

La régulation des nouveaux intervenants du marché des services de paiement

L'activité consistant pour un intermédiaire à encaisser des fonds d'une personne en vue de les reverser à un tiers n'est pas récente. Mais jusqu'à l'entrée en vigueur, fin 2009, des dispositions transposant en France la directive 2007/64/CE relative aux services de paiement (DSP), elle ne conduisait pas à la qualification de « fourniture de services de paiement » qui n'existait pas en tant que telle. Ainsi, dans un contexte où les règles applicables sont encore récentes, l'ACPR détaille son analyse et son action.

Jusque très récemment, l'analyse de ces questions est restée dans le cercle restreint de quelques spécialistes car peu nombreuses étaient les activités conduisant à encaisser des fonds pour le compte d'un tiers en dehors du secteur bancaire, sans y être autorisées par un texte spécial. La situation a rapidement évolué au cours des dernières années. L'essor de l'économie numérique et de l'économie collaborative a vu émerger de nouvelles activités qui, dans certains cas, relèvent au moins en partie d'une activité régulée au titre des services de paiement, sans toutefois que les acteurs concernés en aient toujours conscience.

Ainsi, pour se limiter aux exemples les plus connus, les places de marché sur Internet, certaines plateformes de financement participatif ou certains sites d'échanges de monnaies virtuelles (comme le Bitcoin) contre des euros ont en commun l'exercice d'une activité d'encaissement de fonds pour le compte de tiers susceptible de relever de la réglementation des services de paiement.

Dans ce contexte, marqué par la nécessité d'appliquer à des activités nouvelles un corpus réglementaire lui-même très récent, l'action menée par l'ACPR suscite parfois des interrogations ou des critiques. Certains comprennent mal que les personnes qui encaissent des fonds pour compte de tiers à titre accessoire ne puissent bénéficier d'une exemption à la réglementation des services de paiement. D'autres reprochent à l'ACPR une approche plus restrictive que celle de ses homologues d'autres pays européens, quand d'autres encore lui reprochent une bienveillance excessive à l'égard de sociétés qui exercent indûment une activité régulée.

Avant de répondre à ces trois critiques, rappelons le cadre d'analyse de l'ACPR.

LE CADRE D'ANALYSE DE L'ACPR

Écartons d'abord un risque de malentendu. L'encaissement de fonds pour le compte de tiers désigne une activité et ne constitue pas en tant que telle une qualification juridique.

Cette notion ne figure en effet ni dans le code monétaire et financier (CMF), ni dans la DSP. Pour autant, l'analyse de cette activité au regard de ces textes conduit généralement à la qualification de fourniture de services de paiement mentionnés à l'article L. 314-1 du CMF.

In concreto, la fourniture de services de paiement peut être retenue dès lors que deux conditions sont réunies :

- il doit y avoir « encaissement de fonds », ce qui est le cas chaque fois que des fonds sont collectés ou réceptionnés sur un compte bancaire appartenant à l'auteur de la collecte ;
- et les fonds doivent être encaissés « pour le compte d'un tiers » : l'auteur de la collecte ne reçoit pas des fonds pour lui-même, mais en qualité d'intermédiaire dans le but de les reverser à leur véritable destinataire.

La détermination de celui ou de ceux des sept services de paiement définis au II de l'article L. 314-1 du CMF dont relève cette activité dépend ensuite de la manière dont elle est exercée.

Seuls un texte législatif spécial prévalant sur les dispositions du CMF ou une dérogation expressément prévue par le CMF peuvent permettre d'écarter l'application de la réglementation des services de paiement.

Ainsi, certains textes législatifs donnent à des professions particulières comme les avocats, les notaires, les agents immobiliers ou encore les agents de voyage un cadre juridique ad hoc pour encaisser des fonds pour le compte de tiers. En l'absence d'un texte spécifique, celui qui exerce une activité d'encaissement de fonds pour le compte de tiers ne peut donc être exonéré du respect des dispositions du CMF, sauf à bénéficier d'une exemption d'agrément prévue par la DSP lorsque les instruments permettent d'acquérir un éventail limité de biens ou de services, ou ne sont utilisables que dans un réseau limité.

Dans le premier cas, il doit s'agir d'une offre thématique délimitée de façon suffisamment restrictive et dont le thème doit être suffisamment précis. Cette dérogation n'a pas vocation à s'appliquer à une offre thématique trop large ou à plusieurs offres thématiques. Dans le second cas, l'ACPR s'appuie sur un cumul de différents critères objectifs permettant de garantir le caractère limité du réseau d'accepteurs ainsi que la portée spécifique des instruments de paiement proposés.

LES ACTIVITÉS EXERCÉES À TITRE ACCESSOIRE PEUVENT-ELLES ÊTRE EXCLUES DU CHAMP DE LA RÉGULATION ?

La qualification juridique de cette activité est parfois critiquée car elle conduit à soumettre à la réglementation de services de paiement des personnes qui exercent à titre principal une autre activité et qui ne fournissent ces services que de manière accessoire, par exemple les places de marché.

Sur un plan purement factuel, l'exercice à titre accessoire de l'activité d'encaissement de fonds pour le compte de tiers ne remet pas en cause l'analyse de l'activité. La personne perçoit bien des fonds dont elle n'est pas le destinataire dans le but de les reverser au bénéficiaire réel. S'agissant d'une place de marché, elle reçoit le paiement d'un bien qu'elle ne vend pas, dont elle n'est pas propriétaire, qu'elle n'a pas dans ses stocks, qu'elle n'expédie pas et dont légalement elle ne saurait être tenue pour responsable. La place de marché n'est qu'un intermédiaire entre un vendeur et un acheteur.

On peut également noter qu'aucune disposition de la DSP ou du CMF ne limite l'application de ces dispositions aux personnes fournissant des services de paiement à titre d'activité principale. Au contraire, ces textes prévoient leur application à la fourniture de services de paiement à titre de profession habituelle¹, ainsi que la possibilité pour les établissements de paiement, d'exercer à titre de profession habituelle des activités autres que la prestation de services de paiement².

UNE APPROCHE EN FRANCE PLUS STRICTE QUE CELLE PRÉVUE PAR LES TEXTES EUROPÉENS ?

L'analyse d'impact de la Commission européenne sur l'application de la DSP a relevé des applications très divergentes des exclusions selon les États membres, ce qui a conduit à insérer dans le projet de DSP 2, présenté en juillet 2013, des clarifications bienvenues.

Les considérants de ce projet de directive³ précisent ainsi que certaines exclusions ont été utilisées au-delà de leur finalité, privant leurs utilisateurs de la protection qui leur était due et engendrant un handicap concurrentiel pour les acteurs réglementés du marché. Cela concerne :

- l'exclusion relative aux « agents commerciaux » qui a été utilisée pour des opérations de paiement gérées par des plates-formes de commerce électronique agissant en qualité d'intermédiaire pour le compte à la fois d'acheteurs et de vendeurs et ne disposant pas d'une marge réelle pour négocier ou conclure l'achat ou la vente de produits ou de services ;
- l'exclusion relative aux « réseaux limités » qui a été appliquée à de grands réseaux brassant des volumes de paiements élevés et donnant accès à de vastes gammes de produits et de services.

Il en ressort notamment que les places de marché qui sont des plates-formes de commerce électronique agissant en qualité d'intermédiaire pour le compte des acheteurs et des vendeurs entrent dans le champ d'application de la directive de 2007 et ne peuvent en sortir que dans l'hypothèse où elles ne permettent d'accéder qu'à un réseau limité de biens et services.

C'est ce que le projet de DSP 2 confirme en le formulant de manière plus explicite que dans la DSP 1 : l'exemption agent commercial ne s'applique pas aux places de marché telles qu'elles fonctionnent actuellement et qui relèvent donc du champ d'application de la régulation sur les services de paiement.

LA MISE EN CONFORMITÉ DES ENTITÉS QUI EXERCENT EN DEHORS DU CHAMP DE LA RÉGULATION EST-ELLE ASSEZ RAPIDE ?

Parmi les missions qui lui sont confiées par la loi, l'ACPR veille au respect de la réglementation bancaire et financière ainsi que de la protection des consommateurs et de l'ensemble des utilisateurs de services de paiement. Elle exerce ces missions avec pragmatisme dans le respect du principe de proportionnalité. Elle privilégie d'abord la discussion avec les personnes qui exercent ces activités en dehors du cadre de la réglementation et s'inscrit dans une démarche d'accompagnement de la mise en conformité plutôt que dans une communication systématique au procureur des faits d'exercice illégal dont elle a connaissance.

Les enjeux de la mise en conformité des acteurs sont multiples et doivent tous être pris en compte. C'est ce que fait l'ACPR, qui veille à assurer des conditions d'exercice équitables entre les acteurs en luttant contre l'exercice illégal, tout en laissant le temps aux personnes concernées de trouver le mode d'exercice des activités de services de paiement le plus adapté à leur fonctionnement afin de se mettre en conformité.

Cette démarche n'est possible qu'avec la participation des personnes concernées qui doivent s'engager sur des actions concrètes dans un calendrier raisonnable. C'est leur intérêt bien compris car, face à des entreprises concurrentes qui ne sont pas au même niveau de conformité juridique, les utilisateurs privilégieront à terme la sécurité d'un cadre réglementé plutôt que le risque de travailler avec une société en situation d'exercice illégal qui les priverait des protections offertes par la réglementation.

Les innovations technologiques transforment l'industrie des services de paiement. De nouveaux instruments et de nouveaux acteurs apparaissent. Ces activités sont régies par un corpus juridique récent, harmonisé au niveau européen mais pas totalement stabilisé (sortie de la DSP 2 début 2015, question de la fusion de la DSP et de la DME4). L'ACPR veille à ne pas désavantager les acteurs nationaux par rapport à ceux des pays qui peuvent intervenir en France via le passeport européen, suivant deux grands principes généraux inscrits dans les directives : le principe de proportionnalité, permettant d'ajuster l'intensité et le calendrier de son action, et le principe d'équité entre les intervenants (level playing field).

1. Point 2 de l'article 1 de la DSP et article L. 522-1 du CMF.
2. Point c du 1 de l'article 16 de la DSP et article L. 522-3 du CMF.
3. Considérants 11 et 12 du projet de DSP 2 présenté par la Commission.
4. Directive monnaie électronique.