CHRONIQUE

NOUVEAUX MOYENS DE PAIEMENT, BANQUE DIGITALE ET PROTECTION DES DONNÉES

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

MYRIAM ROUSSILLE
Agrégée des facultés de Droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne Affaires-Finance

RATIFICATION DE L'ORDONNANCE DSP 2 : ENTRE SOULAGEMENT ET AGACEMENT

Commentaire de Myriam Roussille

Nécessité d'une ratification. La deuxième directive relative aux services de paiement[1], dite « DSP 2 », que l'on ne présente plus, a fait son entrée en droit français, à la suite d'un processus de législation déléguée désormais bien rodé en droit bancaire et financier[2]. Elle a été transposée par l'ordonnance du 9 août 2017[3].

Les apports de la DSP 2 ont ainsi été intégrés dans notre système juridique par un texte qui a une nature hybride, mi-réglementaire mi-législative. Or toute ordonnance a vocation à être ratifiée par la loi[4]. Le Parlement peut à cette occasion reprendre la main sur le texte dont il a laissé le soin au Gouvernement d'adopter la première version. La ratification est ainsi l'occasion de rectifications, d'ajustements voire d'arbitrage sur des sujets qui peuvent avoir laissé explicitement ou implicitement une certaine marge de liberté aux États.

L'ordonnance de transposition de la DSP 2 avait soulevé des questions – quant à l'assiette des comptes dont il convenait d'ouvrir l'accès aux nouveaux prestataires – et elle a ouvert une période transitoire qui a nourri des incertitudes. La loi de ratification, adoptée le 3 août 2018[5], répond aux attentes des acteurs de la place sur ces deux sujets, en fermant un débat important sur l'ouverture du droit d'accès aux données de comptes non visés par la DSP 2 et en offrant au pouvoir réglementaire la possibilité d'encadrer les pratiques durant la période qui perdurera jusqu'à l'entrée en application des normes techniques européennes. Elle est à cet égard synonyme de soulagement. Mais, parallèlement, elle a aussi prévu un nouveau dispositif qui pourrait, à terme, faire évoluer les habitudes en matière de retrait d'espèces, ce qui pourrait constituer pour les banques une source d'agacement.

I. Soulagement ? Des ambiguïtés des autorités sur le *web scraping*

Pas d'extension de l'accès aux comptes. Depuis la transposition en France de la DSP 2, la rumeur courait que Bercy pourrait décider d'élargir l'accès aux comptes d'épargne (voire d'assurance vie). L'apport majeur de la DSP 2 est en effet d'avoir ouvert la possibilité aux titulaires de comptes de donner accès à leurs comptes de paiement à deux nouvelles catégories de prestataires : les prestataires de services d'information sur les comptes

1. Dir. (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.
2. L'article 70 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II ») a habilité le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la transposition de la DSP 2.
3. 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 : JORF n° 0186 du 10 août 2017, texte 26 ; M. Roussille et P. Storrer, « Transposition de la DSP 2 en droit français : morceaux choisis », Banque et Droit n° 175, sept.-oct. 2017, p. 52.
4. J.-E. Gicquel, « Ordonnances », Jurisclasseur Administratif, Fasc. n° 35,
5. L. n° 2018-700 du 3 août 2018 ratifiant 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 : JORF n° 0179 du 5 août 2018, texte n° 4. Sur ce texte : P. Storrer, « Sur la loi de ratification de l'ordonnance de transposition de la DSP 2 », Rev. Banque n° 824, p. 92.

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

Enfin, le texte exclut toute possibilité de proposer ce service lors d'un paiement par chèque ou par titres spéciaux de paiement.

Lutte antiblanchiment. Enfin, un cadre est prévu afin de concilier ce nouveau service de fourniture d'espèces avec la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Le pouvoir réglementaire devra fixer, par décret, le montant minimal de l'opération de paiement d'achat de biens ou de services dans le cadre de laquelle des espèces pourront être fournies au consommateur qui le demande et le montant maximal en numéraire pouvant être décaissé par le commerçant.

Le nouveau dispositif conduit aussi la Banque de France à se voir confier un nouveau pouvoir de régulation. En cas de menace pour la qualité de la circulation fiduciaire ou d'événement exceptionnel ayant pour conséquence d'entraver de manière significative l'approvisionnement de billets en euros, elle pourra, après en avoir informé le ministre chargé de l'économie, autoriser temporairement un plafond supérieur ou inférieur à celui qui sera arrêté par le pouvoir règlementaire et ajuster la liste des instruments de paiement ne permettant pas la fourniture d'espèces. Elle pourra même à tout moment mettre fin à ce régime temporaire. ■

■ Nouveaux services de paiement : le gestionnaire de compte doit-il vérifier le consentement de son titulaire lorsqu'il y donne accès ?

Commentaire de Pierre Storrer

1. La question est évidemment cruciale pour les uns comme pour les autres. Une *Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC* a donné la réponse suivante : « *It is the EBA's view, after discussing it with the Commission, that, where AIS or PIS are provided to a payment service user (PSU) following a contract that has been signed by both parties, ASPSPs do not have to check consent. It suffices that AISPs and PISPs can rely on the authentication procedures provided by the ASPSPs to the PSU, when it comes to the expression of explicit consent*[1]. »

Où les « RST on SCA and CSC » sont les *Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentification and Common and Secure Communication*, désormais contenus dans le règlement délégué (UE) 2018/389 du 27 novembre 2017 complétant la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation relatives à l'authentification forte du client et à des normes ouvertes communes et sécurisées de communication ; AIS est l'*Account Information Service* (soit le nouveau service 8 d'information sur les comptes) et AISP leurs *providers* ; PIS est le *Payment Initiation Service* (soit le nouveau service 7 d'initiation de paiement) et PISP leurs *providers* et, enfin, où les ASPSP sont les *Account Servicing Payment Service Providers*, ces prestataires de services de paiement indifférenciés qui, dans la DSP 2 et au contact des prestataires sans compte qui sollicitent un accès au compte qu'ils ne tiennent pas, se muent en prestataires de services de paiement gestionnaires de compte.

Une fois ce jargon de l'EBA devenu intelligible (ou à peu près), on comprend que l'Autorité bancaire européenne est d'avis que les prestataires de services de paiement gestionnaires de comptes n'ont pas à vérifier le consentement (explicite) donné par un titulaire de compte à l'accès à celui-ci, dès lors toutefois qu'un contrat a été signé entre ce dernier et les prestataires de services d'initiation de paiement (PSIP) ou d'information sur les comptes (PSIC). Il suffit, est-il ajouté, que ceux-ci puissent se fier aux procédures d'authentification fournies par les teneurs de compte, sur la foi d'un consentement explicite.

2. Ces précisions sont bienvenues, dans la mesure où, dans la DSP 2, l'expression (et la destination) du consentement (explicite) du client utilisateur de services de paiement est diverse :

– double consentement donné à la fois au gestionnaire de compte et à l'émetteur d'instruments de paiement liés à une carte pour qu'il demande confirmation de la disponibilité des fonds (art. 65 et CMF, art. L. 133-39) ;

– consentement, non pas à un prestataire déterminé, mais à l'exécution d'un paiement initié par un PSIP selon le droit commun de l'autorisation d'une opération de paiement (art. 66 et CMF, art. 133-40) ;

– enfin, consentement donné par l'utilisateur de services de paiement au PSIC afin qu'il fournisse ses services (art. 66 et CMF, art. L. 133-41)[2].

Si l'on se tourne du côté du fameux règlement délégué Autentification forte et communication sécurisée[3], cité plus haut, c'est le point 3 de son article 32 – relatif aux obligations applicables à une interface dédiée – qui, manifestement, a donné lieu à discussion. Son texte est le suivant : « *Les prestataires de services de paiement gestionnaires de comptes qui ont mis en place une interface dédiée veillent à ce que cette interface n'entrave pas la prestation de services d'initiation de paiement et d'information sur les comptes. Les entraves peuvent consister notamment à empêcher l'utilisation par les prestataires de services de paiement visés à l'article 30, paragraphe 1, des données de sécurité émises par les prestataires de services de paiement gestionnaires de comptes à l'intention de leurs clients, à imposer la redirection vers l'authentification ou d'autres fonctions du prestataire de services de paiement gestionnaire du compte, à exiger des agréments et enregistrements en plus de ceux prévus*

1. EBA-Op-2018-04, 13 juin 2018, n° 13.

2. Cf. P. Storrer, « Du consentement explicite à l'accès au compte dans la DSP 2 », Revue Banque n° 808, mai 2017, p. 70.

3. Pour une étude d'ensemble, cf. P. Storrer, « Derrière la DSP 2 : le règlement Authentification forte et Communication sécurisée », *Revue Banque* n° 820, mai 2018, p. 86.

aux articles 11, 14 et 15 de la directive (UE) 2015/2366 ou à demander des contrôles supplémentaires du consentement donné par les utilisateurs de services de paiement aux prestataires de services d'initiation de paiement et d'information sur les comptes. »

3. De fait, il ressort d'un autre document de l'EBA (*Consultation Paper – Draft Guidelines on the conditions to be met to benefit from an exemption from contingency measures under Article 33(6) of Regulation (EU) 2018/389 (RTS on SCA & CSC)*[4]) que : « *The EBA recognises that Article 32(3) RTS, with regard to what is or is not an obstacle to the provision of PIS or AIS, has generated much debate in the market both before and after publication of the RTS. The EBA assessed the potential interpretations of this provision and arrived at the view that the most plausible intention of this requirement is to ensure that PISPs, AISPs and CBPIIs*[5] *are not hindered in the provision of their services to PSUs and that there is a level playing field for all actors* » (n° 33).

Si bien que l'on peut lire dans le projet de 5e orientation contenu dans ce *Consultation Paper* ceci, qui confirme l'opinion de l'EBA par laquelle nous avons débuté cette brève incursion dans le monde nouveau – et semé d'embûches – de l'accès aux comptes par ceux qui ne les tiennent pas : « *The ASPSP should provide to the competent authority a confirmation that there are no additional checks on the consent given by the PSU to the PISP, AISP or CBPII to access the information of the payment account held in the ASPSP or initiate payments* » (5.2, c.).

Les prestataires d'accès aux comptes (de paiement) ne devraient donc pas être entravés dans la fourniture de leurs services par un « *additional check* » mené par les gestionnaires desdits comptes. Voilà un outil de moins que ces derniers auront à développer dans leurs interfaces. Il n'est pas sûr, toutefois, qu'ils en soient heureux. ■

Achevé de rédiger le 3 septembre 2018.

4. EBA/CP2018/09, 13 juin 2018.

5. *Card based payment instrument issuers.*