DROIT DES MOYENS ET SERVICES DE PAIEMENT

Actualités avril-début mai 2014

Crowdfunding (encore et encore…) et droit au compte ont indiscutablement marqué l'actualité du droit des paiements.

Pierre Storrer*

Avocat au Barreau de Paris

Dernières nouvelles (françaises) du *crowdfunding*

Il est toujours pénible pour un juriste, un praticien en particulier, d'entendre parler d'un texte… sans parvenir à mettre la main dessus (du moins dans une « version officielle »). Nous avions donc çà et là entendu parler (et déjà lu quelques commentaires[1]) du projet d'ordonnance relatif au financement participatif, et nous en avons finalement trouvé le texte sur le site d'une publication non (directement) juridique. Or, il est plus que temps d'en rendre compte, l'entrée en vigueur du futur texte étant prévue au 1er juillet 2014.

Le projet d'ordonnance relatif au financement participatif était inscrit à l'ordre du jour d'une séance du 11 avril 2014 du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF). Quelques jours plus tard, le 14 avril, le Comité consultatif du secteur financier (CCSF) rendait un avis à nouveau (très) réservé concernant en particulier les prêts effectués dans le cadre du *crowdfunding*[2] : « *À la suite de la présentation du dispositif du projet d'ordonnance relatif au financement participatif lors de la séance plénière du CCSF du 27 mars 2014, de nombreuses remarques et réserves ont été exprimées sur la partie "prêts" de ce dispositif. Ces réserves tiennent à la fois à un risque de protection insuffisante du prêteur et de l'emprunteur et à un risque de distorsion de concurrence pénalisant les acteurs régulés du crédit par rapport aux nouveaux entrants* ».

Le Rapport au Président de la République précédant le projet d'ordonnance réserve d'emblée une première surprise (il y en a d'autres), à savoir que la distinction initiale de trois formes de financement participatif (par dons ou contributions, par prêts et par souscription de titres financiers[3]) est ramenée à deux : « *La réforme concerne deux types de plateformes de financement participatif :*

– celles qui proposent des titres aux investisseurs sur un site internet exerceront leur activité en tant que conseillers en investissements participatifs, statut créé par la présente ordonnance, ou prestataires de services d'investissement ;

– celles qui proposent à des particuliers, sur un site internet, le financement de projets sous forme de prêts, qu'ils soient rémunérés ou non, exerceront leur activité en tant qu'intermédiaires en financement participatif, statut également créé par l'ordonnance. »

De fait, un titre II de l'ordonnance (nous laissons de côté, comme nous le faisons depuis le début de notre suivi de l'actualité *crowdfunding*, le volet « investissement ») serait relatif au « *financement participatif sous forme de prêts ou de dons* », qui prévoit toutefois une sous-distinction entre « *dérogation au monopole bancaire* » et « *régime prudentiel allégé des établissements*

* L'auteur invite les lecteurs à lui faire parvenir des réactions ou éléments d'actualité inédits : pstorrer@storrer-avocats.com.

[1] En particulier, H. de Vauplane, « Financement participatif : le projet d'ordonnance dévoilé », *Le Cercle Les Échos*, 30 avril 2014.

[2] Cf., déjà, Avis CCSF, 5 nov. 2013, *Revue Banque* n° 767-768, janv. 2014, notre chronique.

[3] Cf. *Revue ACPR*, n° 13, juin-juill. 2013, « Le *crowdfunding* » ; AMF et ACP, *Guide du financement participatif (crowdfunding) à destination des plates-formes et des porteurs de projet* ; ACPR et AMF, *Un nouveau cadre pour faciliter le développement du financement participatif (consultation publique)*.

de paiement[4] ». Mais on en revient tout de suite à un régime unitaire des futurs « *intermédiaires en financement participatif* » (IFP), dont « *l'intermédiation en financement participatif consiste à mettre en relation, au moyen d'un service de communication en ligne, les porteurs d'un projet déterminé et les personnes finançant ce projet par des opérations suivantes : 1° les crédits mentionnés au 7 de l'article L. 511-6*[5] *; 2° les prêts à titre gratuit ; 3° les dons* » (CMF, art. L. 548-1, I, nouveau). Pour autant, seuls seraient IFP (immatriculés à l'ORIAS) les personnes qui exerceraient une intermédiation pour les opérations de crédit ou de prêt à titre gratuit, celles qui n'effectueraient que des dons « pouvant » l'être (IFP) et se soumettre dès lors aux dispositions nouvelles (intérêt ?).

Le Rapport au Président de la République dessine de la sorte le futur réglementaire du financement participatif par prêts (ou dons) :

– il serait d'abord dérogé au monopole bancaire sur les opérations de crédit (réservées aux établissements de crédit et aux sociétés de financement) afin de permettre aux plates-formes de proposer des prêts rémunérés (curieusement circonscrits au financement d'un projet professionnel ou de « besoins de formation [6] ») ;

– dès lors, ensuite, que les plates-formes de dons ou de prêts sont susceptibles de recevoir des fonds (le « susceptible » est étonnant lorsque l'on parle de financement…), est envisagé un régime prudentiel allégé au bénéfice de « petits » établissements de paiement (dispensés des règles de fonds propres et de contrôle interne, à l'exception de celles relatives à la LCB-FT et à l'externalisation des prestations essentielles) ;

– serait enfin créé un statut d'IFP « *pour permettre aux plateformes de prêts et, lorsqu'elles le souhaitent aux plateformes de dons, de mettre en relation par l'intermédiaire d'un site internet des porteurs de projets et des prêteurs ou des donateurs dans un cadre régulé* ».

En somme, si nous comprenons bien, les plates-formes de *crowdfunding* par prêts (rémunérés ou non) devront opérer sous statut d'IFP (optionnel pour celles offrant des dons), mais doublé, pour les unes comme les autres, (presque) nécessairement (critère de la réception de fonds) par un statut d'établissement de paiement (agréé), même allégé. Cela nous promet – un praticien ne peut que s'en féliciter – de beaux montages juridiques… ■

[4] Privés, rappelons-le, du bénéfice du jeu du passeport européen, mais aussi de la fourniture de services de transmission de fonds.

[5] Lequel disposerait que le monopole bancaire ne s'appliquerait pas « *aux personnes physiques qui consentent, à des fins non professionnelles ou commerciales, un crédit dans le cadre du financement participatif d'un projet déterminé, conformément aux dispositions de l'article L. 548-1* ».

[6] Sans attendre leur fixation par voir réglementaire, il est précisé que les prêts seraient plafonnés à 1 000 euros par prêteur et pour un emprunt total d'1 million d'euros maximum.

Quelques nouvelles (européennes) du *crowdfunding* (et du *bitcoin*)

C'est donc principalement en anglais – il nous semblait pourtant que les citoyens européens étaient en droit d'accéder à l'ensemble des documents de l'UE dans la langue officielle de leur pays – qu'il convient de rapidement rendre compte de l'EBA[1] *Consumer trends report 2014*, publié le 28 février 2014. Parmi les *trends and issues identified for 2014*, on retient (sans surprise, nous en suivons l'actualité de près[2]) celles-ci : *digital currencies* et *crowdfunding*[3].

La définition des premières n'est pas inintéressante : « *A virtual currency is a form of unregulated digital money that is not issued or guaranteed by a central bank and that can act as a means of payment* ». Sur la « valeur d'usage » du *bitcoin* en particulier, on note : « *An increasing number of retailers, both online and in the real economy, have started to accept Bitcoins as a means of payment that does not incur any exchange rate fees and which does not usually involve a bank or any charges that may be placed on a transaction.* » Aussi bien, annonce l'autorité bancaire européenne, « *the question yet to be addressed is whether virtual currencies can and ought to be regulated. To that end, the EBA will establish a cross-sectoral taskforce in H1 2014, with the aim of finding an answer to this question.* »

La définition du *crowdfunding* mérite elle-même attention : « *From the many new forms of raising funding, crowdfunding has been the most widespread. Crowdfunding can be defined as an emerging alternative form of financing that directly connects those who can give, lend or invest money with those who need financing for a specific project* ». Quant à sa régulation, on peut relever ceci : « *Since donations, rewards and pre-sales are considered to be outside of the scope of banking and financial services regulation, the regulatory attention is most usefully afforded to the lending and investment-based models. Nevertheless, when fund transfers and remittances are involved, all crowdfunding models can be consi-*

[1] European Banking Authority.

[2] Cf. en dernier lieu P. Storrer, « *Crowdfunding, bitcoin* : quelle régulation ? », *Recueil Dalloz*, 10 avr. 2014, n° 14, Point de vue.

[3] Sont aussi évoqués : *household borrowing* ; *bank account switching and fees* ; *traditional payments methods such as cash, debit and credit cards, cheques, bank transfer* ; *non-traditional payment methods, such a mobile payments and e-wallets* ; *mis-selling of products, comparison websites, and financial literacy*.

dered under the regulatory remit of the PSD[4] ». Or le constat est que « *the current heterogeneous regulatory playing field may allow arbitrage opportunities, as platforms are usually internet based and may set up their activities choosing jurisdictions according to their business requirements* ». Si bien que, ici encore, « *the EBA will conduct further analysis in 2014, jointly with ESMA, to form a view on whether a European regulatory framework is required and, if so, what form that framework should take* ».

[4] *Payment Services Directive.*

Le Securities and Markets Stakeholder Group (SMSG) de l'ESMA (European Securities and Markets Authority) a, depuis, adopté une position (*Position Paper*), en date du 10 avril 2014. Le document, bien qu'essentiellement centré sur le *financial crowdfunding* (« *includes all those contributions where the provider of money expects some financial return* »), présente l'intérêt de passer en revue les principales législations des pays européens (en faisant aussi un détour par les États-Unis et leur *JOBS Act* d'avril 2012, dont deux titres sont consacrés au *crowdfunding*) ; après quoi est exposée la position du SMSG. Nous retenons deux choses :

– « *An initial challenge is the lack of a clear and uniform definition of crowdfunding, as it covers many different business models, all of them having in common an open call, trough internet, to raise funds with many different objectives* » ;

– « *Among the many different types of CF currently out there, we consider that only those which offer something in return should be allowed as general norm for actual fundraising. In fact, ESMA should be concerned with pure securities-based crowdfunding, which represents a much smaller size than loan-based* ». ■

Droit au compte et services bancaires de base

C'est une riche (et médiatisée) décision n° 2013-04 qu'a rendue le 11 avril 2014 la Commission des sanctions de l'ACPR, aux termes de laquelle sont prononcés à l'égard de la Société Générale (ainsi nommément désignée, ce qui est sans doute la véritable sanction…) un blâme et une sanction pécuniaire de 2 millions d'euros pour violation des règles gouvernant le droit au compte (DAC) et les services bancaires de base (SBB[1]). On ne manquera pas de rapprocher la présente décision de celle du 3 juillet 2013 (n° 2012-09) ayant infligé au Crédit Lyonnais la même sanction.

Rappelons que le principe du DAC (article L. 312-1 du Code monétaire et financier) est que toute personne (physique ou morale domiciliée en France ou de nationalité française hors de France), dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix. Trois étapes sont prévues : la remise auprès de cet établissement d'une déclaration sur l'honneur attestant le fait que le demandeur ne dispose d'aucun compte ; en cas de refus, saisine de la Banque de France pour désignation d'un autre établissement de paiement (dans le délai d'un jour ouvré), et ouverture du compte par l'établissement désigné (dans les trois jours ouvrés à réception des pièces requises). S'ensuit une offre de SBB (« de base » mais tout de même composés de 12 services… – voir encadré 1[2]).

Qu'était-il dès lors reproché à la banque ? C'est, au principal, une « politique » d'ouverture de compte mélangeant DAC et offre tarifée. Or, souligne la Commission des sanctions, tout écart (en moins ou en plus) entre SBB et services supplémentaires (tarifés) ne peut résulter que d'une renonciation, ou une demande expresse, de la part du bénéficiaire, que l'établissement doit justifier. Si bien que, selon le contrôleur (la déduction n'est pas tout à fait convaincante), « *si l'établissement propose ou accepte de fournir des services supplémentaires au client bénéficiant du DAC, il doit mettre en place les dispositifs tarifaires et organisationnels propres à isoler le prix des services supplémentaires offerts et utilisés, de manière que puisse en être appréciée l'ampleur relative* ». Il est vrai qu'offrir des services payants dans le cadre du DAC, dont le principe même est un droit « généreux » de (ré)inclusion bancaire, n'est pas sans contradiction ; la transparence est donc de rigueur…

[1] Quand bien même la caractérisation d'une sanction administrative soit plus « *souple* » que celle d'une sanction pénale, on s'étonne de lire en conclusion de la décision que les manquements constatés sont « *pour la plupart établis même si certains sont à relativiser* ».

[2] À signaler qu'une proposition de directive 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 bases – proposition adoptée en session plénière par le Parlement européen le 15 avril 2014 – invite les États membres à veiller à ce qu'au moins un prestataire de services de paiement sur leur territoire propose aux consommateurs des comptes de paiement assortis de prestations de base.

1. REPÈRES

Les services bancaires de base

L'offre de SBB est composée de 12 services :
– l'ouverture, la tenue et la clôture du compte ;
– un changement d'adresse par an ;
– la délivrance à la demande de relevés d'identité bancaire ;
– la domiciliation de virements bancaires ;
– l'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte ;
– la réalisation des opérations de caisse ;
– l'encaissement de chèques et de virements bancaires ;
– les dépôts et les retraits d'espèces au guichet de l'organisme teneur de compte ;
– les paiements par prélèvement, titre interbancaire de paiement ou virement bancaire ;
– des moyens de consultation à distance du solde du compte ;
– une carte de paiement dont chaque utilisation est autorisée par l'établissement de crédit qui l'a émise ;
– enfin, deux formules de chèques de banque par mois ou moyens de paiement équivalents offrant les mêmes services (CMF, art. D. 312-5).

En bref...

Le Rapport 2013 du **Médiateur auprès de la Fédération bancaire française** établit que les moyens de paiement représentent 15 % des demandes de médiation (en forte progression et concernant l'utilisation frauduleuse des coordonnées carte, les opérations de paiement considérées comme non autorisées et les prises d'abonnements « cachés »), derrière les opérations de crédit (22 %) et le fonctionnement du compte (21 %).

La dernière livraison de la ***Revue de l'ACPR*** (n° 17, mars-avr. 2014) consacre une page aux conséquences de la loi du 17 mars 2014 sur la consommation[1]. On y remarque encore la mention de l'agrément (au 14 février 2014) d'un nouvel établissement de monnaie électronique (Fivory), qui serait le premier (français) à l'être (*ex nihilo*) sous régime DME 2. C'est donc un petit événement.

Par un arrêt du 9 avril 2014[2], la **CJUE** a jugé que les bénéficiaires de paiement peuvent se voir interdire de manière générale d'appliquer des frais au payeur quel que soit l'instrument de paiement choisi, étant ajouté qu'une telle interdiction peut également s'appliquer à un opérateur de téléphonie mobile.

Aux termes d'un communiqué de presse du 14 avril 2014 (suivi d'un autre du 30 avril, cosigné avec le Comité national SEPA et la FBF), la **Banque de France** a invité les retardataires à la migration SEPA à la réaliser au plus vite. À la fin du mois de mars 2014, les virements et prélèvements SEPA représentaient respectivement 93,5 % et 90,6 % des virements et prélèvements échangés sur les systèmes de paiement de détail.

A été publiée la **Directive 2014/55/UE du 16 avril 2014** relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics.

Par courrier de son président du 24 avril 2014, l'**Observatoire de la sécurité des cartes de paiement** a alerté sur les dangers de la faille HeartBleed (littéralement « cœur saignant ») à l'égard des données de cartes de paiement lors de leur saisie. « *L'authentification non rejouable est à ce jour le moyen le plus efficace pour se prémunir du risque de réutilisation des données qui seraient captées par ce biais* », précise l'Observatoire[3].

À signaler la publication du Rapport annuel 2013 de la **Banque de France** (à ne pas confondre avec son Rapport d'« activité »), rendu public le 28 avril 2014. Le droit des paiements y est très rapidement traité.

La **CNIL** a annoncé, le 29 avril 2014, que, parmi ses priorités de contrôle en 2014, figure le paiement en ligne au travers de la lutte contre la fraude et la conservation des données bancaires, donnant lieu à des plaintes récurrentes.

La place nous manque pour rendre compte de ce rapport de la **Banque Centrale Européenne** : *Card payments in Europe – A renewed focus on SEPA for cards*, April 2014. La migration SEPA des virements et prélèvements étant en voie d'achèvement, l'accent est désormais porté sur les paiements par carte.

Des développements relativement conséquents sont consacrés aux paiements dans le Rapport sur la politique de concurrence 2013 publié par la **Commission européenne** le 6 mai 2014. Outre le rappel de l'enquête ouverte (et désormais clôturée) sur le processus de normalisation des paiements (et ses risques anticoncurrentiels) entrepris par le Conseil européen des paiements (EPC), on y lit (p. 15) en particulier que la proposition de DSP 2 « *autoriserait explicitement les opérateurs autres que les banques à exercer leurs activités en concurrence avec les banques dans le domaine des paiements par internet et par carte* ». Cela ne doit donc pas être le cas à ce jour...

Le Luxembourg compte 6 établissements de paiement (EP) et 5 établissements de monnaie électronique (EME), note le Rapport d'activité 2013 de la **Commission de surveillance du secteur financier**, qui ajoute cette appréciation savoureuse : « *La CSSF constate un intérêt certain de la part de plusieurs acteurs pour s'établir au Luxembourg dans ce créneau.* »

On signale la publication (mai 2014) par la **Banque Centrale Européenne** des *Final recommendations for the security of payment account access services following the public consultation.*

[1] **Sur laquelle cf.** ***Revue Banque*** **n° 772, mai 2014, notre chronique.**
[2] **Aff. C-616-11,** ***T-Mobile Austria GmbH c/ Verein für Konsumenteninformation.*** **Sur les conclusions de l'Avocat général, cf.** ***Revue Banque*** **n° 766, déc. 2013, notre chronique.**
[3] **Lire aussi à ce sujet** ***Revue Banque*** **n° 772, mai 2014, « Cahier nouvelles technologies », p. 61.**

Ces « errements » passés, la Commission pose cette règle de preuve : si tout titulaire d'un DAC peut bien demander à ne pas bénéficier d'un des SBB exigés par l'article D. 312-5, la banque doit cependant être en mesure de justifier de la manifestation d'un tel refus, quelle que soit la défaillance de son organisation interne[3].

La fourniture des SBB, ensuite, doit-elle être concomitante à l'ouverture du compte ? En l'absence de précision légale ou réglementaire, la Commission des sanctions juge qu'un délai est raisonnable lorsqu'il ne prive pas de manière préjudiciable le bénéficiaire d'un moyen de paiement ; que, par exemple, s'agissant de l'offre de la carte à autorisation systématique, un délai d'une dizaine de jours est raisonnable, compte tenu des contraintes techniques et administratives.

Poursuivons : le retrait d'une carte à autorisation systématique n'étant pas encadré, la Commission considère que, sauf demande du titulaire, un tel retrait ne peut intervenir qu'en cas de fraude de sa part ou de solde débiteur du compte, à moins que la position débitrice ne soit ponctuelle et limitée[4].

Nous ne nous arrêterons pas, faute de place, sur l'analyse, elle-même riche, du dispositif de contrôle interne de la banque. Mais un dernier mot sur la mise en œuvre opérationnelle du DAC : on sait que la décision de clôture d'un compte à l'initiative de l'établissement de crédit désigné par la Banque de France doit être motivée et notifiée par écrit au client et à cette dernière[5]. Motivée : la Commission des sanctions estime que ne vaut pas motivation une mention du type « *nous n'avons plus convenance à maintenir nos relations*contractuelles [6] ». Notifiée : l'établissement bancaire doit conserver un double des (deux) courriers adressés ; ne peuvent constituer une preuve suffisante des copies d'écran faisant seulement apparaître l'indication selon laquelle cet envoi a été fait.

En définitive, Société Générale est sanctionnée pour avoir manqué à l'attention particulière qu'appelle la population particulièrement défavorisée concernée par le DAC. La banque est ainsi spécialement prise en défaut de ne pouvoir établir que c'est par un choix délibéré de leur part que de nombreux bénéficiaires du DAC se sont vus ouvrir un compte relevant non du DAC, qui implique la fourniture gratuite (du moins sans « contrepartie contributive » dit le Code) des SBB, mais de son offre tarifée de base. ■

[3] **Comp. décision LCL : la banque ne peut être regardée comme s'étant acquittée de son obligation de prestation de services (en l'espèce, fourniture d'une carte à autorisation systématique) que si elle peut établir la manifestation d'un tel refus.**
[4] **La décision LCL envisage dans une telle hypothèse de retrait de la carte à autorisation systématique, son remplacement par une simple carte de retrait.**
[5] **CMF, art. L. 312-1, al. 6, étant ajouté qu'un délai de 2 mois minimum doit être consenti au titulaire du compte.**
[6] **Comp. décision LCL : la motivation exigée par la loi doit correspondre à l'exposé des reproches faits par la banque, de manière suffisamment précise pour que l'intéressé soit mis à même de réaliser à quoi il est fait référence et, le cas échéant, d'en contester le bien-fondé. La décision ajoutait qu'en cas de déclaration de soupçon, confidentielle, cette formule pouvait être employée : « *le fonctionnement de votre compte dans nos livres est anormal par rapport à votre situation et les explications sollicitées ne sont pas satisfaisantes* ».**

Achevé de rédiger le 16 mai 2014.