

DIRECTIVE SUR LES SERVICES DE PAIEMENT

LA FIN DU MONOPOLE BANCAIRE DES MOYENS DE PAIEMENT



Éric Thiercelin

Délégué Général
Simtec
(affilié à la FIEEC)

Enseignant en droit
bancaire
IFCV

L'introduction par la DSP des établissements de paiement crée une brèche dans le monopole des banques. Pour autant, de nombreuses questions et paradoxes se font jour sur le fonctionnement des comptes de paiement de ces entités et sur leur cadre juridique.

L'ordonnance 2009-866 du 15 juillet 2009 et ses premiers textes d'application ont transposé en droit français la directive européenne 2007/64/CE sur les services de paiement. L'objectif est de créer un marché unique des paiements au sein de l'Union européenne. À cette fin, le texte crée un cadre juridique harmonisé et ouvre un marché que l'on pensait réservé aux établissements de crédit et plus précisément encore aux banques. C'est de longue date que l'Europe s'intéresse à ce sujet : l'histoire a débuté au milieu des années 1990 lorsque les fonctionnaires de la Commission ont constaté que leur rémunération, au cours du trajet bancaire de Bruxelles

à la banque de leur pays d'origine, était amputée de frais de change et de frais bancaires conséquents.

Une directive fut publiée sur les virements transfrontaliers (97/5 du 27 janvier 1997) visant notamment à rationaliser le mode de perception des frais et à introduire plus de transparence tant sur les tarifs que sur les conditions d'exécution. L'arrivée de l'euro, en supprimant une part notable des frais de change, a paradoxalement rendu la question encore plus aiguë.

LES PARTICULARISMES SUBSISTENT...

En effet, la monnaie unique n'avait en rien fait disparaître les particularismes des systèmes de paiement nationaux ; il y avait là un obstacle aux transactions au sein de l'Union. Le règlement 2001/2560 relatif aux paiements transfrontaliers en euro a donc posé quelques sains principes en ce domaine : les frais doivent être identiques pour les paiements qu'ils soient effectués à l'intérieur ou entre pays membres et par ailleurs une information tarifaire doit être fournie aux utilisateurs.

Les autorités européennes découvraient les arcanes des circuits et systèmes de paiement, l'utilisation

des correspondants bancaires, les différences de législations pour ne rien dire de celles de l'utilisation des moyens de paiement. Cela ne pouvait que heurter la vision d'un espace unifié et fluide au bénéfice d'un consommateur qu'il fallait mieux et davantage informer et protéger.

Sur cette route pouvait se dresser un obstacle : le monde bancaire qui, dans la plupart des pays de l'Union, bénéficie d'un monopole dont il est aisé de comprendre la légitimité. Les moyens de paiement étant le support indispensable des transactions économiques et une condition de leur fluidité. Les états – eux-mêmes émetteurs de monnaie – ont toujours veillé à ce qu'ils soient gérés par des structures solides et soumises à surveillance.

LE DÉVELOPPEMENT DES PAIEMENTS ÉLECTRONIQUES

Le développement des techniques de paiement, notamment par la voie électronique, a peut-être convaincu que d'autres pouvaient délivrer et gérer ces moyens : on se souvient de la monnaie électronique et de ses établissements (directive 2000/46/CE abrogée par la directive 2009/110/CE) qui peuvent ne pas être des établissements de crédit. Il semble que

la Commission ait confondu le support électronique, avec la nature, scripturale, de ladite monnaie. Le succès n'a pas été au rendez-vous, manifestement la leçon n'a pas été retenue.

L'autre point important est d'avoir élargi une brèche dans le monopole des banques. Certains se souviennent, en France, des craintes que cela a suscitées, y compris les plus absurdes (le porte-monnaie électronique outil de blanchiment...). En effet, la directive 97/5 citait déjà dans son article 1 les « autre(s) établissement(s) » définis comme des personnes morales autres que les établissements de crédit; mais, à l'époque, on n'imaginait sans doute pas qu'allaient apparaître 12 ans plus tard les « établissements de paiement », innovation parmi les plus spectaculaires de ce texte [1].

LES ÉTABLISSEMENTS DE PAIEMENT...

Le Code monétaire et financier (article L. 522-1) les définit de manière classique comme des personnes morales autres que les établissements de crédit, qui fournissent, à titre de profession habituelle, les services de paiement.

On note juste que l'article L. 511-1 du même Code utilise, pour les établissements de crédit, le terme « effectuent » : le verbe « fournissent » a une connotation matérielle qui est certes bien adaptée à ce domaine où l'on gère des quantités impressionnantes d'opérations au travers de chaînes de traitement et de systèmes (cette activité est la seule où la banque ressemble à une industrie). On

[1] Ce texte modifie, en outre, un nombre considérable d'articles du CMF y compris celui où étaient définies les opérations de banque et qui n'avait pas été modifié depuis 25 ans. De plus, son impact sur la gestion des moyens de paiement entre les établissements de crédit ou de paiement et les clients est significatif même si une part notable des dispositions ne sont guère nouvelles dans leur principe.

peut y voir une vision plus technique et donc moins bancaire des moyens de paiement.

Ces établissements peuvent exercer une autre activité n'ayant rien à voir avec les services de paiement et toutes sortes d'entreprises ont été citées, notamment celles gérant un grand nombre de comptes clients, qui pourraient être intéressées à devenir prestataire de services de paiement (PSP). Dans le cas présent, ce nouvel acronyme n'a rien de ludique! En effet, ces nouveaux venus devront être agréés, après avis de la Banque de France, par feu le CECEI, bientôt l'Autorité de contrôle prudentiel créée par l'ordonnance du 21 janvier 2010.

...SOU MIS À LA RÉGLEMENTATION

Bien que n'étant pas établissement de crédit, ils doivent se soumettre à une partie de la réglementation de ces derniers : outre un contrôle des autorités bancaires, un niveau de fonds propres destiné à rassurer la clientèle, un système de contrôle interne, les obligations en matière de blanchiment, la déclaration des « comptes de paiement » à Ficoba (qui signifie fichier des comptes... bancaires) ou encore l'accès au fichier central des chèques, ce qui est un paradoxe pour des établissements qui n'en émettent pas. Mais cette soumission est incomplète et révèle une ambiguïté du statut : si on simplifie à l'extrême le statut et l'activité de ces PSP, ils peuvent être définis comme des banques qui ne font pas de crédit, ne délivrent pas de formules de chèques et ne gèrent pas de dépôts.

La réalité est plus floue : les services de paiement sont définis à l'article L. 314-1 du CMF, dont la liste débute par le versement et le retrait d'espèces qui correspondent à un type de services, certes fort utiles, mais il n'est pas sûr que ce soit l'essentiel

« On peut s'interroger sur les conséquences d'une assimilation qui se fera vite dans les esprits, entre les comptes de dépôt et/ou courant, et les comptes de paiement. »

de la réforme, ni l'objectif des futurs établissements de paiement. Ensuite, l'article cite les virements, prélèvements et cartes. Pour les chèques, il faut aller lire un autre article du CMF (L. 131-45) qui précise que ces établissements, qui ne peuvent en émettre, peuvent en encaisser.

Les établissements ne sont donc pas des banques puisqu'ils ne gèrent pas de dépôt; pas de dépôts, donc pas d'adhésion au Fonds de Garantie... De fait, le Code dispose que les fonds ne sont pas considérés comme reçus du public, qu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucun placement et que l'établissement ne peut les utiliser pour son propre compte. On peut toutefois s'interroger sur les conséquences d'une assimilation qui se fera vite dans les esprits si elle n'est déjà faite dans les textes (article 1 de l'arrêté du 29 juillet 2009), entre les comptes de dépôt ou courant (la distinction, apprise en faculté de droit, est devenue assez théorique, et ce depuis longtemps) et les comptes de paiement : en effet, les banques sont des PSP (L. 311-2 du CMF) et peuvent proposer ces prestations. Mais alors la rémunération des comptes à vue s'applique-t-elle aux comptes de paiement des PSP non-établissement de crédit?

LE FONCTIONNEMENT DES COMPTES DE PAIEMENT EN QUESTION

Les comptes de paiement ne peuvent, dit le Code, être utilisés que pour des opérations de paiement. À la lecture, et en tentant de se mettre à la place du législateur européen qui doit sublimer 27 réglementations, on imagine la séquence suivante : je domicilie un virement au crédit de mon compte de paiement et j'ordonne (L. 133-3 du CMF) de transférer les fonds vers tel ou tel bénéficiaire. La question, bien sûr non résolue, est de savoir si mes ordres permettent de ou doivent transférer la totalité du

crédit en compte et dans quel délai, sinon ce compte de paiement devient un compte de dépôt bancaire et cela change la situation du PSP qui risque de voir ses encours de dépôts devenir significatifs, ce qui lui coûtera d'autant plus en fonds propres. Le texte ne dit pas que l'(es) ordre(s) de paiement doi(ven)t être concomitant(s) avec l'apport des fonds (il faut éviter le mot « dépôt » !); il y a donc là une ambiguïté fondamentale que la clientèle finira par faire émerger : ces établissements vont proposer cartes, virements et prélèvements pour des opérations courantes, les clients laisseront-ils des soldes inutilisables par le PSP ?

UNE AMBIVALENCE EN TERMES DE CRÉDIT

L'ambivalence est tout aussi manifeste en termes de crédit : en principe, les établissements de paiement ne sont pas créés pour en accorder. Mais on prévoit qu'ils puissent le faire en écrivant à l'article L. 522-2 que le crédit est accessoire et lié à une opération de paiement. On imagine donc qu'il s'agit de financer un décalage temporaire entre un paiement à exécuter et une arrivée de fonds prochaine... Mais il est surprenant que le législateur ait prévu jusqu'à 12 mois pour rembourser.

La précision selon laquelle le crédit n'est pas fonction des fonds reçus ou détenus en vue de l'opération de paiement laisse penser, au contraire, qu'il s'agit d'autre chose que d'une facilité de caisse. Toutefois dans ce cas le terme « à recevoir » aurait été, alors, plus approprié.

L'article L. 314-1 emploie le terme d'ouverture de crédit qui, pour les établissements de crédit, signifie découverts en compte. Il semble qu'ici ces découverts soient interdits. Pour renforcer la confusion, les dispositions du Code de la consommation sont applicables. Il s'agirait donc

de prêts personnels ? Pour financer des opérations de paiement ! ?

LE CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS DE PAIEMENT

Face à ces concurrents les établissements de crédit, dont les banques, doivent se positionner.

C'est peu de dire qu'en ce moment le secteur bancaire n'est guère en odeur de sainteté, mais l'avantage avec la Commission européenne, c'est la constance de sa méfiance vis-à-vis des banques qu'elle ne cesse de stimuler en leur créant de nouveaux concurrents ou en compartimentant de plus en plus ses activités.

Dans la nouvelle réglementation, la banque, qui est à titre connexe[2] un PSP, va devoir expliquer à ses clients les conséquences de la directive. Cela va se traduire, si les services de paiement ne figurent pas dans la convention de compte de dépôt, par l'envoi par la banque d'un contrat-cadre ou d'une modification de la convention que le client aura deux mois pour accepter, son silence valant acceptation (nouveau du texte, le silence ne valait alors que pour les modifications tarifaires).

La véritable innovation formelle, pour les banques, en plus de l'irruption des PSP, réside dans le cadre juridique des instruments de paiement : l'opération de paiement, celle qui concerne les cartes, virements et prélèvements, les moyens modernes donc, doit être consentie ; ce consentement peut être retiré tant que l'opération n'est pas irrévocable et le Code rappelle qu'il existe un principe général d'irrévocabilité d'un ordre de paiement dès lors que le PSP l'a reçu. Il n'est pas sûr que ce distinguo séduisant pour l'esprit, le soit aussi pour le client.

[2] Il faut bien sûr l'imagination stylistique d'une administration que le monde nous envie pour écrire qu'une banque effectuée à titre connexe des services de paiement...

DES NIDS À CONTENTIEUX

Le Code précise aussi les modalités d'exécution, de date de valeur, des frais, du partage des responsabilités : tout cela n'est guère nouveau sur le fond. Le client en est bénéficiaire même si les nids à contentieux sont déjà grands ouverts. Ainsi l'article L. 133-24 écrit-il naturellement que « l'utilisateur de services paiement signale, sans tarder, [...] une opération de paiement non autorisée ou mal exécutée et au plus tard dans les 13 mois... » : un tel délai promet des histoires à dormir debout.

Les banques peuvent tout de même relever que les autres « moyens » de paiement, pour parler un langage désuet, ou les services bancaires de paiement dont le législateur leur a conservé le monopole, ont un régime identique depuis longtemps.

Le chèque est un ordre de paiement irrévocable dès lors qu'il a été émis c'est-à-dire dès lors que le tireur s'en est dessaisi et dont l'opposition au paiement est encadrée ; quant à la lettre de change, son paiement peut lui aussi faire l'objet de contestation. Elles peuvent aussi souligner qu'en termes de protection du consommateur, le chèque n'a rien à envier à ses concurrents et noter, que tous ces moyens de paiement créés par la pratique et dont la réglementation tenait sur une page du CMF jusqu'en 2001, en occupe désormais une bonne dizaine. Il ne s'agit pas pour elles de défendre le chèque, mais de souligner qu'elles peuvent, quant à elles, proposer tous les moyens/instruments de paiement et qu'il n'y en a pas un qui est moins sûr ou moins protecteur sous le seul prétexte qu'il est ancien et sous forme papier.

LES ATOUTS DES BANQUES

Les banques vont donc se trouver face à des concurrents qui vont présenter des offres alléchantes en termes de prix. Les PSP, ayant l'attrait de la nouveauté et n'étant pas assimilés

« La rémunération des comptes à vue, s'applique-t-elle aux comptes de paiement des prestataires de services de paiement, non établissement de crédit ? »

à des banques, pourront attirer une clientèle sans doute peu différente de celle qui se dirige vers les banques en ligne.

Pour autant, les établissements de crédit pourront faire remarquer que les nouvelles règles, favorables aux consommateurs, s'appliquent aussi à elles et concernent des instruments dont elles maîtrisent la technique, puisque ce sont elles qui les ont créés.

De plus, outre le rappel de leur caractère universel, notamment sur les paiements, elles pourront sans doute compter sur un atout qui leur est (même en ce moment) consubstantiel : la confiance qu'elles inspirent et leur expérience dans ce domaine. Ainsi, même si certaines peuvent envier les établissements de paiement qui ne sont pas encombrés de chèques, on imagine qu'elles attendent avec impatience qu'un utilisateur de services de paiement en porte à l'encaissement à son PSP... Le client va redécouvrir ce qu'il pourra prendre pour une date de valeur, mais qui n'est que le crédit après encaissement (alors que les banques pratiquent le crédit sauf bonne fin dans 99 % des cas). En effet, on voit mal, au moins au début, le PSP prendre le risque de voir revenir un chèque impayé. Le cas échéant, les nouveaux concurrents des banques vont découvrir un monde nouveau et faire du crédit malgré eux...

LES RISQUES DES PSP

Plus sérieusement, si les banques peuvent s'inquiéter des possibilités accordées en matière de crédit, il faut attendre la jurisprudence qui devra interpréter des textes à notre sens peu clairs. Mais pour les opérations importantes du type prêts immobiliers aux particuliers (le plus important des quatre grands marchés bancaires : crédits d'investissement et de trésorerie aux entreprises, crédits immobiliers et à la consommation

pour les personnes physiques), ou prêts à la consommation, elles gardent leurs positions et c'est encore plus vrai en matière d'épargne.

En effet, pour ce qui est des dépôts, on a rappelé que les PSP ne cotisent pas au Fonds de Garantie de Dépôts. Certes, les clients sont protégés par les fonds propres cantonnés des PSP y compris en cas de procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation (L. 522-17). Toutefois, ces prestataires seront souvent des filiales d'entreprises industrielles ou commerciales dont les difficultés éventuelles auront une incidence sur l'établissement de paiement protégé seulement vis-à-vis de ses propres créanciers. Et si une banque, *a fortiori* grande, ne peut faire faillite, il faut que l'entreprise industrielle soit vraiment très grande pour y échapper. Cette considération et le caractère hybride des PSP laissent penser qu'il y aura une réticence des particuliers, par exemple, à domicilier leur salaire dans de tels établissements.

Les banques ont aussi remarqué que le législateur, dans un élan de sollicitude, a même prévu que les établissements de paiement doivent adhérer à un organisme professionnel (c'est une vieille manie en matière bancaire) lui-même affilié à l'Afecei.

D'ICI À TROIS ANS...

À l'heure actuelle, peu de dossiers ont été déposés au CECEI. La Commission n'est pas parvenue à sortir les moyens de paiement du giron bancaire : les nouveaux intervenants, ressemblent par certains traits à leurs concurrents déjà établis et il y a fort à parier que le rapprochement ira croissant pour ceux des établissements de paiement qui, en voulant offrir toute la gamme des services de paiement, vont réaliser, si ce n'est déjà fait, que le statut d'établissement de crédit est plus adapté. De plus, comme les établissements de crédit sont déjà des PSP, soumis

aux mêmes règles que les nouveaux entrants dans ce domaine, la limitation des compétences de ces derniers, risque d'être difficile à tenir sur le plan commercial.

Mais il va falloir des structures solides pour gérer les mécanismes mis au point par les textes car il est évident que leur foisonnement va donner lieu à des interprétations et la lecture du Code peut faire hésiter à se lancer dans une telle activité sans expérience.

À force de vouloir banaliser l'activité des banques, de la diviser et accessoirement d'en alourdir la gestion par des obligations informatives (cf. l'arrêté précité) à l'efficacité douteuse, il faudrait interroger la Commission européenne pour lui demander d'aller au bout de sa logique de découplage des activités financières. Celle-ci repose sur trois piliers, le crédit, l'épargne et les moyens de paiement, pourquoi s'arrêter en si bon chemin ? La suite serait de créer des établissements banalisés de crédit, puis d'épargne, quitte à permettre aux trois métiers de se réunir. On se souvient en France de la longue histoire de la Poste qui a commencé par des comptes (les CCP, théoriquement toujours créditeurs, mais on était souple...) et un peu d'épargne mais à laquelle le crédit était interdit : puis on a permis les crédits d'épargne logement puis des crédits immobiliers multiples de l'épargne logement. Bref une structure hybride se comportait comme une banque sans en respecter les mêmes règles. La suite, logique, est connue : la création d'une banque postale. On peut donc se demander si ces établissements de paiement ne vont pas devenir, pour les plus ambitieux d'entre eux, des établissements de paiement... bancaire. Quant au cadre juridique nouveau des moyens de paiement hors chèque, on en retiendra en réalité un accroissement du formalisme plus que des avancées réelles. ■

“ Les PSP pourront attirer une clientèle sans doute peu différente de celle qui se dirige vers les banques en ligne. ”