Services de paiement et intermédiation commerciale

Qu'est l'encaissement de fonds pour le compte de tiers devenu ?

PIERRE STORRER*
Avocat au Barreau de Paris *
Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

À l'heure de la DSP 2, et des nouveaux contours de l'exclusion de l'agent commercial, il nous a paru intéressant d'observer le devenir de la notion d'encaissement de fonds pour le compte de tiers.

1. Inventaire. L'encaissement de fonds pour le compte de tiers vaut-il fourniture de services de paiement ? Telle est la question que nous posions à l'entrée de l'hiver 2014, en y répondant, assez franchement, par la négative, dès lors qu'une telle notion nous paraissait étrangère à la lettre, comme à l'esprit, du droit des services de paiement[1]. Dans le contexte particulier de l'arrêt *Macaraja*[2], un auteur avait significativement ouvert la voie de la contestation, critiquant la cour d'appel de Paris d'avoir érigé une plate-forme internet d'échange de *bitcoins* en prestataire de services de paiement (PSP), alors qu'en fait comme en droit, écrivait-il, elle eût pu demeurer utilisateur desdits services[3]. Un autre professeur de droit prit le relais qui, sur un registre éditorial s'y prêtant, dénonça l'« impérialisme » de l'ACPR, voyant des services de paiement là (*marketplaces*) où ils n'y seraient pas[4]. Faisions-nous fausse route ? Quoi qu'il en soit, l'ACPR, dans un numéro de sa Revue du début de l'année 2015, consciente que son action « *suscite parfois des interrogations ou des critiques* », s'en expliqua notamment ainsi : « *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*[5]. »

L'engouement gagna même le législateur (« ordonnateur » serait plus correct) qui, au prétexte d'encadrer le financement participatif et dans la continuité de la doctrine de l'ACPR et de l'AMF en cette matière[6], leva une option de la DSP[7] restée en suspens : « *Pour l'exercice de leur activité, les plates-formes de dons ou de prêts sont susceptibles de recevoir des fonds. Pour faciliter le développement de cette activité, il est créé un régime prudentiel allégé des établissements de paiement*[8]. » Quelques années après, il est intéressant d'observer les termes employés par la Commission européenne dans sa proposition du 8 mars 2018 de règlement relatif aux prestataires européens de services de financement participatif dans les entreprises, dont le considérant 21 nous apprend que, « *pour détenir des fonds de clients et fournir des services de paiement, il est nécessaire d'être agréé en tant que prestataire de services de paiement* », que « *l'agrément en tant que prestataire de services de financement participatif ne suffit pas à respecter cette obligation* » et qu'« *il y a donc lieu de préciser qu'un prestataire de services de financement participatif qui fournit des services de paiement en relation avec ses services de financement participatif doit aussi être agréé en tant qu'établissement de paiement* ».

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

1. Cf. P. Storrer, « L'encaissement de fonds pour le compte de tiers vaut-il fourniture de services de paiement ? », *Revue Banque* n° 777, nov. 2014, p. 86.
2. CA Paris 26 sept. 2013, n° 12/00161, *SAS Macaraja c/ SA Crédit Industriel et Commercial*.
3. Cf. Th. Bonneau, « Une société qui utilise un compte bancaire sur lequel transitent des *bitcoins* est-elle un prestataire de services de paiement ? », *JCP E* n° 8, 20 févr. 2014, 1091.
4. Cf. M. Roussille, « *Marketplaces* et services de paiement : jusqu'où ira l'impérialisme de l'ACPR ? », *Revue de droit bancaire et financier*, nov.-déc. 2014, Focus 23.
5. Cf. La régulation des nouveaux intervenants du marché des services de paiement, *Revue ACPR* n° 21, janv.-févr. 2015, p. 6. *Adde*, ACPR, Rapport annuel 2014, p. 49 : « *[…] l'essor du commerce par Internet s'est accompagné du développement des places de marché qui proposent à la vente des biens ou services commercialisés par des tiers et encaissent à ce titre l'argent des acheteurs pour le compte des vendeurs. Dès lors que l'activité des places de marché induit la fourniture de services de paiement, cela implique un agrément, un enregistrement en tant qu'agent de prestataire de service de paiement ou une habilitation résultant du passeport européen* », et Rapport annuel 2015, p. 44 : « *D'autres établissements de paiement accompagnent aussi certains acteurs économiques dont l'activité comporte une composante en services de paiement et qui ne souhaitent pas ou ne peuvent pas être agréés directement, comme, par exemple, les plateformes de finance participative (prêts et dons), les plateformes d'économie collaborative, les places de marché ou les cagnottes.* »
6. Cf. ACPR et AMF, « S'informer sur le nouveau cadre applicable au financement participatif (*crowdfunding*) », 30 sept. 2014 et mises à jour les 26 août 2016 et 9 mai 2017, pp. 2-3 : « *Attention : Si le site internet encaisse des fonds pour le compte de tiers dans le cadre des opérations de financement participatif, la plateforme doit être agréée a minima en qualité d'établissement de paiement (EP) par l'ACPR ou être enregistrée en tant qu'agent de prestataire de services de paiement (APSP).* »
7. Dir. 2007/64/CE, 25 nov. 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur.
8. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif.

Alors, que reste-t-il de cette idée (ou notion) d'encaissement de fonds pour le compte de tiers, dont on a lu qu'elle n'était pas une qualification juridique, mais qui y conduit tout droit ? Et bien pas grand-chose, mais aussi beaucoup.

2. Que reste-t-il de l'encaissement de fonds pour le compte de tiers ? Pas grand-chose, d'abord (cela étant dit sans jugement de valeur), les passions sont, depuis, retombées et nous n'avons guère progressé sur un plan théorique, ni du côté du ou des régulateurs, ni de celui des commentateurs. Sauf qu'il demeure comme une idée, un a priori tenace, que les *marketplaces*, en particulier, seraient « *en mal de statut* » au regard du droit des services de paiement, que la DSP 2 [9] serait, peut-être, « *une aubaine* » pour elles et même qu'« *un véritable régime juridique a été institué, lequel impose désormais aux places de marché une mise en conformité rapide aux règles de la "DSP 2"* » [10]. Or, autant il est vrai qu'un nouveau (encore petit) droit (français) des plates-formes a intégré notre Code de la consommation [11], autant nous peinons à le trouver dans la 2e directive relative aux services de paiement, exception faite, bien sûr, d'une brève disposition relative à l'exclusion de l'agent commercial, sur laquelle nous allons revenir. Disons-le : le droit des paiements n'a pas vocation à ériger les *marketplaces* en PSP (ni même en agent de PSP)… sauf à préqualifier leur activité d'encaissement de fonds pour le compte de tiers, ce qui en fait déjà au moins des intermédiaires de paiement inévitables.

Beaucoup, ensuite, si l'on veut bien en mesurer les effets, dans la mesure précisément où la théorie de l'encaissement de fonds pour le compte de tiers a conduit de nombreuses plates-formes opérant sur le marché français à prendre statut, de manière souvent très artificielle, en tout cas désordonnée, non pas bien entendu de PSP (ce n'est pas leur métier), mais d'agent de PSP (ou de distributeur d'un établissement de monnaie électronique), ainsi que le permettent les articles L. 523-1 et suivants (ou L. 525-8 et suivants) du Code monétaire et financier (CMF). Artificielle, disons-nous, car, à l'usage, on s'aperçoit que lesdites plates-formes et autres places de marché n'exercent en réalité aucune activité de services de paiement, ni même ne participent de près ou de loin au KYC de leurs clients utilisateurs de services de paiement (certes, ce n'est pas une cause de réglementation, mais un indice fort de celle-ci [12]). Car, en pratique, la mise en œuvre des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT) est chose bien trop sérieuse, et dangereuse, pour être abandonnée à d'autres par les établissements réglementés, tandis qu'ils en demeurent, quoi qu'il en soit, seuls responsables. Désordonnée, peut-on ajouter, dès lors qu'à la suite d'un premier mouvement plutôt favorable à ce que les plates-formes opèrent « en » monnaie électronique et en qualité de distributeur a succédé un repli général en faveur de la seule prestation de services de paiement, intermédiée par des agents.

Les conséquences en matière de contrôle interne, de LCB-FT ou encore d'externalisation sont nombreuses, et pas seulement vis-à-vis des acteurs français du marché des paiements. Car la qualification d'agent ou de distributeur opère aussi point de rattachement au droit du pays d'accueil (la France, donc), lorsque tel ou tel PSP agit par voie de passeport en libre établissement ; par voie de passeport « agent » dit-on aujourd'hui sous l'empire du règlement délégué (UE) 2017/2055 du 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. Si bien que, par dérogation au principe essentiel de la compétence de l'État membre d'origine lorsqu'un PSP agit sur un autre territoire européen [13], juridiction exceptionnelle est donnée à l'État membre d'accueil pour appliquer les 4e directive et règlement antiblanchiment [14], ainsi que l'exprime le considérant 43 de celle-ci : « *Lorsqu'une entité assujettie exploite des établissements dans un autre État membre, y compris par l'intermédiaire d'un réseau d'agents ou de personnes distribuant de la monnaie électronique conformément à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2009/110/CE, il incombe à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil de faire observer les règles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme par les établissements en question, y compris, au besoin, en procédant à des inspections sur place et à un contrôle en dehors du site, et en prenant les mesures appropriées et proportionnées pour remédier à des manquements graves à ces obligations.* » Sachant que, par ailleurs, agents ou distributeurs caractériseront autant d'« *établissements* » dans le pays d'accueil, obligeant le cas échéant à la nomination d'un « *point de contact central* » en vertu du tout jeune règlement délégué (UE) 2018/1108 du 7 mai 2018 complétant la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation précisant les critères relatifs à la nomination des points de contact centraux des émetteurs de monnaie électronique et des prestataires de services de paiement et par des règles quant à leurs fonctions. Or, si les plates-formes étaient demeurées dans le registre qui est le leur, celui d'agents commerciaux, il en irait autrement.

3. **De l'agent commercial non prestataire de services de paiement.** Qu'on le veuille ou pas, l'encaissement de fonds pour le compte de tiers n'est pas une « notion DSP » (et donc « CMF ») ; c'est bien l'exclusion de l'agent commercial du champ d'application du droit des paiements

9. Dir. (UE) 2015/2366, 25 nov. 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

10. A. Maymont, « Les *marketplaces* – De l'incertitude du statut juridique au choix contraignant d'un statut », JCP E, n° 21-22, 25 mai 2017, 1 295.

11. Cf. not. C. cons., art. L. 111-7 et s et D. 111-6 et s., en particulier issus de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

12. Remarquons seulement que l'article 65 de l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne fait obligation aux PSP de « compromettre » leurs intermédiaires de paiement : « *Quand les entreprises assujetties recourent à des agents, dans les conditions du I de l'article L. 523-1 du code monétaire et financier, ou à des personnes en vue de distribuer, pour leur compte, de la monnaie électronique, dans les conditions posées aux articles L. 525-8 et suivants du même code, des procédures spécifiques prévoient les modalités de mise en œuvre des obligations de vigilance prévues par le code monétaire et financier et les conditions dans lesquelles ces agents et personnes leur transmettent toute information utile à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.* »

13. Cf. DSP 2, art. 28, 29 et 30.

14. Cf. DSP 2, art. 31, 2, renvoyant à Dir. (UE) 2015/849, 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme et Règl. (UE) 2015/847, 20 mai 2015, sur les informations accompagnant les transferts de fonds.

qui l'est. De sorte que c'est à elle, et à elle seule, qu'il faut confronter désormais le rôle, les flux et les responsabilités des plates-formes. Alors qu'en est-il ?

Au titre des exclusions de son champ d'application, l'article 3, b) de la DSP prévoyait déjà qu'elle ne s'appliquait pas « *aux opérations de paiement allant du payeur au bénéficiaire, par l'intermédiaire d'un agent commercial habilité à négocier ou à conclure la vente ou l'achat de biens ou de services pour le compte du payeur ou du bénéficiaire* », l'expression d'« *agent commercial* » devant sans doute (mais nous n'en savons rien) s'entendre en un sens non strictement juridique[15] et viser tout opérateur ou intermédiaire commercial (le CMF ne reprend d'ailleurs pas les termes d'agent commercial). Mais voilà que, dans un important considérant 11 (important, car c'est sur la foi de ce texte que l'on pourra déterminer si l'on est dans ou hors champ d'application), la DSP 2 a rectifié les contours de l'exclusion : « *L'exclusion du champ d'application de la directive 2007/64/CE des opérations de paiement réalisées via un agent commercial pour le compte du payeur ou du bénéficiaire fait l'objet d'une application très divergente selon les États membres. Certains d'entre eux permettent l'utilisation de l'exclusion par des plates-formes de commerce électronique agissant en qualité d'intermédiaires pour le compte à la fois d'acheteurs et de vendeurs sans disposer d'une marge réelle pour négocier ou conclure l'achat ou la vente de produits ou de services. Une telle application de l'exclusion va au-delà de la portée qu'elle était censée avoir dans ladite directive et est susceptible d'accroître les risques encourus par les consommateurs, ces prestataires demeurant en dehors de la protection du cadre juridique. Les divergences des pratiques en matière d'application faussent également la concurrence sur le marché des paiements. Pour répondre à ces préoccupations, l'exclusion devrait dès lors s'appliquer lorsque les agents agissent uniquement pour le compte du payeur ou uniquement pour le compte du bénéficiaire, qu'ils soient ou non en possession des fonds des clients. Lorsque les agents agissent à la fois pour le compte du payeur et du bénéficiaire (comme par le biais de certaines plates-formes de commerce électronique), ils devraient être exclus uniquement s'ils n'entrent à aucun moment en possession des fonds des clients ni n'exercent de contrôle sur ces fonds.* »

Dès lors, la réglementation des services de paiement ne s'applique pas « *aux opérations de paiement allant du payeur au bénéficiaire, par l'intermédiaire d'un agent commercial habilité par contrat à négocier ou à conclure la vente ou l'achat de biens ou de services pour le compte du payeur uniquement ou du bénéficiaire uniquement* » (DSP 2, art. 3, b)) ; à « *la réalisation d'opérations de paiement allant du payeur au bénéficiaire, par l'intermédiaire d'une personne habilitée par contrat à négocier ou à conclure la vente ou l'achat de biens ou de services pour le compte du payeur uniquement ou du bénéficiaire uniquement* » (CMF, art. L. 314-1, III, 3°). L'exclusion de l'agent commercial fait ainsi son entrée dans notre CMF et c'est au regard du considérant 11 de la DSP 2 qu'il convient de l'interpréter dorénavant, si possible de manière uniforme d'un pays à l'autre, si l'on veut que la concurrence entre PSP joue à plein. De deux choses l'une en conséquence :

– peu importe que l'agent commercial entre, ou non, en possession des fonds des clients s'il n'agit que pour le compte du payeur (acheteur) ou que pour celui du bénéficiaire (vendeur) : il demeure étranger au droit des paiements et peut opérer sans autre qualité que celle d'intermédiaire commercial ;

– il peut encore y échapper (certes, c'est aller au-delà du texte de l'article 3, b) de la DSP 2, mais allons-y) s'il agit dans l'intérêt des deux (places de marché), mais seulement s'il n'entre à aucun moment en possession des fonds (*i. e.* encaissement) ni n'exerce de contrôle sur ces fonds (le crière est ici plus difficile à manier).

Mais alors, serions-nous revenus à notre bon vieil encaissement de fonds pour le compte de tiers ? L'entrée en possession des fonds[16] (ou leur contrôle) ne ressemble-t-elle pas furieusement à leur encaissement ? Certes, à ceci près toutefois que l'idée d'encaissement de fonds pour le compte de tiers préqualifie, ou préjuge, une « *activité de services de paiement* », cependant que la DSP 2 prend comme point d'appui une « *activité commerciale* » et fonde au demeurant son appréciation de celle-ci sur la marge « *réelle* » de négociation des plates-formes ; que l'idée (l'exception) française de l'encaissement poursuit une logique d'« *inclusion* », lorsque le droit européen pose une « *exclusion* » de l'agent commercial. Or quand bien même cette dernière s'est sensiblement rétrécie avec la DSP 2, elle ne fait pas des *marketplaces* des PSP obligés, leur laissant la possibilité de demeurer utilisateurs de services de paiement, sauf à côtoyer de trop près les fonds des clients. Dans la lettre, dans l'esprit et, n'en doutons pas, en pratique demain, c'est là une différence de nature fondamentale. ■

Achevé de rédiger le 3 septembre 2018.

15. Comp. la définition de l'agent commercial par l'article 134-1 de notre Code de commerce.

16. Comp. le seul autre acteur dont l'exclusion du champ de la réglementation est à la condition qu'il n'entre pas lui-même en possession des fonds : sont exclus de la DSP 2 les « *services fournis par des prestataires de services techniques à l'appui de la fourniture de services de paiement, sans qu'ils entrent, à aucun moment, en possession des fonds à transférer et consistant notamment dans le traitement et l'enregistrement des données, les services de protection de la confiance de la vie privée, l'authentification des données et des entités, les technologies de l'information et la fourniture de réseaux de communication, ainsi que la fourniture et la maintenance des terminaux et dispositifs utilisés aux fins des services de paiement, à l'exception des services d'initiation de paiement et des services d'information sur les comptes* ». À l'inverse, les prestataires de ces deux derniers nouveaux services de paiement n'entrent pas en possession des fonds mais sont pourtant réglementés.