

La constitution des établissements de monnaie électronique dans un contexte européen et luxembourgeois

Par Jean-Louis SCHILTZ
Avocat à la Cour
Professeur invité à l'Université de Luxembourg

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
Chapitre 1 – Le cadre de la monnaie électronique aujourd’hui	3
Section 1 – La notion de monnaie électronique	3
Sous-section 1 – Quelques mots d’histoire	4
Sous-section 2 – La définition de la monnaie électronique	4
Sous-section 3 – Les émetteurs de monnaie électronique	6
Section 2 – Le contexte européen	7
Sous-section 1 – Les différentes étapes de la démarche européenne : . . .	7
Sous-section 2 – L’essentiel de la première directive	8
Sous-section 3 – L’essentiel de la seconde directive	9
Chapitre 2 – Les conditions de l’obtention de l’agrément	11
Section 1 – Aspects généraux	12
Section 2 – Les exigences posées par les articles 24-5 à 24-13 de la loi modifiée du 10 novembre 2009	12
Sous-section 1 – La forme juridique de l’établissement	13
Sous-section 2 – L’administration centrale et l’infrastructure	13
Sous-section 3 – L’actionnariat	15

Sous-section 4 – L'honorabilité et l'expérience professionnelle	16
Sous-section 5 – Le capital social.	17
Sous-section 6 – Les fonds propres.	17
Sous-section 7 – La protection des fonds des clients	19
Sous-section 8 – La révision externe	20
Section 3 – Les activités	20
Chapitre 3 – Aspects particuliers	24
Section 1 – Les cartes	24
Section 2 – Les établissements hybrides	26
Section 3 – Lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme	26
Section 4 – Agents et intermédiaires – passeport européen	29
Chapitre final et conclusion	31

Introduction

1. «Le destin de l'argent est de devenir numérique». C'est en ces termes que s'est exprimée l'Organisation de coopération et de développement économiques dès l'année 2002¹.

Plus de dix ans plus tard, il est un fait que, même si les transactions en espèces continuent d'avoir une certaine cote, d'importantes étapes vers le *tout électronique* ont été franchies. Technologie et finance se rapprochent de plus en plus, et c'est ainsi que nous sommes, il y a quelques années, passés du transfert électronique de fonds aux cartes de paiement et, aujourd'hui, des cartes de paiement aux paiements par Internet les plus diversifiés avec, en dernier lieu, les paiements par code QR en attendant les paiements par NFC².

Paiements et technologie font aujourd'hui la paire et, avant d'analyser les conditions nécessaires pour l'obtention d'un agrément comme établissement de monnaie électronique (chapitre 2) et de consacrer un certain nombre de développements à des aspects particuliers (chapitre 3), il y a lieu de s'attacher à tracer le cadre de ce qu'est la monnaie électronique aujourd'hui (chapitre 1). Dans le chapitre final qui sera en même temps la conclusion, la question des avantages et des désavantages d'un établissement de monnaie électronique par rapport à un établissement de crédit sera examinée (chapitre final et conclusion).

Chapitre 1

Le cadre de la monnaie électronique aujourd'hui

2. Après avoir analysé la notion de monnaie électronique (section 1), c'est le contexte européen qui sera examiné (section 2).

Section 1

La notion de monnaie électronique

3. Après quelques mots d'histoire (sous-section 1), c'est la définition même de la monnaie électronique qui sera abordée (sous-section 2) ensemble avec celle des émetteurs de ce type de monnaie (sous-section 3).

¹ «Les trajectoires de la monnaie», in *L'avenir de l'argent*, Paris, OCDE, 2002, p. 7, [en ligne: www.oecd.org/dataoecd/57/48/35629031].

² NFC: Near Field Communication Technologies. D'après Gartner, deux milliards de *Smartphones* seront équipés de cette technologie d'ici 5 ans.

Sous-section 1

Quelques mots d'histoire

4. La transition rapide des paiements en liquide vers les paiements électroniques est le résultat de l'évolution des technologies de l'information, et les paiements automatisés sont aujourd'hui largement *voulus* et plus simplement *subis* par le consommateur.

Une autre raison, plus juridique, qui explique l'essor des paiements électroniques peut être illustrée par référence à une citation reprise de l'article qu'a publié M. René Link sur la monnaie au Luxembourg il y a 20 ans. L'auteur y écrit notamment que « [l]e billet ou la pièce de monnaie sont [...] des documents qui font plus que documenter le droit qui leur est inhérent : ils incorporent ce droit. Ceci implique que la perte ou la destruction du document entraîne la perte du droit incorporé, contrairement aux instruments financiers ordinaires (comme, par exemple, les valeurs mobilières qui sont remplaçables en cas de perte ou de détérioration) »³.

Cette séparation entre le titre et le droit, on la retrouve *a fortiori* en matière de monnaie électronique.

Mais qu'est-ce donc que la monnaie électronique aujourd'hui ?

Sous-section 2

La définition de la monnaie électronique

5. La définition légale de la monnaie électronique se trouve au point 29) de l'article 1 de la loi modifiée du 10 novembre 2009. Il s'agit de la loi du 10 novembre 2009 relative notamment aux services de paiement et à l'activité d'établissement de monnaie électronique modifiée par la loi du 28 avril 2011, celle du 20 mai 2011 et celle du 21 décembre 2012, et portant en particulier transposition de la directive 2007/64/CE concernant les services de paiement et de la directive 2009/110/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique⁴ (ci-après « la Loi » ou « la loi modifiée du 10 novembre 2009 »).

La monnaie électronique y est définie comme « une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est : (i) stockée sous une forme élec-

³ R. LINK, « Quelques considérations sur la monnaie luxembourgeoise », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, 10^e anniversaire de l'Association luxembourgeoise des juristes de banque, volume I, Bruxelles, 1994, pp. 249 et s.

⁴ Pour l'intitulé complet, il est renvoyé aux publications afférentes au *Mémorial A* ou encore au site de la C.S.S.F. L'intitulé repris ci-dessus, pour les besoins de la présente contribution, est d'ores et déjà un intitulé simplifié.

tronique, y compris magnétique, et (ii) émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement, et (iii) acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique».

Il en ressort que les caractéristiques de la monnaie électronique sont au nombre de quatre :

- La monnaie électronique représente un droit de créance du client-détenteur- créancier sur l'émetteur-débiteur ;
- La monnaie doit être stockée sous forme électronique, en ce inclus un stockage sous forme magnétique ;
- La monnaie électronique doit être émise (et ne peut être émise que) contre la remise de fonds par le client aux fins d'opérations de paiement⁵ ;
- La monnaie électronique doit pouvoir être acceptée par un autre professionnel que l'émetteur lui-même. Il ne peut donc s'agir simplement d'une relation binaire entre l'émetteur et le client-détenteur. Cela doit devenir à terme une opération à trois avec un professionnel qui est le bénéficiaire du paiement initié au moyen de la monnaie électronique.

La définition luxembourgeoise correspond à celle du point 2) de l'article 2 de la seconde directive⁶.

Il est par ailleurs intéressant de relever que ladite directive prend bien soin de préciser le contexte de la définition actuelle de la monnaie électronique. Ainsi, le 7^e considérant insiste sur le fait que la définition doit être neutre sur le plan technique, tandis que le 8^e considérant précise que la définition est destinée à englober «également les produits qui pourraient être développés à l'avenir». Ce même 8^e considérant précise encore que ladite définition doit d'ores et déjà «comprendre à la fois la monnaie électronique ayant pour support un dispositif de paiement que le détenteur de monnaie électronique a en sa possession et celle qui est stockée à distance sur un serveur et gérée par le détenteur de monnaie électronique par l'intermédiaire d'un compte spécifique de monnaie électronique».

Si aujourd'hui la définition de la monnaie électronique ne prête en elle-même guère le flanc à des critiques, il doit être permis de poser la question de savoir si réellement, dans tous les cas de figure, la monnaie électronique est «émise

⁵ L'objectif de l'émission de la monnaie électronique est de permettre l'exécution (plus tard) d'une opération de paiement. Aux termes du point 31) de l'article 1 de la Loi, une opération de paiement est une ~~instruction d'un payeur ou d'un bénéficiaire à son prestataire de services de paiement~~, «consistant à verser, transférer (c'est le cas ici) ou retirer des fonds, indépendamment de toute obligation sous-jacente entre le payeur et le bénéficiaire».

⁶ Pour la définition de ce terme: voy. point 10

→ „action, initiée par le payeur ou le bénéficiaire,

aux fins d'opérations de paiement au sens d'une action consistant à transférer des fonds»⁷.

Le transfert de fonds est certes le résultat auquel aboutit l'opération initiée par le détenteur de la monnaie électronique, mais les termes «aux fins» pourraient prêter à confusion. Ne faudrait-il pas plutôt dire «avec pour but ou objectif d'effectuer des opérations de paiement», le terme anglais employé par la seconde directive «with a purpose of making payment transactions» étant plus clair.

Quoi qu'il en soit, la définition de la monnaie électronique continuera, nul doute, d'évoluer avec le progrès technologique, et il reste à voir si la définition actuelle passera demain encore la barre de son objectif affiché qui est de couvrir également des produits novateurs et nouveaux. S'y ajoute que parfois le périmètre même de la notion de monnaie électronique peut paraître peu clair, notamment dans des cas et hypothèses qui sont à la limite de ce qu'est la monnaie électronique⁸.

Sous-section 3

Les émetteurs de monnaie électronique

6. Outre les établissements de crédit, ce sont pour l'essentiel aujourd'hui, les établissements de monnaie électronique mêmes qui sont autorisés à émettre de la monnaie électronique⁹.

Depuis la seconde directive¹⁰, les établissements de monnaie électronique constituent une catégorie à part parmi les acteurs du secteur financier¹¹.

Ils bénéficient aujourd'hui d'un statut spécifique et autonome.

Plus généralement et conformément au point 17) de l'article 1^{er} de la Loi, un établissement de monnaie électronique est aujourd'hui qualifié comme «une personne morale qui a obtenu [...] de la part des autorités compétentes d'un État membre un agrément l'autorisant à émettre de la monnaie électronique».

⁷ Définition de l'opération de paiement : point 31) de l'article 1 de la Loi.

⁸ Voy. point 36.

⁹ Peuvent plus précisément, d'après la seconde directive (article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à e)) émettre de la monnaie électronique les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique, les offices de chèques postaux, la Banque centrale européenne et les États membres ou leurs autorités régionales ou locales lorsqu'ils agissent en qualité d'autorités publiques (voy. aussi le point 15bis de la Loi).

¹⁰ Pour la définition de ce terme : voy. point 10.

¹¹ Voy. point 13.

l'article 1,

La condition juridique essentielle, qui regroupe en elle l'ensemble des conditions de fond¹², est dès lors celle de l'agrément.

Pour le Luxembourg, cet agrément est bien entendu accordé par le ministre ayant la Commission de surveillance du secteur financier dans ses attributions¹³.

7. Avant d'examiner cet aspect-là, il convient de replacer la problématique de la monnaie électronique dans son contexte européen.

Section 2

Le contexte européen

8. Après avoir retracé les différentes étapes de la démarche européenne (sous-section 1), quelques développements seront consacrés aux dispositions essentielles tant de la première (sous-section 2) que de la seconde directive (sous-section 3).

Sous-section 1

Les différentes étapes de la démarche européenne :

9. Depuis plus d'une décennie, l'Union européenne prend de nombreuses initiatives en vue de stimuler l'innovation dans le domaine de la monnaie électronique et, plus largement, dans celui du commerce électronique.

Sans entrer dans les détails historiques du contexte politico-économique, il convient de souligner que l'objectif initial de l'Union européenne en la matière était de « stimuler la situation économique ainsi que la compétitivité en général au sein de l'Union européenne, tout en facilitant l'adoption progressive de l'économie à l'ère du numérique »¹⁴.

10. Pour ce qui est de la monnaie électronique plus précisément, la Commission a d'abord adopté en 1997 une recommandation concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électroniques¹⁵.

¹² Voy. points 17 et s.

¹³ Article 24-2 de la Loi.

¹⁴ « The EU has undertaken a number of electronic commerce (e-commerce) related initiatives in a bid to boost the Union's economic fortune, improve its competitiveness and facilitate its progressive adaptation to the digital age », PH. ATHANASSIOU and N. MAS-GUIX, *Electronic money institutions*, European Central Bank, Legal working paper series, July 2008, n° 7.

¹⁵ Il s'agit de la Recommandation 97/489/CE du 30 juillet 1997. Elle traite plus particulièrement de la relation entre l'émetteur et le titulaire.

Par la suite, l'Union européenne a, par étapes successives, mis en place un véritable cadre européen de la monnaie électronique.

Il s'agit dans une première étape de deux directives du 18 septembre 2000 :

- il y a d'abord la directive 2000/28/CE¹⁶ qui a notamment intégré dans le droit bancaire européen la notion d'établissement de monnaie électronique¹⁷ et
- il y a ensuite la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (ci-après la « première directive »¹⁸).

Dans une deuxième étape, et même si la directive en question ne vise(ait) pas directement les établissements de monnaie électronique¹⁹, mais les services de paiement, il échet de relever que le Parlement européen et le Conseil ont adopté, le 13 novembre 2007, la directive 2007/64/CE concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

Enfin – et il s'agit là de la troisième étape –, la directive de référence aujourd'hui est la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements abrogeant notamment la première directive (ci-après la « seconde directive »).

C'est dès lors à partir de l'année 2000 qu'a été mis progressivement en place le cadre juridique de la monnaie électronique.

Sous-section 2

L'essentiel de la première directive

11. C'est la première directive qui a délimité le sujet de la monnaie électronique en définissant un certain nombre de règles applicables, l'objectif de la

¹⁶ Directive 2000/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 modifiant la directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

¹⁷ Article 1^{er}, paragraphe 1, point 1 de la directive 2000/28/CE.

¹⁸ La première directive a été transposée en droit luxembourgeois par la loi du 14 mai 2002 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique.

¹⁹ À noter que, dans la mesure où aujourd'hui les établissements de crédit peuvent aussi prêter des services de paiement (voy. point 32), cette conclusion n'est plus exacte aujourd'hui. En effet, dans la mesure où un établissement de monnaie électronique décide de prêter de tels services, les dispositions de ladite directive (telles que transposées en droit luxembourgeois par la loi du 10 novembre 2009 dans sa version initiale et pour l'essentiel toujours en vigueur à cet égard) trouvent application pour l'établissement de monnaie électronique visé.

première directive étant – d’après les termes de son 5^e considérant – la mise en place d’un «cadre réglementaire qui permette d’exploiter tous les avantages potentiels de la monnaie électronique et qui évite en particulier de gêner l’innovation technologique».

Sous l’empire de la première directive, les établissements de monnaie électronique restaient pour l’essentiel des établissements de crédit. Aussi le point 4 de l’article 1 prévoit-il que les États membres interdisent aux personnes ou entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit d’exercer l’activité d’émission de monnaie électronique. Le 25^e considérant de la seconde directive (lisez bien : seconde directive) rappelle bien que, sous l’empire de la première directive, ~~les établissements de monnaie électronique étaient considérés comme des établissements de crédit bien qu’ils ne puissent ni recevoir de dépôts du public ni accorder de crédits sur la base des fonds reçus du public~~²⁰.

Tout en continuant ainsi à faire figurer les établissements de monnaie électronique dans la catégorie des établissements de crédit, la première directive prévoyait en même temps un régime allégé pour ces mêmes établissements. Les exigences en matière de capital social étaient réduites et les règles d’adéquation des fonds propres applicables aux banques n’étaient pas applicables aux établissements de monnaie électronique.

Le champ d’activités restreint des établissements de monnaie électronique se trouvait dès lors contrebalancé par la simplicité du régime de surveillance²¹.

Le 3^e considérant de la première directive ajoute que «la monnaie électronique peut être considérée comme un substitut électronique des pièces et billets de banque».

Enfin, la première directive énonce clairement que les fonds reçus doivent être immédiatement²² échangés contre de la monnaie électronique. Ce n’est qu’à cette condition que lesdits fonds ne constitueront pas des dépôts ou autres fonds remboursables²³.

Sous-section 3

L’essentiel de la seconde directive

12. En dépit de la mise en place du cadre juridique ainsi décrit dès l’année 2000, lequel était censé stimuler l’innovation, le statut d’établissement de

²⁰ Dans le même sens, les articles 49 et suivants de la loi du 10 novembre 2009 dans sa version initiale.

²¹ Voy. aussi les considérants 11 et 12 de la première directive.

²² La seconde directive emploie le terme *sans délai*.

²³ Considérant 7 et l’article 2, paragraphe 3, de la première directive.

monnaie électronique n'a pas été très prisé par les professionnels sous l'empire de la première directive.

L'une des raisons en est que le régime prudentiel et le statut d'établissement de monnaie électronique tels que prévus par la première directive se sont avérés inadaptés à l'économie numérique, à tel point que certaines des dispositions de la première directive ont été jugées comme étant « préjudiciables à l'émergence d'un véritable marché unique des services de monnaie électronique et au développement de services conviviaux de ce type »²⁴.

13. C'est devant cette toile d'arrière-fond que l'Union européenne a procédé en 2009 à l'adoption de la seconde directive.

L'objectif premier de la seconde directive, qui forme la base de la Loi aujourd'hui dans sa partie ayant trait à la monnaie électronique, est de « supprimer les obstacles à l'entrée sur le marché et de faciliter l'accès à l'activité d'émission de monnaie électronique et son exercice [...] de manière à garantir des conditions de concurrence équitables à tous les prestataires de services de paiement »²⁵.

La seconde directive a, en premier lieu, procédé à une redéfinition de la notion de monnaie électronique²⁶. La définition se veut large et neutre²⁷.

Cette définition permet aujourd'hui d'appréhender les différents modèles de monnaie électronique, ce quand bien même la notion de monnaie électronique peut continuer de donner lieu à des discussions²⁸.

La seconde directive a, en second lieu, fondamentalement modifié l'approche européenne par rapport à la notion d'établissement de monnaie électronique, en faisant de ces acteurs des acteurs à part du secteur financier²⁹. Elle a de ce fait littéralement transformé le paysage en mettant fin au quasi-monopole des établissements de crédit en la matière.

Le point 1 de l'article 2 définit en effet, on l'a vu³⁰, l'établissement de monnaie électronique comme une personne morale qui a obtenu un agrément l'autorisant à émettre de la monnaie électronique. Ceci souligne le fait que ces établissements de monnaie électronique constituent bien aujourd'hui des acteurs à part entière du secteur financier³¹.

²⁴ Considérant 2 de la seconde directive.

²⁵ Considérant 4 de la seconde directive.

²⁶ Voy. point 5.

²⁷ Idem.

²⁸ Voy. point 5 et surtout point 36.

²⁹ Voy. ci-dessus, l'analyse de la première directive.

³⁰ Voy. point 6 et aussi point 16.

³¹ Voy. point 6.

En troisième lieu, la seconde directive a mis en place un régime prudentiel encore plus souple que celui mis en place par la première directive.

En effet, à la différence de la première directive – qui avait certes déjà conçu un régime de surveillance simplifié, mais ne faisait pas moins dans son article 2 un renvoi *a priori* aux directives bancaires³² –, la seconde directive a mis en place un régime prudentiel spécifique aux établissements de monnaie électronique³³.

L'idée de base de la seconde directive consiste en la mise en place d'exigences prudentielles proportionnées aux risques opérationnels et financiers³⁴, et il s'agit aussi de compenser ces exigences moindres en matière de surveillance prudentielle avec des exigences plus strictes en matière de protection des fonds des clients³⁵.

L'article 7 de la seconde directive détaille les obligations à charge des établissements de monnaie électronique, et l'article 11, quant à lui, décrit et encadre l'émission et le remboursement de la monnaie électronique.

14. Le législateur luxembourgeois ayant transposé le cadre européen ainsi tracé – le siège de la matière est aujourd'hui la loi modifiée du 10 novembre 2009 –, il convient désormais de se pencher sur la question des conditions de l'obtention de l'agrément.

Chapitre 2

Les conditions de l'obtention de l'agrément

15. Après avoir examiné un certain nombre d'aspects plus généraux (section 1), il y a lieu de passer en revue les exigences posées par les articles 24-5 à 24-13 de la loi modifiée du 10 novembre 2009³⁶ pour l'obtention de l'agrément (section 2). La question des activités que peuvent exercer les établissements de monnaie électronique sera traitée à part (section 3)³⁷.

³² Voy. ci-dessus pour plus de détails.

³³ Article 3 de la seconde directive.

³⁴ Considérant 13^{er} de la seconde directive.

³⁵ Considérant 14^{er} de la seconde directive.

³⁶ Voy. note de bas de page 35.

³⁷ Sauf les développements consacrés au blanchiment dans la troisième partie ci-dessous et dont certains s'appliquent aussi aux établissements de paiement, la présente étude n'examinera pas les conditions qui sont communes aux établissements de paiement et aux établissements de monnaie électronique, celles-ci relevant d'ailleurs pour l'essentiel non pas des conditions à remplir lors de la constitution et dans le cadre de la procédure d'agrément, mais plutôt de l'exercice des activités.

Section 1

Aspects généraux

16. Les conditions de forme se trouvent limitées au minimum.

C'est le ministre ayant dans ses attributions la C.S.S.F. qui accorde l'agrément aux termes de l'article 24-2 de la Loi, ceci après instruction du dossier par la C.S.S.F. Cette instruction peut prendre plusieurs mois et s'accompagne généralement d'un ou de plusieurs allers et retours entre la C.S.S.F. et l'établissement qui demande l'agrément.

L'article 24-4 de la Loi énumère les informations que la demande d'agrément doit contenir.

Il s'agit pour l'essentiel des éléments qui attestent du fait que les conditions de fond sont remplies ainsi que d'un programme d'activités³⁸ et d'un plan d'affaires avec des budgets prévisionnels sur trois exercices.

Le programme d'activités et le plan des affaires sont des éléments essentiels dans le contexte de la procédure d'agrément, car ils permettent de mesurer la nature, l'orientation et l'ampleur du projet.

L'article 24-4 se réfère aussi aux exigences en matière de lutte contre le blanchiment. Cette question importante sera traitée à part ci-après³⁹.

Selon l'article 24-3, l'agrément est accordé (i) si les conditions légales y relatives sont remplies, ce qui relève, semble-t-il, du domaine de l'évidence et (ii) si le ministre « parvient à une évaluation globalement favorable » du dossier, ce qui dénote d'un certain pouvoir d'appréciation dans le chef du ministre.

Section 2

Les exigences posées par les articles 24-5 à 24-13 de la loi modifiée du 10 novembre 2009

17. Les exigences posées par les articles 24-5 et 24-13 de la Loi sont au nombre de huit⁴⁰.

Il s'agit de la forme juridique de l'établissement (1), de l'administration centrale et l'infrastructure (2), de l'actionnariat (3), de l'honorabilité et l'expérience

³⁸ Voy. points 30 à 36 pour les activités en elles-mêmes.

³⁹ Voy. points 43 à 45.

⁴⁰ L'exposé de ces exigences est très largement axé sur le texte même de la Loi. C'est la raison pour laquelle les citations textuelles de la Loi ne sont pas identifiées en tant que telles dans la présente sous-partie, ceci aussi pour plus de lisibilité. Même si, par ailleurs, l'exposé de ces exigences posées par les articles 24-5 à 24-13 de la Loi a sans doute quelque chose de fastidieux, il a paru nécessaire de le faire, ceci sous peine de présenter autrement une vue tronquée des choses.

professionnelle (4), du capital social (5), des fonds propres (6), de la protection des fonds des clients (7) et de la révision externe (8).

L'on constatera que les dispositions légales en la matière sont très semblables, voire à bien des égards identiques, à celles de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Aussi s'attachera-t-on à relever, d'une part, ces similitudes et, d'autre part, un certain nombre de particularités de la monnaie électronique.

Sous-section 1

La forme juridique de l'établissement

18. L'établissement de monnaie électronique doit, aux termes de l'article 24-5 de la Loi, être une personne morale de droit luxembourgeois ayant la forme d'un établissement de droit public, d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions ou d'une société coopérative.

Sous-section 2

L'administration centrale et l'infrastructure

19. Selon les termes de l'article 24-7 de la Loi, l'agrément est subordonné à la justification de l'existence au Luxembourg de l'administration centrale et du siège statutaire de l'établissement. Ce même article détaille ensuite les exigences en matière de dispositif de gouvernance interne de même que les conditions et limites en matière d'externalisation de certaines fonctions.

Force est d'emblée de constater que l'alinéa 1^{er} de l'article 24-7 est absolument identique à l'alinéa 1^{er} de l'article 5 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Le texte de l'alinéa 2 de l'article 24-7 sur les exigences en matière de dispositif de gouvernance interne est également peu ou prou identique au texte de l'alinéa 1^{bis} de l'article 5 de la loi bancaire.

Ainsi, la loi relative au secteur financier comme la loi sur les établissements de monnaie électronique exigent que les établissements visés disposent d'un solide dispositif de gouvernance interne, comprenant notamment une structure organisationnelle claire avec un partage des responsabilités qui soit bien défini, transparent et cohérent, des processus efficaces de détection, de gestion, de contrôle et de déclaration des risques auxquels les établissements sont ou pourraient être exposés, des mécanismes adéquats de contrôle interne, y compris des procédures administratives et comptables saines et des politiques et pratiques de rémunération permettant et promouvant une gestion saine et efficace des risques, ainsi que des mécanismes de contrôle et de sécurité de leurs systèmes informatiques.

du 11 décembre 2012

20. Dans ce même contexte du dispositif de gouvernance et nonobstant l'apparente similitude entre les deux textes relevée ci-avant, il y a lieu de noter que la circulaire C.S.S.F. 12/552 relative à l'Administration centrale, la gouvernance interne et la gestion des risques, qui a été très récemment modifiée par la circulaire C.S.S.F. 13/563 du 11 décembre 2012, s'applique bien aux établissements de crédit, mais pas aux établissements de monnaie électronique⁴¹. Cette nouvelle circulaire, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013⁴², a pour finalité de concentrer l'ensemble des modalités d'application clés en matière de gouvernance interne dans une circulaire unique tout en y reprenant notamment les lignes directrices de l'Autorité bancaire européenne (EBA) en matière de gouvernance interne du 27 septembre 2011 et celles du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (B.C.B.S.) en matière d'audit interne du 28 juin 2012.

19 mars 2013

Or, l'équivalent d'une telle circulaire n'existe pas – du moins pour l'instant – pour les établissements de monnaie électronique qui continuent d'être régis (comme les établissements de paiement d'ailleurs) par les circulaires I.M.L. 95/120, I.M.L. 96/126, I.M.L. 98/143, C.S.S.F. 04/155, C.S.S.F. 05/178 et C.S.S.F. 10/466.

et

Tout ce qui a trait aux conditions et limites en matière d'externalisation de fonctions opérationnelles est en revanche beaucoup plus amplement développé dans la Loi⁴³ que dans la loi relative au secteur financier; l'article 37-1 (5) *in fine* de la loi relative au secteur financier dispose seulement que l'externalisation de fonctions opérationnelles importantes ne doit pas se faire de manière à nuire sensiblement à la qualité du contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ni de manière à empêcher la C.S.S.F. de contrôler que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement respectent les obligations qui leur incombent en vertu de la présente loi.

21. En ce qui concerne l'externalisation ou l'*outsourcing* concrètement, les professionnels du secteur financier peuvent évidemment jouer un rôle important en tant qu'*insourcers* pour les établissements de monnaie électronique, surtout lorsque des questions de secret professionnel se posent.

79

Ceci dit, il convient ici d'attirer l'attention du lecteur sur la page 34 du rapport annuel 2012 de la C.S.S.F. qui traite de la renonciation au secret bancaire⁴⁴. La C.S.S.F. y énonce clairement la licéité de la renonciation à l'obligation au

⁴¹ Plus précisément, cette circulaire s'applique à tous les établissements de crédit, entreprises d'investissement et professionnels effectuant des opérations de prêt.

⁴² Voy. circulaire C.S.S.F. 13/568.

⁴³ Article 24-7 (4) de la loi.

⁴⁴ Même si le texte du rapport annuel se réfère seulement au secret bancaire, les principes et règles qu'il énonce sont *mutatis mutandis* d'application en l'espèce.

applicables aux établissements de monnaie électronique

secret tout en soumettant celle-ci à un certain nombre de conditions⁴⁵. La C.S.S.F. en conclut que les entités soumises à sa surveillance peuvent ainsi, de manière ponctuelle ou continue, transmettre l'ensemble des données relatives à leurs clients notamment vers des centres de traitement opérationnel ou informatique situés au Luxembourg ou à l'étranger, pourvu qu'elles disposent du consentement du client. Il est intéressant de relever que la C.S.S.F. n'exige pas (ou plus) que les *insourcers* soient des professionnels du secteur financier, au regard des acteurs non luxembourgeois à statut équivalent – ; l'expression « professionnels du secteur financier » ne figure tout simplement pas dans le passage afférent du rapport.

Ceci ouvre, à notre sens, la porte à toute une série de nouvelles perspectives, notamment aux établissements de monnaie électronique, en termes d'*outsourcing*, et ceci, au-delà de l'*outsourcing* informatique, notamment dans des domaines tels que le *marketing* ou le soutien au client (« *customer support* »). Dès lors que le client y consent, ces tâches peuvent être accomplies à Luxembourg ou ailleurs dans l'Union européenne par des non-professionnels du secteur financier; cela semble clair aujourd'hui⁴⁶.

Il va sans dire, par ailleurs, que l'*outsourcing* doit être documenté, l'établissement de monnaie électronique doit disposer de solides droits pour donner les instructions à l'*insourcer*, il doit pouvoir résilier le contrat et doit retenir de façon générale le contrôle des opérations d'*outsourcing*.

Sous-section 3

L'actionnariat

22. Aux termes de l'article 24-8 de la Loi, l'agrément est subordonné à la communication à la C.S.S.F. de l'identité des actionnaires ou associés, directs ou indirects, qui détiennent dans l'établissement à agréer une participation qualifiée⁴⁷. La demande d'agrément doit notamment être accompagnée, eu

⁴⁵ Ainsi, la renonciation doit être libre et éclairée. Le consentement doit être spécifique et le client doit avoir conscience de l'étendue de la renonciation.

⁴⁶ Cette nouvelle donne, qu'il faut appréhender devant la toile d'arrière-fond des développements internationaux récents en matière de secret bancaire, devrait, à notre sens, conduire à tout le moins certains professionnels du secteur financier luxembourgeois à se repositionner, mais il s'agit là d'un autre débat.

⁴⁷ Article 24-4, point h), de la Loi. Une participation qualifiée est le fait de détenir dans une entreprise, directement ou indirectement, au moins 10% du capital ou des droits de vote, conformément aux articles 8 et 9 de la loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières et aux conditions régissant l'agrégation des droits de vote énoncées à l'article 11, paragraphes (4) et (5) de cette même loi ou toute autre possibilité d'exercer une influence notable sur la gestion de cette entreprise (point 34 de l'article 1) de la Loi).

égard à la nécessité de garantir une gestion saine et prudente de l'établissement de monnaie électronique, d'informations relatives à l'identité des actionnaires ou associés, directs ou indirects, personnes physiques ou morales, qui détiennent une participation qualifiée dans l'établissement à agréer, le montant de leur participation ainsi que la preuve de leur qualité.

L'article 24-8 précise encore que l'agrément est refusé si, compte tenu du besoin de garantir une gestion saine et prudente de l'établissement de monnaie électronique, la qualité des actionnaires ou associés n'est pas satisfaisante.

L'article 24-8 est quasi similaire à l'article 6 de la loi relative au secteur financier.

Ainsi, à l'instar de ce que prévoit la loi bancaire, l'article 24-8 de la Loi dispose encore, dans son alinéa 7, que les établissements de monnaie électronique doivent communiquer à la C.S.S.F. au moins une fois par an l'identité des actionnaires ou associés qui possèdent des participations qualifiées ainsi que le montant de ces participations.

Sous-section 4

L'honorabilité et l'expérience professionnelle

23. L'article 24-9 de la Loi subordonne l'agrément à des critères d'expérience et d'honorabilité, laquelle s'apprécie, selon cet article, sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes visées⁴⁸ jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable.

Ledit article 24-9 de la Loi est quasi identique à l'article 7 de la loi relative au secteur financier, à la différence toutefois que cette dernière dispose expressément que les personnes chargées de la gestion de l'établissement doivent être au moins à deux et doivent être habilitées à déterminer effectivement l'orientation de l'activité⁴⁹, alors qu'une telle disposition ne se retrouve pas dans la Loi. Cette omission ou cette absence de précision ne change cependant rien au fait qu'ils doivent être aussi à deux dans les établissements de monnaie électronique, le principe des « quatre yeux » étant à l'évidence d'application ici.

⁴⁸ C'est-à-dire les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance, ainsi que les actionnaires ou associés de référence c'est-à-dire ceux qui détiennent une participation qualifiée.

⁴⁹ Cf. article 7, (2), de la loi relative au secteur financier.

Sous-section 5

Le capital social

24. Aux termes de l'article 24-11 (1) de la Loi, le capital initial doit être d'une valeur de 350 000 euros au moins.

À ce sujet, il convient de rappeler que ce n'est qu'à la suite de la transposition en droit luxembourgeois de la seconde directive que l'exigence de capital initial a été revue à la baisse en passant de 1 000 000 d'euros à 350 000 euros, ceci afin de « permettre à des acteurs de petite taille d'entrer sur le marché »⁵⁰ et, par là même, de contribuer à la « dynamisation du marché européen de la monnaie électronique »⁵¹.

L'article 24-11, (2), de la Loi précise, quant à lui, que ce capital initial est constitué de trois éléments, à savoir: le capital social souscrit et libéré, les primes d'émission et les réserves⁵².

Sous-section 6

Les fonds propres

25. Il ressort de l'article 24-12, (1), de la Loi que les fonds propres d'un établissement de monnaie électronique ne peuvent devenir inférieurs au plus élevé (i) du montant minimal du capital, soit 350 000 € ou (ii) 2 % de la moyenne de la monnaie électronique en circulation, ceci pour ce qui est de l'activité propre d'émission de monnaie électronique⁵³. Il s'agit plus précisément de 2 % au minimum de la moyenne de la monnaie électronique en circulation. C'est ce que la Loi appelle la « méthode D »⁵⁴. Et la Loi d'ajouter en substance que, si les fonds propres venaient à diminuer en dessous de tels montants, le régulateur aurait la possibilité, lorsque les circonstances le justifient, d'accorder un délai limité pour que l'établissement de monnaie électronique régularise sa situation ou cesse ses activités.

26. Pour ce qui est de la définition et des modalités de calcul des fonds propres, il convient de renvoyer à la circulaire C.S.S.F. 10/462 du 1^{er} juin 2010. Bien que cette circulaire soit applicable « aux établissements de paiement » et ne détaille dès lors pas la méthode D qui est propre aux établissements *de monnaie*.

⁵⁰ Projet de loi n° 6164, Rapport de la Commission des finances et du budget, p. 3.

⁵¹ Projet de loi n° 6164, Avis du Conseil d'État, p. 5.

⁵² Au sens de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

⁵³ Pour ce qui est des autres activités et les exigences en matière de fonds propres y relatives: voy. articles 24-12 (3) et (5) de la Loi.

⁵⁴ Article 24-12 (4) de la Loi.

électroniques, il n'en reste pas moins que l'article 24-12, (2), de la Loi dispose que «les fonds propres au sens du présent article sont définis en conformité avec les dispositions luxembourgeoises portant transposition des articles 57 à 61, 63, 64 et 66 de la directive 2006/48/CE». Or, la teneur desdits articles se trouve en partie résumée par la circulaire C.S.S.F. 10/462, de sorte que l'on peut raisonnablement admettre que celle-ci s'applique également aux établissements de monnaie électronique.

Ainsi, d'après la circulaire 10/462, les fonds propres comprennent les éléments suivants :

- le capital social souscrit et libéré ;
- les primes d'émission ;
- les réserves⁵⁵ ;
- le résultat définitif du dernier exercice clos, dans l'attente de son affectation, net de toute distribution prévisible ;
- le bénéfice arrêté à des dates intermédiaires, à condition :
 - qu'il soit déterminé après comptabilisation de toutes les charges afférentes à la période et des dotations aux comptes d'amortissement, de provisions et de corrections de valeur ;
 - qu'il soit calculé net d'impôt prévisible et d'acomptes sur dividendes ou de prévisions de dividendes ; et
 - qu'il soit vérifié par le réviseur d'entreprises.

Viennent en déduction des fonds propres :

- les actions propres détenues, évaluées à leur valeur comptable ;
- les pertes reportées ;
- les actifs incorporels, quelle que soit leur nature ;
- le cas échéant, le résultat négatif déterminé à des dates intermédiaires⁵⁶.

Selon les travaux parlementaires, la méthode D, soit 2 % de la monnaie électronique en circulation, est une méthode de calcul simple qui est censée mieux prendre en compte la nature des risques encourus par les établissements de monnaie électronique⁵⁷.

⁵⁵ Au sens décrit au point 24 et à la note de bas de page 52.

⁵⁶ Voy. aussi tableau W1.4 sur le site de la C.S.S.F.

⁵⁷ Avis du Conseil d'État précité, p. 5.

Sous-section 7

La protection des fonds des clients

27. Selon les travaux parlementaires⁵⁸, les nouvelles exigences édictées par l'article 24-10 de la Loi ont pour objet de protéger les fonds qui ont été reçus de la part des clients en échange de monnaie électronique, et aussi de faciliter la surveillance prudentielle des établissements de monnaie électronique exerçant une activité commerciale qui ne relève pas du secteur financier.

C'est ainsi que la Loi a institué deux méthodes de protection desdits fonds, au choix de l'établissement de monnaie électronique.

La première des méthodes a trait à la *ségrégation des fonds* tandis que la seconde a trait à la *couverture des fonds*.

28. La méthode de la ségrégation des fonds se caractérise par le fait que les fonds reçus en échange de la monnaie électronique ne sont jamais mélangés avec les fonds de personnes autres que les détenteurs de monnaie électronique (pour le compte desquels les fonds sont détenus) et sont déposés sur un compte distinct auprès d'un établissement de crédit ou investis en actifs à faible risque et sûrs⁵⁹.

Pour ce qui est de la seconde méthode, elle prévoit que ces mêmes fonds sont couverts par une police d'assurance ou une autre garantie comparable d'une entreprise d'assurances ou d'un établissement de crédit n'appartenant pas au même groupe que l'établissement de monnaie électronique lui-même pour un montant équivalant à celui qui aurait été ségrégué en l'absence d'une police d'assurance ou d'une autre garantie comparable, payable au cas où l'établissement de monnaie électronique ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations financières⁶⁰.

Pour les modalités de fonctionnement, de changement, de dérogations applicables à ces deux méthodes, il convient de renvoyer aux dispositions des paragraphes 1 à 6 de l'article 24-10 de la Loi.

Dans ce contexte, il y a également lieu de relever que, contrairement aux établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique ne sont pas contraints de participer à un système de garantie, alors qu'ils n'ont pas le droit de recevoir de dépôts ou autres fonds remboursables du public et ne peuvent utiliser à d'autres fins les fonds reçus des clients en échange de monnaie électronique⁶¹.

⁵⁸ Avis du Conseil d'État précité, p. 5.

⁵⁹ Article 24-10 (1), a) de la Loi.

⁶⁰ Article 24-10 (1), point b) de la Loi.

⁶¹ Article 24-6 (2) de la Loi et avis du Conseil d'État précité, p. 5.

Sous-section 8

La révision externe

29. Aux termes de l'article 24-13 de la Loi, les établissements de monnaie électronique sont tenus d'établir leurs comptes annuels et, le cas échéant, leurs comptes consolidés conformément à la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales.

Sauf dérogation prévue dans les deux lois précitées, l'agrément est subordonné à la condition que l'établissement de monnaie électronique confie le contrôle de ses documents comptables annuels et, le cas échéant, de ses documents comptables consolidés à un ou plusieurs réviseurs d'entreprises agréés.

La désignation de ces réviseurs d'entreprises agréés incombe à l'organe chargé de l'administration de l'établissement de monnaie électronique.

À noter que les établissements de monnaie électronique qui exercent des activités commerciales autres que l'émission de monnaie électronique doivent fournir à la C.S.S.F. des informations comptables *distinctes* pour leurs différents types d'activités⁶². Ces informations doivent faire l'objet d'un rapport d'audit établi par un réviseur d'entreprises agréé.

Section 3

Les activités

30. Dans une approche restrictive, il pourrait être argumenté que la question des activités que peuvent exercer les établissements de monnaie électronique ne fait pas partie de sujets à traiter dans le cadre de la présentation et de l'analyse des conditions d'agrément de tels établissements. Or, tel n'est à notre sens pas le cas pour au moins trois raisons: d'abord, les activités sont traitées par la Loi dans le cadre de la section consacrée à l'agrément⁶³, ensuite, le programme d'activité de l'établissement fait partie des éléments d'information à fournir à la C.S.S.F. dans le cadre de la procédure d'agrément⁶⁴ et, enfin, la question des activités que peuvent exercer les établissements de monnaie électronique fait partie de l'essence même de ces établissements; en effet, bien

⁶² Article 24-6, paragraphe (1), point e), de la Loi.

⁶³ C'est la section 1 du chapitre 2 de la Loi.

⁶⁴ Article 24-4 a) de la Loi.

du titre II

plus que la condition juridique de l'agrément⁶⁵, c'est, dans la réalité, par leurs activités que se définissent les établissements de monnaie électronique et c'est *entre autres* sur base de celles-ci que l'agrément est obtenu.

31. Pour ce qui est de ces activités, il va sans dire que l'établissement de monnaie électronique peut émettre de la monnaie électronique au sens de la définition de la monnaie électronique telle que celle-ci figure au point 29) de l'article 1 de la Loi⁶⁶.

32. Les établissements de monnaie électronique peuvent en outre, aux termes de l'article 24-6 a), prêter les services de paiement suivants (il s'agit de services de paiement de l'annexe de la Loi) :

- « 1. les services permettant de verser des espèces sur un compte de paiement et toutes les opérations qu'exige la gestion d'un compte de paiement ;
- 2. les services permettant de retirer des espèces d'un compte de paiement et toutes les opérations qu'exige la gestion d'un compte de paiement ;
- 3. l'exécution d'opérations de paiement, y compris les transferts de fonds sur un compte de paiement auprès du prestataire de services de paiement de l'utilisateur ou auprès d'un autre prestataire de services de paiement :
 - l'exécution de domiciliations de créances, y compris d'une créance unique ;
 - l'exécution d'opérations de paiement par le biais d'une carte de paiement ou d'un dispositif similaire ;
 - l'exécution de virements, y compris d'ordres permanents ;
- 4. L'exécution d'opérations de paiement dans le cadre desquelles les fonds sont couverts par une ligne de crédit accordée à l'utilisateur de services de paiement :
 - l'exécution de domiciliations de créances, y compris d'une créance unique ;
 - l'exécution d'opérations de paiement par le biais d'une carte de paiement ou d'un dispositif similaire ;
 - l'exécution de virements, y compris d'ordres permanents ;
- 5. l'émission et/ou l'acquisition d'instruments de paiement ;
- 6. les transmissions de fonds (*money remittance*) ;
- 7. l'exécution d'opérations de paiement, lorsque le consentement du payeur à une opération de paiement est donné au moyen de tout dispositif de

⁶⁵ Voy. point 6 et aussi point 16.

⁶⁶ Voy. point 5 et aussi point 6.

télécommunication, numérique ou informatique, et que le paiement est adressé à l'opérateur du système ou du réseau de télécommunication ou informatique agissant uniquement en qualité d'intermédiaire entre l'utilisateur de services de paiement et le fournisseur de biens ou services ».

Ces services sont les services de paiement que peuvent traditionnellement prêter les établissements de paiement⁶⁷, mais, pour prêter de tels services, les établissements de monnaie électronique doivent demander et obtenir l'agrément pour chacun d'entre eux. Il ne s'agit pas à chaque fois d'une procédure séparée, mais l'agrément pour ces services est demandé et obtenu dans le cadre de la procédure d'agrément (générale) au titre d'établissement de monnaie électronique.

33. Ce que les établissements de monnaie électronique ne peuvent pas faire, c'est de recevoir des dépôts de la part du public ou des fonds remboursables y assimilés⁶⁸, et ils doivent sans délai échanger les fonds reçus de leurs clients contre de la monnaie électronique⁶⁹. Il s'agit là d'un des éléments qui les distingue fondamentalement des établissements de crédit.

N'étant pas des établissements de crédit, ils ne peuvent donc recevoir de dépôts.

34. N'étant pas des établissements de crédit, ils ne peuvent en principe pas accorder de crédits, comme le ferait un établissement de crédit.

Ceci étant dit, cette interdiction de principe est loin d'être totale, et on ne la retrouve pas telle quelle dans la Loi. La Loi se contente en effet d'énoncer les cas dans lesquels les établissements de monnaie électronique peuvent accorder des crédits.

Cette énumération légale doit être considérée comme limitative, et ce sont pour l'essentiel des crédits liés à des services de paiement que peuvent accorder les établissements de monnaie électronique.

Il s'agit plus précisément des crédits qui sont liés à certains des services de paiement repris de l'annexe de la Loi⁷⁰; ainsi :

article
⁶⁷ Article 1, point 38) et⁶⁶ de la Loi. Le présent article est à jour au 1^{er} juillet 2013. Il ne tient donc pas compte de la proposition de directive de la Commission du 24 juillet 2013 concernant les services de paiement.

⁶⁸ Article 24-6, 2^e alinéa, de la Loi et considérant 7 de la seconde directive: l'émission de monnaie électronique ne constitue pas une activité de réception de dépôts.

⁶⁹ Article 24-6 (3) qui précise aussi que ces fonds ne constituent pas des dépôts.

⁷⁰ Article 24-6, (1), b), de la Loi.

- les crédits doivent être liés à des services de paiement du type domiciliation de créances, paiements par carte ou similaires, virements, acquisition ou émission d'instruments de paiement ou opérations de paiement dans lesquelles le consentement est donné au moyen d'un dispositif de paiement. Ils doivent avoir un caractère accessoire ;
- ces crédits doivent répondre à un certain nombre de conditions additionnelles, notamment celle suivant laquelle le crédit doit être remboursé dans un délai qui ne saurait dépasser 12 mois⁷¹ ;
- les crédits ne doivent pas être accordés sur la base des fonds qui ont été reçus de la part des clients en échange de la monnaie électronique⁷². Il y va ici à l'évidence de la protection desdits fonds.

Ces activités accessoires peuvent conduire à des exigences additionnelles de la part de la C.S.S.F. en matière de fonds propres. L'article 10, (3), d)⁷³, prévoit cette possibilité par référence à l'adéquation des fonds propres au montant global du crédit.

35. Les établissements de monnaie électronique peuvent enfin prêter des services opérationnels ou auxiliaires, de même qu'ils peuvent gérer des systèmes de paiement.

36. Nonobstant ce cadre législatif clair et précis, d'inspiration européenne, il reste que, dans la pratique, il est prudent pour l'opérateur de bien cadrer son «*set up*» avant d'opter pour la voie de la monnaie électronique ou celle de l'établissement de paiement, les flux financiers et le rôle de l'opérateur dans ce contexte étant des éléments essentiels à cet égard.

S'y ajoute que bon nombre d'opérateurs qui interviennent dans la chaîne de paiement ou effectuent certaines prestations y relatives, comme, par exemple, des tâches de gestion ou de traitement de certains aspects du paiement, se considèrent – souvent à raison, parfois à tort – comme de simples prestataires techniques et donc non soumis à la réglementation ni des établissements de paiement ni des établissements de monnaie électronique.

37. Pour en revenir aux établissements de monnaie électronique, il a paru utile de consacrer un certain nombre de développements à différents aspects particuliers sélectionnés sous forme de «*morceaux choisis*», parmi lesquels la question de savoir quelles cartes peuvent (ou ne peuvent pas) émettre les établissements de monnaie électronique est la première.

⁷¹ Article 24-6, (1), b), qui renvoie à l'article 10 de la Loi.

⁷² Article 24-6, (1), 2^e alinéa et article 24-10, (1), de la Loi.

⁷³ Auquel l'article 24-6 b) renvoie en particulier.

de la Loi

Chapitre 3

Aspects particuliers

38. Même s'il est par principe difficile de sélectionner les aspects particuliers sur lesquels il convient de mettre l'accent, il a paru intéressant d'illustrer les difficultés et opportunités des établissements de monnaie électronique en consacrant quelques développements aux cartes que peuvent ou ne peuvent pas émettre les établissements de monnaie électronique (section 1) de même qu'aux établissements hybrides (section 2).

Parmi les éléments clés ^{du} ~~pour~~ le succès des établissements de monnaie électronique figurent à coup sûr les possibilités qu'ils ont de déployer leurs activités à l'international. C'est la question des agents et intermédiaires et du passeport européen (section 4). Comme cette question renferme en elle des aspects de lutte antiblanchiment et comme, de façon générale, cette question est une question importante, il y a lieu d'y consacrer aussi un certain nombre de développements (section 3).

Section 1

Les cartes

39. Dans la mesure où l'établissement de monnaie électronique peut accorder des crédits liés à certains services de paiements⁷⁴, il doit également pouvoir émettre dans ce même contexte des cartes de crédit⁷⁵ (ceci d'autant plus que les cartes de paiement sont expressément visées par la Loi⁷⁶). Cela est possible, à condition que l'octroi de la ligne de crédit et l'émission de la carte soient étroitement liés à des services de paiement⁷⁷. Si l'on s'en tient aux règles et limites y relatives, il ne devrait pas y avoir de difficulté de principe⁷⁸.

⁷⁴ Voy. point 34 pour les détails.

⁷⁵ « A credit card is a card that enables cardholders to make purchases and/or withdraw cash up to a prearranged credit limit. The credit granted may be either settled in full by the end of a specified period, or settled in part, with the balance taken as extended credit (on which interest is usually charged). Credit cards provide cardholders with a credit facility and the possibility of delaying payment », EUROPEAN CENTRAL BANK, *The Payment System*, editor Tom Kokkola, 2010, pp. 348 et 31 (ci-après « Kokkola »).

⁷⁶ Article 24-6, (1), b) et Annexe de la Loi.

⁷⁷ Voy. point 34 pour les détails.

⁷⁸ Et ce, quand bien-même il n'y a pas de compte bancaire qui soit en tant que tel utilisé pour les opérations effectuées avec la carte.

Est-ce à dire pour autant que, dans les limites tracées, l'activité liée aux cartes de crédit émises par les établissements de monnaie électronique fera ses preuves dans la pratique ?

La question est posée, étant observé par exemple que l'émission de telles cartes est de nature à changer la donne en matière de fonds propres.

40. Quant aux cartes de débit⁷⁹, ce type de carte ne se prête guère à un environnement de monnaie électronique ou en tout cas leur mise en place sera, dans le meilleur des cas un exercice fort complexe et difficile. À noter que la Banque centrale européenne précise que de telles cartes sont nécessairement reliées à un compte bancaire⁸⁰.

41. Quant aux cartes prépayées⁸¹, celles-ci entrent bien dans le champ d'application de la définition de la monnaie électronique et les travaux préparatoires relatifs à la transposition de la seconde directive en droit luxembourgeois le confirment bien⁸².

Il s'agit là sans doute de la solution de simplicité qui est la mieux adaptée aux établissements de monnaie électronique, car elle permet d'éviter toute discussion quant à sa licéité, sa faisabilité juridique ou les conditions inhérentes à cette dernière dans un contexte prudentiel.

L'on ajoutera que la seconde directive ne couvre pas les instruments prépayés spécifiques, conçus pour satisfaire des besoins spécifiques⁸³.

⁷⁹ « Debit cards are linked to a bank account and allow cardholders to charge purchases or ATM withdrawals directly and individually to this account. Consequently, when a cardholder uses a debit card, the amount is typically debited from the account either immediately or within a few days and there is no postponement of payment. A debit card is enabling its holders to make purchases and/or withdraw cash and have these transactions directly and immediately charged to their accounts, whether these are held with the card issuer or not », Kokkola, *op. cit.*, pp. 31 et 349).

⁸⁰ Voy. note de base de page 79. L'on notera ici que la Banque centrale, *in fine* du texte reproduit à la note de bas de page 79, n'exclut pas que le compte bancaire soit ouvert en les livres d'un tiers. Cela ne veut pas dire pour autant que l'établissement de monnaie électronique puisse ouvrir un tel compte (il doit convertir les fonds reçus en monnaie électronique dès leur réception) et il ne semble pas que ce soit une bonne idée de procéder de la sorte pour un établissement de monnaie électronique, non seulement pour des raisons juridiques, mais aussi pour des considérations d'opportunité, en particulier de simplicité de fonctionnement.

⁸¹ « A prepaid card is a card on which a monetary value can be loaded in advance and stored either on the card itself or on a dedicated account on a computer. Those funds can then be used by the holder to make purchases. There are single and multi-purpose prepaid cards and retailer or store cards for use in specific outlets » (Kokkola, *op. cit.*, pp. 362 et 32).

⁸² Projet de loi 6164⁷, Rapport de la Commission du Budget et des Finances, 3 et Kokkola, *op. cit.*, p. 32 (voy. aussi les considérants 7 et 8 de la directive qui devraient permettre d'asseoir cette opinion).

⁸³ Considérant 5 (la distinction entre l'un et l'autre type de carte n'étant cependant pas toujours aisée en pratique).

de la seconde directive

Section 2

Les établissements hybrides

42. L'article 24-6, (1), e), de la Loi, a procédé à la suppression du principe d'exclusivité des établissements de monnaie électronique.

Les établissements de monnaie électronique sont dorénavant habilités à exercer d'autres activités que l'activité d'émission de monnaie électronique (par exemple, les télécommunications, le transport ou le commerce de détail), de manière à faciliter le développement de services innovants sur le marché des paiements⁸⁴.

De tels établissements sont appelés «établissements hybrides» par opposition aux établissements de monnaie électronique dits «purs».

Les établissements hybrides doivent veiller à une séparation des activités d'émission de monnaie électronique et des activités commerciales⁸⁵. Par principe, ce ne sont que les premières qui sont soumises au régime de la Loi, encore que cette conclusion soit sans doute un peu simpliste, la C.S.S.F. pouvant notamment exiger qu'une entité distincte soit mise en place en cas de menace portant sur l'activité régulée en rapport avec sa solidité financière ou la capacité de contrôle de la C.S.S.F.⁸⁶.

Section 3

Lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme

43. L'article 24-4, point f), de la Loi, prévoit, dans le cadre des informations qui doivent être fournies à l'appui de la demande d'agrément, que la demande doit être accompagnée d'une description des mécanismes de contrôle interne que le requérant a mis en place pour se conformer aux obligations définies dans la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme et dans le règlement (CE) n° 1781/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le payeur accompagnant les virements de fonds (ci-après «la loi antiblanchiment»).

⁸⁴ C'est en ces termes que s'exprime le rapport de la Commission parlementaire précité à la page 3.

⁸⁵ Voy., par exemple, pour les exigences en matière de révision externe: ci-avant ~~sub A.8.~~

⁸⁶ Article 24-7, (3), de la Loi.

sub-section 8, page 20.

44. Un exposé détaillé de la législation en vigueur en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme dépasserait le cadre de la présente contribution⁸⁷.

Ceci dit, il convient de retenir que, conformément à l'article 2, paragraphe 1, point 1, de la loi antiblanchiment, les établissements de monnaie électronique agréés ou autorisés à exercer leur activité au Luxembourg en vertu de la Loi doivent respecter les obligations professionnelles en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme⁸⁸.

Lesdites obligations professionnelles sont, selon le schéma désormais classique repris à l'article 28 de la Loi, regroupées en trois catégories :

- la première concerne les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle⁸⁹ en vertu desquelles les professionnels arrêtent et mettent en œuvre une politique d'acceptation des clients appropriée aux activités qu'ils exercent, permettant de soumettre l'entrée en relation d'affaires avec les clients à une évaluation préalable des risques⁹⁰ ;
- la deuxième catégorie d'obligations a trait à l'organisation interne adéquate⁹¹, ces obligations comprennent en outre la mise en place et le maintien des procédures, politiques et mesures de contrôle interne destinées à prévenir le blanchiment et le financement du terrorisme et de les faire connaître aux employés, l'article 38, (1), du règlement C.S.S.F. n° 12-02 précisant à cet égard que les procédures, politiques et mesures de contrôle interne doivent tenir compte des particularités du professionnel telles que, notamment, son activité, sa structure, sa taille, son organisation et ses ressources ;
- enfin, quant à la troisième catégorie, elle regroupe les obligations de coopération avec les autorités luxembourgeoises responsables de la

⁸⁷ Voy., outre la loi antiblanchiment, le règlement grand-ducal du 1^{er} février 2010 portant précision de certaines dispositions de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, le règlement C.S.S.F. n° 12-02 du 14 décembre 2012 relatif à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

⁸⁸ La loi du 10 novembre 2009 renvoie à plusieurs reprises à la loi du 12 novembre 2004: voy. notamment ses articles 24-4 sous f), 24-15, paragraphe 2, 24-17, paragraphe 3, 27, 28, 30, 48, paragraphe 1 sous b), 48-1, paragraphe 1 sous b).

⁸⁹ Articles 3 et suivants de la loi antiblanchiment, article 1 du règlement grand-ducal du 1^{er} février 2010, chapitre 4 du règlement C.S.S.F. n° 12-02 du 14 décembre 2012, et en cas d'exécution des mesures de vigilance par des tiers, voy. article 3-3 de la loi antiblanchiment.

⁹⁰ Article 8 du règlement C.S.S.F. n° 12-02 du 14 décembre 2012.

⁹¹ Article 4 de la loi antiblanchiment, article 7 du règlement grand-ducal du 1^{er} février 2010, chapitre 5 du règlement C.S.S.F. n° 12-02 du 14 décembre 2012.

lutte antiblanchiment⁹², en vertu desquelles les professionnels doivent en outre être en mesure de répondre rapidement et de façon complète aux demandes d'information de la part des autorités compétentes en matière de L.B.C./F.T., et, notamment, celles tendant à déterminer s'ils entretiennent ou ont entretenu des relations d'affaires ou s'ils effectuent ou ont effectué des transactions en relation avec des personnes données⁹³.

45. S'agissant pour les consommateurs-clients bien souvent d'une identification et d'une vérification de l'identité qui se font dans un environnement «*non face-to-face*», il y a lieu de ranger les obligations de vigilance de l'établissement à cet égard dans la catégorie des obligations de vigilance renforcées. C'est ce que prévoit l'article 3-2, (2), de la loi antiblanchiment. Il y a partant lieu de prévoir dans la pratique un processus d'identification et de vérification à plusieurs facettes et en plusieurs étapes (en tous les cas, plus de deux étapes). Ce processus devra nécessairement s'appuyer très largement sur des éléments de vérification qui sont à la fois électroniques et externes.

Dans la mesure où le système ainsi mis en place est performant et que les informations recueillies sont de nature à permettre la vérification de l'identité du client, la nécessité de demander en plus au client d'envoyer par *email* une copie scannée de sa carte d'identité, de son passeport ou de son permis de conduire est à considérer comme obsolète.

Quoi de plus facile aujourd'hui, en effet, que de manipuler une pièce d'identité qui n'est réceptionnée que sous forme de copie scannée envoyée par email ?

L'accent devrait dès lors pouvoir être mis par les professionnels sur des mesures de vérification électroniques plutôt que sur des méthodes peu fiables qui datent et sont devenues désuètes.

L'alternative théorique est évidemment d'exiger quelque part la production d'une pièce d'identité en original, mais cela équivaldrait à tuer l'aspect monétaire du commerce électronique qui, comme dans tous les domaines du commerce électronique, doit se caractériser par la simplicité de son utilisation et la célérité de ses processus.

Ce qu'exige en définitive la lutte antiblanchiment, ce n'est pas de remplacer une méthode d'identification ou de vérification donnée par une autre méthode, mais la mise en place de procédures et processus essentiellement technolo-

⁹² Article 5 de la loi antiblanchiment, article 8 du règlement grand-ducal du 1^{er} février 2010, chapitre 6 du règlement C.S.S.F. n° 12-02 du 14 décembre 2012.

⁹³ Article 47 du règlement de la C.S.S.F. n° 12-02 du 14 décembre 2012.

giques en plusieurs étapes qui soient globalement satisfaisants, c'est-à-dire de nature à satisfaire les objectifs légitimes de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Section 4

Agents et intermédiaires – passeport européen⁹⁴

46. L'établissement de monnaie électronique agréé au Luxembourg peut exercer ses activités dans d'autres États membres de l'Union européenne. Il dispose schématiquement de deux possibilités pour ce faire. Soit il ouvre une succursale ou a recours à des intermédiaires ou agents dans les États membres concernés, soit il procède sous la forme de prestation de services en utilisant la procédure du passeport européen.

47. La procédure du passeport européen se veut une procédure légère et simple devant permettre à un établissement de monnaie électronique de déployer, sans autres formalités, ses activités sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Ainsi, il suffit aux termes de l'article 24-18 de la Loi d'informer la C.S.S.F. du type d'opération envisagée, et la C.S.S.F. se charge dans le mois d'en informer l'autorité compétente de l'État membre d'accueil. Cette dernière n'a pas de décision à prendre à ce sujet ni même à accuser réception, et l'établissement peut démarrer ces activités.

Au regard des aspects théoriques, la pratique s'avère parfois plus complexe, par exemple en cas de divergences d'appréciation quant à la nature des activités visées ou encore lorsque l'autorité de l'État membre d'accueil considère, sur base d'indices généralement, que celles-ci ne relèvent pas de la simple prestation de services, mais d'une véritable présence « sur place ».

Ceci dit, il n'en reste pas moins que le *passporting* est un instrument fort utile et véritablement axé sur une approche promarché intérieur.

48. Pour ce qui est du recours à des intermédiaires ou à des agents, celui-ci est, aux termes de l'article 24-17 de la Loi, régi par les mêmes règles que l'ouverture de succursales.

⁹⁴ C'est le cas de l'établissement agréé au Luxembourg qui déploie ses activités dans un État membre de l'Union européenne qui sera examiné ici. Le cas inverse se présente bien entendu aussi : cf. section 2 du chapitre 2 du titre II de la Loi – les règles applicables sont *mutatis mutandis* les mêmes ou, à tout le moins, assez similaires. Bien entendu, les établissements de monnaie électronique peuvent aussi déployer leurs activités au-delà des frontières européennes, mais les règles sont alors différentes.

Parmi les informations à fournir à la C.S.S.F. qui les communique à l'autorité sœur de l'État membre d'accueil, il y a lieu de relever le programme d'activité⁹⁵.

La procédure reste pour le surplus une procédure simple, à l'instar de celle du passeport européen, avec communication des informations requises par la Loi à la C.S.S.F., à charge pour cette dernière de les transmettre dans le mois à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil⁹⁶. La Loi de préciser encore que, dans certains cas avérés ou tentatives avérées de blanchiment ou encore de risques y relatifs, la C.S.S.F. dispose d'un droit d'opposition, d'injonction et de suspension⁹⁷.

En dehors de cette référence spécifique à certaines hypothèses de blanchiment, la loi insiste sur les mécanismes de contrôle interne qui ont trait à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme par référence à la directive 2005/60/CE. C'est l'article 24-17, (1), c), de la Loi qui vise celles-ci.

L'article 25 de la Loi⁹⁸, quant à lui, opère un renvoi aux règles antiblanchiment mentionnées à l'article 28 de la Loi. Il précise que les règles antiblanchiment, c'est-à-dire les règles luxembourgeoises, s'appliquent également aux agents qui sont établis *à l'étranger*, mais qui sont des agents d'un établissement de monnaie électronique *luxembourgeois*. Cette même disposition de l'article 25 d'ajouter que les règles luxembourgeoises en matière de lutte contre le blanchiment s'appliquent également aux agents qui sont établis *au Luxembourg*, mais qui sont des agents d'un établissement de monnaie électronique *étranger*.

C'est donc dire qu'un agent qui a un lien avec le Luxembourg (soit que l'établissement dont il relève y est établi, soit que lui-même y est établi) doit appliquer les règles luxembourgeoises en matière de lutte antiblanchiment.

Le problème est que les autres législations européennes connaissent des règles identiques ou similaires et ont évidemment aussi la prétention de voir leurs règles s'appliquer à ces cas de figure. Ainsi, par exemple, un agent d'un établissement de monnaie électronique luxembourgeois qui est établi dans un autre État membre risque-t-il de devoir appliquer tant les règles

⁹⁵ Article 24-17⁽¹⁾ b) de la Loi.

⁹⁶ Article 24-17 (1), alinéa final.

⁹⁷ Article 24-17 (3) de la Loi.

⁹⁸ Voy. aussi, dans le même sens, la disposition précitée de l'article 24-17 c) de la Loi, l'article 18 de la Loi pour les établissements de paiement (qui contient une référence expresse à la loi antiblanchiment), l'article 2, (1), de la loi antiblanchiment (qui se réfère non seulement aux établissements agréés au Luxembourg, mais aussi à ceux autorisés à exercer au Luxembourg), les travaux préparatoires de la Loi dans sa version de 2009 (projet 6015, avis du Conseil d'État, p. 5), etc.

de loi

luxembourgeoises que les règles de son pays d'établissement, et la question n'est ici pas que telles règles soient meilleures ou moins bonnes que telles autres, mais elles sont, du moins à certains égards, différentes et conduisent ainsi à la mise en place de procédures additionnelles et souvent coûteuses, ce qui n'est pas – tant s'en faut – de nature à stimuler le commerce entre États membres.

En attendant (peut-être) une clarification par le législateur européen, la raison ne voudrait-elle pas que ce soient les règles du lieu d'établissement de l'agent qui s'appliquent, la législation en matière de lutte antiblanchiment relevant par ailleurs pour une très large part du droit pénal ?

Ce point, c'est-à-dire la manière dont est réglée la question de la lutte antiblanchiment, est l'une des différences fondamentales entre le régime des agents et intermédiaires et le régime du passeport européen.

L'établissement qui opère sous passeport européen est soumis à ses règles nationales d'origine en matière de lutte contre le blanchiment et de financement du terrorisme.

Par contre, le champ d'action de l'opérateur qui travaille sous passeport peut s'avérer plus limité que celui de l'opérateur qui a recours à des agents locaux dans d'autres domaines, comme la promotion des services.

*

* *

En tout état de cause et quel que soit le régime international sous lequel ils opèrent, il restera que le champ d'action des établissements de monnaie électronique est, dans tous les cas de figure, plus étroit que celui des établissements de crédit, d'où la question des avantages et désavantages des établissements de monnaie électronique par rapport aux établissements de crédit.

Chapitre final et conclusion

Établissement de crédit

~~Banque~~ ou établissement de monnaie électronique ?

49. Les établissements de monnaie électronique ont connu un certain essor ces dernières années.

La question de savoir s'il faut émettre de la monnaie électronique sous le statut d'un établissement spécialisé à cette fin ou sous le statut d'établissement de crédit demeure cependant posée.

Il n'y a pas de réponse toute faite, car tant l'une que l'autre solution a des avantages et des désavantages.

50. D'un point de vue de la surveillance prudentielle, il convient de retenir que, si les établissements de crédit sont soumis à une surveillance prudentielle plus contraignante que les établissements de monnaie électronique, ces derniers sont régis par des dispositions plus strictes en ce qui concerne la protection des fonds des clients-détenteurs.

À exigences plus strictes en matière de surveillance, contraintes moindres en matière de protection des fonds des clients. À exigences moins contraignantes en matière de surveillance, contraintes plus strictes en matière de protection des fonds des clients.

C'est ce que la seconde directive appelle la concurrence loyale entre établissements offrant le même service sous des statuts différents⁹⁹.

51. Du point de vue des activités, les établissements de crédit peuvent schématiquement exercer toutes les activités bancaires. Ils peuvent aussi émettre de la monnaie électronique.

Les établissements de monnaie électronique, quant à eux, peuvent seulement émettre de la monnaie électronique et prêter des services de paiement.

Ils ne peuvent pas accepter de dépôts.

52. Quant à l'activité de crédit des établissements de monnaie électronique, celle-ci ne peut être que très restreinte et elle s'inscrit dans des limites étroites, ainsi que cela est exposé ci-dessus: les crédits doivent être liés à certains services de paiement spécifiques, ils ne peuvent dépasser 12 mois et ne peuvent être accordés sur base des fonds reçus des clients en contrepartie de la monnaie électronique¹⁰⁰.

⁹⁹ Le considérant 14 de la seconde directive se lit comme suit : « [...] il est nécessaire de préserver les conditions de concurrence équitables entre les établissements de monnaie électronique et les établissements de crédit en ce qui concerne l'émission de monnaie électronique afin de permettre une concurrence loyale pour le même service à un plus large éventail d'établissements, dans l'intérêt des détenteurs de monnaie électronique. Cet objectif devrait être atteint en compensant les caractéristiques moins contraignantes du régime de surveillance prudentielle applicables aux établissements de monnaie électronique par des dispositions plus strictes que celles qui s'appliquent aux établissements de crédit, notamment en ce qui concerne la protection des fonds des détenteurs de monnaie électronique. Vu l'importance fondamentale de la protection, il est nécessaire que les autorités compétentes soient informées à l'avance de tout changement significatif, comme un changement de méthode de protection, un changement de l'établissement de crédit dans lequel les fonds protégés sont déposés ou un changement de l'entreprise d'assurance ou de l'établissement de crédit qui assure ou garantit les fonds protégés. ».

¹⁰⁰ Pour plus de détails, voy. point 34.

De telles limitations n'existent pas pour les établissements de crédit. Ils peuvent accepter des dépôts et accorder des crédits sous presque toutes les formes et coutures imaginables.

Pour les établissements de monnaie électronique, tout ceci signifie d'abord qu'ils ne peuvent se livrer à des activités de crédit avec les fonds ségrégués de leurs clients, pas plus qu'ils ne peuvent intervenir dans la cadre d'activités du type « *cash pooling* ». Ils doivent sans délai échanger les fonds reçus contre de la monnaie électronique. C'est tout.

53. Par contre, et c'est là que le champ d'activité des établissements de monnaie électronique est plus large que celui des établissements de crédit, les premiers peuvent aussi exercer des activités commerciales en dehors de l'émission de la monnaie électronique, ce que les seconds ne peuvent pas faire.

54. Enfin, les établissements de crédit étant soumis à un régime de surveillance prudentielle plus strict, les exigences y relatives ont évidemment un coût que n'ont pas à supporter les établissements de monnaie électronique.

Ceci étant dit, la question n'est-elle pas en définitive, celle de l'activité de crédit et de réception de dépôts ?

C'est la réponse à cette question qui dictera en définitive le choix entre établissement de crédit et établissement de monnaie électronique.