

Me Frédérick Lacroix,
Avocat associé en charge de la pratique Réglementation Financière
du cabinet Clifford Chance à Paris,
Président du groupe de travail du Haut Comité Juridique de la place financière de Paris
(HCJP) sur la révision de la directive sur les services de paiements 2 (DSP 2)

Présentation du rapport (septembre 2023) du HCJP

Structurante pour l'Europe des paiements, la révision de la deuxième directive sur les services de paiement (DSP 2) n'intéresse cependant qu'un cercle restreint d'initiés. Le projet de texte élaboré par la Commission européenne, par ailleurs, se télescope avec la proposition de règlement établissant l'euro numérique.

La DSP 2, qui est révisée en vertu d'une procédure automatique, n'a pas complètement atteint les objectifs qui lui étaient assignés d'unifier l'Europe des paiements et de promouvoir l'*open banking*.

La Commission européenne, qui a sollicité un avis de l'Autorité bancaire européenne, souhaite notamment ouvrir le champ d'action des prestataires de services de paiement et des prestataires de services d'initiation de paiement.

Depuis l'entrée en vigueur de la DSP 2, on a assisté à de nombreuses avancées techniques et à l'émergence de prestataires spécialisés, ou prestataires techniques, qui sous-traitent les opérations, souvent en cascade, pour le compte des spécialistes du paiement. La question est légitime de savoir s'il faut les encadrer.

La Commission européenne a publié en juin 2023 un projet de réforme de la DSP 2 sous la forme d'un paquet législatif composé d'une directive relative aux services de paiement et aux services de monnaie électronique et d'un règlement relatif aux services de paiement.

- **Le travail du HCJP**

Le groupe de travail, constitué en mai 2022 et dont le rapport a été rendu public en septembre 2023, s'est voulu représentatif de l'écosystème des paiements, avec des représentants de banques et de la Fédération bancaire française, d'acteurs du paiement et de l'Association des établissements de paiement et de monnaie électronique, de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, de la Direction générale du Trésor, et encore des avocats et des professeurs de droit. Son objectif a notamment consisté à identifier les points d'achoppement, par exemple la chaîne de responsabilité en cas de défaillance d'un acteur.

Le rapport contient 21 recommandations, lesquelles ne prétendent pas embrasser tous les enjeux soulevés par la proposition législative. Il comporte un tableau qui met en regard, avec un code couleur, les recommandations et

le projet de texte de la Commission européenne.

- **Fallait-il légiférer par voie de règlement ou de directive ?**

Selon l'article 144 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le choix n'est pas imposé juridiquement mais est d'ordre strictement politique.

Quand un texte prend la forme d'une directive (impliquant une transposition en droit national), les divergences d'application sont surtout manifestes dans les jurisprudences locales et dans la façon dont les autorités de contrôle nationales appliquent le texte ; la directive, par ailleurs, permet de préserver le principe de subsidiarité, inscrit dans le traité sur l'Union européenne. De son côté, le règlement, d'application directe, n'est pas non plus parfait : il peut contenir des concepts qui ne sont pas interprétés de la même manière selon les Etats membres.

Dans les domaines, notamment, des marchés de cryptoactifs ou des produits dérivés de gré à gré, le règlement donne satisfaction. Dans le cas de la révision de la DSP 2, le rapport du HCJP préconise un seul règlement. La Commission a opté pour une approche de compromis, qui paraît peu satisfaisante, avec un paquet constitué d'une directive et d'un règlement.

- **Fusion de la DSP 2 et de la deuxième directive sur la monnaie électronique**

La directive sur la monnaie électronique est lacunaire ; le texte renvoie d'ailleurs souvent à la DSP 2 : on a affaire à une dépendance du droit de la monnaie électronique à celui des services de paiement.

La frontière est floue qui sépare les établissements de monnaie électronique et les prestataires de services de paiement. L'application financière Revolut avait d'ailleurs, initialement, le statut d'établissement de monnaie électronique.

Par ailleurs, dans l'état actuel des choses, la définition de la monnaie électronique est absconse et varie selon les textes et la jurisprudence.

Il convient de noter que les portefeuilles électroniques ou *wallets* s'apparentent de plus en plus à des dépôts (réserve de valeur), même si l'unique destination des fonds est le paiement.

A signaler un arrêt important de la Cour de justice de l'Union européenne (« Paysera », 16 janvier 2019), qui indique que « l'émission de monnaie électronique implique inconditionnellement et automatiquement un droit de remboursement ». La révision de la directive sur les services de paiement en cours d'élaboration devrait intégrer cette dimension de remboursabilité.

Le statut à accorder au jeton électronique ajoute à la complexité du problème.

Le rapport du HCJP déplore que la définition de la monnaie électronique n'ait pas été modifiée et clarifiée dans la proposition de la Commission européenne.

- **La notion d'encaissement pour compte de tiers**

Cette notion est complètement absente de la proposition de la Commission européenne.

Dans la réalité du commerce pourtant, des places de marché (Amazon par exemple) agissent pour le compte d'entreprises marchandes. La question se pose de savoir si le fait, pour ces places de marché, d'exercer une activité d'encaissement, ou de reversement des sommes collectées aux entreprises marchandes, implique une fourniture de services de paiement. Les réponses apportées à cette question varient pour l'instant d'un Etat membre à l'autre.

Selon l'ACPR, l'encaissement pour compte de tiers peut impliquer la fourniture de services de paiement (lire notamment la Revue de l'ACPR de janvier-février 2015, p.6), mais cet avis est plutôt mal compris dans les autres juridictions. De la même manière, l'Autorité bancaire européenne considère que payer pour le compte de s'assimile à un service de paiement.

Le problème est transposable à d'autres activités, en particulier le recouvrement de créances.

Certains s'émeuvent du fait que des acteurs - souvent des géants du numérique - proposeraient des services de paiement sans être réglementés.

Le groupe de travail du HCJP n'a pas pris position, mais préconise que ce flou juridique soit dissipé, par exemple dans un acte délégué, et que des cas d'usage précis soient mentionnés.

- **Qu'est-ce qu'un compte de paiement ?**

La notion a été introduite par la DSP 1, puis reprise par la DSP 2, deux textes qui en donnent une définition basée sur la finalité, et donc largement tautologique. Il s'agit d'une notion essentielle, que l'on retrouve dans de nombreux textes européens.

Elle est cependant sujette à controverse, car il n'y a pas de définition harmonisée. On a notamment affaire à de nombreux conflits de frontière, avec les comptes bancaires (dont les comptes de dépôt), le compte spécifique de monnaie électronique (de la directive européenne relative à la monnaie électronique), ou encore avec les comptes techniques, notamment les comptes virtuels proposés par certaines banques aux entreprises afin de faciliter la gestion de leurs liquidités.

Les enjeux liés à la qualification de compte de paiement sont nombreux, tandis que les conséquences juridiques sont importantes, avec notamment, d'éventuelles obligations d'agrément, ou encore la possibilité que certaines clauses contractuelles soient frappées de nullité.

En présence de ce flou juridique, un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 4 octobre 2018 (« ING DiBa ») devrait s'appliquer. La juridiction européenne a proposé une définition beaucoup plus étroite que celle des directives sur les services de paiement : le compte doit être autonome et doit fonctionner à l'égard des tiers.

Le rapport du HCJP préconise que l'on ait une définition unique, celle de la directive sur les services de paiement en cours d'élaboration. Le groupe de travail, partagé, n'a pas statué sur le fond.

- **Prestataires de services techniques**

Ces prestataires - souvent de grands groupes de la tech comme Apple, Google ou encore Samsung -, ne sont pas soumis aux obligations incombant aux prestataires de services de paiement. La question de savoir s'ils doivent l'être semble tout à fait recevable.

Dans sa proposition, la Commission européenne a choisi de ne pas assimiler ces prestataires à des prestataires de services de paiement, cependant que la définition même de prestataire technique n'a pas été modifiée et demeure floue.

Il convient cependant de noter que le règlement européen DORA relatif à la résilience opérationnelle numérique s'applique à ces acteurs et leur impose des obligations, qui peuvent être lourdes.

Pour le groupe de travail du HCJP, la directive révisée devrait clarifier les conditions dans lesquelles les sous-traitants pourraient être qualifiés de prestataires de services de paiement et l'articulation de la réglementation applicable en matière de sous-traitance, particulièrement entre le règlement relatif à la résilience opérationnelle numérique et la directive sur le service de paiement.

- **Responsabilité**

Il est d'abord question de la répartition de la responsabilité entre le prestataire qui procède à l'initiation de paiement et le gestionnaire du compte (qui porte seul la responsabilité, quitte à se retourner ensuite).

Le rapport du HCJP préconise de prévoir la contractualisation entre le prestataire de services de paiement gestionnaire de compte et le prestataire de services d'initiation de paiement (ce qui remettrait en cause le principe du guichet unique destiné à protéger au maximum le consommateur).

L'autre volet de la responsabilité est posé quand un client conteste un paiement. Dans ce cas, le prestataire doit procéder au remboursement le jour suivant, sauf à démontrer la fraude ou la négligence grave, ce qui est le plus souvent impossible dans la pratique. Ces situations ont donné lieu à de nombreux contentieux et à plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

Le rapport du HCJP recommande d'allonger le délai de remboursement afin que le prestataire puisse procéder à des investigations.

- **L'exception intragroupe**

Il ne s'agit pas ici de prestataires de services de paiement, mais de grands groupes qui possèdent des trésoreries centralisées. Dans le texte de la proposition, l'exception ne vise que la réalisation d'opérations de paiement entre entités d'un même groupe, mais pas les services de paiement.

L'exception concerne donc le paiement pour compte de tiers (ici des filiales), mais pas l'encaissement pour compte de tiers, mentionné dans le texte mais qui ne bénéficie pas de l'exception. Le HCJP recommande que bénéficient de l'exception à la fois le paiement pour compte de et l'encaissement pour compte de tiers.