

MONNAIE

> *Crowdfunding, bitcoin: quelle régulation?*

par Pierre Storrer, Avocat au barreau de Paris

832

1 - Réguler l'alternatif. *Crowdfunding* et *bitcoin* auraient pu à voir entre eux, si l'un et l'autre ne participaient à un phénomène en vogue, celui de « l'alternatif » (voire du « disruptif »), de l'alternatif numérique gagnant la sphère financière : financement alternatif d'un côté, monnaie alternative de l'autre. On pourrait y ajouter la pratique, presque surannée, des monnaies locales ou complémentaires, « en lien le plus souvent avec des préoccupations citoyennes et écologiques », comme le relevait l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) lorsqu'elle se demanda si l'émission d'une monnaie locale relevait ou non de la qualification d'opération de mise à disposition de la clientèle ou de gestion des moyens de paiement (Revue ACPR n° 14, sept.-oct. 2013, p. 14).

Crowdfunding et *bitcoin* ne font plus seulement la une des médias. Ils intéressent de plus en plus le législateur ou le régulateur, et c'est tant mieux. Sauf à ce que les règles juridiques - on leur fait souvent ce procès - ne freinent le commerce et l'innovation. Sommes-nous face à un « vide juridique » ? La notion est elle-même creuse. Il n'existe pas (ou alors peu) de vide juridique, seulement une paresse de qualification.

On remarque dès lors avec intérêt que nos deux objets encore mal identifiés sollicitent pour partie une nouvelle branche du droit financier, le droit des services de paiement, né avec la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007, dite « DSP ». Il se pourrait, en effet, que le financement participatif ou le commerce de bitcoins puissent entrer (plus ou moins naturellement) dans la catégorie de fourniture de services de paiement.

2 - Réguler le *crowdfunding*. Le projet de réglementation du financement participatif (l'expression a été consacrée par la Commission générale de terminologie et de néologie, au titre du vocabulaire de la culture et des finances, par un avis du 18 mai 2013) est plus avancé que celui, encore hypothétique, du *bitcoin*. La première loi de l'année 2014, la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014, habilite en effet le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure propre, en particulier, à favoriser le développement du financement participatif par don (mécénat participatif ou *crowd sponsoring*), par prêt (prêt participatif ou

crowd lending) ou par participation dans l'entreprise (investissement participatif ou *crowd investing*).

On ne s'intéressera qu'au premier, les deux autres modes de financement ressortissant, non pas au droit des paiements, mais au droit des opérations de banque (le prêt rémunéré est une opération bancaire par nature ; elle pourrait être exercée par les plateformes de *crowdfunding* sous statut nouveau d'IFP, intermédiaire en financement participatif) et des services d'investissement (les plateformes permettant la prise de participation dans une entreprise opéreraient, elles aussi, sous un nouveau statut de CIP, conseil en investissement participatif).

S'agissant, donc, du financement participatif par dons (ou par contributions, voire par prêts non rémunérés), tant l'Autorité des marchés financiers (AMF) que l'ACPR y voient une activité, réglementée, de fourniture de services de paiement, dans la mesure où la plateforme réalise une intermédiation financière sous la forme d'un « encaissement pour le compte de tiers » (faut-il noter que la notion n'existe ni dans la DSP, ni dans le code monétaire et financier, qui se contentent - on peut le regretter, mais c'est ainsi - de dresser une liste limitative de sept services de paiement), qu'elles décomposent entre, d'une part, l'acquisition d'ordres de paiement (service 5) et, d'autre part, l'exécution d'opérations de virement associée à la gestion d'un compte de paiement (service 3).

Alors, de deux choses l'une : soit l'opérateur de *crowdfunding* endosse les habits (peut-être un peu trop petits) d'agent prestataire de services de paiement agissant pour le compte et au nom d'un prestataire desdits services (PSP : établissement de crédit, établissement de monnaie électronique, établissement de paiement) ; soit il revêt ceux (peut-être un peu trop grands) d'établissement de paiement (EP), quitte à ce qu'il bénéficie d'un statut dérogatoire allégé de « petit » EP (avec cet inconvénient majeur, toutefois, de ne pouvoir bénéficier du passeport européen, ce qui, nous semble-t-il, condamne par avance cette faveur), dès lors que la France lèverait l'option prévue à l'article 26 de la DSP, faculté dont elle n'avait pas usé lors de la transposition de ladite directive (V. Le *crowdfunding*, Revue

ACPR n° 13, juin-juill. 2013; AMF et ACPR, Guide du financement participatif (*crowdfunding*) à destination des plateformes et des porteurs de projet; Un nouveau cadre pour faciliter le développement du financement participatif, 30 sept. 2013, consultation publique; V. aussi Conférence de presse des ministres P. Moscovici et F. Pellerin, 14 févr. 2014).

3 - Réguler les bitcoins. Les risques du *bitcoin* sont connus. La Banque de France a ainsi consacré, le 5 décembre 2013, un focus (n° 10) aux « dangers liés au développement des monnaies virtuelles: l'exemple du *bitcoin* », associés à la nature même d'une monnaie virtuelle décentralisée: risques financiers résultant de son extrême volatilité, de son caractère hautement spéculatif; risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (V. Tracfin, Rapp. d'activité 2011, p. 21), etc., sans même évoquer la « peur », légitime mais parfois fantasmée, que suscite une technologie (crypto-monnaie à base d'algorithme, minage, etc.) développée par et pour les « geeks ». L'Autorité bancaire européenne (ABE) s'en est elle-même alarmée, par un avertissement aux consommateurs concernant les monnaies virtuelles, en date du 12 décembre 2013, bientôt suivie par la Banque nationale de Belgique (BNB) et l'Autorité belge des services et marchés financiers (FSMA) qui, le 14 janvier 2014, publiaient un communiqué de presse: « Attention à l'argent virtuel, comme *bitcoin* ».

Les monnaies virtuelles sont-elles de la monnaie? Une nouvelle forme de monnaie? De la monnaie électronique? Un moyen de paiement? Le débat est un peu vain (même s'il est toujours utile de qualifier un objet afin de déterminer son régime juridique) et rappelle fort celui suscité par cette autre monnaie « dérangement » qu'est la monnaie électronique (V., en dernier lieu, de l'un de ses meilleurs pourfendeurs, D. R. Martin, *Que sont les notions devenues?*, D. 2014. 164: « en quoi se vérifie que la monnaie électronique, ainsi abusivement dénommée par complaisance plébéienne, n'émergence pas à la dignité monétaire »). La position initiale adoptée par la Banque centrale européenne (BCE) dès 2012 nous paraît raisonnable: « *these currencies both resemble money and necessarily come with their own dedicated retail payment systems. (...) Virtual currency schemes are relevant in several areas of financial system and are therefore of interest to central bank* » (ECB, *Virtual currency schemes*, oct. 2012). De même que celle de la Commission luxembourgeoise de surveillance du secteur financier (CSSF), qui admet que de telles monnaies sont de la monnaie (car acceptées comme moyen de paiement pour des biens et des services par un cercle suffisamment large de personnes), voire de la monnaie électronique, mais peut-être pas au sens de la deuxième directive sur la monnaie électronique (CSSF, Communiqué sur les monnaies virtuelles, 14 févr. 2014).

Faut-il interdire le *bitcoin*? Un député français y a songé (E. Straumann, Question n° 51719, JO 11 mars 2014, p. 2243). C'est oublier que le virtuel n'a pas de frontière et faire rapidement fi des intérêts que peut présenter une telle monnaie. Ainsi, après des mois de travaux et de consultations, M. Benjamin Lawsky, *Superintendent* du *New York Department of Financial Services*, admettait: « *Indeed, virtual currency could ultimately have a number of benefits for our financial sys-*

tem. It could force the traditional payments community to up its game in terms of the speed, affordability, and reliability of financial transactions » (propos rapportés sur le site du *Wall Street Journal*, 28 janv. 2014). La position de Tracfin (pourtant au cœur de l'enjeu anti-blanchiment), exprimée par son directeur, M. Jean-Baptiste Carpentier, lors d'une table ronde organisée par la Commission des finances du Sénat le 15 janvier 2014, mérite que l'on s'y arrête: une interdiction absolue est difficile à concevoir; nous ne sommes pas dans l'illégal mais dans l'« a-légal »; il est possible d'imposer des obligations lorsque monnaies virtuelles et monnaie légale se rencontrent. Ces « lieux de rencontre » existent aujourd'hui sous la forme de bourses ou plateformes internet d'échange ou de conversion des *bitcoins* en devises ayant cours légal (euro, dollar, yen).

Un arrêt de la cour d'appel de Paris (le premier et seul à notre connaissance en la matière) a eu l'occasion de se prononcer: sans qu'il soit besoin de s'interroger sur la nature des *bitcoins* ou de déterminer s'ils sont de la monnaie électronique, la question est de savoir si une plateforme d'échange de ceux-ci exerce une prestation de paiement pour le compte de tiers. Oui, répond la cour d'appel, la société en cause servant d'intermédiaire de commerce pour effectuer une prestation de paiement de fonds appartenant à des tiers pour le compte de tiers, ce qui s'analyse en une action de service de paiement justifiant un agrément de l'ACPR (Paris, 26 sept. 2013, n° 12/00161, *Macaraja c/ Crédit industriel et commercial*, confirmation de T. com. Créteil, 6 déc. 2011, n° 2011F00771, exercice illégal de l'activité de fourniture de services de paiement).

Où l'on retrouve la notion (décidément conquérante) d'encaissement pour le compte de tiers, que l'ACPR a mise peu ou prou en œuvre lorsqu'elle a pris position, le 29 janvier 2014: « Dans le cadre d'une opération d'achat/vente de *bitcoins* contre une monnaie ayant cours légal, l'activité d'intermédiation consistant à recevoir des fonds de l'acheteur de *bitcoins* pour les transférer au vendeur de *bitcoins* relève de la fourniture de services de paiement », de sorte qu'« exercer cette activité à titre habituel en France implique de disposer d'un agrément de prestataire de services de paiement (établissement de crédit, établissement de monnaie électronique ou établissement de paiement) délivré par l'ACPR » (Position n° 2014-P-01 relative aux opérations sur *bitcoins* en France. *Adde*, Revue ACPR n° 16, janv.-févr. 2014, p. 4).

Et l'Europe? Pour reprendre un bon mot du sénateur Philippe Marini (table ronde, préc.), il serait surprenant que cette « machine à normaliser » qu'est la Commission européenne ne s'empare pas de tels sujets. De fait, une proposition de résolution du Parlement européen sur le système *bitcoin* a été déposée le 3 février 2014, invitant la Commission à prêter une attention particulière au phénomène et à examiner les conséquences positives et négatives de l'expansion d'une telle monnaie. Quant au *crowdfunding*, à la suite d'une consultation publique menée du 3 octobre au 31 décembre 2013, cette même Commission a publié, le 27 mars 2014, une communication intitulée « Libérer le potentiel du financement participatif dans l'Union européenne ». La machine est en marche.