

LA CIRCULATION DE MONNAIE ÉLECTRONIQUE

CJUE 16 janv. 2019, aff. C-389/17, Paysera LT UAB, concl. Avocat gén.

Melchior Wathelet.



PIERRE STORRER*

Avocat au Barreau de Paris
Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

La monnaie électronique tient-elle la faculté de se mouvoir par elle-même ? Pour y répondre, retour sur l'arrêt *Paysera LT*.

I. Entre l'émission et le remboursement : la circulation de monnaie électronique. Le droit de la monnaie électronique est un vaste puzzle ; mais un puzzle pour adultes avertis, dont nombre de pièces sont manquantes. L'arrêt *Paysera LT*, qui peut être lu à plusieurs niveaux, l'illustre à merveille. Son apport immédiat, et précieux, a été de révéler que l'expression de « services liés à l'émission de monnaie électronique »¹, telle qu'employée au paragraphe 2 de l'article 5 de la DME 2 : « En ce qui concerne les activités visées à l'article 6, paragraphe 1, point a), 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 », doit s'entendre comme visant tous les services qui « déclenchent l'émission ou le remboursement de monnaie électronique dans le cadre d'une seule et même opération de paiement »².

Le gain est déjà remarquable, cela a pu être souligné³, dont de manière aiguisée dans cette Revue⁴ : à son avers qu'est l'émission (non définie par la DME 2), la monnaie électronique comporte le revers naturel du remboursement (qui ne l'est pas davantage). Partant, « dès lors que l'émission de monnaie électronique implique inconditionnellement et automatiquement un droit au remboursement, la notion de "service de paiement lié à l'émission de monnaie électronique" comprend également le remboursement de la monnaie électronique, au sens de l'article 5, para-

graphe 2, de la directive 2009/110 »⁵. Cela est fort intéressant, mais il manque une pièce maîtresse du puzzle : entre émission et remboursement⁶, qu'en est-il de la circulation⁷ de la monnaie électronique ? Comment s'analyse, en somme, le paiement en monnaie électronique ? Est-ce, au bout du compte, un « paiement (à régime) DME 2 » ou un « paiement (à régime) DSP 2 » ?

Ces questions, pourtant élémentaires, n'ont pas, à notre connaissance, trouvé encore de réponse explicite – mais peut-être est-ce par ce qu'elles n'ont tout simplement jamais été posées en ces termes ? –. Concrètement, un établissement de monnaie électronique souhaite émettre une carte prépayée (qualifiable a priori de monnaie électronique⁸) : son agrément d'émetteur de monnaie électronique suffit-il ou aurait-il dû cocher la case du service de paiement 5 « Émission d'un instrument de paiement » et verser ainsi, pour partie, dans le régime des établissements de paiement ? Tel autre établissement de monnaie électronique entend faire de la transmission de fonds en monnaie électronique : le peut-il sans être agréé, également, pour exercer le service de paiement 6 ? Et, encore, si cette activité de transmission de fonds requiert de passer par des points de vente intermédiaires (c'est souvent le cas), devront-ils être considérés comme des distributeurs de monnaie électronique (relativement transparents, ne serait-ce parce qu'ils ne sont pas nommés) ou seront-

5. Arrêt, pt. 28.

6. Cf. DME 2, art. 11, intitulé : « Émission et remboursement ».

7. Terme de « circulation » qui ressortit notamment, dans la DME 2, de la notion de « moyenne de la monnaie électronique en circulation » (art. 2, 4) ou, dans le Code monétaire et financier, de celle de « mise en circulation [par les distributeurs] de monnaie électronique, y compris le rechargement de monnaie électronique » (art. L. 525-8, al. 1^{er}, 1^o) ou de celle de protection des fonds collectés « tant que la monnaie électronique émise est en circulation » (art. L. 526-32, dernier al.).

8. Cf. Règl. (UE) 2015/751, 29 avr. 2015, relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte (dit « Règl. CMI »), art. 2, 35) : « "Carte prépayée" : une catégorie d'instrument de paiement permettant de stocker de la monnaie électronique au sens de l'article 2, point 2, de la directive 2009/110/CE. » Comp. Règl. (UE) 2018/1672, 23 oct. 2018, relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant dans l'Union ou sortant de l'Union, art. 2, f) : « "Carte prépayée" : une carte non nominative, telle qu'elle figure à l'annexe 1, point 2, sur laquelle sont déposés une valeur monétaire ou des fonds qui peuvent servir pour des opérations de paiement, pour l'acquisition de biens ou de services ou pour le remboursement d'espèces, ou qui donne accès à un telle valeur ou de tels fonds, et qui n'est pas liée à un compte bancaire. »

1. Cf. encore l'expression de « services liés au compte de paiement », couvrant « tous les services liés à l'ouverture, à la gestion et à la clôture d'un compte de paiement » (Dir. 2014/92/UE, 23 juill. 2014, sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base).

2. Arrêt, pt. 35.

3. Cf. P. Storrer, « L'arrêt *Paysera* de la CJUE : une contribution bienvenue au droit de la monnaie électronique », *Revue Banque* n° 830, mars 2019, p. 84.

4. Cf. M. Roussille, « Ombre et lumières sur les services liés à la monnaie électronique », *Banque et Droit* n° 184, mars-avr. 2019, p. 72.

ils plutôt éligibles au statut d'agents de services de paiement (réglementés et enregistrés à part entière) ? Pour élémentaires qu'elles soient, ces questions sont essentielles, sans même revenir sur celle du calcul des fonds propres à l'origine de l'arrêt *Paysera LT*.

2. Silences et emprunts du droit de la monnaie électronique. Le point de départ est en forme de procès-verbal de carence : la loi fondamentale relative à la monnaie électronique : la DME 2, donc, ne définit presque rien et, pour le reste (régime), renvoie pour une grande partie à la DSP 1 (désormais à la DSP 2). Ne sont ainsi définies ni la notion d'émission, ni celle de remboursement de la monnaie électronique⁹ – ce pourquoi on ne peut que regretter l'ajout par le législateur français de la notion, qu'il ne définit pas plus, de « gestion » de monnaie électronique, absente de la directive européenne mais systématiquement associée, dans notre Code monétaire et financier, à l'émission ; comme, à l'inverse, est regrettable l'« oubli », par le législateur français, de l'expression de services de paiement « liés »¹⁰ – ; pas davantage ne le sont les activités liées, ou non liées, à la monnaie électronique, ni même les services de paiement que peuvent exercer les établissements de monnaie électronique, sinon par renvoi à l'annexe de la DSP 1¹¹ (ou de la DSP 2). De sorte que, remarque l'avocat général M. Melchior Wathelet, « il convient de souligner que si cette annexe précise les activités que les émetteurs de monnaie électronique sont habilités à exercer, elle ne se prononce nullement sur le point de savoir si ces activités sont liées ou non liées à l'émission de monnaie électronique »¹².

Il est toutefois une évidence (profitons-en, elles sont rares), celle que la notion de monnaie électronique suppose une valeur stockée prépayée (provenance) émise aux fins d'opérations de paiement (destination)¹³. Une autre, encore, que les établissements de monnaie électronique sont des prestataires de services de paiement (PSP) « naturels », lors même qu'ils ne fourniraient que des services de paiement liés à l'émission de monnaie électronique¹⁴. Partant, le droit commun des opérations de paiement « s'applique à l'émission et à la gestion de monnaie électronique »¹⁵, peu important que

l'opération de paiement soit en billets de banque ou pièces, en monnaie scripturale ou en monnaie électronique¹⁶. De même, le droit (tout aussi commun) des services de paiement « s'applique aux activités d'émission et de gestion de monnaie électronique », ainsi que l'affirme le Code monétaire et financier¹⁷, en s'affranchissant peut-être un peu hâtivement des prescriptions de la DME 2¹⁸, mais peu importe. DME 2 qui, plus largement, fait application de la locution *mutatis mutandis*, en ce que « les dispositions pertinentes de la directive 2007/64/CE [désormais 2015/2366] devraient s'appliquer *mutatis mutandis* aux établissements de monnaie électronique, sans préjudice de la présente directive »¹⁹.

Coincée entre des notions au mieux évasives, sinon absentes, et un régime largement empreint de DSP (1 puis 2), on ne s'étonnera guère que la monnaie électronique suscite, encore et toujours, la perplexité de ceux qui la contemplent, voire (c'est plus inquiétant) de ceux qui la pratiquent : « L'un des principaux défis mis en évidence par l'étude économique concerne la classification de produits et de services comme monnaie électronique ou comme services de paiement, comme comptes de monnaie électronique ou comptes de paiement, et donc l'application du cadre juridique approprié²⁰. » D'où l'intérêt – l'urgence, même – de s'attacher à éclairer la frontière entre services de monnaie électronique et services de paiement, à l'aune de ces services « liés » mis en valeur par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Paysera LT*.

3. Services de monnaie électronique et services de paiement, liés ou indépendants. « Services de monnaie électronique », l'expression, ignorée des textes législatifs, gagne certains documents européens : le rapport précité de la Commission européenne, par exemple, mais aussi, et surtout, car « en dur », les règlements délégués ou d'exécution de la DSP 2 : ainsi, par exemple, du règlement Passeport européen²¹ ou des règlements Registre de l'EBA²², qui parlent de services de monnaie

9. Cf. arrêt, pts 24 et 27.

10. Cf. P. Storrer, « L'arrêt *Paysera* de la CJUE : une contribution bienvenue au droit de la monnaie électronique », précit., p. 85.

11. Cf. concl., pt 58.

12. Cf. concl., pt 58, note 10.

13. Cf. DME 2, art. 2, 2) : « "Monnaie électronique" : 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 telles que définies à l'article 4, point 5), de la directive 2007/64/CE et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique. » Comp. CMF, art. L. 315-1, I.

14. Comp. DSP 2, art. 1er, 1, b) : « La présente directive fixe les règles selon lesquelles les États membres distinguent les six catégories suivantes de prestataires de services de paiement : [...] les établissements de monnaie électronique au sens de l'article 2, point 1), de la directive 2009/110/CE, y compris, conformément à l'article 8 de ladite directive et au droit national, une succursale d'un tel établissement, lorsque celle-ci est située dans l'Union et son siège hors de l'Union, dans la mesure où les services de paiement fournis par ladite succursale sont liés à l'émission de monnaie électronique. »

15. CMF, art. L. 133-1, VII.

16. Cf. DSP 2, art. 4, 25). Comp. cons. 25 : « La présente directive fixe les règles relatives à l'exécution des opérations de paiement lorsque les fonds sont constitués de monnaie électronique, au sens de la directive 2009/110/CE. »

17. CMF, art. L. 315-5

18. Comp. DME 2, art. 3, 1 : « Sans préjudice de la présente directive, l'article 5, les articles 11 à 17, l'article 19, paragraphes 5 et 6, et les articles 20 à 31 de la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil, y compris les actes délégués adoptés en application de son article 15, paragraphe 4, de son article 28, paragraphe 5, et de son article 29, paragraphe 7, s'appliquent *mutatis mutandis* aux établissements de monnaie électronique. »

19. DME 2, cons. 9.

20. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre et l'incidence de la directive 2009/110/CE, notamment en ce qui concerne l'application des exigences prudentielles aux établissements de monnaie électronique, COM(2018) 41 final, 25 janv. 2018, p. 9.

21. Cf. Règl. délégué (UE) 2017/2055, 23 juin 2017, complétant la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation relatives à la coopération et à l'échange d'informations entre les autorités compétentes dans le cadre de l'exercice du droit d'établissement et de la libre prestation de services par les établissements de paiement.

22. Cf. Règl. d'exécution (UE) 2019/410, 29 nov. 2018, définissant des normes techniques d'exécution concernant le détail et la structure des informations que les autorités compétentes doivent notifier à l'Autorité bancaire européenne dans le domaine des services de paiement conformément à la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil ; et Règl. délégué (UE) 2019/411 ; 29 nov. 2018, complétant la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil par des normes

électronique comme l'on parlait jusque-là seulement de services de paiement. Et c'est encore bien cette expression de services de monnaie électronique – recouvrant émission, remboursement et distribution – qu'emploient abondamment les importantes orientations de l'EBA sur les informations à fournir pour l'agrément d'établissements de paiement et d'établissements de monnaie électronique et pour l'enregistrement des prestataires de services d'information sur les comptes au titre de l'article 5, paragraphe 5, de la directive (UE) 2015/2366 (la DSP 2)²³. Ce disant, la monnaie électronique, ainsi transformée en « services de... », se présente enfin sur un pied d'égalité, au moins sémantique, avec les services de paiement, offrant une occasion unique de jauger les uns par rapport aux autres.

Or, immédiatement, si la monnaie électronique est, par nature, émise « aux fins d'opérations de paiement », c'est que lesdites fins devraient se confondre avec les moyens, en ce sens que les services de monnaie électronique emporteraient, en (ou par) eux-mêmes, les services de paiement propres à mouvoir la monnaie électronique, à la mettre en circulation (pas seulement à l'émettre ou à la rembourser), à opérer versement, transfert ou retrait de fonds²⁴. Sans quoi l'émission de monnaie électronique ne servirait tout bonnement à rien. Avec quoi au contraire, l'émission, et désormais le remboursement²⁵ de monnaie électronique impliquent que l'établissement émetteur soit également en mesure d'exercer les services de paiement propres à faire vivre celle-ci : versement ou retrait d'espèces sur un compte de monnaie électronique²⁶ (ou un compte de paiement en monnaie électronique), exécution d'opérations de paiement par carte, virement ou prélèvement (mais non associées à une ouverture de crédit, faut-il remarquer, le crédit étant antinomique du prépaiement caractéristique de la monnaie électronique), émission d'instruments de paiement, acquisition d'opérations de paiement, transmission de fonds et, aussi, initiation de paiement et information sur les comptes ; en somme, la liste presque complète (exception faite du service 4) des services de paiement dressée en annexe de la DSP 2 et reprise à l'article L. 314-I, II, du Code monétaire et financier. Au demeurant, si tel n'était pas le cas (raisonnement par l'absurde), les

établissements de monnaie électronique à agrément simplifié de l'article L. 526-19 du Code monétaire et financier (ou de l'article 9 de la DME 2), qui ne sont pas autorisés à fournir des services de paiement²⁷, demeureraient paralysés faute de pouvoir faire circuler leur monnaie électronique...

C'est, nous semble-t-il, l'apport induit de l'arrêt de la Cour de justice du 16 janvier 2019 : comme « il est évident, à son avocat général, que l'émission de cette monnaie et son remboursement sont habituellement opérés sous forme d'opérations de paiement à partir d'autres fonds »²⁸, il ne l'est pas moins que, pour la faire circuler, l'établissement de monnaie électronique mettra en œuvre les services de paiement liés, ou sous-jacents (ou encore subsidiaires ou indispensables²⁹), à l'exécution des opérations de paiement en (ou de³⁰) monnaie électronique. La DSP 2, dans son considérant 24, laisse (improprement) entendre cela lorsqu'elle évoque « les établissements de monnaie électronique qui émettent de la monnaie électronique pouvant être utilisée pour financer des opérations de paiement et qui devraient rester soumis aux exigences prudentielles énoncées dans la directive 2009/110/CE ». Les opérations de paiement sont peut-être « financées » par la monnaie électronique mais, de toute évidence, exécutées en vertu de services de paiement qui lui sont liés. Si bien que l'émetteur n'aura nul besoin d'élargir son agrément de services de monnaie électronique auxdits services de paiement, pas plus qu'il ne devra augmenter le volume de ses fonds propres (méthodes A, B ou C) en conséquence. Or, à y regarder de près, c'est cette vérité que soulignent les orientations précitées de l'EBA sur l'agrément et l'enregistrement au titre de la DSP 2 : le candidat à l'agrément d'établissement de monnaie électronique devra inscrire, dans son programme d'activité, « le cas échéant, une description par étapes du type de services de paiement envisagé, y compris une explication des raisons pour lesquelles, selon le demandeur, les activités et les opérations qui seront réalisées relèvent d'une quelconque des catégories juridiques de services de paiement énumérées à l'annexe I de la DSP2 et une mention précisant si ces services de paiement seront fournis en plus des services de monnaie électronique ou s'ils sont liés à l'émission de monnaie

techniques de réglementation fixant les exigences techniques concernant l'établissement, l'exploitation et la gestion du registre électronique central dans le domaine des services de paiement et l'accès aux informations qu'il contient.

23. EBA/GL/2017/09, 8 nov. 2017, p. 41.

24. En son temps, l'une des études de référence sur la monnaie électronique n'avait-elle pas observé que « la "monnaie électronique" est en réalité un véritable "système de paiement", composé d'un émetteur, de porteurs-consommateurs et d'un réseau de commerçants » (S. Lansky, « La nature juridique de la monnaie électronique », Bull. Banque de France n° 70, oct. 1999, p. 45) ?

25. Comp. concl., pt. 76, faisant remarquer que « tant l'émission de monnaie électronique que le remboursement de celle-ci s'effectuent moyennant des opérations de paiement à partir d'autres fonds (par exemple, moyennant une opération par carte de paiement ou une opération courante de transfert de crédits) ».

26. Comp. Régl. CMI précit., art. 2, 22) : « "compte de paiement" : un compte détenu au nom d'un ou de plusieurs utilisateurs de services de paiement et servant à exécuter des opérations de paiement, y compris au moyen d'un compte spécifique de monnaie électronique au sens de l'article 2, point 2, de la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil. »

27. Cf. Arr. 2 mai 2013 portant sur la réglementation prudentielle des établissements de monnaie électronique, art. 45 : « Les établissements assujettis qui bénéficient des dispositions de l'article 44 ne sont pas autorisés à fournir des services de paiement ou des services connexes aux services de paiement en application de l'article L. 526-2 du code monétaire et financier, ni à exercer leur activité sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen en application des articles L. 526-22 et suivants du même code. » Comp. DME 2, art. 9, 1, dernier al.

28. Concl., pt 63.

29. Comp. concl., pt 69 : « Il s'ensuit que pour être "lié", le service de paiement en cause doit être indispensable à l'émission ou au remboursement de monnaie électronique. » Indispensable mais néanmoins « subsidiaire », au sens de contraire d'« indépendant », souligne l'Avocat général un peu plus loin dans ses conclusions (pt. 78).

30. Cf. Régl. (UE) n° 260/2012, 14 mars 2012, établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros, art. 1^{er}, f), parlant d'« opérations de paiement de monnaie électronique », non soumise audit règlement sauf à ce qu'elles entraînent un virement ou un prélèvement vers et depuis un compte identifié par un numéro BBAN ou IBAN.

électronique »³¹. Tout est donc dans ce « en plus » : soit les services de paiements sont liés (« subordonnés » serait peut-être un meilleur terme) à l'émission, la circulation et le remboursement de monnaie électronique, et ils sont compris, de jure, dans le plein exercice de l'agrément d'établissement de monnaie électronique ; soit ils sont en plus – « en sus » lit-on dans le formulaire ACPR de demande d'agrément d'établis-

sement de monnaie électronique³² –, sont indépendants de l'activité en monnaie électronique, et il faut étendre l'agrément de l'établissement aux services de paiement considérés (une déclaration existe d'ailleurs à cet effet en annexe de l'instruction ACPR n° 2014-I-05 modifiée 33).

Il est des arrêts qui apportent immédiatement une solution ; et d'autres qui donnent des idées quelque temps après. C'est bien aussi.

Achevé de rédiger le 9 juillet 2019

31. EBA/GL/2017/09, précit., p. 41. Addé, p. 39 : « Le présent ensemble d'orientations s'applique aux demandeurs d'agrément en tant qu'établissements de monnaie électronique (EME). Cela concerne les demandeurs ayant l'intention de fournir des services de monnaie électronique et, le cas échéant, l'un quelconque des services de paiement visés aux points 1 à 8 de l'annexe I de la DSP2. Les demandeurs ayant l'intention de fournir uniquement les services de paiement visés aux points 1 à 7 de l'annexe I de la DSP2 ou le service visé au point 8 de ladite annexe en lien avec d'autres services visés aux points 1 à 7 sans fournir de services de monnaie électronique devraient se référer à l'ensemble spécifique d'orientations sur les informations requises de la part des demandeurs d'un agrément en tant qu'établissements de paiement (EP) énoncées dans la section IV.1. Les demandeurs ayant l'intention de fournir uniquement les services de paiement visés au point 8 de l'annexe I de la DSP2 sans fournir de services de monnaie électronique devraient se référer aux orientations sur les informations requises de la part des demandeurs d'un enregistrement pour la prestation uniquement du service visé au point 8 de l'annexe I de la DSP2 énoncées dans la section 4.2. »

32. Cf. p. 11 : « Pour les établissements qui exerceront uniquement une activité d'émission de monnaie électronique il conviendra de cocher uniquement la méthode D. Dans le cas où l'établissement propose, en sus, la fourniture de services de paiement, il conviendra de cocher la méthode D ainsi que l'une des trois autres méthodes. »

33. Cf. Arr. 3 mai 2013, précit., art. 47 : « Lorsque un établissement assujéti souhaite fournir, sans les avoir préalablement déclarés, les services de paiement mentionnés au 1° de l'article L. 526-2 du code monétaire et financier ou le service connexe d'octroi de crédits mentionné au 2° de l'article L. 526-2 du même code, il en informe l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution selon les modalités qu'elle a fixées par instruction. »