Transposition de la Directive 2009/110

Une deuxième chance pour la monnaie électronique ?

BENJAMIN MAY
Associé

Aramis Société d'Avocats

MAËLISS VINCENT-MOREAU
Avocat

Aramis Société d'Avocats

Le régime de la monnaie électronique mis en place en 2002 n'a pas rencontré le succès escompté du fait de contraintes prudentielles et statutaires inadaptées au modèle économique. Ce régime devrait subir une réforme profonde à l'occasion de la transposition de la deuxième Directive « monnaie électronique », d'ici à avril 2011. Ce texte apporte les assouplissements attendus et devrait donner à la monnaie électronique un régime viable et attractif. La transposition devrait également achever de doter le droit français d'un arsenal juridique opérationnel en matière de paiements.

Ces dernières années ont vu fleurir de nouveaux instruments de paiement aussi divers que nombreux : porte-monnaie électronique, cartes et coffrets cadeaux prépayés, *e-vouchers*, cartes permettant le transfert d'argent, paiements sans contact... Tous ont comme point commun la dématérialisation.

Le législateur communautaire puis le législateur national se sont efforcés de mettre en place un cadre juridique facilitant l'émission de tels moyens de paiement avec en ligne de mire la volonté de développer le commerce électronique tout en sécurisant les échanges.

C'est dans ce contexte que la monnaie électronique, substitut électronique des pièces et billets de banque, a fait son apparition.

Officiellement créé par la Directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000 (« la DME1 »), le cadre juridique de la monnaie électronique a été transposé, en droit français, par un arrêté du 10 janvier 2003 qui homologue le Règlement n° 2002-13 du Comité de la réglementation bancaire et financière (le « Règlement »).

Des contraintes prudentielles et statutaires lourdes, et inadaptées à l'économie numérique, expliquent pour une large part le relatif échec du statut d'établissement de monnaie électronique mis en place par la DME1. Plus récemment, l'engouement suscité par l'entrée en vigueur du statut d'établissement de paiement[1], en apparence moins contraignant, a achevé d'éclipser l'intérêt du régime de la monnaie électronique.

La Directive 2009/110/CE du 16 septembre 2009 (« Directive monnaie électronique 2 » ou « DME2 »), dont la transposition devra intervenir au plus tard le 30 avril 2011, devrait entraîner des modifications substantielles dans l'activité d'émission et de distribution de monnaie électronique dans un sens plus libéral que l'actuelle réglementation. La France s'orienterait vers une transposition sous forme d'ordonnance codifiée dans le Code monétaire et financier (CMF). Ces nouvelles dispositions pourraient bien relancer l'intérêt du statut d'établissement de monnaie électronique sans doute trop vite oublié.

QU'EST-CE QUE LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE ?

La définition de la monnaie électronique a évolué entre la première et la deuxième DME. Elle devrait prochainement être modifiée en droit français avec la transposition de la DME2.

Dans la DME1, le législateur communautaire a exposé les caractéristiques de la monnaie électronique : elle devait s'entendre comme un substitut électronique des pièces et billets de banque, stocké sur un support électronique et généralement destiné à effectuer des paiements électroniques de faible montant[2].

À noter : bien que la monnaie électronique soit dématérialisée, la DME1 la rattachait à un « support électro-

1. Notion issue de la Directive 2007/64 du 13 novembre 2007 sur les services de paiement dans le marché intérieur (« Directive Services de paiement »), transposée en droit français par l'Ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement.
2. Directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000, préambule, § 3.

nique » sur lequel elle devait être stockée[3]. Cette rédaction pouvait laisser à penser que le statut de monnaie électronique ne s'appliquait qu'aux instruments de paiement qui « stockent » la valeur sur l'instrument lui-même et ce d'autant que ce régime a été initialement taillé sur mesure – dans la transposition française – pour le porte-monnaie électronique Monéo. Toutefois, le régime de la monnaie électronique s'est affranchi très rapidement de tout stockage de la valeur sur l'instrument lui-même.

C'est ainsi que le CECEI (devenu Autorité de contrôle prudentiel – ACP), dans un communiqué du 30 mars 2007, a étendu le régime de la monnaie électronique aux cartes cadeaux multiprestataires.

Il s'agit d'un élargissement considérable de la notion de monnaie électronique puisque de telles cartes prépayées n'ont pas vocation, pour la plupart, à stocker la valeur monétaire sur une puce ou un support magnétique embarqué sur la carte elle-même. Au contraire, elles fonctionnent avec un serveur distant qui détient l'ensemble des en-cours d'une population de cartes – que l'on appelle parfois un « compte technique », par opposition à un compte de dépôt qui a la particularité d'être individualisé et nominatif.

Ainsi, le « test » initial consistant à vérifier si la valeur est stockée dans l'instrument est tombé en désuétude. *De facto*, c'est un régime propre aux cartes et coffrets (lorsqu'ils contiennent un instrument électronique ou magnétique) prépayés qui a vu le jour.

De nombreux acteurs ont reproché au CECEI de sortir de ses attributions en faisant de la quasi-réglementation. Avec ce communiqué, le CECEI s'est pourtant mis en conformité avec la pratique de la plupart des régulateurs européens, qui ne disposaient pas du monopole bancaire (contrairement à la France) pour « capturer » les acteurs des cartes prépayées dans une sphère réglementée.

Le législateur communautaire a apporté une clarification bienvenue sur la question du stockage de la monnaie électronique dans le cadre de la DME2.

La monnaie électronique est désormais appréhendée de manière plus large et plus neutre. Elle doit *« comprendre à la fois la monnaie électronique ayant pour support un dispositif de paiement que le détenteur de monnaie électronique a en sa possession et celle qui est stockée à distance sur un serveur et gérée par le détenteur de monnaie électronique par l'intermédiaire d'un compte spécifique de monnaie électronique »*[4]. Il est également à noter que la référence aux paiements de faible valeur a disparu.

La définition qui est finalement retenue est la suivante : la monnaie électronique est *« une valeur monétaire qui est chargée 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 [...] et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique »*[5].

La définition retenue par le projet d'ordonnance de transposition est conforme à celle de la DME2 (projet d'article L. 315-1 CMF).

À notre sens, tous les instruments prépayés incluant un support magnétique ou électronique (notamment les cartes ou les codes prépayés) seront susceptibles d'entrer dans la qualification de monnaie électronique, sauf lorsque les instruments en questions sont rattachés à un compte de paiement (auquel cas ils relèvent de la réglementation des services de paiement) ou lorsqu'ils sont régis par des dispositions législatives qui leur confèrent un régime autonome (par exemple, les titres restaurants).

UN RÉGIME EMPREINT DE PLUSIEURS PÉCHÉS ORIGINELS

Des contraintes statutaires et opérationnelles inadaptées

La DME1 visait à autoriser les établissements non-bancaires à émettre la monnaie électronique tout en préservant leur intégrité financière dans des conditions de concurrence équitable avec les établissements de crédit. Pour autant, elle rattachait les établissements de monnaie électronique à la « famille » des établissements de crédit, tout en prévoyant de nombreuses dispositions dérogatoires.

Les règles issues de la DME1 et du Règlement en matière de capital minimal (1 million d'euros) et de fonds propres (environ 2 % du montant quotidien des engagements financiers correspondant aux dettes représentatives de monnaie électronique) ont constitué des contraintes importantes au regard, d'une part, de la taille des acteurs concernés et, d'autre part, de la nature des activités envisagées.

Outre les contraintes capitalistiques et prudentielles, l'activité des établissements de monnaie électronique était exclusivement dédiée à la fourniture des services liés à l'émission, à la mise à disposition ou à la gestion de monnaie électronique[6].

Il en résulte qu'un opérateur de chèques cadeaux, par exemple, ne pouvait pas lancer une activité carte et se faire agréer en tant qu'établissement de monnaie électronique.

Pour démocratiser ce statut, la DME1 a envisagé une catégorie d'établissement de monnaie électronique dont le volume d'activité était limité. Le Règlement a également repris cette catégorie que l'on dénomme généralement « petits EME »[7].

Bien que les règles prudentielles applicables aux « petits EME » fussent allégées, elles demeuraient

3. Directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000, art. 1er, 3.b).
4. Directive 2009/110/CE du 16 septembre 2009, préambule, § 8.
5. Directive 2009/110/CE du 16 septembre 2009, art. 2.2.
6. Article 11 du Règlement.
7. Établissements de monnaie électronique dont le total d'engagements financiers correspondant aux dettes représentatives de la monnaie électronique ne dépasse pas normalement 5 millions d'euros et jamais 6 millions d'euros (article 19 du Règlement).

contraignantes notamment du fait du maintien du capital minimum d'1 million d'euros.

Aux contraintes statutaires liées à l'émission de monnaie électronique s'ajoutaient également les contraintes opérationnelles. Ainsi, les instruments de monnaie électronique émis par un établissement de monnaie électronique avaient une capacité maximum de chargement de 150 euros.

La monnaie électronique devait également faire l'objet d'un remboursement (principe repris et renforcé dans la DME2, cf. ci-après). Les conditions de ce remboursement étaient étroitement encadrées[8] : la monnaie électronique devait être remboursée sur demande du porteur « *tout au long de [sa] période de validité* » et les frais de remboursement devaient être *« ceux strictement requis par l'opération de remboursement* ». Tant la DME1 que le Règlement ont imposé que le client soit informé clairement « *[du] montant, [de] la nature de ces frais et [de] leur décomposition* ». Le contrat pouvait exclure le remboursement pour un solde de monnaie électronique inférieur à 10 euros.

Des spécificités françaises achevant de rendre le dispositif peu attractif...

La DME1 étant d'harmonisation minimale, les États membres ont disposé d'une large marge de manœuvre dans sa transposition. Bien évidemment, cela n'a pas favorisé une harmonisation des différents régimes des États membres.

À un cadre communautaire inadapté se sont ajoutées les particularités fortement contraignantes de la transposition française.

En premier lieu, le Règlement prévoit qu'outre l'émission, la distribution de monnaie électronique requiert un agrément d'établissement de monnaie électronique. Cette contrainte n'était pourtant pas prévue dans la DME1.

L'explication la plus plausible de cette singularité provient de ce que la transposition a semble-t-il été pensée pour un schéma de type Monéo. Dans ce schéma, il existe en effet deux catégories d'acteurs : l'émetteur de « premier niveau » (la SFPMEI dans le cas de Monéo), qui fait en quelque sorte office de banque centrale ; des distributeurs de « deuxième niveau » (les banques membres de Monéo), qui mettent en circulation la monnaie électronique de l'émetteur.

Ce schéma, inadapté à la réalité économique de la distribution des cartes prépayées, notamment, fait naître de nombreuses questions. Par exemple, faut-il considérer qu'une enseigne qui distribuerait des cartes prépayées émises par un établissement de monnaie électronique devrait, elle aussi, solliciter un agrément ?

Il semble que le « test » retenu par la Banque de France pour répondre à cette question réside dans le caractère « activé », ou non, de la monnaie électronique distribuée. Ainsi, l'enseigne qui manipulerait des cartes prépayées inertes, activées lors de leur passage en caisse, serait affranchie de la contrainte de l'agrément.

Autre singularité française : l'article 5 du Règlement prévoit que les instruments de monnaie électronique anonymes ne peuvent donner lieu à des transactions supérieures à 30 euros... ce qui est bien entendu inexploitable pour la plupart des acteurs de cartes prépayées – à l'exception des instruments destinés à des micropaiements.

...et créant des distorsions de concurrence aux niveaux national et communautaire

Le Règlement, en prévoyant des règles particulièrement contraignantes, a finalement eu pour effet d'inciter les opérateurs à chercher des solutions de contournement : internes, par le biais de l'exemption, et externes, par le biais de l'agrément dans un autre État membre.

L'exemption prévue par l'article L. 511-7 II du CMF permet à un opérateur qui remplit les critères requis d'être exempté non seulement de la contrainte d'agrément, mais plus généralement de l'ensemble des contraintes opérationnelles visées au Règlement.

Les critères de l'exemption ont varié dans le temps mais tournent autour d'une notion centrale : l'existence d'un réseau limité d'acceptation de l'instrument de monnaie électronique.

En bénéficiant d'une décision d'exemption, les opérateurs peuvent s'affranchir de contraintes opérationnelles très fortes, telles que le plafond de 30 euros pour les instruments anonymes, ou encore l'obligation de remboursement.

La situation réglementaire engendre cette règle ubuesque, selon laquelle un établissement réglementé (disposant du capital et des fonds propres requis) se voit pénalisé par des limites opérationnelles qu'un établissement exempté ne connaît pas...

Certes, le nombre d'établissements exemptés est limité en France ; mais il est topique de noter que ce nombre est équivalent à celui des établissements de monnaie électronique agréés. En d'autres termes, ce qui devrait demeurer l'exception connaît autant de succès que le principe.

L'autre solution de contournement consiste à solliciter un agrément dans un autre État membre (ou conclure un accord avec un établissement « sponsor » agréé à l'étranger). Par ce biais, certains acteurs espèrent s'affranchir de contraintes opérationnelles purement françaises (limite de 30 euros par transaction notamment).

Ces opérateurs s'appuient sur le fait que le Règlement 2002-13 sur la monnaie électronique n'est pas mentionné dans le règlement 92-13 du 23 décembre 1992[9] qui liste l'ensemble des arrêtés et règlements CRBF applicables aux établissements qui « passeportent ». Cette position est toutefois sujette à caution dans la mesure où il pourrait être argué que le règlement CRBF 92-13 dispose que les établissements qui « passeportent » sont soumis au

8. Article 3 du Règlement.

9. Règlement n° 92-13 du 23 décembre 1992 relatif à la fourniture de services bancaires en France par des établissements ayant leur siège social dans les autres États membres des Communautés européennes.

respect des règles « d'intérêt général », parmi lesquelles les règles de droit bancaire et financier, ce qui inclurait celles relatives à la monnaie électronique.

UN RÉGIME PROMIS À UNE DEUXIÈME CHANCE ?

La monnaie électronique a souffert de ses pêchés originels, et plus récemment de l'intérêt suscité par le statut d'établissement de paiement.

Toutefois, même si ce statut semble au premier abord souple (exigence de fonds propres limitée à un maximum de 125 000 euros et de ratios prudentiels allégés), il n'a pas, à ce jour, rencontré le succès escompté[10].

L'entrée en vigueur de la DSP n'a, semble-t-il, pas permis de proposer aux opérateurs d'instruments de paiement un régime qui embrasse toutes leurs attentes. Au contraire, la transposition de la DSP en droit français fait ressortir, en creux, des contraintes dont la monnaie électronique est affranchie. Cette tendance pourrait bien se confirmer avec la prochaine transposition de la DME2.

À l'inverse, avant même l'entrée en vigueur de la DME2 et sa transposition en droit français, le régime de la monnaie électronique a bénéficié de deux assouplissements significatifs :

– l'instauration d'un régime dérogatoire en matière d'obligations de vigilance issu du décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 ;

– l'exclusion de certaines contraintes opérationnelles applicables spécifiquement aux services de paiement (i).

La transposition de la DME2 en droit français devrait apporter des assouplissements complémentaires et rendre ce régime encore plus attractif (ii).

Un régime d'ores et déjà favorable

Il n'existe pas de tolérance en matière d'identification du client pour les services de paiement.

Le prestataire de services de paiement est donc tenu de contrôler l'identité du client dans les conditions prévues à l'article L. 563-1 du CMF (notamment en demandant une copie d'une ou plusieurs pièces d'identité et/ou d'autres informations[11]). Lorsque la relation est nouée à distance (par exemple sur Internet), le CMF prévoit en outre l'obligation de demander un second document justificatif d'identité tel que, par exemple, une quittance d'électricité ou de téléphone (articles R. 561-5 et R. 561-20, I du CMF).

À l'inverse, la monnaie électronique bénéficie d'un régime dérogatoire lui permettant de s'affranchir des obligations de vigilance jusqu'à 150 euros (article 5 du Règlement), plafond relevé désormais à 250 euros pour les instruments non-rechargeables et 2 500 euros pour les instruments rechargeables par le décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009[12].

Il est particulièrement intéressant de noter que seule la monnaie électronique bénéficie d'une telle tolérance, dans un domaine qui représente traditionnellement une contrainte pour les opérateurs.

Outre l'avantage concurrentiel que constitue l'anonymat de la monnaie électronique, ce régime permet d'échapper aux contraintes d'information exhaustive et gratuite du porteur (obligation de conclure un contrat-cadre de services)[13].

En effet, bien que la monnaie électronique constitue un service de paiement en droit communautaire[14], la transposition française de la DSP crée la notion de « service bancaire de paiement ». En intégrant la monnaie électronique dans cette notion spécifique, le droit français place la monnaie électronique à l'extérieur du régime des services de paiement et de ce fait, elle échappe à certaines contraintes.

Par exemple, il nous semble, qu'en l'état du droit positif, la monnaie électronique échappe aux règles relatives à la contestation des opérations, à la révocabilité des paiements, ou encore à la mise en opposition et au remboursement en cas de fraude applicables aux services de paiement[15].

Un régime prochainement assoupli par l'ordonnance de transposition

La transposition de la DME2 devrait constituer la dernière pierre à l'édifice réglementaire des acteurs en matière de paiements.

La DME2, dont la transposition devra intervenir au plus tard le 30 avril 2011, est d'harmonisation totale à l'exception de quelques dispositions qui sont optionnelles pour les États membres de sorte que les termes de la directive devraient être repris sans différence majeure en droit français. En l'occurrence, le projet d'ordonnance de transposition circulé par la direction générale du Trésor en décembre 2010 est très fidèle à la DME2.

Remaniée dans un sens plus libéral, la DME2 crée un régime autonome pour les établissements de monnaie électronique, qui ne seront plus considérés comme une « sous-catégorie » des établissements de crédit. Ces derniers conservent toutefois le droit d'émettre de la monnaie électronique.

Le projet de transposition confirme cette approche en créant pour les établissements de monnaie électronique un statut distinct des établissements de crédit : deux chapitres consacrés respectivement aux émetteurs de monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique seront insérés dans le Titre II du Livre V du CMF.

La DME2 conserve par ailleurs le principe d'un statut allégé applicable aux « petits EME », également repris par le projet de transposition en droit français.

10. Au 31 août 2010, seuls deux agréments ont été délivrés à des établissements de paiement en France.

11. Nous renvoyons à l'énumération de l'article R. 563-1 du CMF.

12. Article R. 561-16 du CMF introduit au CMF par le décret du 2 septembre 2009.

13. Art. L. 314-7 et suivants du CMF.

14. Selon la Directive Services de paiement, un établissement de monnaie électronique est considéré comme un prestataire de services de paiement (article 1, 1.b) : *« La présente directive arrête les règles selon lesquelles les États membres distinguent les six catégories suivantes de prestataires de services de paiement : [...] b) les établissements de monnaie électronique au sens de l'article 1er, paragraphe 3, point a) de la directive 2000/46/CE »*.

15. Art. L. 133-23 du CMF et suivants du CMF.

– Assouplissement des contraintes prudentielles spécifiques

L'un des apports majeurs de la DME2 est de diminuer le capital initial requis pour les EME d'1 million à 350 000 euros. Toutefois, la rédaction de la directive est ambiguë et pourrait être interprétée comme un seuil minimum que les États membres auraient la faculté d'aggraver. Le projet de transposition en droit français renvoie, sur ce point, à un décret ultérieur. Le projet de décret dont nous avons connaissance retient pour le moment le seuil de 350 000 euros.

L'article 5 de la DME2 modifie le calcul des fonds propres des établissements de monnaie électronique. Nous ne les détaillons pas ici. Ces montants sont sensiblement similaires à ceux du Règlement, mais la DME2 laisse une marge de manœuvre aux autorités compétentes qui peuvent renforcer ou abaisser de 20 % les exigences de fonds propres. Comme pour le capital initial, le projet d'ordonnance renvoie, pour ce qui concerne les seuils *minima* en matière de fonds propres et de ratio prudentiels, à un décret ultérieur.

Autre évolution majeure : la DME2 élargit le champ des activités autorisées pour les EME. Ainsi, ces derniers peuvent exercer des activités autres que l'émission de monnaie électronique relevant du statut de prestataires de services de paiement (l'inverse n'est pas possible) : transferts d'argent, exécution d'opérations de paiement, y compris les transferts de fonds sur un compte de paiement, octroi de crédits dans des conditions encadrées (exécution d'opérations de paiement dans le cadre desquelles les fonds sont couverts par une ligne de crédit accordée à l'utilisateur de services de paiement) ainsi que des *« services connexes ou étroitement liés à l'émission et la gestion de la monnaie électronique »*, tels que les services de change.

La DME2 prévoit également que les établissements de monnaie électronique pourront exercer d'autres activités commerciales. Il s'agit d'une avancée majeure reprise par le projet d'ordonnance de transposition qui soumet toutefois cette possibilité à l'appréciation de l'ACP, qui pourra, selon une appréciation au cas par cas, exiger la création d'une entité juridique distincte pour ces activités.

Cette nouvelle donne devrait, par exemple, permettre aux émetteurs de chèques cadeaux de solliciter un agrément pour l'activité de cartes cadeaux, sans être obligés de répliquer les structures juridiques (sous réserve de l'appréciation de l'ACP).

– Modification des contraintes opérationnelles spécifiques

La limitation d'usage des 30 euros constituait une particularité française en matière de monnaie électronique. Ce seuil, prévu ni par la DME1 ni par la DME2, devrait très probablement être abandonné à l'occasion de la transposition de la DME2, directive d'harmonisation maximale.

Le projet d'ordonnance de transposition semble aller en ce sens puisqu'il ne contient aucune information sur les seuils de chargement et d'utilisation.

La suppression du seuil de 30 euros devrait être accueillie avec soulagement par les acteurs dans le domaine des cartes prépayées notamment. Elle met fin à l'une des distorsions de concurrence avec les opérateurs agréés à l'étranger et intervenant en France en libre prestation de service, ainsi qu'avec les opérateurs exemptés, qui n'étaient pas soumis à cette limitation.

La DME2 assouplit les conditions relatives à l'identification des clients au titre de la lutte contre le blanchiment. Toutefois, ainsi que nous l'avons exposé, le plafond de chargement des instruments anonymes a d'ores et déjà été augmenté à 250 euros. Ce plafond de chargement restera valable sous l'empire de la DME2.

Principale aggravation de la future réglementation : la DME2 prévoit de renforcer les conditions de remboursement de la monnaie électronique[16]. Le remboursement est dû sans frais à l'expiration de la validité de la monnaie électronique et pendant douze mois suivant cette date. Le remboursement demandé avant l'expiration de la monnaie électronique ou après le délai précité de douze mois peut être soumis à des frais qui doivent être *« proportionné[s] et en rapport avec les coûts réels supportés par l'émetteur »*. Par ailleurs, la DME2 ne reprend pas le seuil de non-remboursabilité de 10 euros.

Le projet de transposition en droit français est calqué sur ces différentes dispositions. Il prévoit en outre explicitement que le remboursement puisse intervenir, à la demande du porteur, en espèces et billets de banque (outre le virement). Cette obligation, conjuguée à l'obligation de remboursement du solde, même modeste, contraindrait les émetteurs à mettre en place une logistique complexe, sans doute disproportionnée compte tenu du nombre vraisemblablement peu élevé de demandes de remboursement, *a fortiori* en espèces.

La DME2 porte une attention particulière à l'information de l'utilisateur. Ainsi, le contrat doit *« établi[r] clairement et de façon bien visible les conditions de remboursement, y compris les frais éventuels y afférents, et le [client] est informé de ces conditions avant qu'il ne soit lié par un contrat ou une offre. »* Le projet d'ordonnance reprend ces différentes obligations et y ajoute une obligation d'information des bénéficiaires relative à la désignation d'un médiateur (gratuit) pour régler les litiges avec les personnes physiques n'agissant pas pour les besoins de leur activité professionnelle. Le non-respect de ces dispositions devrait être sanctionné pénalement par une contravention de 5e classe.

Autre apport majeur du projet de transposition en droit français : seules l'émission et la gestion de monnaie électronique sont sujettes à agrément mettant ainsi un terme à l'exception française qui consistait à requérir un agrément pour la distribution de la monnaie électronique.

Enfin, le projet d'ordonnance précise que les émetteurs et les distributeurs – qui seront exclus du champ d'application des IOBSP – doivent respecter les dispositions réglementaires relatives à l'externalisation et renvoie à

16. Directive 2009/110/CE, art. 11.

un projet d'arrêté du ministre chargé de l'économie sur les conditions d'application de cette section.

Un régime dont l'articulation avec les services de paiement reste à préciser

En l'état actuel de la réglementation, la frontière entre services de paiement et monnaie électronique est ténue. Ainsi, par exemple, certains instruments prépayés sans compte de paiement associé relèvent *a priori* de la monnaie électronique. Dès lors qu'ils permettent d'ajouter une fonction de transfert de fonds, ils peuvent tomber dans le « domaine réservé » des services de paiement, ce qui entraîne l'application d'un corpus de règles différent.

Il en va de même pour une carte prépayée dont une déclinaison consisterait en un « cadeau commun ». Si une carte cadeau (sans compte de paiement associé) relève *a priori* de la monnaie électronique, la question est moins simple lorsque les donateurs abondent sur un compte cadeau spécialement destiné au chargement de la carte.

En outre et ainsi qu'il a été mentionné, la DME2 élargit le champ des activités autorisées par les EME en les autorisant à procéder à des transferts d'argent ou des opérations de paiement, domaines normalement réservés aux établissements de paiement, ce qui renforcera les questions statutaires des opérateurs.

Il semble que le législateur français ne tire pas profit de la transposition de la DME2 pour préciser les contours de ces nouvelles notions et donner ainsi un régime cohérent et lisible – condition *sine qua non* pour que les opérateurs se placent dans la sphère réglementée plutôt qu'en dehors.

Si, à l'occasion de la transposition, le législateur envisage de modifier le statut d'établissement de monnaie électronique pour le « détacher » de la famille des établissements de crédit, ce qui constituerait un premier pas vers la cohérence et la lisibilité, il n'en reste pas moins que certaines dispositions du projet de transposition paraissent ambiguës. Ainsi, le projet d'article L. 315-5 MF prévoit que les dispositions relatives aux « autres instruments de paiement » devraient désormais inclure la monnaie électronique. La conséquence serait d'appliquer à la monnaie électronique non seulement les obligations contractuelles applicables en matière de services de paiement (notamment, l'obligation de fournir une information périodique et sans frais, un état récapitulatif annuel), mais également la mise en place de dispositifs de sécurité personnalisés, l'obligation de rembourser le porteur pour les paiements frauduleux effectués avec l'instrument, l'obligation de mettre en place une procédure d'opposition, etc. De telles obligations seraient inadaptées à la plupart des instruments de monnaie électronique. Ceux-ci pourraient toutefois bénéficier du régime des instruments de paiement de faible montant, qui allège ces contraintes dans la limite des instruments d'une capacité de chargement de 150 euros.

Des distorsions de concurrence qui ne sont pas réglées

Il subsiste un domaine dans lequel la DME2 n'apporte pas les clarifications nécessaires, et pour lequel il faudra attendre de disposer de la doctrine du régulateur, voire de décisions des tribunaux.

Ainsi, notamment, le régime de l'exemption n'est pas modifié en substance par la DME2. Sur le plan formel, il est remplacé par la notion d'exonération du régime de la monnaie électronique, ce qui suppose que les opérateurs n'auront plus besoin d'une décision formelle d'exemption du régulateur. Mais le projet de transposition prévoit la nécessité de notifier le régulateur en vue d'exercer les activités exonérées, ce qui devrait impliquer peu de changement par rapport à la situation actuelle.

Ce régime vise essentiellement à permettre aux opérateurs qui respectent les conditions d'être affranchis des contraintes d'agrément. Ce faisant, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, ce statut permet également aux opérateurs actuellement exemptés de se libérer des contraintes opérationnelles de la monnaie électronique (cf. ci-dessus).

Si le seuil de 30 euros doit prochainement disparaître (cf. ci-dessus), il demeurera une distorsion importante sur la question de l'obligation de remboursement.

De nombreux acteurs d'instruments prépayés comptent en effet sur le produit des « perdus/périmés » dans leur modèle économique. À ce titre, ils ne sont pas logés à la même enseigne selon qu'ils sont dans la sphère réglementée, ou exonérés.

L'obligation de remboursement a également une incidence indirecte : certains acteurs du marché des titres de services communiquent sur le fait que leurs instruments permettent l'octroi d'avantages en matière de cotisations sociales, à condition que ces instruments soient dépensés en relation avec certains événements (notamment les événements listés par l'ACOSS). La remboursabilité de la monnaie électronique nous semble avoir un impact sur le maintien de ces avantages, et par conséquent porter une nouvelle distorsion entre les agréés et les exonérés au bénéfice de ces derniers.

Le législateur français pourrait profiter de la transposition de la DME2 pour rétablir l'équilibre entre les opérateurs exemptés et ceux agréés. Il semble que le projet d'ordonnance ne contienne rien sur ce point pour le moment : il ne modifie pas les critères d'exonération du régime de la monnaie électronique et reste flou sur les règles applicables aux opérateurs qui bénéficient de cette exonération. Reste à attendre les réactions des acteurs de l'industrie et les modifications qui seront éventuellement apportées au texte de transposition. ■