



Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique

Catherine HOUSSA

Avocate associée, Simont Braun, (Bruxelles)

Présidente de l'Association Européenne de Droit Bancaire et Financier (AEDBF- Belgium)

Board Member FinTech Belgium

Pour favoriser le développement incoercible de la finance numérique et la pérenniser, les instances européennes vont devoir résoudre la difficile équation entre la stabilité financière, la sécurité des investisseurs et des consommateurs financiers, et le soutien de l'innovation. Un fameux défi !

I – L'innovation financière

La crise financière de 2008, doublée de l'essor exponentiel des technologies, a construit un terreau propice à l'explosion de l'innovation financière. La révolution digitale, après avoir touché tous les secteurs du commerce, a plus récemment atteint le secteur financier, protégé par un environnement réglementaire spécifique. Tous les domaines de la finance sont désormais investis par de nouveaux

acteurs qui transforment le paysage bancaire et financier pour créer un écosystème numérique. Aux côtés des institutions financières, figurent aujourd'hui les grandes sociétés internationales totalement construites sur le numérique, les opérateurs de télécommunications mais également les *FinTechs*, ces *startups* innovantes qui ont comme objectif de repenser les services bancaires traditionnels grâce à la technologie et se posent de plus en plus en concurrentes des banques. Ces changements profonds sont porteurs d'opportunités mais également de risques.

II – La stabilité et la sécurité à l'aune de la finance numérique

A. La stabilité financière

Selon la définition utilisée par la Banque centrale européenne (BCE), la stabilité financière est une « situation dans laquelle le système financier – qui recouvre les intermédiaires financiers et les marchés et les infrastructures de marché – est capable de faire face aux chocs sans que des perturbations importantes n'apparaissent dans le processus d'intermédiation financière et dans l'offre globale de services financiers »¹.

Le maintien d'un système financier efficace et fiable pour les consommateurs est devenu, singulièrement depuis 2008, la ligne de conduite de la législation financière européenne. La prise de risques, intrinsèque à l'arrivée disruptive des *FinTechs*, doit être calculée, gérée et contrôlée car l'innovation financière peut incontestablement être un vecteur de crise si elle n'est pas correctement encadrée. La stabilité financière va donc essentiellement tirer profit d'une politique prudentielle appropriée en termes de réglementation et de contrôle. Un rôle de premier plan doit dès lors être dévolu à la politique macro-prudentielle, au côté de la politique micro-prudentielle plus traditionnelle². La politique du laisser-faire, longtemps portée au pinacle en matière de finance, a vécu. Aujourd'hui, singulièrement dans le chef des institutions européennes en charge de la finance, le contrôle et l'encadrement des marchés financiers sont et doivent rester les maîtres-mots.

1. <http://www.ecb.europa.eu/ecb/tasks/stability/html/index.fr.html>.

2. Alors qu'en matière de réglementation et de contrôle, la politique micro-prudentielle se concentre sur les institutions individuelles, la politique macro-prudentielle a pour objectif d'endiguer le risque systémique.

B. La sécurité des investisseurs et des consommateurs financiers

Dans cette course à l'innovation, il faut prendre garde de ne pas oublier les consommateurs et les investisseurs dont l'adhésion à la finance numérique sera à la mesure de sa réussite. La question de leur protection est d'ailleurs au cœur des préoccupations de l'Union européenne. Le contenu technique des produits financiers exige des connaissances de plus en plus pointues et il convient donc pour les autorités de contrôle de garantir un traitement honnête, équitable et professionnel de leurs utilisateurs. Les activités des nouveaux acteurs de la finance se déploient en outre dans un cadre réglementaire aux contours flous et les solutions proposées par la finance numérique touchent à divers secteurs du droit tels que la technologie de l'information, la réglementation financière, la protection des données ou encore la gouvernance. Les gains d'efficacité auxquels contribuent grandement l'innovation numérique et la diminution des coûts opérationnels qu'elle permet ne peuvent en effet en aucun cas justifier une diminution du niveau de sécurité du consommateur et de l'investisseur. La réglementation doit dès lors impérativement être adaptée pour susciter et maintenir la confiance tout en étant suffisamment flexible pour permettre le développement de nouveaux canaux de distribution. C'est incontestablement un défi que l'Union européenne doit relever, la finance numérique ayant intrinsèquement une vocation territoriale illimitée.

C. Les risques propres à la finance numérique

Dans ce nouvel environnement économique, il convient d'identifier les principales sources de risques et de vulnérabilités liés à la digitalisation de la finance et de sensibiliser l'ensemble des acteurs concernés et les autorités de surveillance à ces risques.

Ces risques sont sans aucun doute d'ordre technique. À cet égard, l'exemple qui saute aux yeux est celui de la technologie de la *blockchain*, sous-jacente au *bitcoin*. Il s'agit d'une technologie disruptive des échanges sur un réseau distribué, transparent, *a priori* totalement sécurisé et qui fonctionne sans organe central de contrôle. Son système d'échanges décentralisés pourrait se substituer à l'agrégation et à la

compensation des flux de paiements aujourd'hui pris en charge par les chambres de compensation. Si une désintermédiation radicale devait s'imposer, elle nécessiterait de s'assurer préalablement de la sécurité et de la capacité de la technique de la *blockchain* à gérer un volume de transactions aussi important que celui traité aujourd'hui par les tiers intermédiaires. Quant aux nouveaux modes de paiement (paiement à distance, par carte, par l'intermédiaire d'un portefeuille électronique, ou encore *via* des applications mobiles sur Smartphones), ils exigent également une connaissance précise des technologies qui les véhiculent.

La finance numérique peut également être porteuse de risques pour la stabilité financière.

Le crédit professionnel par recours aux financements alternatifs tel que le *crowdfunding* se développe de manière exponentielle. Les enjeux de stabilité financière liés à l'intervention des plates-formes, intermédiaires en financement participatif, sont aujourd'hui incontestablement limités car les montants collectés sont encore très inférieurs au crédit bancaire. L'inéluctable croissance de ces formes de financement alternatif devrait toutefois entraîner assez rapidement la collecte par les plates-formes de montants de plus en plus élevés. Le contrôle prudentiel devra à la fois porter sur la solidité de la plate-forme et sur ses modalités de fonctionnement, singulièrement lorsque l'objectif de celle-ci est de drainer l'épargne publique au profit d'une contrepartie financée.

III – L'adaptation de la réglementation à la finance numérique

A. À terme, un cadre européen harmonisé

L'importance d'avoir un cadre juridique et réglementaire propice à la digitalisation est une évidence : non seulement pour les *FinTechs*, mais également pour les acteurs traditionnels de la finance qui travaillent de plus en plus en partenariat avec ces dernières. Il n'y a donc pas de doute sur le fait que les acteurs innovants de la finance doivent être régulés. Nombre d'entre eux ont d'ailleurs bien compris que disposer d'un agrément valide le *business model* et confère à l'activité exercée légitimité et stabilité.

Une autre certitude est que la régulation de la finance numérique doit être harmonisée au niveau européen. L'innovation technologique financière, dont le vecteur principal est Internet, ne connaît par

nature pas de frontière. Cette caractéristique met en lumière l'exigence d'une coordination régulière des autorités de contrôle nationales entre elles et avec le superviseur européen. Chaque contrôleur national doit donc peser concrètement sur les décisions européennes en matière de digitalisation des activités bancaires et financières. L'Europe doit créer un terrain favorable à l'innovation et, dès lors, favoriser sa compétitivité au niveau mondial. Reste à savoir comment s'y prendre.

Dans un monde idéal, tous les acteurs exerçant une activité identique devraient obéir aux mêmes règles. L'on plaiderait donc *a priori* pour une approche neutre à l'égard des nouveaux acteurs de la finance en évitant d'instaurer des règles dérogatoires selon les caractéristiques de l'acteur prestant une activité régulée, l'objectif étant de maintenir un *level playing field* par type d'activité quel que soit celui qui l'exerce et éviter ainsi de complexifier la réglementation et son contrôle. Cette approche unidimensionnelle, pour séduisante qu'elle soit, n'en n'est pas moins simpliste, faisant fi des spécificités de la finance numérique et de ses acteurs. Plusieurs caractéristiques propres aux *FinTechs* justifient à l'évidence une adaptation de la réglementation existante. On citera notamment la nécessaire rapidité de mise en œuvre de leur produit par hypothèse innovant, les particularités de leur structure essentiellement évolutive en moyens humains et financiers et enfin la dimension intrinsèquement internationale de leur activité qui plaide pour une réglementation complètement harmonisée pour des activités bien identifiées et à un stade suffisamment avancé de développement.

B. Aujourd'hui, accompagnement de l'innovation par les régulateurs nationaux

La création d'une *FinTech* pose immédiatement la question de la qualification juridique de l'activité qu'elle se propose de lancer. Cette qualification est souvent malaisée car, par essence, l'innovation ne reproduit pas un modèle existant³. Bien souvent, cette activité ne répond que partiellement aux conditions d'application d'une réglementation ou répond partiellement à celles de plusieurs d'entre elles. En outre, les législateurs nationaux transposent les directives européennes de manière différente. Ils varient entre une transposition littérale stricte et des surinterprétations (*gold plating*) de la législation européenne. Si la transposition des directives européennes est la prérogative des législateurs nationaux,

3. Un des exemples les plus emblématiques est celui du régime applicable aux monnaies virtuelles et à leurs plates-formes d'échange au regard des notions d'instrument de paiement et de services de paiement.

il n'en demeure pas moins qu'un cadre réglementaire fragmenté est en totale contradiction avec les objectifs fondamentaux de l'union bancaire européenne. La lutte contre cette surréglementation nationale doit donc être une préoccupation majeure dans le développement de la finance numérique.

Tant qu'il n'existe pas d'harmonisation européenne, une certaine souplesse de la part des régulateurs nationaux s'impose. La majorité des places financières et des autorités publiques ont désormais pris toute la mesure de l'enjeu d'une réglementation adaptée aux *FinTechs*. Comment accepter d'être flexibles tout en ne transigeant pas sur la sécurité, impératif non négociable quelle que soit la dimension de l'entreprise ? Pour ce faire, il existe, en synthèse, deux approches, non exclusives l'une de l'autre. Soit ces autorités envisagent une certaine proportionnalité des règles, en adaptant leurs exigences réglementaires à la dimension et à la jeunesse de l'entreprise destinée à être régulée mais en appliquant des règles identiques (c'est l'approche « graduée »), soit elles estiment que ces entreprises innovantes doivent être régulées selon un cadre spécifique (c'est l'approche de « ségrégation »).

C. Le guichet unique de l'ACPR et de l'AMF (France)⁴

Depuis juin 2016, les *FinTechs* françaises peuvent s'adresser à un « pôle commun » administratif mis en place par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et par l'Autorité des marchés financiers (AMF) afin de permettre aux sociétés concernées un meilleur fléchage selon la nature de leurs activités, c'est-à-dire selon qu'elles relèvent des paiements et des crédits (ACPR) ou bien de marché et de titres (AMF).

Un parcours unique permet aux *startups* d'éviter de refaire le processus d'examen et de validation de leur projet auprès de chaque régulateur. Dans ce modèle, il n'est pas question d'alléger les contraintes réglementaires pour les nouveaux entrants, mais bien de simplement les guider dans les arcanes de la réglementation pour leur permettre de savoir avec certitude et aussi rapidement que possible de quel(s) statut(s) ils dépendent. Le gouverneur de la Banque de France a précisé que leurs exigences pourraient toutefois être adaptées à la dimension de l'acteur à réguler, évoquant ainsi une certaine proportionnalité des règles. Cette possible adaptation ne pourrait toutefois en aucune manière se traduire par un nivellement par le bas de la sécurité.

4. L'on notera que le Royaume-Uni dispose d'un guichet unique depuis plus de 2 ans.

D. Le *Regulatory Sandbox* de la FCA (Royaume-Uni)

Après la création d'un guichet unique il y a plus de deux ans, le Royaume-Uni est passé à la vitesse supérieure, confirmant son statut envié de *leader* européen de l'innovation financière. Une initiative de la *Financial Conduct Authority* (FCA), autorité de contrôle en charge de la protection des consommateurs⁵, a débuté officiellement le 9 mai 2016. Il s'agit du « *Sandbox* », (littéralement « bac à sable ») réglementaire.

Le principe du « bac à sable » est d'offrir un cadre réglementaire adapté facilitant le déploiement rapide d'un concept innovant, dans des conditions réelles, mais sur un périmètre réduit (auprès d'un nombre limité de clients, par exemple). L'objectif est de permettre aux *FinTechs* de tester de nouvelles idées et de pouvoir s'assurer de la viabilité du modèle envisagé sans avoir à s'inscrire dès l'origine dans des processus de conformité lourds, longs et coûteux, et de subir immédiatement toutes les conséquences réglementaires d'un engagement dans une activité régulée. L'initiative ne s'adresse pas uniquement aux *startups* mais également aux acteurs opérant déjà sous un régime réglementé qui peuvent profiter d'une assistance en matière d'applicabilité des obligations auxquelles ils sont soumis (jusqu'à une possibilité de dérogation) et d'une protection contre les sanctions en cas de problèmes inattendus.

Ces allègements d'exigences ne sont toutefois proposés que dans certaines conditions. Ainsi, lors du dépôt de sa candidature, la *FinTech* doit démontrer le caractère innovant et l'apport de valeur aux consommateurs des activités qu'elle envisage d'exercer⁶.

Si la FCA considère que ses critères de sélection sont respectés, les expérimentations auprès de clients potentiels seront suivies de près dans le cadre d'un plan de pilotage adapté à l'activité. La conclusion des tests devra également donner lieu à l'établissement d'un bilan complet. Un aspect intéressant de cette *regulatory sandbox* est l'intention de la FCA de capitaliser sur les expériences des entreprises intégrées dans le programme et d'en partager les résultats avec l'ensemble de l'industrie bancaire et financière.

5. Les prérogatives de supervision financière sont quant à elles prises en charge par la *Bank of England* (BoE).

6. Les *startups* dont le modèle d'affaires requiert une licence bancaire ne peuvent pas utiliser le *Sandbox*. Un dispositif spécifique leur est réservé.

IV – La DSP2 : conciliation entre innovation, stabilité et sécurité

Plus que toute autre activité financière, les services de paiement sont essentiels au fonctionnement d'activités économiques et sociales vitales et renferment « un potentiel considérable et prometteur qu'il convient d'explorer de manière plus cohérente »⁷. L'Union européenne appelle de ses vœux plus de concurrence et d'innovation dans ce secteur. En créant un marché unique européen des paiements, l'Union a souhaité favoriser le développement mondial des entreprises européennes.

La directive révisée concernant les services de paiement, désignée sous l'acronyme DSP2⁸⁻⁹, est incontestablement la manifestation concrète de la volonté de l'Union européenne d'encourager le développement et l'utilisation de modes de paiements en ligne et par mobiles innovants tout en renforçant la protection des consommateurs et en améliorant la sécurité des paiements dans un environnement qui nourrisse la concurrence. En ce sens, la DSP2 devance les usages et encadre la révolution numérique. L'objectif n'est pas ici de donner au lecteur un accès exhaustif – ni même d'ailleurs partiel – à la DSP2 mais bien, dans le contexte limité de la présente contribution, de mettre en évidence son souci de solutionner, à travers un nouveau corps de règles, l'équation entre innovation, stabilité et sécurité.

Un constat s'est d'emblée imposé au législateur européen : certains prestataires lançaient des services de paiements numériques novateurs, sûrs et conviviaux qui ne rentraient toutefois dans aucune catégorie établie par la DSP1. Une réforme réglementaire s'imposait dès lors pour permettre d'offrir ces nouveaux services de paiement aux consommateurs et aux détaillants de l'Union. C'est dans ce contexte d'innovation que la DSP2 a consacré l'existence de deux nouveaux acteurs du paiement, les prestataires de services d'initiation de paiements¹⁰, communément appelés les « initiateurs de paiement », et les

7. DSP2, considérant (4).

8. En anglais PSD2.

9. Directive (UE) n° 2015/2366 du Parlement et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le Règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la Directive 2007/64/CE, *JOUE*, L. 337, 23 décembre 2015, p. 35.

10. DSP2, art. 4. 15 : [« service d'initiation de paiement », 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].

prestataires de services d'information sur les comptes¹¹, quant à eux dénommés les « agrégateurs de comptes ». L'initiateur de paiement est autorisé à donner électroniquement à une banque une instruction de paiement à partir du compte bancaire de l'un de ses clients. Les paiements peuvent donc dorénavant être initiés directement à partir des comptes du payeur, lequel se contente de confirmer ses instructions. Quant à l'agrégateur de comptes, il est autorisé, avec l'accord du titulaire de comptes bancaires, à collecter les données de ces comptes afin d'être en mesure de fournir à leur titulaire une vision globalisée de l'état de ses comptes. Les consommateurs bénéficient grâce à l'agrégation d'une plus grande visibilité sur l'ensemble de leurs comptes et d'un confort de gestion. Une des conséquences – et non des moindres – est que les banques doivent désormais ouvrir leurs systèmes d'information à ces tiers capables d'initier à leur place les paiements et/ou d'offrir une vision consolidée de l'état des comptes. L'arrivée de la DSP2 va donc bouleverser les rôles et faire de la banque une véritable infrastructure accessible à une multitude de prestataires de services de paiement.

La DSP2 offre à ces nouveaux entrants leurs lettres de noblesse et la crédibilité indispensable à leur croissance en organisant leur agrément et leur surveillance par l'autorité de contrôle prudentielle de leur État d'origine. Tout en ouvrant le marché des services de paiements à ces nouveaux acteurs, l'Union tient toutefois à assurer à tous les acteurs de ce marché, qu'ils soient déjà en place ou nouveaux venus, des conditions équivalentes d'exercice de leur activité¹². L'approche de l'Union est cependant graduelle. Comme c'était déjà le cas dans la DSP1, les conditions d'octroi et de maintien de l'agrément incluent des exigences prudentielles proportionnées aux risques opérationnels et financiers auxquels les entités régulées sont exposées dans le cadre de leur activité spécifique. Les exigences prudentielles requises, notamment en matière de capital initial, sont adaptées au risque lié à chaque service de paiement fourni. Les prestataires de services de paiement qui ne fournissent que des services d'initiation de paiement doivent être considérés comme comportant un risque moyen en ce qui concerne le capital initial. Le souci est donc bien de n'imposer que des contraintes concrètement justifiées répondant ainsi à l'un des vœux les plus chers aux acteurs disruptifs de la finance de discriminer les exigences prudentielles en fonction des risques réels présentés par les activités et non, de manière générale, selon leur statut.

11. DSP2, art. 4. 16 : [« service d'information sur les comptes », 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].

12. Voy. considérants 6 et 21 de la DSP2.

Dans un même temps, le législateur européen se devait de prendre en compte l'accroissement des risques de sécurité liés aux paiements électroniques qui s'explique par la complexité technique de ces paiements, leurs volumes toujours croissants à l'échelle mondiale et l'émergence de nouveaux types de services de paiement. La sécurité est en effet la pierre angulaire du bon fonctionnement du marché des services de paiement. Il convenait dès lors de protéger de manière adéquate les utilisateurs contre ces risques. Afin de renforcer la sécurité des paiements, la DSP2 impose une authentification forte des clients¹³. Elle exige la mise en place de diverses procédures de nature à traiter efficacement les incidents de sécurité et les fraudes¹⁴, et des conditions strictes d'accès aux comptes de paiement par les initiateurs de paiement et les agrégateurs de comptes¹⁵. Elle instaure une procédure de notification des incidents opérationnels ou de sécurité majeurs aux autorités de contrôle compétentes mais également aux clients dans certaines hypothèses graves risquant de compromettre leurs intérêts financiers¹⁶. Elle impose aux prestataires de services de paiement de mettre en place un cadre prévoyant des mesures d'atténuation et des mécanismes de contrôle appropriés de gestion des risques opérationnels et de sécurité liés aux services de paiement qu'ils fournissent¹⁷.

Enfin, la DSP2 confie à l'Autorité bancaire européenne (ABE) le soin d'encadrer les nouveaux services de paiement. Dans le but d'harmoniser la réglementation bancaire au niveau européen, l'ABE est chargée de rédiger des normes techniques relatives à la sécurité des paiements afin de protéger la confidentialité et l'intégrité des « données de paiement sensibles »¹⁸ de l'utilisateur de services de paiement¹⁹ et ainsi limiter les risques liés à la fraude et à l'accès non autorisé aux comptes de paiement. En confiant à l'ABE ce rôle de surveillance et de protection, le législateur européen reconnaît que l'intermédiation des

13. À savoir « 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 ». DSP2, art. 4, 30.

14. Voy. notamment le considérant 91, l'article 5, 1, f), l'article 68, 6 et les articles 95 et 96 de la DSP2.

15. Voy. notamment les considérants 49, 66 et 67, l'article 35, 1, l'article 68, 5 et l'article 98, 1, d) de la DSP2.

16. Voy. notamment le considérant 70 et l'article 96, 1 de la DSP2.

17. Article 95 de la DSP2.

18. Soit « des données, y compris les données de sécurité personnalisées, qui sont susceptibles d'être utilisées pour commettre une fraude ». DSP2, art. 4, 32. Quant aux « données de sécurité personnalisées », ce sont « des données personnalisées fournies à un utilisateur de services de paiement par le prestataire de services de paiement à des fins d'authentification ». DSP2, art. 4, 31.

19. DSP2, art. 98.

initiateurs de paiement et des agrégateurs de comptes dans la chaîne de paiements accroît les risques de compromission des données de sécurité personnalisées. Il prend toutefois le soin d'insister²⁰ sur le fait que les obligations qui seront imposées aux utilisateurs de services de paiement à cet égard ne doivent pas les empêcher de profiter des services proposés par ces nouveaux prestataires.

La DSP2 semble donc bien conjuguer avec succès l'innovation et la sécurité en refusant de faire prévaloir l'un au détriment de l'autre : renforcement de la sécurité des données confidentielles, oui, mais sans empêcher ou ralentir l'accélération des échanges par l'intermédiaire des nouveaux prestataires de services de paiement.

Conclusion

La finance numérique est aujourd'hui une réalité qui s'inscrit pour grande partie dans l'irrépressible mouvement de la nouvelle économie collaborative. L'Union européenne est parfaitement consciente de la potentialité de ce mouvement et de la nécessité d'unifier la réglementation qui l'encadre. Y parviendra-t-elle ?

20. DSP2, considérant 69.