, point 35).

28 — Voir arrêt du 5 juillet 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, point 46).

29 — Ce considérant indique en outre qu'il est toutefois judicieux de laisser les entreprises et les organisations en décider autrement. Toutefois, les États membres devraient avoir la possibilité de prévoir que les microentreprises devraient être traitées de la même manière que les consommateurs.

de l'article 44 ne peuvent être convenues que dans ce cadre spécifique [30]. De plus, les informations à fournir concernant les modifications des contrats-cadres en application de l'article 44, paragraphe 1, ne permettent pas de modification par convention, comme c'est le cas des modifications concernant les taux d'intérêt et de change, relevant du régime spécifique de l'article 44, paragraphe 2, de la directive 2007/64.

87. À la lumière de ces considérations, je suis d'avis que l'article 44, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 41, paragraphe 1, de la directive 2007/64, doit être interprété en ce sens que les informations relatives aux modifications du contrat-cadre transmises par un prestataire de services de paiement uniquement par une boîte mail de la banque en ligne sont non pas « fournies » au sens de l'article 41, paragraphe 1, de ladite directive, mais simplement « mises à la disposition » de l'utilisateur de services de paiement.

V – Conclusion

88. Eu égard aux considérations ci-dessus, je propose à la Cour de répondre aux questions déférées par l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche) de la manière suivante :

1) L'article 44, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 41, paragraphe 1, et l'article 4, point 25, de la directive 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 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE doit être interprété en ce sens que les informations transmises par un prestataire de services de paiement à la boîte mail de la banque en ligne du client constituent des informations sur un « support durable » à condition que la boîte mail de la banque en ligne permette à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées de manière à pouvoir être consultées ultérieurement pendant une période adéquate à la lumière des objectifs de l'information. Elle doit en outre permettre la reproduction à l'identique des informations stockées, empêchant ainsi le prestataire de services d'accéder à ces informations, de les modifier ou de les effacer. Une boîte mail d'une banque en ligne peut également constituer un canal approprié pour la transmission des informations sous la forme de documents électroniques, si ces documents eux-mêmes satisfont les exigences pour être un « support durable » et si un tel système incite l'utilisateur à stocker électroniquement et/ou à imprimer ces documents grâce à une fonction facilement accessible.

2) L'article 44, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 41, paragraphe 1, de la directive 2007/64, doit être interprété en ce sens que les informations relatives aux modifications du contrat-cadre transmises par un prestataire de services de paiement uniquement par une boîte mail de la banque en ligne sont non pas « fournies » au sens de l'article 41, paragraphe 1, de ladite directive, mais simplement « mises à la disposition » de l'utilisateur de services de paiement.

30 — Aux termes de cette disposition, une dérogation n'est envisagée que pour « des opérations de paiement n'excédant pas 30 [euros] unitairement ou qui soit ont une limite de dépenses de 150 [euros], soit stockent des fonds dont le montant n'excède à aucun moment 150 [euros] ». Conformément à l'article 34, paragraphe 2, ces limites peuvent être réduites ou doublées pour les opérations de paiement nationales, et augmentées pour les instruments de paiement prépayés.