

CHRONIQUE

NOUVEAUX MOYENS DE PAIEMENT, BANQUE DIGITALE ET PROTECTION DES DONNÉES



PIERRE STORRER*
Avocat au Barreau
de Paris
Kramer Levin Naftalis
& Frankel LLP



MYRIAM ROUSSILLE
Agrégee des facultés
de Droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne
Affaires-Finance

■ PREMIÈRE MESURE CONSERVATOIRE PRONONCÉE PAR L'ACPR À L'ENCONTRE D'UN ÉTABLISSEMENT DE PAIEMENT : UNE ILLUSTRATION, DES RÉFLEXIONS

Commentaire de Myriam Roussille

Les déboires de l'un des premiers établissements de paiement français – et non des moins médiatiques – illustre l'attention que l'ACPR porte à l'égard de ces nouveaux acteurs, dans la conduite de sa mission de protection de la clientèle.

Morning (anciennement Payname) est un établissement de paiement – une « néo-banque » selon les médias – agréé pour fournir deux services de paiement : l'exécution de virements associés à un compte de paiement et l'acquisition d'ordres de paiement¹. Il a développé un service de cagnotte en ligne, mais a aussi mis en place une offre d'ouverture de compte de paiement et de carte de paiement, qui se voulait gratuite. Plus qu'une faveur commerciale, il s'agissait d'un engagement militant.

À l'automne 2016, Morning a connu quelques difficultés qui ont conduit le Collège de supervision de l'ACPR à prononcer à son encontre, le 1^{er} décembre 2016, une mesure conservatoire d'interdiction de fournir des services de paiement (ACPR, déc. n° 2016-C-91, 1^{er} dec. 2016). C'était une première. La mesure n'aura toutefois pas duré puisqu'elle a été levée le 29 décembre 2016, une

fois que l'ACPR a constaté que Morning avait remédié à la situation qui lui était reprochée (ACPR, déc. n° 2016-P-101, 29 déc. 2016).

Exigence de protection de la clientèle. Ce qui était en cause est une exigence centrale, de nature prudentielle, imposée aux établissements de paiement en vue de protéger les fonds de leur clientèle. Même s'ils ont été autorisés à investir le marché des paiements, à côté des établissements bancaires qui en avaient en France le monopole, les établissements de paiement ne sont en effet pas soumis aux mêmes exigences prudentielles, ce qui a d'ailleurs conduit les banques à crier dans un premier temps à la concurrence déloyale. Leurs obligations en la matière (capital social, exigences de fonds propres) sont donc allégées, une nécessité pour laisser de nouveaux acteurs pénétrer (et donc dynamiser !) le marché.

Mais il y a évidemment plusieurs contreparties : les établissements de paiement ne peuvent pas accomplir l'activité de réception de fonds du public, c'est-à-dire en clair qu'ils ne peuvent librement disposer des fonds dont ils sont dépositaires, ceci constituant le noyau dur (européen) du monopole bancaire² ; ils doivent en outre protéger les

* Les propos de l'auteur n'engagent que celui-ci.

1. C. monét. fin., art. L. 314-1 II, 3^ec et 5^e.

2. En droit européen, l'octroi de crédit n'est pas non plus réservé aux banques, ce qui explique le *Shadow banking system*. C'est la réception de fonds remboursables du public

fonds qu'ils reçoivent pour le compte de leur clientèle par l'une des deux techniques que leur offre la directive Services de paiement³ (DSP) qui leur a donné naissance.

Pour les établissements de paiement agréés en France, l'article L. 522-17, I, du Code monétaire et financier⁴ décline l'exigence européenne, en prévoyant que les fonds reçus par les établissements de paiement sont protégés soit par leur dépôt sur un compte distinct ouvert auprès d'un établissement de crédit, à la fin du jour ouvrable suivant le jour où ils ont été reçus – ce que l'on nomme communément la méthode du cantonnement⁵ –, soit par la souscription d'une police d'assurance ou par une autre garantie comparable d'une entreprise d'assurances, d'une société de financement ou d'un établissement de crédit n'appartenant pas au même groupe. L'idée est alors d'assurer ou de garantir les clients (dits « utilisateurs des services de paiement ») contre la défaillance de l'établissement de paiement dans l'exécution de ses obligations financières.

Morning avait choisi, comme la plupart des établissements français, la méthode du cantonnement et avait donc ouvert à cette fin un compte auprès d'une banque. Bien mal lui en a pris ! Le choix de cette méthode impose que tous les fonds détenus pour le compte de la clientèle soient non seulement transférés, mais aussi et surtout conservés sur ce compte. La technique est donc beaucoup plus contraignante que celle sur laquelle repose l'autre méthode, privilégiée dans les pays voisins pour sa souplesse, puisqu'il suffit de couvrir le risque de non-restitution des fonds par une police adéquate souscrite auprès d'une entreprise d'assurance ou par une garantie bancaire (ou équivalent).

Non-respect de l'exigence prudentielle. À l'automne 2016, le commissaire aux comptes de la société Morning a constaté que le solde du compte de cantonnement n'était plus suffisant au regard des fonds reçus de la clientèle : des sommes avaient été prélevées pour être placées sur un compte nanti au profit « d'un organisme tiers dans la perspective du lancement d'une nouvelle activité », nous apprend la décision. De la lecture de la presse, on comprend que le compte nanti avait été ouvert dans la même banque que celle tenant le compte de cantonnement, pour garantir les engagements de Morning à l'égard de Mastercard dont elle se préparait à commercialiser la marque via ses cartes de paiement. La somme avait beau être bloquée sur un compte (le compte nanti) indisponible pour l'établissement et être affectée à des services de paiement destinés à servir la clientèle (l'émission de cartes de paiement gratuite), elle ne figurait plus sur le compte de cantonnement, ainsi que la loi l'im-

pose quand cette méthode de protection des fonds a été choisie. L'histoire ne le dit pas, mais peut-être aurait-il suffi que Morning fournisse pour le montant manquant la garantie d'une compagnie d'assurance (l'un de ses actionnaires ?), comme la loi le permet lorsque l'établissement a choisi la deuxième méthode de protection des fonds...

Son commissaire aux comptes a donc lancé une procédure l'alerte et signalé la situation à l'ACPR, ainsi que l'y contraignent les textes spécifiques aux auditeurs d'établissements financiers⁶.

Mesures conservatoires. L'ACPR a alors pris le relais et décidé en urgence, sans procédure contradictoire préalable, d'adopter des mesures conservatoires en application des pouvoirs qui le lui reconnaît la loi⁷. Elle a en conséquence prononcé une mesure d'interdiction provisoire à l'encontre de Morning de fournir des services de paiement. La situation a évidemment été catastrophique pour l'établissement qui a dû arrêter ses activités, toute affaire cessante. La situation s'est finalement dénouée rapidement, sur fond de conflits avec les actionnaires (notamment, d'après les faits rapportés par les médias, la MAIF⁸) : la somme de 500 000 qui avait été prélevée a été reversée et d'autres sommes ont été créditées sur le compte pour combler l'insuffisance de cantonnement. Les mesures conservatoires d'interdiction ont été levées.

Compte de cantonnement. Cette affaire invite à s'interroger sur la nature du compte cantonnement et plus généralement sur les droits des clients sur les sommes cantonnées. Ainsi que le formule implicitement la directive DSP⁹, les établissements de paiement ne sont pas habilités à disposer des fonds qu'ils reçoivent ; ils sont donc détenteurs « *a non domino* » des fonds des utilisateurs (« *qu'ils reçoivent de la part des utilisateurs* »). Dès lors, les fonds placés sur le compte de cantonnement sont ceux appartenant à leurs clients lesquels sont, ce faisant, placés hors du champ d'une éventuelle procédure collective de l'établissement, ou des procédures civiles d'exécution que des tiers pourraient vouloir diligenter. On comprend, en creux, que les clients devraient pouvoir revendiquer leurs fonds auprès de la banque tenant le compte de cantonnement, ce à quoi Morning a heureusement échappé... ■

qui constitue le cœur du monopole (Dir. 2013/36/CE du 26 juin 2013, art. 9).

3. Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement, dite « DSP ». Le texte a été abrogé et remplacé par la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

4. Qui transpose l'article 9 de la directive 2007/64/CE. L'obligation a été reprise par l'article 10 de la directive (UE) 2015/2366.

5. Selon cette méthode, les fonds peuvent aussi être investis en instruments financiers conservés dans des comptes ouverts spécialement à cet effet auprès d'une personne mentionnée aux 2° à 5° de l'article L. 542-1, dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

6. C. mon. fin., article L. 612-44 II.

7. Prévoyant les mesures conservatoires : C. mon. fin., article L. 612-33. Sur la procédure qui permet de passer outre l'exigence d'une procédure contradictoire préalable en cas d'urgence : C. mon. fin., article L. 612-35.

8. Le sacro-saint principe de solidarité bancaire, institué par l'article 52 de la loi du 24 janvier 1984, qui pouvait conduire le gouverneur de la banque de France à imposer aux actionnaires d'établissements de crédit une solidarité, aurait pu conduire à obliger les actionnaires de Morning de renflouer le compte de cantonnement.

9. Dir. (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015, art. 18.3 : « Les fonds reçus par des établissements de paiement de la part d'utilisateurs de services de paiement en vue de la prestation de services de paiement ne constituent pas des dépôts ou d'autres fonds remboursables au sens de l'article 9 de la directive 2013/36/UE, ni de la monnaie électronique au sens de l'article 2, point 2), de la directive 2009/110/CE ». La DSP 1 énonçait seulement « les établissements de paiement n'exercent pas l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables au sens de l'article 5 de la directive 2006/48/CE » (DSP 1 n°2007/64/CE, 13 nov. 2017, art. 16.3.c).