

À propos de la transposition en droit français de la DSP 2

Pierre Storrer

Avocat à la Cour
Kramer Levin LLP*

1- De la banque en ligne. La directive (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (la « DSP 2 »)¹ intéresse immédiatement le thème de la digitalisation², celui de la banque (ou néo-banque) en ligne en particulier. Car parmi les innovations portées par ce texte, il en est une spectaculaire, qui ouvre l'accès aux comptes de paiement à d'autres que ceux qui les tiennent. Or cet accès est à la condition expresse que les comptes soient accessibles « en ligne ». Autre nouveauté majeure : l'authentification forte du payeur, qui est requise notamment lorsqu'il accède à son compte de paiement en ligne ou initie une opération de paiement électronique (DSP 2, art. 97, transposé dans CMF, art. L. 133-44).

2- DSP. Le temps n'est pas si loin où la 1^{re} directive sur les services de paiement (la « DSP », dite parfois « directive SEPA »)³ creusait une brèche significative dans le monopole bancaire, qui laissa s'échapper les services de paiement (au nombre de sept), tandis que naissaient ceux qui avaient vocation à les fournir : les établissements de paiement (les « EP »), rejoints quelques années plus tard – mais ce n'est pas leur objet principal – par les établissements de monnaie électronique (les « EME »)⁴, les uns et les autres, avec les établissements de crédit, formant la catégorie des prestataires de services de paiement (les « PSP »).

3- Mais le temps passe vite. Si vite que le projet d'une révision de la DSP vit le jour dès le début des années 2010, fort du constat qui apparaît au considérant 3 de la DSP 2, que « la directive 2007/64/CE a été adoptée en décembre 2007, sur la base d'une proposition présentée par la Commission en décembre 2005. Depuis lors, avec l'apparition de nouveaux types de services de paiement et la croissance rapide des paiements électroniques et mobiles, le marché des paiements de détail a connu d'importantes innovations techniques qui mettent à l'épreuve le cadre actuel ». « Qui

mettent à l'épreuve le cadre actuel » : l'expression est significative, qui laisse entendre que la DSP craquait de part et d'autre, notamment sous les coups de butoirs de nouveaux intervenants (Fintechs) sur le marché (Sofort, IDEAL, Bankin, Linxo, etc.).

4- La DSP 2 est désormais transposée. Deux vagues de textes estivaux ont transposé la DSP 2 en droit français, dans le Code monétaire et financier (le « CMF ») essentiellement. Il y eut d'abord l'essentiel : l'ordonnance n° 2017-1252 du 9 août 2017 portant transposition de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (JO du 10 août) ; le complémentaire ensuite : deux décrets (dont un en Conseil d'État) et cinq arrêtés du 31 août 2017 (JO du 2 septembre). Le dispositif de transposition est complet, l'heure de son étude est venue.

5- Entrée en vigueur. La DSP 2 étant applicable « à partir » du 13 janvier 2018, les textes français entrent donc tous en vigueur à cette date. Mais voici : notre directive (elle n'est pas la seule) est suspendue à l'édiction de normes techniques de réglementation (ou RTS) par l'Autorité bancaire européenne (l'« ABE »), elles-mêmes en attente de prendre la forme de règlements délégués de la Commission européenne. Où l'on verra peu après que les innovations évoquées plus haut se trouvent concrètement paralysées, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes.

6- Spectaculaire. Oui, en effet, la DSP 2 innove spectaculairement lorsqu'elle permet (et garantit) aux utilisateurs de services de paiement de donner accès à leur compte de paiement à des PSP sans compte, cependant que les teneurs de comptes (banques pour l'essentiel), dans cette hypothèse de concurrence, se muent en « prestataires de services de paiement gestionnaires de compte ». De paisibles teneurs de comptes, les banques (essentiellement) se voient contraintes d'en gérer l'accès à quelques « hussards de passage » (notons bien que nous ne portons aucun jugement de valeur, ces hussards étant aussi, et davantage demain, les banques elles-mêmes) qui ont pour nom prestataires de services d'initiation de paiement (les « PSIP ») et prestataires d'information sur les comptes (les « PSIC ») – et, dans une moindre mesure, émetteurs d'instruments de paiement liés à une carte, à qui l'on permet de demander au gestionnaire de compte confirmation de la disponibilité des fonds. Ceux-là, donc, sur la foi du consentement « explicite » (DSP 2), « explicite » ou « exprès » (CMF), de leurs clients, auront accès à leurs données de compte, ce qui n'est pas rien, à l'heure surtout où s'annonce l'entrée en application (le 25 mai 2018) du règlement général sur la protection des données (le « RGPD »)⁵.

7- Nouveaux services 7° et 8°. Plutôt que de donner une définition de la notion de service de paiement, le législateur européen, dans la DSP comme dans la DSP 2, a choisi d'en dresser une liste, qui était de sept, et dorénavant de huit services de paiement ; liste que l'on trouve à l'article L. 314-1, II du CMF et qui compte donc aujourd'hui (au prix de la

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

1 - Cf. P. Storrer, *Abécédaire de la DSP 2*, Revue Banque n° 793, févr. 2016, p. 88 ; DSP 2 : le futur du paiement, Hors-Série Banque & Droit, juill.-août 2016, coord. P. Storrer.

2 - On se souvient que la DSP 2 fut préparée par un livre vert (Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile, COM(2011) 941 final, 11 janv. 2012), qui faisait le constat, dès son introduction, que « le commerce est en train de basculer du monde réel vers le monde virtuel ».

3 - Dir. 2007/64/CE, 13 nov. 2007, transposée par Ord. n° 2009-866, 15 juill. 2009.

4 - Dir. 2009/110/CE, 16 sept. 2009 (la « DME 2 »), transposée par L. n° 2013-100, 28 janv. 2013.

5 - Règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016.

disparition de l'ancien service 7°) un nouveau service 7° d'initiation de paiement et 8° d'information sur les comptes. L'un est défini (les définitions des services de paiement sont une nouveauté dans le CMF) comme « un service consistant à initier un ordre de paiement à la demande de l'utilisateur de services de paiement concernant un compte de paiement détenu auprès d'un autre prestataire de services de paiement » (CMF, art. D. 314-2, 6°) ; l'autre s'entend d'« un service en ligne consistant à fournir des informations consolidées concernant un ou plusieurs comptes de paiement détenus par l'utilisateur de services de paiement soit auprès d'un autre prestataire de services de paiement, soit auprès de plus d'un prestataire de services de paiement » (CMF, art. D. 314-2, 7°). Si l'information sur les comptes se conçoit aisément (on parle souvent au demeurant d'agrégation de données), l'initiation de paiement demeure plus obscure. Disons qu'elle permet de payer en ligne par virement (en lieu et place de la carte) et, par ailleurs, qu'elle offre au bénéficiaire (commerçant en ligne) l'assurance que le paiement a été initié, de sorte qu'il sera encouragé à livrer les biens ou fournir les prestations sans retard.

8- Nouvelles modalités de l'accès au compte, mais... Le chapitre III du titre III du livre I^{er} du CMF (art. L. 133-1 et s.), siège du droit des opérations de paiement, est, dans un premier temps, renommé : « Les règles applicables aux autres instruments de paiement et à l'accès aux comptes » ; dans un second, une section 13 est créée, qui s'intitule : « Modalités d'accès aux comptes de paiement ». Trois articles, denses, y régissent les conditions d'intervention de l'émetteur d'instruments de paiement liés à une carte (CMF, art. L. 133-39), du PSIP (CMF, art. L. 133-40) et du PSIC (CMF, art. L. 133-41). Encore faut-il que le gestionnaire de compte vérifie l'identité du client et reconnaisse qu'il est sollicité par un tel PSP, d'où la prévision de normes d'authentification (forte)⁶ et de communication (sécurisée) à l'article 98 de la DSP 2. Or, comme nous l'avons esquissé plus haut, ces normes, si elles ont bien été définies par l'ABE, attendent encore d'accéder au droit par l'édiction d'un règlement délégué de la Commission. Or, non seulement ce règlement n'a pas été publié à ce jour mais, encore, il ne s'appliquera que dix-huit mois après sa publication. S'ouvre dès lors une étrange période transitoire (réglée par un fort article 34 de l'ordonnance de transposition) qui verra la mise en œuvre sécurisée des nouveaux services d'initiation de paiement et d'information sur les comptes (et de confirmation de la disponibilité des fonds) paralysée.

9- Protection des données, sécurité de l'accès aux comptes. Aussi rapide soit-il, un commentaire du dispositif de transposition de la DSP 2 ne peut omettre de s'arrêter sur six dispositions majeures en forme de principes directeurs (cela est rare) : les articles L. 521-5 à L. 521-10 du CMF. Concernant les données à caractère personnel, d'abord, il est dit que les PSP n'ont accès qu'à celles nécessaires à l'exécution de leurs services de paiement, ne les traitent et ne les conservent « qu'avec le consentement exprès de l'utilisateur de services de paiement » (CMF, art. L. 521-5), sauf autorisation légale qui leur est donnée « pour garantir la prévention, la recherche et la détection des fraudes en matière de paiement » (CMF, art. L. 521-6). Par suite, compétence exceptionnelle est donnée à la CNIL (par dérogation à la

pleine compétence de l'ACPR) pour veiller au respect des deux textes précédents (CMF, art. L. 521-7). Enfin, s'agissant de sécurité (voir encore les articles L. 521-9 et L. 521-10), il est reconnu à la Banque de France le pouvoir de s'assurer de la sécurité de l'accès aux comptes de paiement et à leurs informations dans le cadre de la fourniture des services 7° d'initiation de paiement et 8° d'information sur les comptes (CMF, art. L. 521-8). ■

6 - Cf. CMF, art. L. 133-4, f : « Une authentification forte du client s'entend d'une authentification reposant sur l'utilisation de deux éléments ou plus appartenant aux catégories « connaissance » (quelque chose que seul l'utilisateur connaît), « possession » (quelque chose que seul l'utilisateur possède) et « inhérence » (quelque chose que l'utilisateur est) et indépendants en ce sens que la compromission de l'un ne remet pas en question la fiabilité des autres, et qui est conçue de manière à protéger la confidentialité des données d'authentification ».