

TRANSPPOSITION

LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE EN DROIT FRANÇAIS : ENFIN UN NOUVEAU DÉPART ?



Pierre Storrer

Avocat à la Cour

Cabinet
Féral-Schuhl /
Sainte-Marie

Un projet de loi n° 737 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et sociale a été déposé au Sénat, le 1^{er} août 2012. Son titre^[1], et 33 de ses articles (sur 44), a pour objet la transposition, principalement dans le Code monétaire et financier (CMF), de la deuxième directive monnaie électronique (DME 2)*.

On ne cesse de constater, vanter et promouvoir l'essor du commerce électronique. Or un tel essor passe par des « paiements électroniques sûrs, efficaces, compétitifs et novateurs^[1] », au rang desquels figure en bonne place la monnaie électronique. Le commerce électronique a donc besoin de monnaie électronique, et d'un marché unifié (c'est-à-dire concurrentiel) de son émission, de sa gestion, de sa distribution. On se réjouira dès lors que, malgré les erre-

ments et attermolements passés^[2], un « *"appétit industriel"* en matière de monnaie électronique^[3] » subsiste en France, qu'il est plus que temps de satisfaire. On se félicitera alors que le pouvoir exécutif « ait préféré la loi à l'ordonnance^[4] » : car nous disposons enfin d'un texte public, en débat devant le Parlement^[5], sur lequel nous appuyer et duquel les principaux enseignements qui suivent, alternant entre sujet (Établissements de monnaie électronique – EME) et objet (la monnaie électronique), peuvent être dégagés.

ENFIN DE VÉRITABLES ÉTABLISSEMENTS DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE

L'ambition (mal assurée) de la première directive monnaie électronique (DME 1) – promouvoir un marché de la monnaie électronique par la création d'EME soumis à un régime prudentiel allégé par rapport aux

établissements de crédit – ne résista pas au monopole bancaire français. Son règlement CRBF du 21 novembre 2002 de transposition en droit français a fait des EME des établissements de crédit « aux petits pieds », mais des établissements de crédit tout de même. La DME 2 ayant clairement affiché sa volonté de rompre la filiation établissements de crédit-EME, une troisième catégorie de prestataires de services de paiement (PSP) à part entière peut naître : « Les prestataires de services de paiement sont les établissements de paiement, les établissements de monnaie électronique et les établissements de crédit^[6]. » Un chapitre entier, composé de 40 articles (articles L. 526-1 et suivants nouveaux), leur est dévolu en conséquence, prévoyant des modalités d'agrément, de « passeportage » et de régime prudentiel *ad hoc*. Une hiérarchie entre PSP existe même : les établissements de crédit peuvent tout faire (effectuer des opérations de banque, émettre et gérer de la monnaie électronique, offrir des services de paiement) ; les EME, en plus d'émettre, et de gérer, de la monnaie électronique, peuvent fournir « l'intégralité des services des établissements de paiement^[7] » ; mais les établissements de paiement, eux, ne peuvent... qu'offrir des services de paiement. Il y a donc là une promo-

*À l'heure où ces lignes sont écrites, ce projet de loi (devenu n° 232) a été adopté par le Sénat en 1^{re} lecture et transmis à l'Assemblée nationale. Nous vous proposons, une fois notre commentaire paru, de rendre compte de l'évolution du processus législatif sur le site de la Revue Banque.

[1] Livre vert, « Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par Internet et par téléphone mobile ». Voir encore « La rentrée Fevad sous le signe du paiement, de la sécurité et de la lutte contre la fraude », *Actualité Fevad*, 3 septembre 2012.

[2] Cf. P. Storrer, « La monnaie électronique à la recherche de son statut », *Revue Banque*, n° 748, mai 2012, pp. 48 et s.

[3] Selon l'expression du sénateur Richard Yung, rapporteur du projet de loi de transposition (Rapport Sénat n° 777, 25 sept. 2012, p. 20), et d'après des informations recueillies auprès de l'ACP et de la Banque de France.

[4] Rapport précit., p. 83.

[5] Rappelons que c'est déjà par voie d'ordonnance qu'a été transposée la directive services de paiement (DSP) en 2009, et que le Parlement avait de même habilité le précédent Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance pour transposer la DME 2, d'abord dans la loi de régulation bancaire et financière, ensuite dans la loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

[6] CMF, art. L. 521-1 nouveau.

[7] Rapport précit., p. 23.



tion manifeste des EME, qui incite fortement à être l'un (EME) plutôt que l'autre (établissement de paiement)...

LA FIN DU MONOPOLE BANCAIRE SUR LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE

Après les services de paiement en 2009 (transposition de la DSP), l'émission et la gestion de monnaie électronique échappent désormais au monopole bancaire, pour acquérir rang d'« opération autonome au sein de la notion faîtière de mise à disposition de la clientèle et de gestion de moyens de paiement[8] ». La nouvelle rédaction de l'article L. 311-3, alinéa 2, du CMF en témoigne : « Les opérations de mise à disposition de la clientèle ou de gestion de moyens de paiement comprennent les services bancaires de paiement mentionnés à l'article L. 311-1, les activités d'émission

et de gestion de monnaie électronique et les services de paiement dont la liste figure au II de l'article L. 314-1. » La monnaie électronique – comme les services de paiement pour les établissements du même nom – devient l'objet propre (la « profession habituelle ») des EME : « Les établissements de monnaie électronique sont des personnes morales [...] qui émettent et gèrent à titre de profession habituelle de la monnaie électronique[9] ». En contrepoint, monnaie électronique et services de paiement ne sont plus que des « opérations connexes » à l'activité des établissements de crédit. Enfin, et outre la fourniture de « services accessoires » (services de paiement et services connexes à ceux-ci, et services connexes opérationnels ou étroitement liés à l'émission et la gestion de monnaie électronique), les EME « nouvelle génération » peuvent exercer (selon des modalités qui seront définies par arrêté ministériel) « à

« La deuxième directive monnaie électronique a clairement affiché sa volonté de rompre la filiation établissements de crédit – établissements de monnaie électronique. » »

titre de profession habituelle une activité commerciale autre que l'émission et la gestion de monnaie électronique ou autres que les opérations mentionnées à l'article L. 526-2 », de telles activités commerciales étant qualifiées – sur le modèle de ce qui est déjà prévu pour les établissements de paiement – de « nature hybride ».

VERS UN CAPITAL INITIAL RÉDUIT DES EME

L'exigence d'un capital initial d'1 million d'euros pour les EME « régime DME 1 », certes cohérente avec leur nature d'établissements de crédit, constituait sans doute une « barrière à l'entrée[10] ». Elle a été partiellement levée par la DME 2 : le montant du capital initial a été abaissé à 350 000 euros, mais demeure supérieur à celui exigé des établissements de paiement (entre 20 000 et 125 000 euros). Il faudra attendre

[8] Étude d'impact accompagnant le projet de loi n° 737, p. 26.

[9] CMF, art. L. 526-1 nouveau.

[10] Étude d'impact précit., p. 25.

l'adoption d'une disposition réglementaire pour que le montant du capital initial des EME « régime DME 2 » soit connu – de même, faut-il noter, pour déterminer le niveau de fonds propres –, étant observé que le montant de 350 000 euros est un seuil^[11]. Retenons seulement, à ce stade législatif, que la France fait jouer l'option ouverte par la DME 2 de « prévoir un régime ad hoc, allégé, pour les établissements de monnaie électronique de petite taille^[12] (en dessous de 5 millions d'euros d'encours de monnaie électronique en circulation) ». Ce régime allégé^[13], qui, au demeurant, existait déjà sous l'empire de la DME 1, dispensera donc les « petits » EME de l'essentiel du dispositif prudentiel, mais ne les exemptera pas du respect des règles de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB-FT). Sans compter que ces établissements ne pourront ni fournir des services de paiement, ni émettre de la monnaie électronique en libre établissement ou en libre prestation de services au sein de l'UE ou de l'EEE.

LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE RESTE CE QU'ELLE EST : DE LA « PETITE » ET DE LA « FAUSSE » MONNAIE...

De la DME 1 à la DME 2, et du « pauvre » règlement CRBF de 2002 aux dispositions nouvelles du CMF, le droit « statutaire » de la monnaie électronique s'affirme très nettement. Il demeure toutefois que la monnaie électronique... n'existe pas « vraiment^[14] », ou n'existe pas

«Après les services de paiement en 2009, l'émission et la gestion de monnaie électronique échappent désormais au monopole bancaire.»

autrement que par sa fonction « spécifique de substitut électronique aux pièces et billets de banque, destiné à être utilisé pour effectuer des paiements, généralement de montants limités^[15] ». On est alors tenté d'y voir de la (petite) monnaie fiduciaire, comme semblerait le confirmer le premier texte du CMF où, après transposition, elle apparaît : « Ne peut être effectué en espèces, ou au moyen de monnaie électronique, le paiement d'une dette supérieure à un montant fixé par décret [3 000 ou 15 000 euros] [...] ». Mais voici que le principal de son régime (les modalités de son remboursement) est traité au titre de la monnaie scripturale, « attirance » vers cette dernière que confirme le rapport du sénateur Yung : « Juridiquement, elle est d'ailleurs assimilée à la monnaie scripturale et non à la monnaie fiduciaire : il s'agit d'un moyen de paiement. D'ailleurs, à la différence de la monnaie fiduciaire, elle n'est pas universelle. Elle doit être acceptée par les commerçants^[16] ». Gageons que cette oscillation de qualification entre monnaie fiduciaire et monnaie scripturale, ou que cet « abus de langage » de nommer « monnaie » ce qui n'est en réalité qu'un « moyen de paiement », conduira à d'inévitables approximations... Sera-t-on éclairé par la définition, fonctionnelle, que donne de la monnaie électronique l'article L. 315-1, I nouveau du CMF^[17] : « La monnaie électronique est une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement définies à l'article L.133-3 et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que

l'émetteur de monnaie électronique » ? Rien n'est moins sûr, si l'on veut bien considérer que l'émission de monnaie électronique et son utilisation s'apparentent à une cession – particulière, car dérogatoire au droit commun des articles 1689 et suivants du Code civil – de créance : le détenteur de monnaie électronique se voit pourvu d'une créance sur l'émetteur, transmise, par le paiement en monnaie électronique, au commerçant accepteur, à son tour créancier de l'émetteur, lui-même porteur d'une dette à rembourser auprès, soit du détenteur, soit du commerçant accepteur.

LA REMBOURSABILITÉ DE LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE AU CŒUR DE SON RÉGIME

Le prépaiement caractéristique de la qualification de monnaie électronique trouve son pendant, s'agissant de son régime, dans sa « remboursabilité » : cela était vrai sous l'empire de la DME 1 et l'est davantage encore sous celui de la DME 2, avec cette évolution notable, de l'une à l'autre, qu'est la suppression de la faculté contractuelle de prévoir l'absence de remboursement en dessous de 10 euros.

Désormais, au sein d'une section dédiée aux « modalités de remboursement de la monnaie électronique », il est prévu que le remboursement est par principe total et sans frais, le détenteur ayant le choix entre un remboursement « en pièces et billets de banque ayant cours légal ou par une opération de paiement ordonnée par l'émetteur au bénéfice du détenteur^[18] ». Étant significativement ajouté que « le contrat liant l'émetteur et le détenteur de monnaie électronique établit clairement les conditions et le délai de remboursement des unités de monnaie électronique^[19] »...

Le rapport sénatorial déjà cité relève

[11] Capital initial « qui n'est pas inférieur à 350 000 euros », dispose l'article 4 de la DME 2.

[12] Étude d'impact précit., p. 32.

[13] Et dont le montant d'encours en circulation devra encore être fixé par décret, de même que le plafond des unités de monnaie électronique incorporées.

[14] Cf. Rapport précit., p. 17 : « Malgré sa dénomination, la "monnaie électronique" n'est pas de la monnaie au sens où l'entend la Banque Centrale Européenne. Elle n'entre pas dans la composition des agrégats monétaires : la monnaie électronique est créée contre remise de fonds, il n'y a donc pas de création monétaire. »

[15] DME 2, cons. 13.

[16] Rapport précit., *ibid.*

[17] Comp. DME 2, cons. 7, soulignant que la définition retenue de la monnaie électronique, « neutre sur le plan technique », « devrait couvrir toutes les situations dans lesquelles un prestataire de services de paiement émet en contrepartie de fonds une valeur stockée prépayée, qui peut être utilisée à des fins de paiement car elle est acceptée par des tiers en tant que paiement ».

[18] CMF, art. L. 133-36, al. 1^{er} nouveau.

[19] CMF, art. L. 315-7, al. 1^{er} nouveau.

toutefois un risque de « distorsion de concurrence » entre les entreprises agréées (émetteurs de monnaie électronique) et les entreprises exemptées (au titre de l'exception de réseau limité de prestataires ou d'éventail limité de biens, ou de l'exclusion des titres spéciaux de paiement dématérialisés), dès lors que ces dernières « ne seront pas soumises à l'obligation de remboursement » – parce qu'elles « ne sont pas soumises aux règles applicables aux émetteurs de monnaie électronique ». Les exemptions devront par conséquent être strictement accordées, sauf à favoriser « le modèle économique de certaines entreprises spécialisées dans le marché des cartes-cadeaux [qui] repose en partie sur les “perdus/périmés”, c'est-à-dire les cartes achetées et non utilisées avant leur expiration[20] ».

LES DISTRIBUTEURS DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE, NOUVEAUX INTERMÉDIAIRES DE PAIEMENT

À ce jour, en vertu du monopole bancaire, la distribution de monnaie électronique ne peut être réalisée (hors bien sûr des établissements de crédit agréés eux-mêmes) que par des intermédiaires en opérations de banque et services de paiement (IOBSP), et à la condition supplémentaire (dégagée par l'ACP) que l'instrument de paiement (carte prépayée par exemple) soit inactif au moment de sa délivrance au détenteur, et ne soit finalement activé que par son émetteur.

Entre les IOBSP et les agents (de services de paiement), viendront demain s'intercaler les distributeurs de monnaie électronique[21], dont l'activité sera limitée à la mise en circulation et au remboursement de la monnaie

électronique : « Les émetteurs de monnaie électronique peuvent recourir, dans les limites de leur agrément, aux services d'une ou plusieurs personnes en vue de distribuer, pour leur compte, la monnaie électronique et effectuer, dans ce cadre, les activités suivantes : 1. la mise en circulation de monnaie électronique, y compris le rechargement de monnaie électronique ; 2. le remboursement de monnaie électronique[22]. »

Relevons encore que les émetteurs demeureront responsables à l'égard des détenteurs de la monnaie électronique distribuée par des distributeurs, que les conditions d'application de la distribution de monnaie électronique seront fixées par arrêté ministériel et enfin qu'un EME souhaitant « passer » son activité pourra soit établir une succursale, soit recourir à des distributeurs.

L'ÉMISSION DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE : UN SERVICE DE PAIEMENT SOUMIS À LA DSP

Comme nous l'avons souligné lors de notre précédente contribution[23], l'un des apports majeurs de la DME 2 est de rendre les « dispositions pertinentes » de la DSP applicables *mutatis mutandis* à l'émission et à la gestion de monnaie électronique, de sorte que toute référence aux termes « établissement de paiement », « services de paiement », etc. doit s'entendre comme une référence à un EME, à des services d'émission et de gestion de monnaie électronique, etc. Partant, au titre des obligations contractuelles relatives à l'émission et la gestion de monnaie électronique, il est notablement écrit que les dispositions du chapitre IV sur les services de paiement « s'appliquent aux activités d'émission et de gestion de monnaie électronique, sans préjudice des exigences supplémentaires prévues à la présente section[24] ».

« La grande proximité des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique appelle, tôt, ou tard, une fusion des deux statuts. »

En particulier, « avant tout contrat ou offre liant les parties, les conditions contractuelles sont communiquées dans les conditions prévues au I de l'article L. 314-13 dans des termes clairs et aisément compréhensibles au détenteur de monnaie électronique » et « sont communiquées en français sauf convention contraire des parties[25] ».

UNE RÉFORME DE TRANSITION ?

Urgente, la transposition de la DME 2 se révélerait-elle finalement « éphémère » ? La « transposition française a anticipé la fusion des deux directives [DSP et DME 2] et s'est calée autant que faire se peut sur la transposition de la directive sur les services de paiement », confie l'étude d'impact jointe au projet de loi[26] ; le rapport du sénateur Yung[27] confirme que « la grande proximité des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique appelle, tôt ou tard, une fusion des deux statuts ». Ce qui est certain, c'est que nous disposons d'« un texte de transposition plus conséquent que la directive[28] [DME 2] », ce qu'illustre parfaitement, en dernier lieu, une nouveauté emblématique en matière de LCB-FT : les EME européens recourant à des distributeurs sur le sol national, mais aussi les établissements de paiement exerçant via des agents, désigneront un « représentant permanent » (choisi parmi les distributeurs ou agents, ou spécialement désigné), dont le rôle sera de servir d'interlocuteur avec les autorités de renseignement ou de supervision (TRACFIN, ACP). Voilà un beau paradoxe de notre « légistique » moderne : un texte de transposition très en retard, mais qui cherche à anticiper un droit non encore avenu... ■

Achévé de rédiger le 12 octobre 2012.

[20] Rapport précit., p. 25.

[21] « Par exemple, un établissement de monnaie électronique peut s'appuyer sur le réseau des buralistes pour offrir des points de recharge en monnaie électronique. Ces buralistes ne sont pas qualifiés d'“émetteur” mais de distributeur de monnaie électronique » (Rapport précit., p. 49).

[22] CMF, art. L. 525-7, al. 1^{er} nouveau.

[23] P. Storrer, La monnaie électronique à la recherche de son statut, précit., p. 49.

[24] CMF, art. L. 315-5 nouveau.

[25] CMF, art. L. 315-6 nouveau.

[26] Étude d'impact précit., p. 26.

[27] Rapport précit., p. 23.

[28] Étude d'impact, ibid.



LA JOURNÉE DU CAPITAL DÉVELOPPEMENT

2012

13 NOVEMBRE

PAVILLON GABRIEL

LE CAPITAL DÉVELOPPEMENT APPORTE DES FONDS PROPRES AUX PME, ET PLUS ENCORE...

Les fonds de Capital Développement ont accompagné plus de 950 entreprises et ont investi 2 940 M€ en 2011, représentant plus du tiers des montants investis en Capital Investissement.

Le Capital Développement met des capitaux toujours plus importants à la disposition des PME, totalisant plus de 11 milliards d'euros investis au cours des dix dernières années.

Pour la huitième année consécutive, la Journée du Capital Développement est le rendez-vous des professionnels du financement des PME à la recherche de solutions concrètes pour renforcer la croissance.

Programme & inscription
www.afic.asso.fr