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
Agrégée des facultés de Droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne Affaires-Finance

Le droit facultatif sur actifs numériques

Connaît-on d'autres matières réglementées où les opérateurs seraient libres de se soumettre, ou non, au statut qui leur est destiné ?

Commentaire de Pierre Storrer

Tokénisation. Dérivé de token ou jeton, émis dans le cadre d'une ICO (*Initial Coin Offering*). ICO elle-même déjà dépassée. Les ICO sont mortes, vivent les STO (*Security Token Offerings*). Objet, quoi qu'il en soit, de toutes les attentions de l'AMF[1], mais aussi du législateur, qui n'hésite pas à y voir le « *fondement d'un nouveau modèle économique à conforter* »[2]. Un avant et un après, faut-il comprendre.

Jadis, on parlait volontiers d'ubérisation de l'économie ; on peut désormais annoncer la tokénisation de la finance, expression largement popularisée par le président de l'AMF, M. Robert Ophèle, dont les discours ne manquent pas d'y faire référence. Comme celui-ci, prononcé en clôture du Colloque du Conseil scientifique de l'AMF, le 7 juin 2018, qui portait sur « *ICO, crypto-actifs : quel avenir et quelle régulation ?* ». Sa conclusion : « *Il est donc souhaitable que la France avance sans attendre pour encadrer cette "tokénisation" de la finance* »[3]. Quelques mois après (le 13 novembre), la même Autorité organisait ses Entretiens 2018 autour du thème : « *Crypto actifs, ICO : quelle régulation ?* ». On note qu'il n'est plus question de s'interroger sur l'avenir de ceux-ci, manifestement avéré.

Temps est désormais à la législation (les français en sont friands), à travers le très fameux projet de loi PACTE (projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises), déposé à l'Assemblée nationale le 19 juin 2018 et toujours en cours d'examen. Son article 26 est relatif à la création d'un régime national des offres de « jetons », dont « *l'essor dynamique* » (sic), lit-on dans l'exposé des motifs, « *traduit l'attrait de ce nouveau mode de financement et d'investissement, en particulier au sein de l'écosystème blockchain mais, plus largement, pour les entreprises innovantes qui souhaitent attirer de nouvelles catégories d'investisseurs ou de clients, selon des modalités inédites* ». Les autorités européennes de surveillance (ESMA et EBA) ne voient toutefois pas d'un bon œil de telles initiatives nationales. Le fameux « *risk of the level playing field* ».

Actifs numériques, encore appelés « crypto-actifs » ou « *crypto-assets* ». Il se dit que l'expression aurait été privilégiée par le *Financial Stability Board* (sorte de « *bras séculier du G20* »)[4], lors de travaux tenus au printemps dernier[5]. FSB qui définit ainsi le "*crypto-asset : a type of private asset that depends primarily on cryptography and distributed ledger or similar technology as part of their perceived or inherent value*"[6].

1. Voir en dernier lieu, AMF, ICO françaises : un nouveau mode de financement ?, nov. 2018.
2. L. de la Raudière et J.-M. Mis, Rapport d'information Ass. nat. n° 1501, 12 déc. 2018, sur les chaînes de blocs (*blockchains*), p. 42.
3. Voir encore les vœux 2019 présentés par M. Robert Ophèle à la place financière, le 10 janvier 2019, où il se dit « *persuadé que la "tokénisation" de la finance et le recours aux technologies du registre distribué peuvent être des facteurs puissants d'innovation et d'efficacité* ».
4. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 4e éd., 2018, n° 54.
5. Cf. FSB, Crypto-assets – Report to the G20 on work by the FSB and standard-setting bodies, 16 juillet, 2018.
6. FSB, Crypto-assets markets – Potential channels for future financial stability implications, 10 octobre, 2018.

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

Mais ne dites plus « *monnaies virtuelles* » (ou « *virtual currencies* »), expression désormais disqualifiée, tenue même pour abus de langage par la Banque de France[7], quoi que l'on puisse juger cette « dénomination » un peu hâtive[8]. Mais peu importe, ESMA[9] et EBA parlent bien de crypto-assets dans leurs dernières prises de position, au prix d'une certaine contorsion : « *A wide range of crypto-assets exist, including payment/exchange-type tokens (for example, the so-called virtual currencies (VCs)), investment-type tokens, and tokens applied to access a good or service (so-called "utility" tokens)*[10]. »

Partant, la réglementation des actifs numériques devrait bientôt prendre place dans notre Code monétaire et financier. Ou, plutôt, y figureraient d'abord, aux termes du projet de loi PACTE tel que transmis en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale le 21 février dernier, les fameux « jetons », qui embrasseraient « *tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien* » (futur article L. 522-2). Jetons composant eux-mêmes pour partie la catégorie supérieure des « *actifs numériques* », qui comprennent « *toute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement* » (futur article L. 54-10-1, sic). Était-ce bien la peine de débaptiser les monnaies virtuelles en actifs numériques pour, en fin de compte, retomber sur la définition que donne des premières la quatrième directive bis anti-blanchiment : « "*monnaies virtuelles*", *représentations numériques d'une valeur qui ne sont émises ou garanties ni par une banque centrale ni par une autorité publique, qui ne sont pas nécessairement liées non plus à une monnaie établie légalement et qui ne possèdent pas le statut juridique de monnaie ou d'argent, mais qui sont acceptées comme moyen d'échange par des personnes physiques ou morales et qui peuvent être transférées, stockées et échangées par voie électronique* »[11] ? Question incongrue ou d'un autre temps, sans doute.

Droit facultatif. Se conjugue agréablement avec « *attractif* » ou « *incitatif* ». Consensus établi à partir de l'idée que l'attractivité de la « *Place de Paris* » – mais « *Place* » est déjà de l'ancien monde, il faut lui préférer « *écosystème* », comme le mot revient quelques dizaines de fois dans le « *Rapport Person* »[12] – commande que l'encadrement, souhaitable, des marchés primaire (du moins la jambe financière des ICO, les « autres » actifs numériques – donc le volet monétaire – étant laissés sur le bord du chemin) et secondaire (plateformes d'échange ou de conservation, qui font mystérieusement renaître la jambe monétaire des actifs numériques) soit optionnel. Le droit, non plus pour faire fuir, mais pour donner envie. Affaire de bons élèves.

Acte de foi largement partagé par « la Place » ou « l'écosystème », défendu aussi par le rapport Landau sur les cryptomonnaies[13]. Tendance à l'optionalité qui s'est d'abord imprimée sur la régulation des « *émetteurs de jetons* », lesquels pourraient (le conditionnel est seulement employé pour ne pas faire insulte à la représentation nationale) solliciter un visa (par conséquent optionnel) de l'AMF. Optionalité qui, par suite d'un amendement de dernière minute déposé en première lecture du texte par l'Assemblée nationale (le 21 septembre 2018), gagnerait les « *prestataires de services sur actifs numériques* ». Rien moins, apparemment, que la création d'une quatrième catégorie de prestataires de services, ni bancaires, ni tout à fait de paiement, ni simplement d'investissement. Statut qui, à lire l'exposé des motifs de l'amendement n° 2492 (Rect), « *vise à permettre la mise en place d'un environnement favorisant l'intégrité, la transparence et la sécurité des services concernés pour les investisseurs en actifs numériques, tout en assurant un cadre réglementaire sécurisant pour le développement d'un écosystème français robuste* ». Dans le dernier état du projet de loi Pacte que nous connaissons (15 mars 2019, nouvelle lecture devant l'Assemblée nationale), son article 26 bis A crée cinq services sur actifs numériques : 1° service de conservation ou d'accès à des actifs[14], 2° service d'achat ou de vente d'actifs en monnaie ayant cours légal, 3° service d'échange actifs contre actifs, 4° exploitation d'une plateforme de négociation d'actifs et 5° divers[15]. Puis un peu d'obligatoire (un enregistrement par l'AMF est exigé pour la prestation des seuls services 1° et 2°) doublé de facultatif (un agrément optionnel par l'AMF toujours est offert aux prestataires d'un ou plusieurs des

7. Voir Banque de France, « L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives », *Focus* n° 16, 5 mars 2018.

8. Cf. P. Storrer, « Ceci n'est pas une monnaie » (Que sont les cryptomonnaies devenues ?) », *Revue Banque* n° 178, mars-avr. 2018, p. 50.

9. Voir ESMA, Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, 9 janvier 2019, ESMA50-157-1391.

10. EBA, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 9 janvier, 2019, p. 4. *Adde*, ESMA, précit., p . 4 : «*There are a wide variety of crypto-assets. Examples of crypto-assets range from so-called cryptocurrencies or virtual currencies, like Bitcoin, to so-called digital tokens issued through Initial Coin Offerings (ICOs). Some crypto-assets have attached profit or governance rights while others provide some consumption value. Still others are meant to be used as a means of exchange. Many have hybrid features.* »

11. Dir (UE) 2018/843, 30 mai 2018, modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, art. 3, 18) nouveau.

12. Voir É. Worth et P. Person, Rapport d'information Ass. nat. n° 1624, 30 janv. 2019, relatif aux monnaies virtuelles.

13. Voir J.-P. Landau, *Les Crypto-monnaies*, 4 juill. 2018, p. 61 : « *La seule approche raisonnable pour le régulateur est pragmatique : il lui revient, en effet, d'analyser chacune des ICO au cas par cas, comme le fait d'ores et déjà la SEC américaine (sur la base du test Howey, 1946). C'est également l'approche que se propose d'adopter l'autorité des marchés financiers (AMF) avec l'instauration d'une procédure de visa optionnel garantissant aux souscripteurs l'intégrité de la démarche présidant à l'ICO ainsi qu'une appréciation au cas par cas de la nature des tokens sur la base, d'une part, de l'évaluation approfondie de l'information contenue dans chaque* White Paper *et, d'autre part, de l'identification des prestations restant à fournir ou des biens restant à livrer.* » Comp., Th. Bonneau, « Regards nuancés sur le rapport *Landau* relatif aux crypto-monnaies », *Bull. Joly Bourse*, sept.-oct. 2018, Éclairage.

14. « *Le service de conservation pour le compte de tiers d'actifs numériques ou d'accès à des actifs numériques, le cas échéant sous la forme de clés cryptographiques privées, en vue de détenir, stocker et transférer des actifs numériques.* »

15. « *a) La réception et la transmission d'ordres sur actifs numériques pour le compte de tiers ; b) La gestion de portefeuille d'actifs numériques pour le compte de tiers ; c) Le conseil aux souscripteurs d'actifs numériques ; d) La prise ferme d'actifs numériques ; e) Le placement garanti d'actifs numériques ; f) Le placement non garanti d'actifs numériques.* »

services sur actifs numériques). De l'obligatoire pur et simple, en revanche, pour les établissements de crédit, qui devront ouvrir leurs comptes de dépôt et de paiement aux émetteurs de jetons et prestataires de services sur actifs numériques vertueux.

Droit facultatif ? « Flexible droit » aurait peut-être suggéré le doyen Carbonnier. Cela y ressemble et, peut-être, tant mieux ; tant mieux que le droit « *aménage, par politique, des espaces verts et des temps de repos* »[16]. En tout cas un beau sujet de réflexion. ■

Achevé de rédiger le 15 mars 2019

FINANCEMENT – ICO – ACTIFS NUMÉRIQUES – TOKENS.

16. Voir J. Carbonnier, « L'Hypothèse de non-droit », 1963, repris dans son ouvrage *Flexible Droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2013.

Ombre et lumières sur les services liés à la monnaie électronique

La CJUE se prononce, pour la première fois, sur la notion de « *services de paiement liés à l'émission de monnaie électronique* » qui recouvre un enjeu prudentiel important. Elle affirme, à cette occasion, que le remboursement de monnaie électronique est un service lié à son émission, mais ouvre un autre champ de questionnement, non moins fondamental, sur l'indivisibilité de l'« *opération de paiement* ».

CJUE, 1re ch., 16 janvier 2019, aff. C-389/17, Paysera LT UAB c/ Lietuvos bankas.

Commentaire de Myriam Roussille

Pluralité des acteurs, diversité de statuts. La pluralité des statuts cohabitant dans le domaine des paiements soulève des questions nouvelles qui, derrière des enjeux techniques, peuvent s'avérer fondamentales. Par vagues successives, les autorités européennes ont ouvert le marché des paiements à divers acteurs, d'abord les établissements de monnaie électronique[1] puis les établissements de paiement[2], qui sont aujourd'hui habilités, à côté des opérateurs traditionnels (les établissements de crédit), à proposer des services de paiement.

Chaque statut a ses règles propres, alors même que les opérations de paiement engendrent des obligations communes, de sorte l'articulation des dispositifs peut s'avérer compliquée ou discutable. Il est pourtant impérieux pour les acteurs de savoir sur quel pied danser. On le sait, chaque opération, chaque montage a un coût, organisationnel bien sûr, mais aussi prudentiel. Or, en application de la DME 2[3], les établissements de monnaie électronique n'ont pas, pour tous les services « liés » à l'émission de monnaie électronique, à supporter d'exigences en fonds propres supplémentaires à celles qu'ils supportent déjà pour l'émission de celle-ci.

Le contexte. La CJUE s'est trouvée saisie d'une question préjudicielle à l'occasion d'un litige opposant un établissement de monnaie électronique lituanien, qui avait obtenu une licence pour accomplir, en plus de l'émission de monnaie électronique, des services de paiements. À la suite d'un contrôle, son autorité de surveillance (la Banque de Lituanie) lui a reproché de ne pas avoir appliqué les règles de calcul des fonds propres adéquates. Plus précisément, l'autorité lui déniait le droit de traiter comme des services de paiement « *liés* » à l'émission de monnaie électronique deux activités : (i) les paiements (virements) opérés par les détenteurs de monnaie électronique vers les comptes de tiers ouverts dans des établissements de crédit (« *service I* ») et (ii) les recueils de paiement (comprendre « *encaissements* ») par l'établissement de monnaie électronique auprès des personnes acquérant des biens ou services livrés ne participant pas « *au système de monnaie électronique* » (dit « *service II* »).

Ces deux opérations constituent sans nul doute des services de paiement relevant de la DSP, dans la mesure où elles permettent un transfert de fonds de compte à compte. Mais au regard du montage dans lequel elles étaient accomplies, l'établissement estimait qu'elles devaient être traitées comme des « *services de paiement liés à l'émission de monnaie électronique* », lui évitant d'avoir à respecter l'une des méthodes prudentielles prévues par la DSP pour les services de paiement. À la suite de recours introduits par l'établissement, la Cour administrative suprême de Lituanie a donc demandé à la CJUE sur son interprétation sur ce point.

La Cour affirme que les deux services en cause peuvent *a priori* être considérés comme « *liés à l'émission de monnaie électronique* », mais elle laisse à la juridiction nationale de renvoi le soin de vérifier que les transferts de fonds réalisés dans le cadre de ces deux services s'inscrivent bien dans « *une seule et même opération de paiement* ». Si la décision a le mérite de clarifier la notion de « *services de paiement liés à l'émission de monnaie électronique* » et, ce faisant, de confirmer que la « *remboursabilité* » est la caractéristique première de la monnaie électronique, elle alimente un questionnement sur la notion d'opération de paiement, particulièrement quand celle-ci repose sur un schéma impliquant de la monnaie électronique.

1. Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements. Cette directive dite « DME 1 » a été abrogée et remplacée par la directive 2009/110 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice, dite « DME 2 ».
2. Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur. Cette directive dite « DSP », ou parfois directive « SEPA », a été abrogée et remplacée par la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, dite « DSP 2 ».
3. Directive 2009/110 du 16 septembre 2009, précitée.

I. CLARIFICATION DE LA NOTION DE « *SERVICES DE PAIEMENT LIÉS À L'ÉMISSION DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE* »

Régime prudentiel : jeu de renvoi entre la DME 2 et la DSP. La CJUE constate d'abord que la DME 2 crée à son article 5, une exception aux exigences de fonds propres posées par la DSP, pour ces « *services de paiement liés à l'émission de monnaie électronique* »[4]. Or, ainsi qu'elle le relève, aucune des deux directives ne définit les notions fondamentales permettant d'élucider le mystère de ce recouvre cette expression. Aussi curieux que cela puisse paraître en effet, l'émission de monnaie électronique n'est pas – même dans la DME 2 – précisée, pas plus que les services de paiement qui y sont liés. La Cour reprend ensuite l'analyse menée par l'avocat général en charge du dossier[5] sur les opérations en monnaie électronique.

Le remboursement : une obligation fondamentale de l'émetteur. En se référant à de nombreuses reprises à l'analyse développée par Pierre Storrer dans son ouvrage consacré au Droit de la monnaie électronique[6], la Cour affirme que le « remboursement » tient une place première dans le régime de la monnaie électronique. L'un des buts de la DME 2 n'est-il pas, il est vrai, d'obliger les émetteurs de monnaie électronique à rembourser, à la demande du détenteur de monnaie électronique, à tout moment et à la valeur nominale, la valeur monétaire de la monnaie électronique détenue[7] ? Le texte organise ainsi tout un régime de surveillance des acteurs et de protection des fonds qui leur sont remis pour assurer ce remboursement.

Dès lors que toute émission fait naître une obligation de remboursement à la charge de l'émetteur[8], la CJUE décide logiquement que le remboursement des unités de monnaie électronique constitue une activité liée à l'émission de celles-ci.

Titulaire de la créance de remboursement. Après avoir noté que la notion de « remboursement » n'est pas plus définie par la DSP que par la DME 2, la Cour énonce que cette opération « *consiste en la reconversion de la monnaie électronique à sa valeur nominale et le versement subséquent des fonds sur l'ordre du détenteur de la monnaie électronique* ». La DME 2 ne limite pas le bénéfice de l'obligation de remboursement à celui qui a demandé la création des unités, puisqu'elle vise tout « *détenteur de monnaie électronique* ». Qu'il s'agisse du remettant qui s'est vu attribuer les unités *ab initio* en contrepartie de la remise de fonds ou du bénéficiaire d'un versement en monnaie électronique après qu'il a accepté d'être payé en unités plutôt qu'en monnaie scripturale[9], tout détenteur d'unités de monnaie électronique peut exiger de l'émetteur qu'il lui restitue de la monnaie légale, à due concurrence, en contrepartie de la destruction des unités.

Modalités pratiques du remboursement. Encore convenait-il ensuite de décider comment devaient être qualifiés les deux services en cause dans le litige. S'agissant de ces « *recueils de paiement* », qui sont en réalité des encaissements (« service II »), la Cour retient – mais de manière implicite – qu'ils sont réalisés en vue de l'émission de monnaie électronique, de sorte qu'ils constituent des services « liés » à une telle émission. Si l'analyse ne semble pas souffrir la moindre critique, on notera qu'il existe une différence – au moins conceptuelle – en « *la remise de fonds* » contre laquelle la DME 2 envisage l'émission de monnaie électronique et la situation de l'espèce : alors que la remise renvoie à un acte volontaire de la part du remettant, les encaissements auprès des personnes ne participant pas « *au système de monnaie électronique* » peuvent-ils être considérés comme une « *remise de fonds* » ? Le CJUE tient pour indifférent que les acheteurs n'aient pas conscience de la création de monnaie électronique lorsqu'ils règlent leurs achats[10].

Mais c'est surtout le virement opéré par le détenteur de monnaie électronique vers les comptes de tiers qui interrogeait. Si le remboursement de monnaie électronique peut s'opérer en espèces (dans les limites admises au titre de la LCB-FT) ou en monnaie scripturale, elle s'opère dans ce dernier cas évidemment par virement ordonné par l'émetteur de la monnaie électronique. La question est alors de savoir si ce virement (matérialisant le remboursement d'unités) doit bénéficier au seul détenteur de la monnaie électronique, qui est le créancier de l'émetteur, ou s'il peut être réalisé au profit de tiers. La Cour souligne à cet égard que les directives n'exigent pas que, pour l'exécution de l'obligation de remboursement, les fonds soient versés sur le compte du détenteur de la monnaie électronique ou sur le compte d'un tiers. Le civiliste ne sera pas étonné de cette conclusion, le versement d'une somme sur le compte d'un tiers réalisant ce que l'on connaît sous l'expression « *indication de paiement* » visée par l'article 1340 du Code civil[11]. Les

4. L'article 5 de la DME 2 prévoit que pour les activités auxquelles sont habilités les établissements de monnaie électronique et qui ne sont pas liées à l'émission de monnaie électronique, « *les fonds propres requis d'un établissement de monnaie électronique sont calculés conformément à l'une des trois méthodes (A, B ou C)* » énoncées à l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la directive 2007/64/CE (DSP). Mais il précise, ensuite : « *En ce qui concerne l'activité d'émission de monnaie électronique, les fonds propres requis d'un établissement de monnaie électronique sont calculés conformément à la méthode D exposée au paragraphe 3.* »

5. Conclusions de l'avocat général M. Melchior Wathelet, présentées le 4 octobre 2018, aff. C389/17 (disponible sur le site Curia.eu).

6. P. Storrer, *Droit de la monnaie électronique*, Ed. Banque 2014, préf. M. Roussille, avant-propos J.-J. Daigre.

7. Dir. 2009/110 précit. (DME 2), art. 11 parag. 2.

8. C. monét. fin., art. L. 133-29.

9. Pierre Storrer estime que le commerçant détient sur l'émetteur une créance de conversion : ouvrage précit., n° 54, p. 65. Voir aussi S. Lanskoy, « La nature juridique de la monnaie électronique », *Bull. Banque de France* n° 70, oct. 1999, p. 61 : « *Le commerçant détient sur l'émetteur une créance de conversion des unités électroniques inscrites sur sa carte (ou terminal de paiement électronique TPE)* » ; J. Rochfeld, « *Monnaie électronique* », *RTD civ.* 2003, p. 381 : l'auteur emploie également l'expression « *créance de conversion* ».

10. Arrêt précit., n° 89 : « *la circonstance que les acheteurs (payeurs) des biens et/ou services, en transférant (versant) les fonds à la requérante (l'établissement de monnaie électronique), visent non pas l'émission de la monnaie électronique, mais le paiement des biens et/ou services, n'est pas significative. Ces acheteurs (payeurs) opèrent les paiements concernés à la requérante au titre des biens et/ou services achetés sur ordre de l'opérateur (client de la requérante) et ce dernier a conclu un contrat avec la requérante, qui, après la réception des fonds concernés de la part des acheteurs, émet aussitôt la monnaie électronique à la valeur nominale des fonds reçus. Par conséquent, l'objectif des acheteurs ne s'oppose pas à l'existence d'un lien direct entre l'opération de paiement et l'émission de monnaie électronique.* »

11. L'article 1340 du Code civil énonce ainsi que « *la simple indication faite par*

transferts de monnaie scripturale (par virement) réalisés pour l'émission et le remboursement des unités de monnaie électronique constituent donc des « *services livrés en vue de l'émission de monnaie électronique* ».

Mais la CJUE ne s'arrête pas pour autant en si bon chemin. Elle exige que la juridiction de renvoi vérifie si la prestation de ces services déclenche l'émission ou le remboursement de monnaie électronique dans le cadre « *d'une seule et même opération de paiement* », ce qui appelle d'autres remarques.

II. QUESTION DE L'INDIVISIBILITÉ DE L'OPÉRATION DE PAIEMENT EN MONNAIE ÉLECTRONIQUE

Importance de la notion d'opération de paiement. La notion d'opération de paiement est centrale dans la DSP 2. Le texte lui attache des conséquences importantes : elle ne peut être révoquée que dans des hypothèses limitées, son exécution doit intervenir dans des délais donnés (généralement au maximum J+1), sa contestation peut donner lieu, selon les cas, lieu à responsabilité exclusive du PSP ou partagée avec le payeur. Aussi, toute précision sur la notion d'opération de paiement est-elle bienvenue. En outre, à l'heure où des prestataires intervenant dans un même flux se multiplient et où les causes de contestation (défaillances techniques, failles de sécurité) sont susceptibles d'être nombreuses, la notion d'opération de paiement revêt une grande importance : désigne-t-elle l'ensemble de la transaction qui permet le transfert de fonds allant d'un compte à l'autre ? Ou chaque service de paiement distinct donne-t-il lieu à une opération de paiement ?

Une seule et même opération de paiement. En l'espèce, la CJUE rappelle que le virement[12] « *consiste en une opération de paiement par laquelle, sur ordre du détenteur de la monnaie électronique, l'établissement de monnaie électronique rembourse les fonds à leur valeur nominale et les transfère sur le compte bancaire d'un tiers* ». Elle retient que ce virement peut être considéré comme étant lié à l'émission de monnaie électronique « *dans la mesure où les fonds sont remboursés uniquement dans le but de leur transfert et dans le cadre d'une seule et même opération de paiement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* ».

De même, affirme-t-elle que le recueil des paiements[13] « *consiste en une opération par laquelle, sur ordre du vendeur, l'acheteur des biens ou des services transfère à cet effet des fonds à l'établissement de monnaie électronique, lequel émet, après réception de ces fonds, la monnaie électronique au profit du vendeur (détenteur de la monnaie électronique)* ». Elle retient que ce service est également directement lié à l'émission de monnaie électronique, dès lors que le transfert de fonds déclenche automatiquement l'émission de monnaie électronique. Il se trouve que l'on pourrait ici facilement déceler deux services : en plus de l'émission (qui ne devrait le lier qu'au vendeur titulaire des unités émises), l'émetteur participe aussi à réaliser un transfert de fonds entre deux personnes (le vendeur et l'acheteur non partie au système de monnaie électronique). Mais, dans les deux cas, la CJUE demande à la juridiction de renvoi de vérifier que le service s'opère dans le cadre d'une seule opération de paiement.

Indivisibilité. Si cet ajout peut surprendre de prime abord, il trouve son origine dans l'avis formulé par l'avocat général dans son rapport[14]. Celui-ci a en effet considéré que « *dans l'éventualité où le transfert des fonds remboursés sur un autre compte bancaire ne ferait pas l'objet d'une seule et même opération, il faudrait considérer ledit transfert comme un service de paiement indépendant* ». Sans doute cette analyse est-elle implicitement déduite du mot « *lié* », qui impose d'identifier un service « *indivisible* » entre l'émission (ou le remboursement) d'unités de monnaie électronique et le transfert de fonds.

On peut pourtant s'interroger d'abord sur le service I. En virant l'argent sur le compte de tiers, l'établissement semble accomplir deux services : il rembourse les fonds au détenteur de monnaie électronique et réalise, dans le même temps, un transfert de fonds au profit d'un tiers. Ainsi opère-t-il deux services en un. De même, le service II semble camoufler deux services : en plus de l'émission (qui ne devrait le lier qu'au vendeur titulaire des unités émises), l'émetteur participe aussi à réaliser un transfert de fond entre deux personnes (l'acheteur et le vendeur). La question est alors : une opération correspond-elle à un service de paiement ou peut-elle en cacher deux ? La CJUE semble admettre qu'une opération puisse être indivisible alors même qu'en plus de l'émission ou du remboursement, elle réalise un transfert de fonds impliquant au moins une personne en dehors du « *système de monnaie électronique* ».

La monnaie électronique, dans l'ombre du paiement. Cet élément est essentiel pour les métiers de paiement, car il valide implicitement les montages qui peuvent reposer sur la monnaie électronique.

Dans la vie des affaires, le paiement est un flux ; il y a paiement, au sens juridique, dès lors qu'une obligation de somme d'argent existant entre deux personnes est éteinte notamment lorsqu'une somme est débitée d'un compte d'un débiteur et simultanément crédité sur le compte d'un créancier. Mais les moyens de parvenir à la réalisation de ce flux peuvent être divers et variés : s'il peut résulter d'une instruction directement traitée

le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui. »

12. Visé comme étant « *le service I* ».

13. Visé comme étant « *le service II* ».

14. Rapport, n° 81 et 82 : « *Le transfert des fonds issus d'un remboursement effectué par un établissement de monnaie électronique est étroitement lié à l'émission de monnaie électronique, laquelle, comme je l'ai déjà indiqué, devrait aussi inclure le remboursement. Toutefois, le transfert de ces fonds remboursés ne devrait faire partie que d'une seule et même opération qu'effectue l'établissement de monnaie électronique. Dans l'éventualité où le transfert des fonds remboursés sur un autre compte bancaire ne ferait pas l'objet d'une seule et même opération, il faudrait considérer ledit transfert comme un service de paiement indépendant.* »

par les PSP du payeur et du bénéficiaire (SCT[15], SDD[16] ou instruction de paiement par carte), le flux peut aussi être le fruit d'un chemin plus tortueux.

La monnaie électronique est notamment utilisée dans de nombreux montages qui sont invisibles pour ceux qui, aux deux bouts extrêmes de la chaîne, verseront et recevront les fonds *in fine*. Or les protagonistes peuvent être multiples dans une opération de paiement : celle-ci peut faire intervenir, sans que les intéressées ne s'en aperçoivent, de la monnaie électronique et, plus exactement, une émission d'unités de monnaie électronique, un transfert de ces unités et un remboursement de ces unités, sans que les personnes concernées ne le sachent ou n'en soient informées.

Des services tels que le transfert de fonds par téléphonie mobile, le paiement avec une carte de voyageurs permettant de payer dans toute devise ou encore l'encaissement pour compte de tiers reposent en pratique sur des schémas de flux faisant intervenir de la monnaie électronique. Dans cette dernière hypothèse, le service fourni par l'émetteur permet d'éviter à la *marketplace* ou à l'acteur (ex : plate-forme de conversion) dont l'activité requiert un encaissement pour compte de tiers qu'il ait le statut d'agent d'établissement de paiement : les fonds qui lui sont versés sont transformés en monnaie électronique par l'émetteur lors de l'encaissement et les unités émises font l'objet d'un remboursement lors du versement des sommes à chacun des vendeurs pour le compte desquels ils ont été encaissés.

En admettant implicitement ces montages, la CJUE pourrait inciter les acteurs du paiement à recourir à la monnaie électronique, puisque les exigences prudentielles attachées aux services liés à l'émission de monnaie électronique ne leur imposent pas d'obligations prudentielles supplémentaires par rapport à celles qu'ils supportent déjà en raison de l'émission de monnaie électronique. ■

MONNAIE ÉLECTRONIQUE – SERVICES DE PAIEMENT – EXIGENCES PRUDENTIELLES – SERVICES DE PAIEMENT LIÉS À LA MONNAIE ÉLECTRONIQUE – OPÉRATION DE PAIEMENT.

15. SEPA Credit Transfer, c'est-à-dire un virement.
16. SEPA Debit Direct, c'est-à-dire un prélèvement.