

Faculté de droit et de criminologie

La Directive 2015/2366 sur les Services de Paiement (PSD2) à travers le prisme du principe de proportionnalité



Mémoire réalisé par
François-Guillaume EGGERMONT

Promoteur
Denis PHILIPPE

Année académique 2018-2019
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements.....	6
Introduction.....	7
Titre Ier. Le principe de proportionnalité en droit européen	10
CHAPITRE 1er. Origines du principe de proportionnalité	10
Section 1 ^{ère} – Genèse du principe de proportionnalité.....	10
Section 2 – Définition et portée du principe de proportionnalité.....	12
Section 3 – Examen jurisprudentiel de proportionnalité.....	14
CHAPITRE 2. Le principe de proportionnalité en droit bancaire	18
Section 1 – Spécificité du droit bancaire	18
Section 2 – Un principe protéiforme.....	19
Titre II. Principe relatif et multidimensionnel, illustrations à travers la directive PSD2.....	21
CHAPITRE 1 ^{er} . Principe de subsidiarité et de proportionnalité.....	22
Section 1 ^{ère} – Rôle du principe de proportionnalité dans le processus normatif	22
Section 2 – Application du principe de subsidiarité et de proportionnalité dans PSD2	23
Section 3 – Objectif d’harmonisation et d’intégration.....	24
Section 4 – Moyens mis en œuvre	26
Section 5 – Examen de proportionnalité.....	27
CHAPITRE 2. Examen de proportionnalité du contenu normatif.....	31
Section 1 ^{ère} – L’importance de l’adoption d’un point de vue macroscopique.....	31

Section 2 – L’Open Banking sous le microscope et le microscope	32
Section 3 – Objectif d’ouverture du marché	33
Section 4 – Moyens mis en œuvre : l’avènement de l’Open Banking.....	34
Section 5 – Examen de proportionnalité.....	37
CHAPITRE 3. La proportionnalité appliquée par l’autorité de supervision : de l’approche graduée à l’approche de ségrégation.....	42
Section 1 ^{ère} – Objectif de maintien de la stabilité financière	43
Section 2 – Moyens mis en œuvre : exigences prudentielles.....	44
Section 3 – Examen de proportionnalité	50
Section 5 – Changement du paradigme de la régulation financière.....	55
Conclusion	57
Bibliographie.....	60
Annexes.....	69
Annexe I : Entretien avec Nicolas Quarré, co-fondateur de l’unique établissement de paiement agrégateur de compte en Belgique, « Accountable », 19 juillet 2019.	69
Annexe II : Entretien avec Me Joan Carette, avocate spécialisée en services de paiement au sein du cabinet Osborne Clarke LLP, 1 ^{er} août 2019.....	72

REMERCIEMENTS

La remise de ce travail de fin d'études me fournit l'occasion d'adresser mes vifs remerciements aux personnes qui m'ont aidées dans la rédaction de celui-ci, et plus généralement, aux personnes qui m'ont guidées et soutenues tout au long de ces vingt années de formation.

Je remercie mon promoteur, Me Denis PHILIPPE, pour ses conseils avisés, sa disponibilité et son encadrement bienveillant ;

Mes parents pour leur soutien et leur confiance inconditionnels ;

Le cabinet Osborne Clarke et en particulier Me Joan CARETTE qui m'a initiée à la matière des services de paiement et a eu la gentillesse de m'apporter son éclairage et ses conseils ;

L'AEDBF/EVBFR-Belgium qui m'a généreusement permis de partager mes recherches dans un cadre exceptionnel avec des professeurs et des doctorants du monde entier ;

La FinTech Accountable de m'avoir inspiré le choix de cette thématique et d'avoir accepté de répondre à mes questions ;

Et enfin mais non des moindres, la centurie d'instituteurs, d'enseignants et de professeurs qui m'ont appris tant de choses au cours de ces deux décennies.

« Παν μέτρον ἄριστον »¹

Une quatrième révolution industrielle est en marche. Elle n'est faite ni de vapeur, ni d'acier, ni de semi-conducteurs mais d'une succession de « 0 » et de « 1 ». Au fil des nouvelles possibilités qu'offre cette révolution digitale, c'est notre modèle économique qui se mue et avec lui notre modèle de société. Ainsi ont émergé successivement les concepts « *d'économie de la connaissance* » avec les technologies de l'information et de la communication, « *l'économie collaborative* » avec la démocratisation d'internet de même que « *l'uberisation* » qui n'épargne aucun secteur d'activité, pas même la finance.

Quand des outils disruptifs tels que le *crowdfunding*, le *peer to peer lending*, les monnaies électroniques, la *blockchain*, ou les nouveaux services de paiement s'emparent de la finance, il est bon de s'armer de politiques prudentielles et de protection du consommateur adéquates pour faire face aux risques nouveaux que présentent ces nouveaux modèles économiques. Le législateur européen doit donc poser des choix fondamentaux qui accompagnent ces changements et doit le faire rapidement.

Depuis quelques années ont émergé des services de paiement d'un genre nouveau comme les paiements électroniques ou les paiements en ligne, tant du fait de certaines innovations technologiques que du fait du changement des préférences des utilisateurs de services de paiement. Des sociétés comme *Sofort banking*, *IDEAL* ont ainsi développé des moyens de paiements plus rapides, simples d'utilisation et moins coûteux que les schémas de paiement par carte bancaire.

¹ Traduction libre : « *De tout ce qui existe, la mesure est le plus grand bien.* », formule attribuée à Diogène Laërce, poète grec du IIIe siècle.

Ces FinTech se sont développées en dehors du cadre réglementaire de la première directive sur les services de paiements (PSD1). Ce vide juridique n'était pas du goût des banques qui y voyaient une forme de concurrence déloyale et se sont dès lors engagés dans de nombreux combats judiciaires. Cette question litigieuse a abouti à des réactions diversifiées de la part des autorités de supervision et des législateurs nationaux.

Dans ce contexte, le législateur européen se devait d'intervenir rapidement. En élaborant la directive révisée sur les services de paiement (PSD2)², la Commission européenne a dû concilier des intérêts parfois antagonistes. Premièrement, il s'est agi de palier la fragmentation croissante du marché des services de paiement en harmonisant les règles et en consolidant le projet d'espace unique de paiement en euros (SEPA). Ensuite, il a fallu poser les bases d'un *level-playing field* entre les banques et ces nouveaux acteurs en octroyant à ces derniers le statut d'établissement de paiement. Pour ménager la chèvre de la concurrence et le chou de l'innovation, ces nouveaux prestataires de services se sont vu octroyé le droit d'accéder aux données bancaires de leurs utilisateur moyennant leur autorisation, et pour autant que ces données soient nécessaires pour la fourniture de leur service. Enfin, le législateur a dû faire en sorte que ce cadre juridique garantisse tant la protection du consommateur que la stabilité du système financier.

À l'instar de nombreuses autres régulations bancaires, la PSD2 a la tâche délicate de trouver un point d'équilibre entre ces différents intérêts. Elle doit aussi veiller à s'appliquer dans la juste mesure à des institutions de taille et de nature très différentes. Pour ces deux raisons, le principe de proportionnalité joue un rôle crucial dans la résolution de cette délicate équation. Cette directive illustre donc parfaitement le caractère protéiforme du principe de proportionnalité en droit bancaire.

² Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen 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) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE (PSD2).

La proportionnalité est tellement omniprésente en droit qu'elle en est presque insaisissable. Pour démystifier ce principe général du droit de l'Union européenne, nous consacrerons le titre premier de ce travail à sa genèse, sa définition et sa portée, dans un premier chapitre, et proposerons, dans un second chapitre, un cadre analytique pour décortiquer ce principe à l'aune de la régulation bancaire.

Partant du cadre analytique posé dans le Titre I, le Titre II tentera d'illustrer les différents aspects de la notion de proportionnalité en regard d'un objectif particulier et d'une mesure spécifique de la PSD2. Ainsi, un premier chapitre portera sur l'examen de proportionnalité au niveau du pouvoir normatif et plus particulièrement sur l'objectif d'harmonisation et d'intégration du marché des paiements. Un deuxième chapitre illustrera l'approche microscopique et macroscopique dans l'examen de proportionnalité du contenu normatif au moyen de l'objectif d'ouverture du marché et de la mesure d'accès aux comptes. Un troisième chapitre, enfin, analysera le rôle de la proportionnalité dans l'application de la directive par les autorités de supervision au travers de la procédure d'agrément des établissements de paiement.

CHAPITRE 1er. Origines du principe de proportionnalité

Si le principe de proportionnalité est aussi ancien que la notion même de droit, il a connu une vaste évolution au cours des siècles. Il fut jadis l'apanage du droit de la guerre et du droit pénal, aujourd'hui, ce principe touche à chaque aspect de la sphère juridique. Parce qu'on s'étonne trop de ce qu'on voit rarement et pas assez de ce qu'on voit tous les jours, pour reprendre la formule de la Comtesse de Genlis, il est difficile d'appréhender la portée précise de ce principe de proportionnalité omniprésent. Ce premier chapitre a donc pour objectif de retracer la genèse de cette notion au sein du droit de l'Union européenne, de dessiner les contours de son champ d'application et de préciser les caractéristiques de l'examen de proportionnalité tel développé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Section 1^{ère} – Genèse du principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité tel qu'actuellement appréhendé par le droit de l'Union européenne tire ses origines du développement du droit administratif prussien à la fin du XIXe siècle, sous la houlette du juriste Otto MAYER. Les tribunaux administratifs l'utilisèrent dans un premier temps pour protéger le citoyen contre les mesures de police dont les pouvoirs discrétionnaires porteraient excessivement atteinte à sa liberté individuelle.³ Bien qu'il ne fût jamais explicitement inscrit dans la loi fondamentale allemande, ce principe est aujourd'hui unanimement admis comme fondement de l'Etat de droit constitutionnellement garanti.⁴

³ TASKOVSKA DOBRINKA, « On Historical and Theoretical Origins of the Proportionality Principle – A contribution towards a prospective comprehensive debate on proportionality », *Iustinianus Primus Law Review*, volume 3:1, 2012, p. 1.

⁴ FLORIAN BECKER, « The Development of German Administrative Law », *George Mason Law Review*, volume 24:453, 2017, p. 468.

Présent en germe dans le traité instituant de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier⁵, le principe de proportionnalité a d'abord été formalisé, puis institué en principe général de droit, par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. Sous l'influence de la doctrine allemande, il fut d'abord utilisé pour équilibrer les pouvoirs réglementaires nationaux avec les libertés fondamentales du marché avant de devenir un principe omniprésent pour contrôler l'action des institutions de l'Union européenne et des États membres.⁶

Il faut attendre le traité de Maastricht, en 1992, pour que le principe de proportionnalité intègre le traité sur l'Union européenne. L'article 3B du traité instituant la Communauté européenne dispose alors que « *(l'action) de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité.* ».⁷ Le traité d'Amsterdam, en 1997, détaille alors l'application de ce principe dans un protocole additionnel.⁸ Toutefois, ce n'est qu'avec le traité de Lisbonne, en 2007, que la notion de proportionnalité apparaît formellement à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Ce traité s'accompagne d'un protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.⁹ Ce protocole impose une série d'obligations aux institutions de l'Union européenne en vue de garantir le respect de ces deux principes lors de l'élaboration de projets d'actes législatifs.

⁵ Arrêt de la Cour de justice du 29 novembre 1956, Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, affaire 8-55, p. 7.

⁶ D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *Petites Affiches*, 05 mars 2009, n°46; EBA Banking Stakeholder Group, « Proportionality in bank regulation », 2015, p. 15.

⁷ Article 5 du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, *Journal officiel des Communautés européennes*, 29.07.1992, n° C 191.

⁸ Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité instituant la Communauté européenne par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, *Journal officiel des Communautés européennes*, 10.11.1997, n° C 340.

⁹ Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *Journal officiel* n° 115 du 09/05/2008 p. 206.

Section 2 – Définition et portée du principe de proportionnalité

§1^{er} Définition du principe de proportionnalité

Il est difficile d'identifier une seule et même définition et portée du principe de proportionnalité tant chaque ordre juridique possède sa propre méthode pour veiller à l'équilibre de ses normes et de leur application.¹⁰ Ainsi, l'examen de proportionnalité tel que développé par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne est plus structuré et exigeant que la doctrine anglaise dite de la « *Wednesbury unreasonableness* »¹¹, ou encore d'une toute autre nature que de l'analyse cout-bénéfice appliquée en droit américain.¹² Même au sein du droit de l'Union européenne, le principe de proportionnalité se définit assez différemment selon que l'on l'appréhende de la perspective du traité sur l'Union européenne ou à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice.¹³

L'article 5 paragraphe 4 du traité sur l'Union européenne énonce « *(qu') en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.* »¹⁴

¹⁰ ANDENÆS MADDS et STEFAN ZLEPTNIG, « Proportionality: 'WTO Law: In Comparative Perspective' », *Texas Journal of International Law*, volume 42:371, 2007, p. 378.

¹¹ SAUTER WOLF, « Proportionality in EU law: a balancing act? », *TILEC Discussion Paper*, 2013-003, 2013, p. 4.

¹² MOSHE COHEN-ELIYA, IDDO PORAT, « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law*, volume 8, avril 2010, p. 263.

¹³ IGNAZIO ANGELONI, « Another look at proportionality in banking supervision », Remarks at the Thirteenth Asia-Pacific High Level Meeting on Banking Supervision, Singapore, 28 février 2018, discours disponible sur internet : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2018/html/ssm.sp180228.en.html>

¹⁴ Article 5 §4 du traité sur l'Union européenne, 2012/C 326/01, Journal officiel n° C115 du 09/05/2008, p. 1-338.

Au contraire du principe de subsidiarité qui s'intéresse à l'exercice de la compétence, le principe de proportionnalité porte sur l'intensité de l'action de l'Union. D'une certaine manière, ces deux principes se distinguent sans toutefois s'exclure et le premier pourrait même être considéré comme un cas particulier du second.¹⁵ Dans sa dimension constitutionnelle, le principe de proportionnalité consacre l'Etat de droit.¹⁶ Par conséquent, son objectif est double en ce qu'il vise tant à protéger les individus, en ce compris les acteurs du marché, des actions des institutions communautaires, qu'à limiter la charge qui pèse sur les États-membres.¹⁷

§2. Portée du principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité dispose d'un très vaste champ d'application, tant *rationae personae* que *rationae materiae*. En effet, il s'applique d'une part, en vertu de l'article 3 du protocole n°2 à l'ensemble des institutions de l'Union européenne ainsi qu'aux Etats-membres. D'autre part, il s'applique tant aux projets d'actes législatifs de ces institutions qu'aux modes d'actions de nature contractuelle comme le confirme la jurisprudence de la CJUE. Dans un arrêt du 3 mai 2018, la Cour déclare ainsi que « (...) *le principe de proportionnalité est un principe général de droit de l'Union requérant que les institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché dans les actions qu'elles entreprennent. Ce principe a vocation à régir tous les modes d'action utilisés par l'Union indépendamment de leur nature contractuelle ou autre. En effet, dans le contexte de l'exécution d'obligations contractuelles, le respect de ce principe participe à l'obligation plus générale des parties à un contrat de l'exécuter de bonne foi.* »¹⁸

¹⁵ MARC FEIX, *Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne, Essai de généalogie des principes*, Editions du Cerf, 2011/4, n°267, p. 66.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 68.

¹⁷ EBA Banking Stakeholder Group, « Proportionality in bank regulation », *op. cit.*, p. 16 ; PAUL CRAIG et GRAINNE DE BURCA, *EU-law*, cinquième édition, Oxford University Press, 2015, p. 168.

¹⁸ Arrêt du 3 mai 2018, Sigma Orionis / Commission, affaire T-48/16, points 127, 128.

Section 3 – Examen jurisprudentiel de proportionnalité

C'est l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* qui hisse la proportionnalité, bien qu'implicitement, au rang de principe général du droit de l'Union européenne.¹⁹ Avec l'arrêt Stauder du 12 novembre 1969²⁰, l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970 figure parmi les arrêts charnière de la jurisprudence de la CJUE. A travers ces deux arrêts, la Cour intègre les droits fondamentaux aux principes généraux de droit dont elle assure le respect. Ces droits fondamentaux sont déduits des « traditions constitutionnelles communes des Etats-membres ». C'est le cas du principe de proportionnalité issu de la tradition constitutionnelle allemande.²¹ Cet arrêt s'inscrit dans le contexte de la politique agricole commune qui conditionnait les exportations à la détention d'une licence. A défaut d'une licence valable, une caution imporante était retenue. L'*Internationale Handelsgesellschaft mbH* avait fait valoir que cette sanction constituait une violation disproportionnée de son droit d'exploiter une entreprise en vertu de la loi fondamentale allemande car il faisait plus que nécessaire pour atteindre l'objectif public en cause.

L'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* évoque déjà deux des trois critères peu à peu développés par la jurisprudence de la CJEU constituant les trois étapes successives de l'examen de proportionnalité. Ces conditions cumulatives auxquelles doivent satisfaire chaque action de l'Union européenne dans la poursuite de ses objectifs légitimes sont les suivantes : Chaque mesure entreprise doit être appropriée, nécessaire et proportionnelle au sens strict.²²

¹⁹ Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire 11/70, *Rec.* p.114.

²⁰ Arrêt de la Cour du 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm – Sozialamt*, affaire 29-69, *Rec.* p. 419.

²¹ Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *op. cit.*, point 2.

²² Arrêt du 13 novembre 1990, *The Queen / Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, affaire C-331/88, *Rec.* p. 4023 ; arrêt du 8 juillet 2010, *Afton Chemical / Secretary of state for Transport*, affaire C - 343/09, point 45; arrêt du 23 octobre 2012, *Nelson et autres / Deutsche Lufthansa*, affaires jointes C - 581/10 et C - 629/10, point 71; arrêt du 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk*, affaire C - 283/11, point 50; arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd / Minister for Communications*, affaires jointes C - 293/12 et C - 594/12, point 46; arrêt du 16 juin 2015, *Gauweiler e.a. / Deutscher Bundestag*, affaire C-62/14, point 67.

Premièrement, les actes des institutions de l'Union doivent être appropriés, c'est-à-dire qu'ils doivent être aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause²³. En d'autres termes, la mesure en question doit être adéquate, étant entendu qu'elle doit au moins pouvoir contribuer aux objectifs déclarés. A titre d'illustration, une mesure qui serait impossible à réaliser en pratique manquerait à cette exigence.²⁴ *A contrario*, il suffirait de prouver le caractère utile de la mesure pour atteindre l'objectif recherché.²⁵

Ensuite, les moyens doivent être nécessaires pour atteindre le but recherché. C'est le cœur de l'examen de proportionnalité. Lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, la moins restrictive des libertés.²⁶ Autrement dit, l'acte ne doit pas dépasser les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de ses objectifs.²⁷ La partie requérante doit dès lors démontrer qu'il existe un ou plusieurs autres moyens moins restrictifs mais ayant le même niveau d'efficacité. Dans certains cas, la Cour elle-même peut avancer des alternatives possibles en se basant sur le droit de l'Union européenne ou sur le droit des États membres.

²³ Arrêt du 7 février 2018, *American Express*, affaire C-304/16, points 127.

²⁴ Conclusions de M. Mischo - Affaire C-331/88, point 29.

²⁵ Arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd / Minister for Communications*, *op. cit.*, point 49.

²⁶ Arrêt du 14 mars 2014, *Buzzi Unicem / Commission*, affaire T-297/11, point 118; arrêt du 14 décembre 2018, *GQ e.a. / Commission*, affaire T-525/16, point 70; arrêt du 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, affaire C-333/14, points 57-59, 63, 65.

²⁷ Arrêt du 8 juillet 2010, *Afton Chemical / Secretary of state for Transport*, *op. cit.*; arrêt du 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert / Land Hessen*, affaires jointes C-92/09 et C-92/09, point 74; arrêt du 23 octobre 2012, *Nelson et autres / Deutsche Lufthansa*, *op. cit.*, point 71; arrêt du 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk*, *op. cit.*, point 50; arrêt du 17 octobre 2013, *Herbert Schaible / Land Baden*, affaire C-101/12, point 29; arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd / Minister for Communications*, *op. cit.*, point 49; arrêt du 16 juin 2015, *Gauweiler e.a. / Deutscher Bundestag*, *op. cit.*, point 67.

Enfin, et cette étape est parfois confondue avec la précédente, les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés.²⁸ La proportionnalité au sens étroit consiste en la mise en balance des préjudices causés aux droits individuels avec les avantages créés en contrepartie dans l'intérêt général.²⁹ Ce pourrait par exemple être le cas d'une interdiction entraînant des inconvénients excessifs, notamment des pertes économiques considérables pour les opérateurs concernés, par rapport aux prétendus avantages créés dans l'intérêt général.³⁰ D'aucuns interprètent cette étape non pas comme une analyse cout-bénéfice mais comme une mise en balance des intérêts en jeu. À titre d'illustration, dans son arrêt *Swedish Match AB contre Secretary of State for Health*, la Cour de justice de l'Union européenne estime que les intérêts privés des opérateurs économiques doivent céder le pas face à l'intérêt général de la santé publique.³¹

Dans les cas où la mesure visée s'inscrit dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du législateur de l'Union ou le législateur national, dans les domaines où son action implique des choix de nature tant politique qu'économique ou sociale, et où il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes, la Cour reconnaît un large pouvoir d'appréciation dans le contrôle juridictionnel du respect de ces conditions.³²

Ceci n'est cependant pas de nature à empêcher l'exercice de tout contrôle juridictionnel. Lorsque les institutions communautaires disposent d'un large pouvoir d'appréciation, il leur

²⁸ Arrêt du 14 mars 2014, *Buzzi Unicem / Commission*, *op. cit.*, point 118; arrêt du 14 décembre 2018, *GQ e.a. / Commission*, affaire T-525/16, point 70.

²⁹ Conclusions de M. Mischo, *op. cit.*, point 42.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Arrêt du 22 novembre 2018, *Swedish Match AB contre Secretary of State for Health*, affaire C-151/17, point 54.

³² Arrêt du 11 juillet 1989, *Schräder*, affaire C-331/88, points 21 et 22; arrêt du 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, affaire C-58/08, point 52; Conclusions de Mme Kokott – affaire C-343/09, *Afton Chemical Limited contre Secretary of State for Transport*; arrêt du 7 février 2018, *American Express*, *op. cit.*, points 84 et 85; arrêt du 14 décembre 2018, *GQ e.a. / Commission*, *op. cit.*, point 70.

incombe de faire toutes les vérifications nécessaires.³³ Dans ses conclusions générales sur l'affaire Afton Chemical Limited contre Secretary of State for Transport, l'avocat général JULIANE KOKOTT que « *(le) juge communautaire doit non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées.* »³⁴

Pour remettre en cause la légalité de la mesure concernée, il ne suffit pas de démontrer qu'elle n'était pas la seule ou la meilleure possible, mais qu'elle a un caractère manifestement inapproprié par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre.³⁵ De même, il suffit de prouver qu'il existe des mesures manifestement moins contraignantes ayant la même efficacité.³⁶ Enfin, il est également possible de démontrer que les mesures adoptées sont manifestement disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis.³⁷ Toutefois, il convient, tout d'abord, d'examiner si les limites poursuivent des objectifs qui sont reconnus par le droit de l'Union.³⁸

³³ Arrêt du 21 novembre 1991, Technische Universität München, affaire C-269/90, *Rec.* p. I-5469, point 14; arrêt du 6 novembre 2008, Pays-Bas/Commission, affaire C-405/07 P, *Rec.* p. I-8301, point 56 ; arrêt du 15 octobre 2009, Enviro Tech (Europe), affaire C-425/08, point 62; Conclusions de Mme Kokott dans l'affaire C-343/09, Afton Chemical Limited / Secretary of State for Transport.

³⁴ Arrêt du 8 juin 2008, Commission / Tetra Laval, affaire C-58/08, point 39; arrêt du 18 juillet 2007, Industrias Químicas del Vallés / Commission, affaire C-326/05, *Rec.* p. I-6557, point 76; arrêt du 22 novembre 2007, Espagne/Lenzing, affaire C-525/04, *Rec.* p. I-9947, point 57.

³⁵ Arrêt du 11 juillet 1989, Schröder, *op. cit.*, points 21 et 22; arrêt du 8 juin 2010, Vodafone e.a., *op. cit.*, point 52; arrêt du 7 février 2018, American Express, *op. cit.*, points 84 et 85; arrêt du 14 décembre 2018, GQ e.a. / Commission, *op. cit.*, point 70.

³⁶ Arrêt du 7 juillet 2009, S.P.C.M., affaire C-558/07, point 59.

³⁷ *Ibidem*, point 73.

³⁸ Conclusions de Mme Kokott dans l'affaire C-343/09, *op. cit.*, point 57.

D'aucuns estiment toutefois qu'il ne se dégage pas un consensus clair sur la définition de ce concept, notamment sur la question de savoir s'il est composé de deux ou trois éléments distincts.³⁹ En tout état de cause, la proportionnalité est un principe qui est souple par sa nature afin de pouvoir être utilisé dans des contextes différents pour défendre des intérêts différents.⁴⁰

CHAPITRE 2. Le principe de proportionnalité en droit bancaire

Section 1 – Spécificité du droit bancaire

Le principe de proportionnalité occupe une place prépondérante et singulière dans le domaine de la régulation bancaire pour plusieurs raisons. Premièrement, la complexité de la matière bancaire nécessite un degré important de flexibilité afin de garantir une appréhension efficace et respectueuse de la spécificité de chaque cas de figure. Ensuite, au regard des implications conséquentes que peut engendrer la régulation financière sur l'économie globale, il est essentiel pour le régulateur de trouver la juste mesure. Enfin, ayant égard à la multitude et la diversité des acteurs qui forment le monde bancaire, la régulation est garante d'intérêts parfois très divergents voire antagonistes. Ainsi, elle cherche tout à la fois à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs de services financiers consacrés à l'article 169 §1^{er} du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à garantir la stabilité du système financier en vertu de l'article 3 §4 du Traité sur l'Union européenne, mais encore à promouvoir la liberté d'entreprise que protège l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.⁴¹

³⁹ WALTER VAN GERVEN, « The effect of proportionality on the actions of Member states », in *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 60.

⁴⁰ TAKIS TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2^e. ed., Oxford University Press, 2006, p. 173.

⁴¹ Arrêt du 6 septembre 2012, Deutsches Weintor, affaire C-544/10, point 54; arrêt du 17 décembre 2015, Neptune Distribution, affaire C-157/14, points 66 et 68; arrêt du 7 février 2018, American Express, *op. cit.*, points 133 et 134.

L'examen de proportionnalité occupe en droit bancaire une place d'une part prépondérante en ce qu'il accompagne chaque étape de la vie des normes qu'il contrôle, de leur élaboration par le législateur à leur application par les autorités de supervision, et d'autre part singulière en ce qu'il prend des formes particulières dans chacune de ces étapes. Ce principe est central tant au niveau européen au sein du mécanisme de surveillance unique (MSU) de la banque centrale européenne (BCE)⁴² qu'au niveau international à travers les principes fondamentaux de la régulation bancaire posés par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.⁴³

Section 2 – Un principe protéiforme

« (...) the Principle of Proportionality is far-reaching, has many different dimensions, and needs to be applied at all stages in the formulation of policy in general and detailed regulation in particular. »⁴⁴

En droit de la régulation financière, nous observons trois niveaux d'application du principe de proportionnalité. Il convient d'abord d'apprécier l'autorité la mieux à même de prendre une mesure au regard du principe de subsidiarité et de proportionnalité, ensuite, c'est le contenu de la mesure qui doit être proportionné aux objectifs qu'elle recherche, et enfin le principe de proportionnalité a un rôle important à jouer dans l'application souple de ces normes aux situations particulières qui se présentent aux autorités de supervision compétentes.

En termes juridique, tel qu'exposé dans le chapitre précédent, les actions entreprises par les institutions de l'Union ne doivent pas dépasser ce qui est approprié ou nécessaire, de même que les coûts et les inconvénients générés par une mesure doivent être en proportion avec les objectifs

⁴² EBA Banking Stakeholder Group, « Proportionality in bank regulation », *op. cit.*, p. 14.

⁴³ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, « Recommandations visant l'application des Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace à la réglementation et au contrôle des établissements acteurs de l'inclusion financière », septembre 2016, p. 1.

⁴⁴ EBA Banking Stakeholder Group, Proportionality in bank regulation, *op. cit.*, p. 14.

poursuivis.⁴⁵ Il s'agit donc de respecter l'équilibre entre les couts et les bénéfices d'une mesure de régulation.⁴⁶

Au niveau du contenu normatif, l'examen de proportionnalité devrait idéalement s'inscrire dans deux dimensions distinctes. L'analyse cout-bénéfice, qui constitue une expression particulière du principe de proportionnalité, doit non seulement porter sur l'impact spécifique de chaque moyen mis en œuvre par le régulateur mais elle doit également considérer la mesure comme faisant partie d'un tout que constitue l'ensemble de la régulation financière.⁴⁷

Au niveau des autorités de supervision, le principe de proportionnalité se décline également en deux dimensions, la seconde étant un cas spécifique de la première.⁴⁸ La première déclinaison se caractérise par une approche graduée ou différenciée et la seconde une approche ségrégative ou matérielle. Dans la première dimension l'autorité de supervision applique une même règle de droit proportionnellement à la nature, l'échelle de complexité et le risque associé à une institution particulière. Dans la seconde dimension, les autorités de supervision isolent un groupe d'institutions ne représentant qu'un risque marginal afin de leur appliquer une régulation *ad hoc*.

L'approche graduée présente l'avantage de permettre une intervention souple de la part de l'autorité de supervision et de conserver une réglementation claire capable de s'adapter à une multitude d'acteurs divers. Une trop grande marge de manœuvre est toutefois susceptible de provoquer des situations d'insécurité juridique, voire d'arbitraire et d'affecter l'efficacité des autorités de supervision et la prévisibilité de ses décisions dans le chef des acteurs régulés.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions pour une réglementation de l'UE bien affûtée, COM(2012) 746 final, 2012, p. 3 ; Affaire T-13/99 Pfizer Animal Health SA contre Conseil de l'Union européenne (410).

⁴⁸ EBA Banking Stakeholder Group, « Proportionality in bank regulation », *op. cit.*, p. 29.

TITRE II. PRINCIPE RELATIF ET MULTIDIMENSIONNEL, ILLUSTRATIONS A TRAVERS LA DIRECTIVE PSD2

La directive 2015/2366 du Parlement européen et du conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (PSD2) porte plusieurs objectifs. En premier lieu, et dans la continuité de la directive PSD1, elle cherche à intégrer davantage le marché européen des paiements et à augmenter le degré d'harmonisation des règles régissant les services de paiement. En deuxième lieu, elle vise à ouvrir le marché des services de paiement à la concurrence des nouveaux acteurs apparus grâce aux innovations technologiques et à l'évolution des exigences des consommateurs tout en tâchant de garantir un niveau élevé de protection de ces derniers. Enfin, elle cherche à assurer la sécurité des paiements et à préserver la stabilité du système financier.

A l'instar de nombreuses autres réglementations bancaires, elle la PSD2 se caractérise par la diversité de ses parties prenantes et de leurs intérêts difficilement conciliables. Ainsi, le régulateur doit jongler entre les intérêts des institutions bancaires traditionnelles et leur rôle crucial dans le fonctionnement de l'économie globale, les intérêts des nouveaux acteurs innovants et la potentielle plus-value qu'ils représentent pour l'amélioration et la diversification des services bancaires et enfin, et non des moindres, ceux des consommateurs de services de paiement. Pour reprendre l'expression de CATHERINE HOUSSA : « *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 !* ». ⁴⁹

Pour résoudre cette équation délicate, le principe de proportionnalité est central et se manifeste de différentes façons à travers la directive. Le cadre analytique présenté dans le titre I servira à étudier distinctement les trois niveaux d'application du principe de proportionnalité.

⁴⁹ CATHERINE HOUSSA, « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber Amicorum Blanche Soussi*, RB Edition, 2016, p. 2.

Chacun de ces niveaux d'application est illustré au moyen de l'un des objectifs spécifiques de la directive.

CHAPITRE 1^{er}. Principe de subsidiarité et de proportionnalité

Section 1^{ère} – Rôle du principe de proportionnalité dans le processus normatif

Avant de servir à l'examen du contenu normatif et de l'application de la norme par les autorités de supervision compétentes, le principe de proportionnalité, associé au principe de subsidiarité, joue un rôle crucial au point de départ de la démarche normative. En effet, il est question pour le Parlement européen et le Conseil d'agir au niveau de pouvoir et selon l'intensité appropriés. Cela doit se faire en vertu de l'article 5 §4 du Traité sur l'Union européenne et en exécution du deuxième protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Il s'agit donc de donner corps au principe de proportionnalité au stade préliminaire de tout projet d'acte législatif en imposant une série de formalités. Aux termes de l'article 5 du protocole : *« Les projets d'actes législatifs sont motivés au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Tout projet d'acte législatif devrait comporter une fiche contenant des éléments circonstanciés permettant d'apprécier le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Cette fiche devrait comporter des éléments permettant d'évaluer son impact financier et, lorsqu'il s'agit d'une directive, ses implications sur la réglementation à mettre en œuvre par les États membres, y compris, le cas échéant, la législation régionale. Les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs. Les projets d'actes législatifs tiennent compte de la nécessité de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à l'Union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou*

*locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre. »*⁵⁰

Outre cette fiche d'évaluation de l'impact des projets d'actes législatifs, l'article 2 du protocole enjoint à la Commission de procéder préalablement à de larges consultations, y compris des parlements nationaux qui disposent d'un délai de huit semaines pour contrôler la conformité du projet d'acte aux principes de subsidiarité et de proportionnalité.⁵¹

Dans ce chapitre, nous évoquerons d'abord la façon dont les institutions de l'Union motivent leur projet au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité, et approfondirons ensuite plus en détail l'un des objectifs de la directive qui consiste à atteindre un degré élevé d'harmonisation en ce qui concerne la réglementation du marché des services de paiement.

Section 2 – Application du principe de subsidiarité et de proportionnalité dans PSD2

En 2012, une analyse d'impact a été réalisée, conformément au système d'analyse d'impact de la Commission européenne, recensant les difficultés rencontrées dans l'application de la première directive sur les services de paiement, proposant des éléments de solution et évaluant les conséquences de celles-ci.⁵² À la lecture de ce document, il apparaît que si les lacunes de la précédente directive sont à juste titre pointées du doigt, les solutions pour y pallier et, dans une plus forte mesure, l'analyse de l'impact, notamment économique, de ces mesures sont fortement superficielles. À décharge de la Commission européenne, il eut été difficile d'évaluer avec précision les conséquences exactes de son projet de directive à un stade aussi précoce de son élaboration. Peut-être serait-il souhaitable qu'une telle analyse soit effectuée à un stade plus avancé

⁵⁰ Protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, article 5.

⁵¹ Articles 4 et 6 du protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité; article 11 du traité sur l'Union européenne, *op. cit.*

⁵² Commission staff working document impact assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions, SWD/2013/0288.

du projet d'acte législatif. En l'absence de données précises et quantifiées, ainsi qu'en absence d'une réelle réflexion sur des alternatives plausibles, une telle analyse semble tout au plus vouloir justifier une politique déterminée plutôt que de soumettre une série de possibilités au législateur.

En revanche, en ce qui concerne l'obligation de procéder à de larges consultations, celle-ci fut honorée dans la mesure où plus d'une centaine de parties prenantes du marché des paiements, principalement les autorités nationales de supervision, des établissements de paiement et des fédérations professionnelles, ont pu contribuer à l'édiction de normes techniques par l'autorité bancaire européenne.

En dépit d'une analyse d'impact suffisamment convaincante, il semble que le législateur européen intervienne au juste niveau de pouvoir compte tenu de l'objectif qui est visé et qui fera d'avantage l'objet de ce chapitre. Dans son considérant 109, la Commission justifie : « (qu'étant) donné que l'objectif de la présente directive, à savoir une intégration plus poussée du marché intérieur des services de paiement, ne peut pas être atteint de manière suffisante par les États membres, puisqu'il suppose d'harmoniser la multitude de règles divergentes actuellement en vigueur dans les systèmes juridiques des différents États membres, mais peut, en raison de ses dimensions et de ses effets, l'être mieux au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. »⁵³

Section 3 – Objectif d'harmonisation et d'intégration

L'objectif de la première directive des services de paiement, partant du constat que le marché des services de paiement était fragmenté, était d'intégrer le marché des services de paiement de sorte que l'espace unique de paiement en euros (SEPA) prenne corps non seulement au travers de transactions en espèces mais également au travers des paiements par instrument de paiement.

⁵³ Considérant 109, directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen 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, (PSD2).

Pour reprendre les mots de la première directive des services de paiement : « (...) *il est crucial d'établir, au niveau communautaire, un cadre juridique moderne et cohérent pour les services de paiement — que ces services soient ou non compatibles avec le système résultant de l'initiative du secteur financier en faveur d'un espace unique de paiement en euros (SEPA) — qui soit neutre de façon à garantir des conditions de concurrence équitables pour tous les systèmes de paiement, afin de maintenir le choix offert au consommateur, ce qui devrait représenter un progrès sensible en termes de coûts pour le consommateur, de sûreté et d'efficacité par rapport aux systèmes existant au niveau national.* »⁵⁴ Outre l'intention de créer un cadre juridique pour assurer la coordination des dispositions nationales régissant les exigences prudentielles, la première directive des services de paiement veille déjà aussi à garantir l'accès au marché de nouveaux prestataires de services de paiement, fixer des exigences d'information et définir les droits et obligations des utilisateurs et prestataires de services de paiement.⁵⁵

L'innovation technologique, soutenue par le changement des habitudes des consommateurs de services de paiement, a fait émerger des nouveaux acteurs et une diversification des modes de paiement, notamment avec l'apparition des paiements électroniques et des paiements en ligne. Une étude effectuée en 2016 par le cabinet PwC a démontré que 88% des consommateurs avaient déjà recours à des tiers prestataires de services de paiement pour le paiement en ligne.⁵⁶ Ces nouveaux acteurs sont apparus en dehors du champ d'application de la directive des services de paiement, entraînant une importante insécurité juridique, un risque accru de sécurité dans la chaîne des paiements ainsi qu'un manque de protection du consommateur.⁵⁷

⁵⁴ Considérant 4, directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, (PSD1).

⁵⁵ Considérant 5, PSD1.

⁵⁶ JÖRG SANDROCK et ALEXANDRA FIRNGES, « Catalyst or threat ? The strategic implications of PSD2 for Europe's banks », PwC Strategy&, 2016, p. 4.

⁵⁷ SUSANNE GOLDACKER, *Les services financiers dans un monde digital*, Limal, Anthemis, 2019, 41.

Sur la question du niveau de pouvoir le plus approprié, il ne fait pas de doute que c'est à l'échelle européenne qu'il convient d'harmoniser la régulation des FinTech. Les nouveaux services de paiement, par essence dématérialisés, ne limitent pas leur champ d'action aux frontières nationales. Il est dès lors nécessaire et indispensable de coordonner les autorités de contrôle nationales entre elles et sous l'égide du superviseur européen.⁵⁸

Section 4 – Moyens mis en œuvre

Trois mesures ont été prises afin d'harmoniser davantage le marché des paiements. La directive PSD2 a premièrement étendu son champ d'application aux transactions effectuées dans toutes les devises sur le territoire de la zone euro et non seulement en euro comme c'était le cas dans la première directive sur les services de paiement.⁵⁹

Ensuite, la directive PSD2 instaure désormais le principe « *one leg* » en vertu duquel ses règles trouvent à s'appliquer même aux transactions où seul une des parties d'une transaction est établie dans un État membre. Ce principe s'oppose au « *two legs in* » en vigueur sous la précédente directive. Bien qu'elles aient un impact significatif sur l'élargissement du champ d'application de la directive, ces deux mesures ne feront pas l'objet d'un examen approfondi dans le cadre de ce travail.⁶⁰

La troisième mesure pour étendre la sphère d'influence des règles régissant les services de paiement consiste à englober les nouveaux types de prestataires de services de paiement, apparus entre 2007 et 2012 et désormais qualifiés de tiers prestataires de services de paiement. Aux fins d'inclure ces nouveaux acteurs sous la houlette de la législation européenne sur les services de paiement, la directive PSD2 a institué deux nouvelles catégories de services de paiement.⁶¹ En leur

⁵⁸ CATHERINE HOUSSA, « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », *op. cit.*, p. 5.

⁵⁹ Article 2, § 4, PSD2.

⁶⁰ Article 2, § 2, PSD2.

⁶¹ Annexe I, PSD2.

conférant un statut juridique, la directive vise à « (...) définir un cadre juridique clair fixant des conditions dans lesquelles les prestataires de services d'initiation de paiement et les prestataires de services d'information sur les comptes peuvent fournir leurs services avec le consentement du titulaire du compte (...) ». ⁶² C'est cette troisième mesure qui fait l'objet de l'examen de proportionnalité qui suit.

Section 5 – Examen de proportionnalité

§1^{er}. Caractère approprié de la mesure

Une critique peut être formulée quant à la façon d'atteindre l'objectif d'améliorer la cohérence et la consistance de la régulation sur les services de paiement. En effet, en incorporant les prestataires de service d'initiation de paiement et les prestataires de services d'information sur les comptes, la directive s'est détachée du principe en vertu duquel les prestataires de services de paiement entrent, sauf exceptions, en possession des fonds du consommateur. ⁶³ Or n'est-ce pas de nature à ajouter de la complexité, voire de l'inconsistance, que de régir dans un seul instrument juridique et de mettre sur un pied d'égalité, deux types d'institution dont le fonctionnement et le risque qu'elles engendrent sont très différents ?

D'autres plaident « (...) 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

⁶² Considérant 93, PSD2.

⁶³ SUSANNE GOLDACKER, *Les services financiers dans un monde digital*, op. cit., p. 43.

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. »

D'autres encore considèrent que le régulateur et les autorités de supervision doivent adopter une approche neutre à l'égard des différences entre les modèles économiques traditionnelles et ceux des nouveaux entrants. Ce n'est pas le rôle du régulateur ou des autorités de supervision de changer la structure d'un secteur financier en particulier. C'est uniquement aux forces du marché qu'appartient ce rôle.⁶⁴

§2. Caractère nécessaire de la mesure

Si la question de la pertinence d'encadrer juridiquement l'activité de ces nouveaux services de paiement se pose moins, il convient de se poser celle de la manière de les encadrer. Le législateur européen disposait de trois alternatives. La première consistait à intégrer ces nouveaux services au statut existant d'établissement de paiement tel que posé par la première directive sur les services de paiement. La deuxième consistait à inclure ces services dans le champ d'application de cette directive mais en leur octroyant un statut particulier, adapté à leurs spécificités. La troisième solution consistait à élaborer un cadre juridique spécifique en dehors du champ de la directive sur les services de paiement. Probablement pour des raisons de facilité, c'est la première solution qui fut choisie.⁶⁵

Ainsi que nous le verrons dans le chapitre 3 de ce mémoire, accorder à ces nouveaux prestataires de services le statut légal d'établissement est probablement la manière la plus restrictive parmi les solutions envisagées pour atteindre l'objectif d'incorporer ces services dans un cadre juridique. En effet, les initiateurs de paiement et les services d'information sur les comptes sont d'une toute autre nature que les établissements de paiement traditionnels dans la mesure où ils

⁶⁴ ANDREAS DOMBRET, Addressing proportionality in Europe, Speech by Dr Andreas Dombret, Member of the Executive Board of the Deutsche Bundesbank, at the 13th BCBS-FSI High-level Meeting for Africa on "Strengthening financial sector supervision and current regulatory priorities", Cape Town, 24 janvier 2018.

⁶⁵ Voir annexe II, entretien avec Me JOAN CARETTE.

ne sont jamais en possession des fonds de leurs utilisateurs. Ils peuvent dès lors être qualifiés de « services techniques » ne faisant que transiter une information.

Le législateur aurait d'abord pu accorder aux services d'initiation de paiement et à plus forte raison aux services d'information sur les comptes, un statut particulier tout en les intégrant au sein de la directive PSD2. Cette situation nous fait penser à la distinction opérée par le législateur luxembourgeois entre les établissements régulés et les prestataires de support aux banques.⁶⁶ Les premiers étant soumis à une régulation uniforme et exhaustive, les second étant régulés par des mesures adaptées à leurs spécificités. De cette manière, les prestataires « techniques » que constituent les initiateurs de paiement et les agrégateurs de comptes pourraient intégrer le cadre général de la directive des services de paiement sans se voir appliquer les dispositions qui sont moins pertinentes à leur égard telles que les exigences organisationnelles ou liées à la lutte contre le blanchiment d'argent.⁶⁷

Une autre solution est d'élaborer un statut juridique entièrement nouveau. Bien sûr ce n'est pas une chose aisée pour le régulateur mais c'est peut-être souhaitable au regard des caractéristiques spécifiques de ces nouveaux acteurs. Il se pourrait que le législateur, conscient du cadre juridique trop lourd imposé par PSD2, fasse ressortir les tiers prestataires de services de son champ d'application. C'est un scénario qui s'est déjà produit en ce qui concerne les établissements de monnaie électronique. Il s'agissait à l'époque de trouver rapidement une solution pour offrir un cadre juridique aux services de cartes prépayées qui se développaient un peu partout en Europe à la fin des années nonante, dont l'incontournable carte *Proton* en Belgique.⁶⁸ Ce contexte est, au demeurant, particulièrement ressemblant à celui qui accompagne la mise en place de la PSD2. Le législateur avait alors décidé d'assimiler le régime des établissements de monnaie électronique à celui des établissements de crédit à travers la première directive 2000/46/CE sur les établissements

⁶⁶ Article 13, Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, *Rec. Lég. Pl. Fin.*, pp. 97 et seq.

⁶⁷ Voir annexe II, entretien avec Me JOAN CARETTE.

⁶⁸ Considérant 1, directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil 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, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE, (EMD1).

de monnaie électronique (EMD1). Au fur et à mesure, le législateur s'est rendu compte que le fait d'imposer aux établissements de monnaie électronique les mêmes exigences prudentielles qu'aux établissements de crédit, même si adaptées aux spécificités de la monnaie électronique, constituait une contrainte disproportionnée et « *préjudiciable à l'émergence d'un véritable marché unique des services de monnaie électronique et au développement de services conviviaux de ce type.* »⁶⁹ Dans une seconde directive (2009/110/CE) concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique (EMD2), le législateur a considérablement allégé le cadre réglementaire de ces établissements en leur accordant un statut particulier.⁷⁰

§3. Caractère proportionnel au sens strict de la mesure

Un degré élevé d'harmonisation de la législation européenne, ou de neutralisation de la concurrence entre différentes institutions ou juridictions des États membres, comporte inévitablement un coût en termes de complexité. Mais c'est un mal nécessaire pour accomplir l'objectif du marché commun des services financiers. Tout l'art est de trouver l'équilibre afin d'éviter un niveau d'harmonisation disproportionné.⁷¹ À l'inverse, un niveau bas d'harmonisation implique une réglementation fragmentée complètement contradictoire avec les objectifs fondamentaux de l'union bancaire européenne.⁷² De plus, les FinTech s'inscrivent indiscutablement dans une dimension internationale qui nécessite une réglementation totalement harmonisée.⁷³

⁶⁹ Considérants 2 et 4, EMD1

⁷⁰ Voir annexe II, entretien avec Me JOAN CARETTE.

⁷¹ EBA Banking Stakeholder Group, Proportionality in bank regulation, *op. cit.*, p. 13.

⁷² CATHERINE HOUSSA, « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », *op. cit.*, p. 6.

⁷³ CATHERINE HOUSSA, « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », *op. cit.*, p. 5.

CHAPITRE 2. Examen de proportionnalité du contenu normatif

Section 1^{ère} – L'importance de l'adoption d'un point de vue macroscopique

Comme évoqué dans le Titre I, l'examen de proportionnalité des normes entreprises par le régulateur européen ne devrait pas se limiter à la mise en balance de chaque moyen pris individuellement avec l'objectif qu'il cherche à atteindre. Afin de préserver la cohérence et l'efficacité de la régulation bancaire, cet examen doit également se faire dans une démarche davantage macroscopique, c'est-à-dire en prenant en considération la régulation bancaire dans son ensemble.⁷⁴ En effet, le coût ou le bénéfice net de l'ensemble des normes peut différer de la somme des coûts ou bénéfices nets de chaque mesure prise individuellement.⁷⁵

Cette démarche est particulièrement pertinente au regard de l'inflation réglementaire qui a suivi la crise financière de 2008. Au cours de l'année 2018, ce ne sont pas moins de quatre instruments normatifs qui sont entrées en vigueur et bouleverseront le fonctionnement des institutions financières. Il s'agit du règlement (UE) 2016/2067 en ce qui concerne la norme internationale d'information financière (IFRS 9),⁷⁶ de la directive révisée sur les marchés d'instruments financiers (MiFID II),⁷⁷ de la directive (PSD2), et enfin du Règlement général sur la protection des données (RGPD).⁷⁸

⁷⁴ EBA Banking Stakeholder Group, Proportionality in bank regulation, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁵ Communication de la Commission « Pour une réglementation de l'UE bien affûtée », 2012.

⁷⁶ Règlement (UE) 2016/2067 de la Commission du 22 novembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, en ce qui concerne la norme internationale d'information financière IFRS 9.

⁷⁷ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.

⁷⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

Section 2 – L’Open Banking sous le microscope et le macroscopie

L’un des objectifs de la directive PSD2 doit en particulier être mis en perspective avec la régulation bancaire dans son ensemble. Il s’agit de l’objectif d’ouverture du marché des services de paiement.⁷⁹ Cet objectif est double : il vise, d’une part, à « *garantir une concurrence équitable entre les prestataires de services de paiement* »⁸⁰, de manière à briser le monopole des banques traditionnelles et, d’autre part, à encourager l’innovation en matière de services de paiement.⁸¹

Cette approche englobante est d’autant plus importante que l’articulation avec d’autres régulations bancaires européennes peut s’avérer compliquée voire contradictoire. L’articulation des exigences en matière de protection des données privées établies par le règlement RGPD avec l’obligation faite au gestionnaire de comptes de permettre au tiers prestataire de services de paiement d’accéder aux données bancaires de l’utilisateur de celui-ci, moyennant son consentement, illustre bien cette problématique.⁸² Outre le caractère contradictoire ou, à tout le moins, difficilement conciliable, que peuvent avoir deux normes, des mesures mises bout-à-bout peuvent exercer une pression disproportionnée sur certaines parties prenantes. Sujettes à un nombre croissant de régulations, les banques traditionnelles voient leurs marges de profit diminuer significativement et leur modèle économique remis en question au profit de nouveaux acteurs moins exposés à la régulation financière.

⁷⁹ Considérant 11, PSD2.

⁸⁰ Considérant 51, PSD2.

⁸¹ JAKUB GORKA, « IBANs or IPANs? Creating a Level Playing Field between Bank and Non-Bank Payment Service Providers », in *Transforming Payment Systems in Europe*, 2016, p. 182; PIERRE E. BERGER, ISABELLE VAN BIESEN et STEPHANIE LIEBAERT, « De impact van de nieuwe richtlijn betalingsdiensten (PSD II) op de Europese betaalmarkt », *R.D.C.* 2017/2, février 2017, p. 124; INNA ROMAÑOVA, SIMON GRIMA, JONATHAN SPITERI et MARINA KUDINSKA, « The Payment Services Directive 2 and Competitiveness: The Perspective of European Fintech Companies », *European Research Studies Journal*, Volume XXI, 2018, p. 9.

⁸² AURELIE BANCK, « Données personnelles : la difficile articulation des dispositions de la Directive sur les Services de Paiement 2 et du Règlement général sur la protection des données », *Revue de droit bancaire et financier*, Paris, Janvier-février 2018, no 1, p. 16.

Section 3 – Objectif d’ouverture du marché

Avant l’entrée en vigueur de la directive PSD2, les gestionnaires de comptes, c’est-à-dire les banques, étaient les principaux prestataires de service de paiement. Constituant un groupe homogène, les banques n’étaient confrontées qu’à une concurrence marginale dans le secteur des paiements.⁸³ En outre, les banques traditionnelles sont réticentes à procéder à de lourds investissements en raison des nombreuses contraintes réglementaires, des systèmes informatiques déjà en place et des accords interbancaires complexes.⁸⁴ Dans ce contexte il est difficile d’imaginer que les banques décident d’investir dans de nouveaux produits ou services, de diminuer leur cout ou d’en améliorer la qualité tant que cela n’a pas d’incidence positive sur leur part de marché ni négative à défaut d’investissement.⁸⁵ Malgré cet environnement peu compétitif, les utilisateurs sont peu enclins à changer de prestataires de service car, du fait des structures de tarification complexes, les services bancaires sont difficilement comparables.⁸⁶ De surcroit, les utilisateurs ont tendance à confier l’intégralité de leurs besoins financier à une seule et même banque plutôt que de se constituer une collection de plusieurs petits prestataires de services.

Tirant profit de cette inertie, ainsi que de l’émergence de certaines innovations technologiques et d’un changement d’habitude dans le chef des utilisateurs de services de paiement, des nouveaux acteurs sont apparus dans le marché des paiements. Ces FinTechs se sont d’abord développées en dehors du cadre juridique posé par la première directive sur les services de paiement. Afin de procurer leurs services, les tiers prestataires de services ont besoin d’accéder d’une façon ou d’une autre aux données de leurs utilisateurs. Il existe plusieurs manières d’accéder à ces données. La première implique une relation contractuelle entre le tiers prestataire de service

⁸³ JAKUB GORKA, « IBANs or IPANs? Creating a Level Playing Field between Bank and Non-Bank Payment Service Providers », *op. cit.*, p. 182.

⁸⁴ BRETT KING, *Bank 3.0: why banking is no longer somewhere you go, but something you do*, Marshall Cavendish Business, Singapour, 2013, p. 345.

⁸⁵ Competition & Market Authority, « Making banks work harder for you », 9 aout 2016, p. 3.

⁸⁶ *Ibidem.*

de paiement et le gestionnaire de compte. Cette solution induit une relation de dépendance du tiers prestataire à l'égard de la banque en plus de représenter une barrière à l'entrée. Pour fournir leur service en toute indépendance, les FinTech ont dès lors eu recours à une autre manière d'accéder aux données bancaires de leurs utilisateurs. Il s'agit d'une part de la méthode dite de *screen scraping*, et plus récemment du *reverse engineering* où le tiers prestataire de service de paiement se fait passer pour le consommateur et accède à toutes ses données sans se limiter à celles dont il a effectivement besoin pour fournir son service.⁸⁷

Pour pallier tant la situation de dépendance que la situation négligeant la protection du consommateur, une voie intermédiaire a vu le jour, *in extremis*, à l'issue d'intenses négociations entre les différentes parties prenantes lors de l'élaboration de la nouvelle directive sur les services de paiement.⁸⁸ En échange d'un statut légal et moyennant l'autorisation de l'utilisateur, les tiers prestataires de services peuvent désormais accéder librement aux données via une interface en ligne (API), obligatoirement mise à disposition par le gestionnaire de compte.

Section 4 – Moyens mis en œuvre : l'avènement de l'Open Banking

Animée par l'objectif d'ouvrir davantage le marché des paiements à la concurrence et à l'innovation, la Commission européenne a posé les bases de l'Open Banking. Si la portée de l'Open Banking se limite aujourd'hui aux comptes de paiement, la transformation de toute l'industrie bancaire n'en demeure pas moins inévitable et irrévocable.⁸⁹ La notion d'Open Banking est apparue dès 2010, lors de travaux préparatoires de la directive PSD2.⁹⁰ En promouvant activement

⁸⁷ EBA, Opinion of the European Banking Authority on the European Commission's intention to partially endorse and amend the EBA's final draft regulatory technical standards on strong customer authentication and common and secure communication under PSD2, EBA/Op/2017/09, 29 juin 2019, p. 8.

⁸⁸ JAKUB GORKA, « IBANs or IPANs? Creating a Level Playing Field between Bank and Non-Bank Payment Service Providers », *op. cit.*, p. 203.

⁸⁹ JÖRG SANDROCK, ALEXANDRA FIRNGES, « Catalyst or threat ? The strategic implications of PSD2 for Europe's banks », *op. cit.*, p. 4.

⁹⁰ JULIEN SAD, « Les services de paiement », *TPDC/5*, Wolters Kluwer, 2016, p. 230.

le modèle d'Open Banking, le législateur européen fait preuve d'avant-gardisme et attire sur lui les regards de nombreux autres législateurs à travers le monde qui se gardent pour l'instant d'emprunter la même voie.

Le concept d'Open Banking est fondé sur deux principes : l'ouverture et la confiance. En vertu du principe d'ouverture, les gestionnaires de comptes doivent aménager un accès libre aux données bancaires de manière à créer des modèles de collaboration ou de « *coopétition* » entre les gestionnaires de compte et les tiers prestataires de service de paiement.⁹¹ Pour créer les conditions de la confiance, la directive pose d'importantes exigences en matière de transparence.⁹²

C'est en cette exigence d'accès libre que réside le caractère véritablement révolutionnaire de la directive PSD2.⁹³ A travers ce modèle d'Open Banking, le législateur européen semble tenir compte de l'importance stratégique des données digitales dans l'économie actuelle. En effet, il s'agit d'encourager à la fois un meilleur usage et un usage meilleur des nombreuses données bancaires générées quotidiennement par les utilisateurs.

Un meilleur usage dans le sens où ces données peuvent être utilisées par des tiers prestataires afin de fournir des services davantage personnalisés, sécurisés et simples d'utilisation et moins onéreux. Durant de longues années, les banques traditionnelles ont collecté une quantité considérable de données sur les comportements transactionnels de leurs utilisateurs. Les banques ont conservé ainsi jalousement cette ressource, notamment en vertu de l'impératif du secret bancaire. Ces données ne leur servaient que rarement et pour des usages très limités. Avec l'apparition de nouvelles technologies de traitement de l'information, le « data » est devenu une ressource précieuse, notamment pour développer des services nouveaux, plus personnalisés, simples d'utilisation, moins chers et plus sécurisés. Ne pas les utiliser pour satisfaire les besoins

⁹¹ DOMINIQUE CHESNEAU, « Fintechs et banques : coopération et coopétition », *Réalités Industrielles*, février 2019, p. 48.

⁹² Considérant 5,6,8, 18, 42, 54, 61, PSD2.

⁹³ CATHERINE OLIVIER, « Lawyers supporting the Digital Development of Banks » in *Les services financiers dans un monde digital*, Anthemis, 2019, p. 17.

sociaux reviendrait à un acte de gaspillage. De même que les concepteurs du Code Civil condamnaient le non-usage de certains biens matériels ainsi qu'en témoigne la figure de l'usucapion et l'interdiction des clauses d'inaliénabilité, le législateur moderne semble condamner le non-usage des ressources numériques.⁹⁴

Un usage meilleur dans le sens où, à l'instar du Règlement général sur la protection des données (RGPD), la directive PSD2 fait basculer la propriété intellectuelle des données de la banque à l'utilisateur.⁹⁵ Il est donc maladroit de parler de partage des données avec les tiers prestataires de service de paiement dans le chef des banques, car ce sont les utilisateurs qui regagnent le contrôle de leurs données en autorisant les tiers à y accéder.

§1^{er}. Accès aux données bancaires et systèmes de paiement

La directive est assez laconique en ce qui concerne les modalités d'accès aux données bancaires et services de paiement. Elle n'évoque pas explicitement la mise en place d'interface programmatique d'application (API). Par contre, les conditions d'accès sont clairement dictées et intimement liées au principe de proportionnalité. Le considérant 32 dispose que « *(les) services d'initiation de paiement sont fondés sur l'accès, direct ou indirect, du prestataire de ce type de services aux comptes du payeur. Un prestataire de services de paiement gestionnaire du compte qui fournit un mécanisme d'accès indirect devrait aussi autoriser l'accès direct pour les prestataires de services d'initiation de paiement.* »⁹⁶

En pratique, chaque gestionnaire de compte qui souhaite se conformer à la réglementation doit mettre en place sa propre interface. Cela pose un problème d'interopérabilité compte tenu du fait que ces interfaces ne sont pas standardisées. Chaque tiers prestataire de services de paiement

⁹⁴ RENÉ DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911; DUNCAN KENNEDY et MARIE-CLAIRE BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2006.56, p. 177.

⁹⁵ ANNA EUGENIA OMARINI, « Banks and Fintechs: How to Develop a Digital Open Banking Approach for the Bank's Future », *International Business Research*; Vol. 11, no. 9, 2018, p. 28.

⁹⁶ Considérant 32, PSD2.

qui souhaiterait accéder aux données bancaires de ses utilisateurs doit donc pouvoir adapter son logiciel pour chaque type de système d'interface. Toutefois, il est fort probable que les banques soucieuses d'attirer les FinTech générant le plus de valeur ajoutée, se concertent pour converger vers un système standardisé. C'est l'objet des travaux menées par le consortium du Berlin Group.⁹⁷

Si la directive a été conçue partiellement dans le même esprit que le Règlement général sur la protection des données (RGPD), les deux normes s'articulent difficilement. En effet, la première impose la circulation des données, et la seconde instaure un régime strict s'agissant de la gestion des données privées.⁹⁸

Section 5 – Examen de proportionnalité

§1^{er}. Caractère approprié de la mesure

L'idée sous-jacente au concept d'Open Banking permet par définition d'atteindre un plus grand degré d'ouverture du marché des paiements. Derrière cette lapalissade se cache toutefois un potentiel effet pervers. En effet, il est tentant de penser que les tiers prestataires de services de paiement sont exclusivement des Start-Ups de petite taille alors qu'il existe toutes sortes d'entreprises FinTech. Les grandes multinationales technologiques s'intéressent de très près aux services bancaires.⁹⁹ Pour n'en citer que quelques-uns, Google, Apple, Amazon, Alibaba, Tencent et plus récemment Facebook avec son projet Libra, proposent déjà des services financiers à leurs utilisateurs et certains ont déjà introduit une demande d'agrément dans un État membre.¹⁰⁰ Dans

⁹⁷ Financial Conduct Authority, « Payment Services and Electronic Money – Our Approach, The FCA's role under the Payment Services Regulations 2017 and the Electronic Money Regulations 2011 », juin 2019 (version 4), p. 236.

⁹⁸ AURELIE BANCK, « Données personnelles : la difficile articulation des dispositions de la Directive sur les Services de Paiement 2 et du Règlement général sur la protection des données », *op. cit.*, p. 16.

⁹⁹ OLIVIER DURON et TOM BOEDTS, « “Il est urgent d'attendre” : bedenkingen bij het Fintech Action Plan van de Europese Commissie en twee rapporten van de Europese Bankautoriteit over risico's, opportuniteiten van fintech », *Forum financier / droit bancaire et financier*, 2018/III, p. 179.

¹⁰⁰ ANITA HAWSER, « Bankers Grid For New Era Of PSD2 », *Global Finance*, décembre 2017, p. 73; GONGPIL CHOI et MEEYOUNG PARK, « Reconnecting the Dots: Expanding Asian Financial Network for the PSD2 », aout 2018, p. 7.

l'hypothèse où elles parviendraient à obtenir cet agrément, ces entreprises deviendraient concurrent direct des banques traditionnelles et pourraient accéder sans difficulté aux données bancaires de leurs milliards d'utilisateurs. Avec les moyens technologiques, capitalistiques et la vaste clientèle dont ces « TechFin » disposent, tout porte à croire qu'ils pourraient faire disparaître les banques traditionnelles et remplacer un monopole par un autre, bien plus préjudiciable pour le consommateur et insaisissable par les régulateurs financiers.

Ces propos doivent s'accompagner d'une certaine nuance dans la mesure où les prestataires de services d'initiation de paiement et les agrégateurs de comptes n'ont accès qu'à une série limitée de type de compte bancaires, à savoir les « comptes de paiement accessibles en ligne ». En effet, la directive PSD2 définit le compte de paiement comme « (...) *un compte qui est détenu au nom d'un ou de plusieurs utilisateurs de services de paiement et qui est utilisé aux fins de l'exécution d'opérations de paiement* ». ¹⁰¹ La première directive sur les services de paiement utilisait la même définition. Cette définition ne fait aucune distinction entre les différents types de comptes tels que les comptes de monnaie électronique, les comptes à vue, les comptes à terme ou encore les comptes d'épargne. ¹⁰²

Cette définition paraît simple en apparence mais fait l'objet de maintes discussions sur les catégories de comptes visées par la réglementation. ¹⁰³ Lors de la transposition de la première directive sur les services de paiement, la question a été posée à plusieurs reprises de savoir si le compte d'épargne entrait dans le champ cette définition. La Commission avait alors répondu que « *les comptes d'épargne sur lesquels le titulaire peut placer et retirer des fonds sans intervention*

¹⁰¹ Article 4, 12), PSD2

¹⁰² JULIEN SAD, « Les services de paiement », *op. cit.*, p. 238.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 237.

*ou accord supplémentaire de son prestataire de services de paiement devraient être considérés comme des comptes de paiement au sens de la PSD ».*¹⁰⁴

L'interprétation de cette définition vague varie dans les différents États membres. En Belgique, la définition est reprise telle quelle dans l'article I.9, 8°, du Code de droit économique (CDE). Elle n'a pas fait l'objet de débats durant la transposition de PSD2.¹⁰⁵ Lors de l'adoption de la première directive, le législateur belge a jugé l'interprétation de la Commission trop extrême.¹⁰⁶ Aux termes de l'exposé des motifs du projet de loi visant à transposer la première directive, « (...) l'exécution, en tant qu'activité complémentaire, de quelques paiements sur un compte notamment utilisé à d'autres fins (épargner, placer) ne semble a priori pas pouvoir être considérée comme la fourniture de services de paiement ou comme des paiements d'un ou vers un compte de paiement. Un élément complémentaire important est la présence ou non de limites légales ou contractuelles qui font qu'un compte est de facto impropre pour effectuer régulièrement des opérations de paiement. Ainsi, il n'y a pour un compte à terme aucune liberté d'effectuer des dépôts ou des emprunts complémentaires. Dans la mesure où des comptes d'épargne tombent sous le régime strict des emprunts de dépôts d'épargne définis à l'article 2 de l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du code des impôts sur les revenus 1992, en abrégé, « AR/CIR 92 » ces limitations auront dès lors pour conséquence que les comptes ne peuvent en principe pas servir de compte de paiement. Toutefois, si l'on tombe hors de ce régime et que le compte d'épargne est également utilisé pour des opérations de paiement, il faudra alors requalifier celui-ci comme compte de paiement. »¹⁰⁷

¹⁰⁴ Questions-réponses de la Commission européenne à propos de la directive sur les services de paiement 2007/64/EC, disponible sur internet : https://ec.europa.eu/info/system/files/faq-transposition-psd-22022011_en.pdf

¹⁰⁵ GREGORY HENNARD, « La loi du 19 juillet 2018 portant modification et insertion de dispositions en matière de services de paiement dans différents livres du Code de droit économique », *Forum financier / droit bancaire et financier*, 2019/I, p. 28.

¹⁰⁶ JULIEN SAD, « Les services de paiement », *op. cit.*, p. 238.

¹⁰⁷ Projet de loi relatif aux services de paiement, Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, sess. 2008-2009, n° 2179/001, pp. 14-15.

La France a elle aussi adopté une définition restrictive de la notion de compte de paiement n'incluant pas le compte d'épargne.¹⁰⁸ En revanche, d'autres États membres ont opté pour une interprétation plus large. C'est le cas par exemple au Royaume Uni, où la Financial Conduct Authority considère que la notion de compte de paiement peut comprendre des comptes courants, des comptes de monnaie électronique, des comptes d'épargne flexibles, des comptes de carte de crédit et des hypothèques en compte courant.¹⁰⁹ Toutefois, dans un arrêt du 4 octobre 2018, la Cour de justice de l'Union européenne semble également opter pour l'interprétation restrictive à la lumière de la directive sur les comptes de paiement du 23 juillet 2014.¹¹⁰

Ce propos doit immédiatement être nuancée en ce que les différentes approches des régulateurs nationaux pourraient ne pas être liée à une différence d'interprétation, mais simplement à une différence pratique liée aux caractéristiques du compte dans les différents États membres. En Belgique, le compte d'épargne ne permet pas de faire des virements vers l'extérieur. C'est donc à juste titre que le législateur belge ne le considère pas comme un compte de paiement. Il en est autrement au Royaume Uni. Il ne s'agit donc pas tant d'une disparité d'interprétation que d'une disparité pratique.

En résumé, la notion de compte de paiement, fondamentale au demeurant pour déterminer si les règles d'accès aux informations bancaire trouvent à s'appliquer, a fait l'objet de diverses interprétations à travers les différents États membres et de débats animés au sein de ceux-ci lors de la transposition de la directive. De manière générale, si l'interprétation restrictive semble l'avoir emporté au détriment d'une application uniforme de PSD2 sur tous les types de services de paiement mais au bénéfice des banques traditionnelles.¹¹¹

¹⁰⁸ Loi n° 2018-700 du 3 août 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2017-1252 du 9 août 2017 portant transposition de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, *JORF* n°0179 du 5 août 2018.

¹⁰⁹ Financial Conduct Authority, *Payment Services and Electronic Money – Our Approach*, The FCA's role under the Payment Services Regulations 2017 and the Electronic Money Regulations 2011, *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁰ Arrêt du 4 octobre 2018, *Bundeskammer für Arbeiter*, affaire C-191/17, point 34.

¹¹¹ REINHARD STEENNOT, « Nieuwe Richtlijn Betalingsdiensten », *Rechtskundig Weekblad*, 2015-16, nr.28, p. 1082.

§2. Caractère nécessaire de la mesure

Le dispositif d'accès aux données bancaires tel qu'imposé par le législateur européen est unique au monde de telle sorte qu'il est difficile de dire qu'il n'existe aucune autre alternative manifestement moins contraignante pour atteindre un résultat similaire en termes de protection du consommateur. Par ailleurs, l'analyse d'impact réalisée en amont du projet de directive semble lacunaire en ce qui concerne l'impact de ces mesures et l'ensemble des solutions envisagées.¹¹² Force est de constater que le consommateur n'a pas attendu l'avènement de l'Open Banking pour accorder sa confiance aux nouveaux prestataires de services bancaires. Il ressort d'une enquête effectuée auprès d'un millier d'allemands que 85 pour cent d'entre eux avaient confiance en le protocole de paiement d'Amazon.¹¹³

§3. Caractère proportionné au sens strict de la mesure

Les banques traditionnelles n'accueillent pas toutes d'un bon œil cette nouvelle directive. Si les comptes de paiement ne constituent qu'une source de revenu marginale pour les banques, ils n'en demeurent pas moins les points d'accroche pour fidéliser les clients et pour distribuer d'autres produits bancaires tels que des emprunts ou des assurances. Il ressort d'un sondage réalisé en 2016 que 68% des banquiers craignent que la directive PSD2 ne leur fasse perdre le contrôle sur leur interface bancaire.¹¹⁴

En additionnant les contraintes imposées par PSD2 avec celles des autres réglementations bancaires, les banques traditionnelles voient leur marge de profit diminuer, leur modèle économique remis en cause et leur indépendance à l'égard des entreprises de technologie

¹¹² Commission staff working document impact assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions, SWD/2013/0288.

¹¹³ JÖRG SANDROCK, ALEXANDRA FIRNGES, « Catalyst or threat ? The strategic implications of PSD2 for Europe's banks », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

augmenter. Il y lieu de se poser la question de savoir si un tel surcroît de régulation n'est pas manifestement disproportionné et n'est pas de nature à aggraver les faiblesses des institutions financières ou à inciter à un comportement d'arbitrage réglementaire.¹¹⁵ Il est néanmoins difficile de mener une analyse cout-bénéfice *a priori* tant l'impact de cette directive est incertain.

CHAPITRE 3. La proportionnalité appliquée par l'autorité de supervision : de l'approche graduée à l'approche de ségrégation

Comme évoqué dans le deuxième chapitre, les nouvelles normes en matière bancaire ont été particulièrement foisonnantes depuis la crise financière de 2008. Cette inflation législative a fortement accru le niveau de complexité de la régulation bancaire et s'est avérée lourde et couteuse en termes de conformité. En réaction à ce raffermissement, une tendance inverse semble se dessiner. Ce nouveau modèle de régulation tendrait à accorder un plus grand rôle aux autorités de supervision à travers le principe de proportionnalité.

Aux termes de l'Autorité bancaire européenne : « *In the process of striving for simpler, yet effective, rules, closer attention to the Principle of Proportionality may help policy makers to focus more clearly on the effectiveness and sustainability of new regulations. Proportionality is a vital part of effective legislation.* »¹¹⁶

¹¹⁵ INNA ROMAÑOVA, SIMON GRIMA, JONATHAN SPITERI et MARINA KUDINSKA, « The Payment Services Directive 2 and Competitiveness: The Perspective of European Fintech Companies », *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁶ EBA Banking Stakeholder Group, Proportionality in bank regulation, 2015, p. 13 ; traduction libre : « *Dans le cadre du processus visant à simplifier les règles tout en les rendant plus efficaces, une attention plus soutenue au principe de proportionnalité pourrait aider les décideurs à se concentrer plus clairement sur l'efficacité et la durabilité des nouvelles réglementations. La proportionnalité est un élément essentiel d'une législation efficace.* »

Section 1^{ère} – Objectif de maintien de la stabilité financière

Comme en témoigne la crise économique et financière de 2008, l'innovation financière peut être un facteur d'instabilité.¹¹⁷ D'une part parce qu'elle engendre une complexification et par conséquent, une compréhension et le contrôle plus difficile des risques, et d'autre part à cause des problèmes d'agence qui surgissent avec l'apparition de nouveaux et nombreux acteurs aux intérêts parfois divergents.¹¹⁸ Les nouveaux types de services de paiement, de plus en plus complexes, volumineux et à l'échelle mondiale augmentent considérablement les risques de sécurité et affectent potentiellement le bon fonctionnement du marché des services de paiement.¹¹⁹

Dans un document de réflexion sur les technologies financières publié en 2017, l'ABE met en lumière la façon dont l'utilisation de nouvelles technologies augmente potentiellement le risque systémique.¹²⁰ En outre, ce rapport souligne que les risques auxquels les banques étaient traditionnellement exposées étaient davantage de nature financière, tels que les fluctuations des taux d'intérêt, l'insolvabilité d'une contrepartie ou encore un choc sur les marchés financiers. Les innovations technologiques, souvent assorties d'un changement de business model, augmentent l'importance du risque opérationnel tel que des pannes informatiques. Par conséquent, l'avènement des nouvelles technologies en matière de services de paiement n'augmente pas seulement le risque prudentiel mais le fait également changer de nature.¹²¹

¹¹⁷ Regulatory sandboxes, A proposal to EBA by the Banking Stakeholders Group, July 20, 2017, p. 2.

¹¹⁸ ETIENNE DE CALLATAÏ, *Les confessions d'un économiste ordinaire, comprendre la crise financière pour en tirer les leçons*, Roularta Books, Zellik, 2009, p. 26.

¹¹⁹ CATHERINE HOUSSA, « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », *op. cit.*, p. 10.

¹²⁰ Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech), EBA/DP/2017/02, 4 août 2017, p. 36.

¹²¹ OLIVIER DURON et TOM BOEDTS, « "Il est urgent d'attendre": bedenkingen bij het Fintech Action Plan van de Europese Commissie en twee rapporten van de Europese Bankautoriteit over risico's, opportuniteiten van fintech », *op. cit.*, p. 181.

Ainsi, la préservation de la stabilité financière figure parmi les objectifs principaux de la directive PSD2. La banque centrale européenne (BCE) définit la stabilité financière comme la « *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* »¹²²

Section 2 – Moyens mis en œuvre : exigences prudentielles

Les exigences prudentielles n'ont pas été substantiellement modifiées lors de la révision de la première directive sur les services de paiement.¹²³ Les principales modifications concernent l'obligation pour les établissements de paiement d'implémenter de fournir une description de leur politique de sécurité, les exigences en matière de capital initial réduites pour les prestataires de services d'initiation de paiement et l'ensemble des obligations relatives à la sécurité des paiements et des données de paiement.¹²⁴

Du reste, les tiers prestataires de services de paiement intégrés dans le champ de la directive PSD2, à savoir les initiateurs de paiement et les agrégateurs de compte, devront obtenir le statut d'établissement de paiement pour pouvoir fournir leurs services et bénéficier de l'accès aux comptes de paiement. C'est la procédure d'agrément, ou dans certain cas, d'enregistrement, qui nous intéresse dans le cadre de ce chapitre. En effet, la procédure d'agrément est symptomatique du large pouvoir de décision discrétionnaire dont disposent les autorités de supervision compétentes.

¹²² ECB, Financial Stability Review, mai 2015, p. 4.

¹²³ Considérant 34, PSD2

¹²⁴ REINHARD STEENNOT, « Nieuwe Richtlijn Betalingsdiensten », *op. cit.*, p. 1082.

L'article 5 de la directive PSD2 pose le régime de la procédure de demande d'agrément pour les établissements de paiement.¹²⁵ Celle-ci impose au candidat d'accompagner sa demande d'une série d'informations. En ce qui concerne les candidats qui souhaitent prester des services d'initiation de paiement et d'agrégation de compte, outre les exigences applicables aux établissements de paiement classiques en opérant des adaptations liées à leurs activités limitées, ceux-ci doivent être couverts, préalablement à l'introduction de leur demande, par une assurance de responsabilité civile professionnelle couvrant les territoires où ils proposent des services ou une autre garantie comparable contre l'engagement de leur responsabilité.¹²⁶ Cette liste d'information est détaillée par l'Autorité Bancaire Européenne dans ses lignes de conduites. La plupart des autorités de supervision nationales ont repris ces recommandations dans leurs lignes de conduite.
127

Les informations exigées lors de la demande d'agrément sont les suivantes :

- « a) un programme d'activité indiquant, en particulier, le type de services de paiement envisagé;*
- b) un plan d'affaires contenant notamment un calcul budgétaire prévisionnel afférent aux trois premiers exercices, qui démontre que le demandeur est en mesure de mettre en œuvre les systèmes, ressources et procédures appropriés et proportionnés nécessaires à son bon fonctionnement;*
- c) la preuve que l'établissement de paiement dispose du capital initial prévu à l'article 7;*
- d) pour les établissements de paiement visés à l'article 10, paragraphe 1, une description des mesures prises pour protéger les fonds des utilisateurs de services de paiement conformément à l'article 10;*

¹²⁵ Article 5, PSD2.

¹²⁶ Article 5, §§2 et 3, PSD2.

¹²⁷ EBA report on Regulatory perimeter, regulatory status and autorisation approaches in relation to FinTech activities, 18 juillet 2019, p. 20.

- e) *une description du dispositif de gouvernance d'entreprise et des mécanismes de contrôle interne, notamment des procédures administratives, de gestion des risques et comptables du demandeur, qui démontre que ce dispositif de gouvernance d'entreprise, ces mécanismes de contrôle et ces procédures sont proportionnés, adaptés, sains et adéquats;*
- f) *une description de la procédure en place pour assurer la surveillance, le traitement et le suivi des incidents de sécurité et des réclamations de clients liées à la sécurité, y compris un mécanisme de signalement des incidents qui tient compte des obligations de notification incombant à l'établissement de paiement en vertu de l'article 96;*
- g) *une description du processus en place pour enregistrer, surveiller et restreindre l'accès aux données de paiement sensibles et garder la trace de ces accès;*
- h) *une description des dispositions en matière de continuité des activités, y compris une désignation claire des activités essentielles, des plans d'urgence appropriés et une procédure prévoyant de soumettre ces plans à des tests et de réexaminer périodiquement leur adéquation et leur efficacité;*
- i) *une description des principes et des définitions appliqués pour la collecte de données statistiques relatives aux performances, aux opérations et à la fraude;*
- j) *un document relatif à la politique de sécurité, comprenant une analyse détaillée des risques en ce qui concerne les services de paiement proposés et une description des mesures de maîtrise et d'atténuation prises pour protéger les utilisateurs de services de paiement de façon adéquate contre les risques décelés en matière de sécurité, y compris la fraude et l'utilisation illicite de données sensibles ou à caractère personnel;*
- k) *pour les établissements de paiement soumis aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme prévues dans la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil et dans le règlement (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil, une description des mécanismes de contrôle interne que le demandeur a mis en place pour se conformer à ces obligations;*

- l) une description de l'organisation structurelle du demandeur, y compris, le cas échéant, une description du projet de recours à des agents et à des succursales et des inspections sur pièces et sur place au moins annuelles que le demandeur s'engage à effectuer à l'égard de ces agents et succursales, ainsi qu'une description des accords d'externalisation et de sa participation à un système de paiement national ou international;*
- m) l'identité des personnes détenant directement ou indirectement une participation qualifiée au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 36), du règlement (UE) n° 575/2013 dans le capital du demandeur, la taille de leur participation ainsi que la preuve de leur qualité, compte tenu de la nécessité de garantir une gestion saine et prudente de l'établissement de paiement;*
- n) l'identité des dirigeants et des personnes responsables de la gestion de l'établissement de paiement et, le cas échéant, des personnes responsables de la gestion des activités de services de paiement de l'établissement de paiement, et la preuve de ce qu'ils jouissent de l'honorabilité et possèdent les compétences et l'expérience requises aux fins de la prestation des services de paiement conformément à ce que détermine l'État membre d'origine de l'établissement de paiement;*
- o) le cas échéant, l'identité des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit, au sens de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil;*
- p) le statut juridique et les statuts du demandeur;*
- q) l'adresse de l'administration centrale du demandeur.*

Aux fins du premier alinéa, points d), e), f) et l), le demandeur fournit une description de ses dispositions en matière d'audit et des dispositions organisationnelles qu'il a arrêtées en vue de prendre toute mesure raisonnable pour protéger les intérêts de ses utilisateurs et garantir la continuité et la fiabilité de la prestation de ses services de paiement.

La description des mesures de maîtrise et d'atténuation des risques en matière de sécurité visée au premier alinéa, point j), indique comment ces mesures garantissent un niveau élevé de sécurité technique et de protection des données, y compris pour les systèmes logiciels et informatiques utilisés par le demandeur ou par les entreprises vers lesquelles il externalise la totalité ou une

*partie de ses activités. Ces mesures incluent également les mesures de sécurité prévues à l'article 95, paragraphe 1. Elles tiennent compte des orientations de l'ABE relatives aux mesures de sécurité, visées à l'article 95, paragraphe 3, une fois celles-ci établies. »*¹²⁸

Sur base de ces informations, l'autorité compétente accorde l'agrément si elle parvient à une évaluation globalement favorable de ces conditions.¹²⁹ Elle dispose dans les faits d'un large pouvoir d'appréciation. La procédure d'octroi de l'agrément instaurée par la première directive et adaptée par la PSD2 est illustrative de l'approche graduée souvent empruntée pour appliquer des exigences prudentielles proportionnées aux risques opérationnels et financiers auxquelles sont exposé des entités régulées.¹³⁰

À nouveau, le législateur européen accorde au sein de la directive PSD2 un rôle important à la proportionnalité comme principe modérateur du large pouvoir d'appréciation dont dispose les autorités de supervision. C'est spécialement vrai en ce qui concerne la procédure d'agrément.¹³¹ Cette proportionnalité se traduit d'une part en une approche graduelle et d'autre part en une approche de ségrégation. Outre l'évaluation souple des exigences d'informations requises lors de la demande d'agrément, l'article 11§4 de la directive conditionne ainsi par exemple l'agrément à la mise en place par les établissements de paiement d'un « (...) *solide dispositif de gouvernance d'entreprise, comprenant notamment une structure organisationnelle claire avec un partage des responsabilités qui soit bien défini, transparent et cohérent, des procédures efficaces de détection, de gestion, de contrôle et de déclaration des risques auxquels il est ou pourrait être exposé et des mécanismes adéquats de contrôle interne, y compris des procédures administratives et comptables*

¹²⁸ Article 5, § 1, PSD2.

¹²⁹ Article 11, § 2, PSD2.

¹³⁰ CATHERINE HOUSSA, « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », *op. cit.*, p. 9.

¹³¹ EBA report on Regulatory perimeter, regulatory status and autorisation approaches in relation to FinTech activities, *op. cit.*, p. 4.

saines. »¹³² Cette même disposition précise que ce dispositif de gouvernance doit être adapté à la nature, l'échelle et la complexité des services de paiement fournis.

Dans une démarche davantage ségrégative, cette fois, l'article 32 de la directive offre aux États membre, la possibilité d'exclure certains établissements de paiement de petite taille du champ d'application de la directive lors de sa transposition. Si cette option ne concerne pas les prestataires de service d'initiation de paiement, l'article 33 de la directive exempte les agrégateurs de compte de certaines obligations lors de la demande d'agrément. Il s'agit entre autres des exigences concernant le capital minimum ou les fonds propres.¹³³

Si les exigences d'informations à fournir lors de la demande d'agrément sont clairement définies dans la directive et reproduites telles quelles dans les législations nationales et que la directive PSD2 est une harmonisation maximale, l'on observe toutefois une pratique variée dans l'appréciation et l'évaluation de ces conditions. Ces incohérences sont détrimentaires à la mise en place d'un *level playing feeld*.¹³⁴ Dans son plan d'action, la commission demande aux autorités de recenser les pratiques nationales et de les évaluer au regard du principe de proportionnalité.¹³⁵

L'article 23 §1, al. 1 de la directive dispose que « *(l)es États membres veillent à ce que les contrôles exercés par les autorités compétentes aux fins de vérifier le respect constant des dispositions du présent titre soient proportionnés, adéquats et adaptés aux risques auxquels les établissements de paiement sont exposés.* »¹³⁶

¹³² Article 11, § 4, PSD2.

¹³³ article 7, PSD2.

¹³⁴ EBA report on Regulatory perimeter, regulatory status and autorisation approaches in relation to FinTech activities, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 26.

¹³⁶ Article 23, §1^{er}, al. 1^{er}, PSD2.

En substance, la PSD2 contient à la fois des dispositions de droit public que des dispositions de droit privé sans qu'il ne soit aisé de les distinguer. À l'instar d'autres États membres, la Belgique a opté pour un modèle de supervision Twin peaks qui consiste à séparer la surveillance prudentielle de la surveillance des éléments de droit privé, comme par exemple les éléments spécifiques à la protection du consommateur. Si la FSMA veille à la protection des consommateurs des services de paiement, c'est la Banque Nationale de Belgique (BNB) qui assume la surveillance des règles de nature institutionnelle en vertu de l'article 100 de la loi du 11 mars 2018.¹³⁷ C'est dès lors à la BNB qu'incombe la tâche de traiter les demandes d'agrément. Ce même article 100 dispose que : « (le) *contrôle exercé par la Banque est proportionné et adéquat, au regard de la nature, du volume et de la complexité des services de paiement fournis par l'établissement de paiement, ainsi que des risques y afférents.* »¹³⁸

Section 3 – Examen de proportionnalité

§1^{er}. Caractère approprié de la mesure

Bien qu'allégées par rapport aux exigences prudentielles qui reposent sur les services d'initiation de paiement, les exigences imposées aux établissements agrégateurs de comptes ne semblent pas nécessairement correspondre à la nature du risque qu'ils présentent. La question se pose de savoir si le cadre réglementaire européen est bien adapté aux nouveaux modèles économiques et soit dépassé en ce qui concerne ces nouveaux services de paiement.¹³⁹

La nature du risque des établissements de paiement agrégateur de compte dépend en réalité du niveau de sécurité des interfaces mises en place par les banques qui leur fournissent l'accès aux comptes de leurs utilisateurs. Si l'API est correctement programmée, celle-ci ne leur donnera accès

¹³⁷ Article 100 §1, al.3., loi 11 MARS 2018 relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement, *op. cit.*

¹³⁸ *Ibidem.*

¹³⁹ EBA report on Regulatory perimeter, regulatory status and autorisation approaches in relation to FinTech activities, *op. cit.*, p. 18.

qu'à la lecture des données bancaires. Dans cette hypothèse, le risque est relativement limité dans la mesure où même si un hacker parvenait à voler les données de l'établissement de paiement agrégateur de compte, celui-ci ne pourrait obtenir qu'un accès en lecture et non pas un accès en écriture des comptes bancaires concernés. Cela signifie qu'il ne parviendrait pas à opérer des transactions si ce n'est que très hypothétiquement si le fraudeur en question parvenait à convaincre une banque, dont les processus de sécurité seraient très insuffisants, qu'il est le véritable détenteur du compte.¹⁴⁰ Dans d'autres hypothèses, à savoir celle du *screen-scraping* ou d'une API mal programmée par une banque négligente, l'établissement de paiement agrégateur de compte pourrait, sans même l'avoir réclamé, obtenir tant un accès en lecture qu'en écriture avec toutes les conséquences que cela implique. Il faut donc faire preuve de nuance dans la mesure ou si en théorie la nature du risque des initiateurs de paiement et des agrégateurs de compte son très différents et sollicitent des mesures prudentielles différentes, dans la pratique, les deux risques peuvent se confondre.¹⁴¹

Certaines exigences prudentielles semblent manquer de pertinence. C'est le cas par exemple des exigences relatives à la prévention du blanchiment d'argent applicables aux établissements de paiement.¹⁴² En Belgique, il a été considéré que ces exigences s'appliquent tant aux services d'information sur les comptes qu'aux prestataires de service d'initiation de paiement. Or dans la mesure où ces prestataires ne rentrent pas en possession des fonds de leurs clients, on imagine difficilement en quoi comporterait le risque de blanchiment. Les politiques d'identification et d'acceptation des clients qui sont difficiles à mettre en place nous semblent donc injustifiées. Même interprété à la lumière du principe de proportionnalité consacré par l'article 8 §1 de la loi relative

¹⁴⁰ Voir annexe I, entretien avec Nicolas Quarré.

¹⁴¹ *Ibidem.*

¹⁴² Article 5, 6°, a), loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, Moniteur belge, 6 octobre 2017 ; Livre II, titre II, loi 11 mars 2018 relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement, *op. cit.*

à la prévention du blanchiment, un établissement de paiement a l'obligation de désigner au minimum deux personnes pour vérifier que les dispositions de la loi soient correctement appliquées.¹⁴³

Au-delà des exigences relatives à la prévention du blanchiment, l'on peut également s'interroger sur la lourdeur des exigences relatives à la gouvernance et à la structure organisationnelle de l'établissement de paiement. Une fois encore, grâce au principe de proportionnalité, cette lourdeur peut être contenue mais les exigences si petites soient-elles constituent une contrainte pour ces établissements et parfois même une barrière à l'entrée.¹⁴⁴ Ainsi, un auditeur doit être désigné afin d'assurer le respect, par l'établissement, les membres de son organe légal d'administration, ses dirigeants effectifs, ses salariés et ses mandataires, des règles légales et réglementaires relatives à l'intégrité de l'activité des établissements de paiement.¹⁴⁵

Enfin, en ce qui concerne les exigences de capital initial minimal et de fonds propres, ceux-ci ne s'appliquent pas aux prestataires de services d'information sur les comptes et sont fortement réduits pour les initiateurs de paiement.¹⁴⁶ Aux termes du considérant 34 : « (c)omme dans la directive 2007/64/CE, ces conditions incluent des exigences prudentielles proportionnées aux risques opérationnels et financiers auxquels ces entités sont exposées dans le cadre de leur activité. Dans cette perspective, il est nécessaire de disposer d'un régime adapté de capital initial, associé

¹⁴³ Articles 8, §2, et 9 de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *op. cit.*; EBA, final report on the EBA Guidelines under Directive (EU) 2015/2366 (PSD2) on the information to be provided for the authorisation of payment institutions and e-money institutions and for the registration of account information service providers, EBA/GL/2017/09, 11/07/2017, réponse n° 83, p. 107 ; voir annexe II, entretien avec Me JOAN CARETTE.

¹⁴⁴ *Ibidem*, réponse n° 97, p. 115.

¹⁴⁵ Article 21 §1, 5°, loi 11 mars 2018 relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement, *op. cit.* ; EBA, final report on the EBA Guidelines under Directive (EU) 2015/2366 (PSD2) on the information to be provided for the authorisation of payment institutions and e-money institutions and for the registration of account information service providers, *op. cit.*, réponse n° 67, p. 101 ; voir annexe II, entretien avec Me JOAN CARETTE.

¹⁴⁶ Article 33, §2, PSD2.

à un capital permanent, qui pourrait être perfectionné en temps voulu, en fonction des besoins du marché. Compte tenu de la grande diversité existant dans le domaine des services de paiement, la présente directive devrait autoriser différentes méthodes, assorties d'un certain pouvoir discrétionnaire en matière de surveillance, afin de veiller à ce que, pour tous les prestataires de services de paiement, les mêmes risques soient traités de la même manière. Les exigences applicables aux établissements de paiement devraient refléter le fait que les activités des établissements de paiement sont plus spécialisées et plus restreintes et qu'elles génèrent donc des risques plus circonscrits et plus faciles à suivre et à contrôler que ceux inhérents au spectre plus large des activités des établissements de crédit. En particulier, les établissements de paiement ne devraient pas avoir le droit de recevoir de dépôts d'utilisateurs et ne devraient être habilités à employer les fonds reçus d'utilisateurs qu'à des fins de prestation de services de paiement. Les exigences prudentielles requises, notamment en matière de capital initial, devraient être adaptées au risque lié à chaque service de paiement fourni par l'établissement de paiement. Les prestataires de services de paiement qui ne fournissent que des services d'initiation de paiement devraient être considérés comme comportant un risque moyen en ce qui concerne le capital initial. »¹⁴⁷ Si le montant du capital minimal fixé par la directive paraît de prime abord raisonnable, à savoir 50 000 euros, il faut également prendre en compte l'exigence des fonds propres qui en vertu de l'article 7, b) de la directive PSD2 ne peuvent pas être inférieurs au capital minimal. En pratique cela veut dire qu'une Start-Up qui accumulerait des pertes durant les premières années devrait obligatoirement les couvrir en permanence à hauteur du capital minimal, ce qui peut représenter une somme très importante.¹⁴⁸

En résumé, les lourdes exigences prudentielles liées à la procédure d'agrément pour les initiateurs de paiement et les agrégateurs de compte semble manquer de pertinence dans la mesure où ces établissements de paiement, à l'inverse des autres catégories d'établissements de paiement, ne sont pas de nature à générer un risque pour la stabilité financière. La faillite d'un prestataire de services d'initiation de paiement n'implique pas de perte de fonds pour ses utilisateurs. Tout au

¹⁴⁷ Considérant 34, PSD2.

¹⁴⁸ Voir annexe II, entretien avec Me JOAN CARETTE.

plus, ces derniers devront avoir recours à d'autres moyens de paiement ou d'autres prestataires d'initiation de paiement pour effectuer leurs transactions. Il semblerait donc y avoir une adéquation entre la volonté et la pratique du législateur européen qui dispose dans les considérants que « (c)ompte tenu de la nature particulière de l'activité exercée et des risques liés à la prestation de services d'information sur les comptes, il convient de prévoir un régime prudentiel spécifique pour les prestataires de services d'information sur les comptes. »¹⁴⁹

§2. Caractère proportionné de la mesure

En ce qui concerne la Belgique, l'autorité de supervision compétente, la BNB, semble tenir le principe de proportionnalité en haute estime. Elle déploie en effet des moyens importants pour accompagner les candidats tout au long de leur procédure d'agrément. En veillant à adapter dans la mesure du possible l'application et l'interprétation des dispositions de la directive en fonction des ressources, de la structure organisationnelle et du profil de risque des candidats, le régulateur vise à éduquer ces nouveaux acteurs de marché et à promouvoir le développement de services de paiement innovants.

Malgré les efforts consacrés par les autorités de supervision pour adapter les exigences prudentielles avec souplesse aux prestataires de plus petite taille et représentant un risque moindre, il semblerait que les exigences prudentielles emportent des coûts de conformité considérables et constituent un frein pour l'innovation. La lourdeur des procédures administratives, l'incertitude de la longue période d'attente pour obtenir l'agrément et les coûts financiers liés à la mise en conformité représentent une barrière à l'entrée.

Bien sûr cette procédure n'a pas que des inconvénients puisqu'en plus de sensibiliser les prestataires de services de paiement aux bonnes pratiques, elle est un gage de crédibilité pour les nouveaux entrants, atout indispensable pour acquérir la confiance des nouveaux utilisateurs.

¹⁴⁹ Considérant 48, PSD2.

Section 5 – Changement du paradigme de la régulation financière

L'appréhension par la régulation des nouvelles technologies financière offre une excellente illustration de l'approche ségrégative évoquée ci-dessus. Il est une difficulté antédiluvienne inhérente au droit que d'élaborer des normes capables de répondre efficacement aux nouveaux enjeux sociétaux qui apparaissent suite aux évolutions technologiques. Cette difficulté n'a jamais été aussi grande qu'aujourd'hui eu égard à l'extrême rapidité de l'innovation et à l'échelle mondiale de sa diffusion. C'est un véritable défi pour le droit de suivre ces évolutions et de développer des instruments efficaces pour y faire face. Dans ce contexte, le régulateur doit lui-aussi faire preuve de créativité et trouver de nouvelles solutions pour développer un « *droit en marche* », capable de régir rapidement et efficacement des nouvelles situations.

C'est face à cette difficulté que s'est multiplié à travers le monde la pratique des « *Regulatory Sandboxes* ». Littéralement « bacs-à-sable réglementaire », cette pratique consiste à isoler du marché des acteurs innovants souhaitant développer des nouveaux types de services financier dans un cadre réglementaire adapté. De cette façon, ces participants soigneusement sélectionnés sur base de critères spécifiques (caractère innovant, valeur ajoutée pour le consommateur, ...) peuvent tester leurs idées dans des conditions réelles, au sein de ces « espaces sûrs » mais sans être assujettis à toutes les exigences réglementaires et sans représenter un risque pour le système financier et sans nuire à la protection des consommateurs.¹⁵⁰ En plus d'être une façon pour le régulateur d'encourager l'innovation dans le domaine financier, cette pratique lui permet à son tour de développer des nouvelles techniques de régulation et de pouvoir évaluer leur impact en temps réel.¹⁵¹

En Europe, le Royaume-Uni fut le premier à mettre en place ce système de *Regulatory Sandbox*. À l'initiative de la Financial Conduct Authority en mai 2016, le projet Innovate a pour but encourager l'innovation dans l'intérêt des consommateurs et promouvoir la concurrence entre

¹⁵⁰ Regulatory sandboxes, A proposal to EBA by the Banking Stakeholders Group, July 20, 2017, p. 3.

¹⁵¹ CATHERINE HOUSSA, « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », *op. cit.*, p. 7.

les fournisseurs de services financiers en appuyant l'innovation perturbatrice. Selon les estimations de l'autorité britannique de supervision, le Royaume-Uni abriterait environ 50% des FinTech en Europe grâce à son cadre réglementaire approprié.¹⁵²

Pour bénéficier de ce régime privilégié, les Start-Ups doivent toutefois respecter certaines conditions au moment de la candidature, lors de processus de test et à la fin de la période de test afin d'être autorisées à rejoindre le marché. Ces conditions peuvent fortement varier en fonction de l'objectif poursuivi par le régulateur. A mesure où d'autres pays européens mettent en place des centres d'innovation similaires, il se peut donc qu'un écosystème fragmenté se développe avec des approches et des régimes nationaux différents.¹⁵³ Faisant ce constat, l'Autorité Bancaire Européenne craint que cela donne lieu à des situations d'arbitrage réglementaire et d'inégalité des conditions de concurrence et par conséquent présente des risques pour les consommateurs voire de compromettre la réalisation d'autres objectifs tels que la stabilité financière.¹⁵⁴

Dans ce contexte, des voix s'élèvent pour qu'une démarche d'harmonisation soit entreprise en élaborant des lignes directrices régissant les pratiques réglementaires et les critères de surveillance des centres d'innovation établis au niveau national. Ces lignes directrices devraient essayer d'établir des critères clairs et harmonisés pour la sélection, la phase de test et la sortie des Regulatory Sandboxes. Le Banking Stakeholders Groupe de l'Autorité bancaire européenne prône même la mise en place de centres d'innovation transfrontaliers au sein de l'Union européenne.¹⁵⁵

¹⁵² Regulatory sandboxes, A proposal to EBA by the Banking Stakeholders Group, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ *Ibidem.*, p. 4.

CONCLUSION

Le secret bancaire est mort, vive l'Open Banking ! ...¹⁵⁶

Derrière la technicité de cette nouvelle directive se cachent probablement les signaux d'un changement de paradigme. Le paradigme de la banque traditionnelle, statique, monopolistique et fermée à la faveur d'un modèle plus ouvert, atomisé et collaboratif, avec une grande variété d'acteurs. Un modèle centrée autour de l'utilisateur, de la personnalisation, des nouvelles technologies.

Ce changement est loin d'être l'apanage du système bancaire. Avec la PSD2 et le GDPR, le législateur européen semble accorder aux ressources numériques l'attention qu'elles méritent. De la même manière que le Code Civil de 1804 est philosophiquement fondé sur la propriété individuelle et l'utilité sociale des biens matériels, le législateur européen semble aujourd'hui faire un pas vers une meilleure utilisation des données pour le bien de tous et une utilisation meilleure des données respectant davantage les droits fondamentaux des individus.

Ce changement semble également s'être emparé de la régulation bancaire. En effet, durant les dix années qui ont suivi la crise financière de 2008, les nouvelles normes ont été particulièrement foisonnantes. Cette recrudescence illustre déjà un changement de paradigme en soi, un passage d'un modèle de régulation, voire d'autorégulation, à un modèle de supervision, peu flexible. Cette inflation législative a fortement accru le niveau de complexité de la régulation bancaire et s'est avérée lourde et coûteuse en termes de conformité. En réaction à ce raffermissement, une tendance inverse semble se dessiner. Ce nouveau modèle de régulation tendrait à accorder un plus grand rôle au principe de proportionnalité.

Enfin, s'il s'agit moins d'un changement de paradigme que d'une nouveauté en matière de régulation, l'on peut observer un peu partout dans le monde des initiatives innovantes de la part

¹⁵⁶ La formule n'est pas rigoureusement exacte en ce sens où la PSD2 ne s'oppose pas directement au secret bancaire, et dans la mesure où l'Open Banking n'ouvre l'accès des données bancaires que moyennant l'autorisation de l'utilisateur. Toutefois l'idée sous-jacente d'ouverture du modèle bancaire est bien une réalité.

des autorités de supervision pour accompagner les FinTech dès le berceau. Si depuis que le droit existe il est en décalage par rapport aux réalités sociétales, la vitesse et l'ampleur de l'innovation technologique actuelle rend extrêmement difficile l'appréhension par le droit des nouveaux enjeux. Pour pallier cette difficulté, certaines autorités de supervision de par le monde ont mis en place des *Regulatory Sandboxes*, « espaces sûrs » au sein desquels peuvent se développer des services bancaires innovants sans être assujettis aux lourdes exigences prudentielles et sans représenter de risques pour les consommateurs. Ces vases clos font également office de laboratoire pour le régulateur afin de développer de manière empirique un modèle de régulation plus adapté.

Pour en venir à la directive PSD2, celle-ci est la synthèse du défi auquel la régulation bancaire doit faire face. Premièrement, garantir un équilibre entre des intérêts parfois antagonistes d'acteurs de nature très différentes. Deuxièmement, s'adapter à une industrie en pleine mutation. Dans son ensemble, la directive est parvenue à un bon compromis, d'une part, entre les banques traditionnelles et les nouveaux types de prestataires de services de paiement, et d'autre part, entre le soutien de l'innovation, la protection du consommateur et la stabilité financière.

Globalement, la mesure centrale de la directive PSD2, qui consiste à ouvrir les systèmes des banques aux tiers prestataires de services de paiement pour autant que ceux-ci soient couverts par un statut juridique, est proportionnée. En revanche, la manière d'y parvenir l'est moins. En effet, le fait d'assimiler les tiers prestataires à des établissements de paiement engendre de lourdes exigences prudentielles. Il eut été plus adéquat, moins contraignant et tout aussi efficace, d'attribuer un statut particulier à ces prestataires de nature très différente car n'entrant pas en possession des fonds de leurs utilisateurs. Ce statut particulier aurait pu être aménagé au sein de la directive PSD2 ou au sein d'un instrument *ad hoc*.

Pour effectuer un examen complet de la proportionnalité, il faut non seulement mettre en balances les mesures spécifiques avec les objectifs poursuivis par la directive mais également adopter une approche plus englobante en prenant en compte l'ensemble de la régulation bancaire. En effet, le coût ou le bénéfice net de l'ensemble des normes peut différer de la somme des coûts ou bénéfices nets de chaque mesure prise individuellement. En ce qui concerne la directive PSD2, il est important de mettre en lumière son articulation difficile avec le règlement général sur la protection des données (GDPR). En outre, il faut avoir conscience que cette directive s'ajoute à

tant d'autres qui accumulent une pression disproportionnée sur les banques en termes de responsabilité, de coûts de mise en conformité et de menace pour leur modèle économique.

Aussi, certaines réserves peuvent être émises en ce qui concerne le caractère adéquat de la poursuite de l'objectif de favoriser la concurrence entre les prestataires de services de paiement. Il y a en effet lieu de craindre que l'ouverture de l'accès aux comptes bancaire ne profite pas qu'aux petites Start-Ups mais aussi aux TechFin, ces géants de l'informatique. Avec les milliards d'utilisateurs dont disposent ces multinationales, il se peut qu'elles remplacent entièrement les banques traditionnelles, substituant un monopole à un autre.

Enfin, aussi ambitieux soit-il, le modèle d'Open Banking que la directive cherche à implémenter n'a qu'une portée très limitée. Qu'il s'agisse d'un accident de parcours ou d'une pression exercée par le lobby bancaire, les comptes auxquelles les banques doivent aménager l'accès aux prestataires de services d'initiation de paiement et d'agrégation de compte ne sont pas très nombreux. La notion de compte de paiement n'a en effet pas été modifiée lors de la révision de la directive et a été interprétée de façon restrictive par les juridictions nationales.

Il serait malvenu de remettre en question le principe de proportionnalité, tant ses racines sont profondes et tant il touche au fondement même de l'État de droit. Toutefois, force est de constater que dans son application par les autorités de supervision, ce principe fait naître quelques difficultés. Une marge de manœuvre trop large peut en effet affecter la prévisibilité de la loi et donner lieu à une application fragmentée de la directive par les autorités de supervision nationales. Soumises à un trop grand surcroît de travail, et à défaut de moyens adéquats, ces autorités disposent de deux options : baisser le niveau d'exigence au profit de l'innovation mais au détriment de la sécurité, ou adopter une approche restrictive dans l'agrément de nouveaux services. Ces deux options sont préjudiciables pour le consommateur.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Législation de l'Union européenne

Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, *Journal officiel des Communautés européennes*, 29.07.1992.

Traité sur l'Union européenne, 2012/C 326/01, *Journal officiel* n° C115 du 09/05/2008.

Protocole (n° 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité instituant la Communauté européenne par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, *Journal officiel des Communautés européennes*, 10.11.1997.

Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *Journal officiel* n° 115 du 09/05/2008

Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen 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) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE (PSD2).

Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil 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, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE.

Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

Règlement (UE) 2016/2067 de la Commission du 22 novembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, en ce qui concerne la norme internationale d'information financière IFRS 9.

Législation belge

Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017.

Loi 11 mars 2018 relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement, *M.B.*, 26 mars 2018.

Loi du 19 juillet 2018 portant modification et insertion de dispositions en matière de services de paiement dans différents livres du Code de droit économique, *M.B.*, 8 août 2018.

Législation française

Loi n° 2018-700 du 3 août 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2017-1252 du 9 août 2017 portant transposition de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, *JORF* n°0179 du 5 août 2018.

Législation luxembourgeoise

Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, *Rec. Lég. Pl. Fin.*, pp. 97 et seq.

JURISPRUDENCE

Arrêt de la Cour de justice du 29 novembre 1956, Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, affaire 8-55.

Arrêt de la Cour du 12 novembre 1969, Erich Stauder contre Ville d'Ulm – Sozialamt, affaire 29-69, *Rec.* p. 419.

Arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, affaire 11/70, *Rec.* p.114.

Arrêt du 11 juillet 1989, Schröder, affaire C-331/88, points 21 et 22; arrêt du 8 juin 2010, Vodafone e.a., affaire C-58/08.

Arrêt du 13 novembre 1990, The Queen / Minister of Agriculture, Fisheries and Food, affaire C-331/88, *Rec.* p. 4023.

Arrêt du 21 novembre 1991, Technische Universität München, affaire C-269/90, *Rec.* p. I-5469.

Arrêt du 18 juillet 2007, Industrias Químicas del Vallés / Commission, affaire C-326/05, *Rec.* p. I-6557.

Arrêt du 22 novembre 2007, Espagne/Lenzing, affaire C-525/04, *Rec.* p. I-9947.

Arrêt du 8 juin 2008, Commission / Tetra Laval, affaire C-58/08.

Arrêt du 6 novembre 2008, Pays-Bas/Commission, affaire C-405/07 P, *Rec.* p. I-8301.

Arrêt du 7 juillet 2009, S.P.C.M., affaire C-558/07.

Arrêt du 15 octobre 2009, Enviro Tech (Europe), affaire C-425/08.

Arrêt du 8 juillet 2010, Afton Chemical / Secretary of state for Transport, affaire C - 343/09.

Arrêt du 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke et Eifert / Land Hessen, affaires jointes C-92/09 et C-92/09.

Arrêt du 6 septembre 2012, Deutsches Weintor, affaire C-544/10.

Arrêt du 23 octobre 2012, Nelson et autres / Deutsche Lufthansa, affaires jointes C-581/10 et C-629/10.

Arrêt du 22 janvier 2013, Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk, affaire C - 283/11.

Arrêt du 17 octobre 2013, Herbert Schaible / Land Baden, affaire C-101/12.

Arrêt du 14 mars 2014, Buzzi Unicem / Commission, affaire T-297/11.

Arrêt du 8 avril 2014, Digital Rights Ireland Ltd / Minister for Communications, affaires jointes C - 293/12 et C - 594/12.

Arrêt du 16 juin 2015, Gauweiler e.a. / Deutscher Bundestag, affaire C-62/14.

Arrêt du 17 décembre 2015, Neptune Distribution, affaire C-157/14.

Arrêt du 23 décembre 2015, The Scotch Whisky Association, affaire C-333/14.

Arrêt du 7 février 2018, American Express, affaire C-304/16.

Arrêt du 3 mai 2018, Sigma Orionis / Commission, affaire T-48/16.

Arrêt du 4 octobre 2018, Bundeskammer für Arbeiter, affaire C-191/17.

Arrêt du 22 novembre 2018, Swedish Match AB contre Secretary of State for Health, affaire C-151/17.

Arrêt du 14 décembre 2018, GQ e.a. / Commission, affaire T-525/16.

DOCTRINE

OUVRAGES – MONOGRAPHIES

DE CALLATAÏ, E., *Les confessions d'un économiste ordinaire, comprendre la crise financière pour en tirer les leçons*, Roularta Books, Zellik, 2009, 168 p. CRAIG, P. et DE BURCA G., *EU-law*, cinquième édition, Oxford University Press, 2015, 1380 p.

DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911, 681 p.

KING, B., *Bank 3.0: why banking is no longer somewhere you go, but something you do*, Marshall Cavendish Business, Singapour, 2013, 360 p.

TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, 2^e. ed., Oxford University Press, 2006, 1380 p.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS A OUVRAGES COLLECTIFS

ANGELONI, I., « Another look at proportionality in banking supervision », Remarks at the Thirteenth Asia-Pacific High Level Meeting on Banking Supervision, Singapore, 28 février 2018, discours disponible sur internet : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2018/html/ssm.sp180228.en.html>

BANCK, A., « Données personnelles : la difficile articulation des dispositions de la Directive sur les Services de Paiement 2 et du Règlement général sur la protection des données », *Revue de droit bancaire et financier*, Paris, Janvier-février 2018, no 1, pp. 16-20.

BECKER, F., « The Development of German Administrative Law », *George Mason Law Review*, volume 24:453, 2017, pp. 453-476.

BERGER, P. E., VAN BIESEN, I. et LIEBAERT, S., « De impact van de nieuwe richtlijn betalingsdiensten (PSD II) op de Europese betaalmarkt », *R.D.C.* 2017/2, février 2017, pp. 123-134.

CHESNEAU, D., « Fintechs et banques : coopération et coopétition », *Réalités Industrielles*, février 2019, pp. 45-50.

CHOI, G. et PARK, M., « Reconnecting the Dots: Expanding Asian Financial Network for the PSD2 », août 2018, pp. 1-29.

COHEN-ELIYA, M. et PORAT I., « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law*, volume 8, avril 2010, pp. 263-186.

DOMBRET, A., Addressing proportionality in Europe, Speech by Dr Andreas Dombret, Member of the Executive Board of the Deutsche Bundesbank, at the 13th BCBS-FSI High-level Meeting for Africa on "Strengthening financial sector supervision and current regulatory priorities", Cape Town, 24 janvier 2018.

DURON, O. et BOEDTS, T., « “Il est urgent d’attendre” : bedenkingen bij het Fintech Action Plan van de Europese Commissie en twee rapporten van de Europese Bankenautoriteit over risico’s, opportuniteiten van fintech », *Forum financier / droit bancaire et financier*, 2018/III, p. 177-183.

FEIX, M., « Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne, Essai de généalogie des principes », *Revue d’éthique et de théologie morale*, Editions du Cerf, 2011/4, n°267, pp. 59-70.

GORKA, J., « IBANs or IPANs? Creating a Level Playing Field between Bank and Non-Bank Payment Service Providers », in *Transforming Payment Systems in Europe*, 2016, pp. 182, 213.

GOLDACKER, S., « Payment Services and new Technologies », in *Les services financiers dans un monde digital*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 41-50.

HAWSER, A., « Bankers Grid For New Era Of PSD2 », *Global Finance*, décembre 2017, p. 73.

HENNARD, G., « La loi du 19 juillet 2018 portant modification et insertion de dispositions en matière de services de paiement dans différents livres du Code de droit économique », *Forum financier / droit bancaire et financier*, 2019/I, p. 25-62.

HOUSSA, C., « Le droit bancaire européen et le défi de la finance numérique », in *L'Europe bancaire, financière et monétaire, Liber Amicorum Blanche Sousi*, RB Edition, 2016, pp. 1-11.

KENNEDY, D. et BELLEAU, M.-C., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2006.56, pp. 163-211.

MADS, A. et ZLEPTNIG S., « Proportionality: ‘WTO Law: In Comparative Perspective’ », *Texas Journal of International Law*, volume 42:371, 2007, pp. 71-92.

OLIVIER, C., « Lawyers supporting the Digital Development of Banks » in *Les services financiers dans un monde digital*, Anthemis, 2019 pp. 15-20.

OMARINI, A. E., « Banks and Fintechs: How to Develop a Digital Open Banking Approach for the Bank’s Future », *International Business Research*; Vol. 11, no. 9, 2018, pp. 23-36.

ROMAÑOVA, I., GRIMA, S., SPITERI, J. et KUDINSKA, M., « The Payment Services Directive 2 and Competitiveness: The Perspective of European Fintech Companies », *European Research Studies Journal*, Volume XXI, 2018, pp. 5-24.

SAD, J., « Les services de paiement », *TPDC/5*, Wolters Kluwer, 2016, p. 229-338.

SANDROCK, J. et FIRNGES, A., « Catalyst or threat ? The strategic implications of PSD2 for Europe’s banks », PwC Strategy&, 2016, pp. 1-24.

SIMON, D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *Petites Affiches*, 05 mars 2009, n°46, p. 17.

STEENNOT, R., « Nieuwe Richtlijn Betalingsdiensten », *Rechtskundig Weekblad*, 2015-16, nr.28, p. 1082.

DOBRINKA, T., « On Historical and Theoretical Origins of the Proportionality Principle – A contribution towards a prospective comprehensive debate on proportionality », *Iustinianus Primus Law Review*, volume 3:1, 2012, pp. 1-11.

VAN GERVEN, W., « The effect of proportionality on the actions of Member states », in *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 37-63.

WOLF, S, « Proportionality in EU law: a balancing act? », *TILEC Discussion Paper*, 2013-003, 2013, pp. 1-32.

AUTRES

EBA Banking Stakeholder Group, « Proportionality in bank regulation », 2015.

EBA, Opinion of the European Banking Authority on the European Commission's intention to partially endorse and amend the EBA's final draft regulatory technical standards on strong customer authentication and common and secure communication under PSD2, EBA/Op/2017/09, 29 juin 2019.

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, « Recommandations visant l'application des Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace à la réglementation et au contrôle des établissements acteurs de l'inclusion financière », septembre 2016, p. 1.

Commission staff working document impact assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions, SWD/2013/0288.

Questions-réponses de la Commission européenne à propos de la directive sur les services de paiement 2007/64/EC, disponible sur internet : https://ec.europa.eu/info/system/files/faq-transposition-psd-22022011_en.pdf

Regulatory sandboxes, A proposal to EBA by the Banking Stakeholders Group, July 20, 2017.

Communication de la Commission « Pour une réglementation de l'UE bien affûtée », 2012.

ECB, Financial Stability Review, mai 2015, p. 4.

Competition & Market Authority, « Making banks work harder for you », 9 aout 2016.

Financial Conduct Authority, « Payment Services and Electronic Money – Our Approach, The FCA’s role under the Payment Services Regulations 2017 and the Electronic Money Regulations 2011 », juin 2019 (version 4).

Annexe I : Entretien avec Nicolas Quarré, co-fondateur de l'unique établissement de paiement agrégateur de compte en Belgique, « Accountable », 19 juillet 2019.

François-Guillaume Eggermont (FGE) : Bonjour Nicolas Quarré, merci d'avoir accepté de répondre à nos questions.

Vous êtes le co-fondateur de la FinTech Accountable lancée en 2018 et qui a obtenu un agrément de la banque nationale de Belgique en février de cette année. Vous êtes à ce jour le seul établissement de paiement agrégateur de compte enregistré en Belgique.

Pourriez-vous nous décrire en quelques mots le service que propose Accountable ?

Nicolas Quarré (NQ) : Accountable est une application mobile qui automatise la comptabilité et les déclarations fiscales/TVA des indépendants.

(FGE) : Pourriez-vous nous donner un aperçu des risques que présente votre activité ainsi que les établissements d'agrégation de compte en général pour la stabilité financière. Quelle est la nature de ce risque ?

(NQ) : Il faut premièrement distinguer les risques qui relèvent de nos activités régulées et ceux qui relèvent de nos activités qui ne sont pas couvertes par PSD2. En ce qui concerne nos activités régulées, les risques concernent principalement l'accès aux comptes. En effet, aucun fond ne transite par nous et nous n'avons pas la possibilité de déclencher des transferts de fonds sur le compte de nos clients. Nous ne faisons que lire les transactions sur les comptes bancaires. Même en cas de hack, si les token (dispositif de génération de code secret) bancaires permettant l'accès au compte étaient volés, ces derniers ne permettent pas l'initiation de paiement. Les risques directs sont donc très faibles. Il existe un risque faible de fraude de manière indirecte: par exemple, si

Accountable était victime d'un vol de données, en connaissant les transactions sur un compte, il est possible qu'un fraudeur parvienne à convaincre une banque (dont les processus de sécurité serait très insuffisants) qu'il est le détenteur du compte.

Toutefois une API qui serait mal codée pourrait donner accès écriture et engendrer des risques similaires à ceux que courent les initiateurs de paiement. C'est la raison pour laquelle nous ne nous connectons pas à certaines banques dont les API ne sont pas suffisamment « matures ». Ce risque devrait toutefois disparaître en septembre lors de l'implémentation des RTS de l'ABE. La maturité des API est un élément très important en matière de sécurité.

(FGE) : Pour quelles raisons avez-vous fait les démarches pour un agrément et non un simple enregistrement comme la directive PSD2 le préconise pour les établissements d'agrégation de compte ?

(NQ) : Avoir un agrément permet de ne pas dépendre d'un agrégateur. Cela présente deux avantages : premièrement, cela améliore l'expérience utilisateur épargnant le client de signer un contrat avec l'agrégateur. Deuxièmement, cela permet de diminuer le coût des opérations.

(FGE) : Avez-vous rencontré des difficultés lors de la procédure d'agrément/d'enregistrement à propos des conditions à remplir et des preuves à fournir.

(NQ) : Le processus est certes coûteux mais il s'est passé sans encombre. Nous avons eu la chance d'avoir de bons contacts directs avec le régulateur qui était prêt à discuter avec des start-ups. Les exigences imposées par la BNB étaient pertinentes et la communication très transparente, rapide et efficace. Lorsque des difficultés se sont présentées, la BNB nous a éclairé rapidement, par exemple pour nous dire que nous ne représentons pas de risque en termes de blanchiment d'argent. La BNB nous a vraiment accompagné et semble vouloir jouer un rôle d'éducation d'un marché qu'ils veulent faire grandir.

(FGE) : Dans quelle mesure la procédure vous a semblé personnalisée, adaptée à votre taille, service, structure organisationnelle, profil de risque ?

(NQ) : Le régulateur a beaucoup insisté sur le principe de la proportionnalité de la mesure et nous a rapidement rassuré sur le fait qu'étant donné qu'aucun fond ne transitait par nous et que nous ne

dispositions pas de ressources pour faire face à un processus lourd de conformité. Le régulateur s'est donc parfaitement adapté à notre niveau afin de réduire au maximum les contraintes réglementaires.

(FGE) : Pensez-vous que les exigences prudentielles de la procédure soient de nature à prévenir de manière pertinente et efficace le risque qu'engendre votre activité ?

(NQ) : Si à certains égards on pourrait penser que le régulateur confond le risque des initiateurs de paiement et ceux des agrégateurs de compte, par exemple en ce qui concerne l'exigence d'une assurance professionnelle, les exigences prudentielles nous semblaient pertinentes pour prévenir les risques que j'ai évoqué.

(FGE) : Quels ont été pour vous les avantages et les inconvénients de cet agrément ? Est-ce manifestement disproportionné au regard de l'objectif de stimulation de l'innovation ?

(NQ) : Si le processus a été long et relativement coûteux (Le certificat coûte 2000 euros, l'assurance professionnelle coûte plusieurs milliers d'euros par an, sans oublier l'auditeur externe qui représente un coût de 7000 euros), il nous a permis d'acquérir une crédibilité significative auprès de nos clients ainsi que la possibilité de se connecter directement aux API des banques à moindre coût.

Il est vrai que cela représente une barrière à l'entrée pour certaines toutes petites structures comme un petit groupe d'étudiants brillants désireux de créer un app qui permettrait par exemple de suivre un budget. Mais il s'agit d'un choix politique entre d'une part une vision plutôt libertarienne avec pour seule régulation les lois du marché et d'autre part une vision plus pragmatique avec des inconvénients proportionnés aux avantages.

(FGE) : Comment expliquez-vous que vous soyez le seul établissement d'agrégation de compte à avoir obtenu l'agrément en un an et demi ?

(NQ) : D'abord le processus a duré quasi un an pour nous donc il n'y a pas tellement de temps écoulé entre l'agrément et aujourd'hui, ensuite le processus est assez long et coûteux, il n'est donc pas envisageable pour une startup plus petite que nous.

Annexe II : Entretien avec Me Joan Carette, avocate spécialisée en services de paiement au sein du cabinet Osborne Clarke LLP, 1^{er} aout 2019.

François-Guillaume Eggermont (FGE) : Bonjour Me Carette, merci d’avoir accepté de répondre à nos questions. Vous êtes avocate au sein du cabinet Osborne Clarke à Bruxelles et votre pratique se focalise sur ce qui concerne les services de paiement. Avec l’entrée en vigueur de la directive PSD2 vous aidez de nombreuses FinTech dans leurs démarches pour obtenir l’agrément au titre d’établissement de paiement. Dans ce contexte, vous êtes régulièrement en contact avec la Banque Nationale de Belgique.

Me Joan Carette (JC) : Bonjour !

(FGE) : Avec la PSD2, deux nouveaux types de services de paiement ont intégré le statut d’établissement de paiement, à savoir les prestataires de service d’initiation de paiement et les prestataires de service d’agrégation de comptes. Est-ce que la nature du risque qui émane potentiellement de ces nouvelles activités diverge de celle des établissements de paiement traditionnels ?

(JC) : Ce qui distingue fondamentalement les PISP et les AISP des autres catégories de d’établissements de paiement, c’est qu’ils ne rentrent à aucun moment en possession des fonds de leurs utilisateurs. Ils sont sous certains aspects comparables à des sociétés techniques qui ne font que transférer un ordre, une information, au même titre qu’un opérateur téléphonique par exemple ou un processeur technique dans le secteur des paiements. En vertu de cela, les risques que présentent ces TPP sont en effet assez différents. Ces activités ne présentent à mon avis, par exemple, pas vraiment de risques de blanchiment de capitaux. En outre, dans l’hypothèse d’une faillite de l’un de ces prestataires, cela n’affecte en principe ni la stabilité financière, ni la situation des utilisateurs. Imaginons que Sofort fasse faillite, cela n’empêche pas un commerçant d’avoir recours à IDEAL, ou d’autres moyens de paiements plus traditionnels pour assurer ses transactions. Les consommateurs ne verraient pas leur argent disparaître comme cela pourrait être le cas d’une banque classique.

(FGE) : Avec ce statut unique d'établissement de paiement, ces tiers prestataires sont soumis, moyennant certaines adaptations, aux mêmes exigences prudentielles que les autres types d'établissements de paiement lors de leur demande d'agrément. Pensez-vous que les exigences prudentielles imposées aux TPP soient pertinentes et adéquates compte tenu de la nature différente de leur risque ?

(JC) : A certains égards ces exigences peuvent sembler lourdes et inadéquates. En ce qui concerne la prévention contre le blanchiment des capitaux, la directive trouve à s'appliquer aux établissements de paiement et donc aux TPP. Cela a été confirmé par le législateur même en ce qui concerne les AISP. Même si l'autorité de supervision tâche d'adapter, dans la mesure de sa marge de manœuvre, ces exigences au profil de risque de ces institutions, certaines obligations restent incontournables, comme celle de disposer d'au moins une personne responsable du respect de la réglementation AML (et deux pour les établissements plus importants). Pour les petites entreprises, cela peut être particulièrement lourd. Le fait de devoir mettre en place des politiques d'acceptation de clients (obligatoire quel que soit le statut) est un exemple autre de cette lourdeur et du caractère inadéquat de cette mesure. D'autres exigences prudentielles semblent disproportionnées. L'obligation de recourir à un auditeur externe peut s'avérer très coûteux et peu pertinent pour les petites structures. Enfin, l'exigence de capital minimum pour les PISP, même s'il a été réduit à 50.000 euros, peut s'avérer lourde dans la mesure où de nombreuses Start-Ups accusent des pertes lors de leurs deux ou trois premières années. Devoir couvrir ces pertes pour que le montant des fonds propres ne tombent pas en dessous du capital minimum peut être extrêmement coûteux, alors que les risques liés à une faillite de ce type d'entreprises me semble fort limités.

(FGE) : Pensez-vous à d'autres mesures qui auraient atteint le même niveau d'efficacité tout en étant moins lourdes à supporter pour les TPP ?

(JC) : Si le fait d'avoir octroyé aux TPP le statut d'établissements de paiement est un peu malheureux, peut-être qu'il eut été plus judicieux d'accorder à ces prestataires un statut particulier intégré à la PSD2 ou alors de créer un autre statut dans un autre instrument. Cette problématique semble assez similaire avec les difficultés qu'a rencontrées le législateur européen en ce qui concerne les établissements de monnaie électronique. Pour réagir rapidement et facilement à l'apparition de nouveaux services comme la carte prépayée, le législateur, à travers la directive

EMD1, a d'abord cru bon d'octroyer à ces prestataires un statut calqué sur celui des établissements de crédit, adapté aux établissements de paiement électronique. Ce statut s'est dans la pratique révélé trop lourd, avec pour conséquence que peu d'établissements de ce type ont été créés sous ce régime. Quelques années plus tard, le législateur européen a dû prendre acte des difficultés que cela représentait dans la pratique pour les établissements de monnaie électronique, et a en conséquence décidé de leur accorder un statut spécifique, calqué sur celui des établissements de paiement, à travers la directive EMD2.

