
La régulation des FinTechs : « bac à sable » ou proportionnalité ?

Note de synthèse n°4

Inès Bedar - Flavien Dublineau - 26 février 2019



Introduction:

Le cœur de la société occidentale a, aujourd'hui, trois artères principales : la finance, le droit et le numérique. Il paraît donc difficile de ne pas évoquer les FinTechs qui, de nos jours, se hissent au centre des débats actuels.

Selon une définition donnée par le Financial Stability Board (FSB), qui est une influente organisation de régulation internationale chargée de contrôler le système financier global, une « FinTech » est une innovation technologique basée sur un nouveau modèle des affaires, et ayant un impact réel et sensible sur les marchés et institutions financiers ainsi que sur la fourniture des services financiers. La notion de FinTech, contraction de « Financial Technology » (technologie financière), désigne donc des petites entreprises (startup et PME) qui fournissent des services financiers grâce à des solutions innovantes. Les domaines d'activités sont variés : banques en ligne (« Soon », « N26 », « Compte Nickel »), financement participatif (« Sponsorise.me », « KissKissBankbank »), paiement mobile (« PayPal », « Morning ») ou encore gestion de l'épargne, (« Fundshop », « Yomoni ») etc. S'appuyant généralement sur le développement du mobile, les solutions proposées prennent souvent la forme d'applications qui modifient le rapport du grand public avec les institutions financières et bancaires dites classiques. La FinTech représente un enjeu important en termes d'innovation, de croissance et d'emploi, et ce partout dans le monde. La Banque Centrale Européenne estime qu'il y a aujourd'hui plus de 1500 FinTechs présentes sur le territoire européen. Toutefois, elle ajoute que ce chiffre serait sous-évalué étant donné la difficulté à recenser les différentes entités non-régulées.

En effet, il est intéressant de relever que l'apparition des FinTechs s'est faite lorsqu'il y a eu un regain en matière de réglementation et de la régulation du système bancaire et financier. Depuis les crises des années 2000, les établissements bancaires et financiers subissent en effet une réglementation de plus en plus contraignante. Les FinTechs apparaissent dans le paysage et profitent de la lourdeur de l'activité bancaire et financière pour en quelque sorte la disrupter et en changer radicalement la pratique traditionnelle. Certains parlent « d'ubérisation des opérations de finance » d'autres évoquent « une désintermédiation risquée ». Chemins faisant, les FinTechs sont devenues des acteurs reconnus dans la sphère bancaire et financière. Toutefois, il serait inexact de dire que les FinTechs ne sont pas régulées où ne sont soumises à aucun contrôle car elles ne sont pas totalement soustraites à la réglementation. Un certain nombre de FinTechs sont des opérateurs régulés, c'est notamment le cas de celles basées sur un service de paiement par exemple. Mais d'autres ne le sont que peu voire pas du tout. Comprendre la régulation des FinTechs, c'est alors comprendre le cadre que les législateurs veulent leur délimiter. Cette régulation, dont le but est de maintenir une stabilité financière, repose sur deux axes principaux : d'une part les exigences réglementaires, et d'autre part le contrôle de leur application. Par ailleurs, il y a deux principaux modèles de régulation en matière de FinTech : celui reposant sur un environnement juridique qui est associé à l'image d'un bac à sable, plus connu sous le terme anglo-saxon de « sandbox », et celui relevant d'un principe de proportionnalité. Le terme « sandbox » se réfère à l'image enfantine du bac à sable : l'idée est que les FinTechs, en tant que jeunes pousses technologiques, ont besoin de jouer dans un environnement ludique et sécurisant. Ce bac à sable leur permettra d'être dispensé, pendant un certain temps, d'une régulation qui est applicable à d'autres opérateurs. Quant au principe de proportionnalité, ce dernier repose sur une application proportionnelle de la régulation de manière casuistique.

Au vu de ses deux principaux modèles de régulation, il est alors possible de s'interroger sur leur efficacité et leur suffisance eu égard aux enjeux polymorphes s'attendant aux FinTechs.

Afin de saisir les tenants et les aboutissants de cette étude, il conviendra d'adopter une analyse factuelle et étendue à l'échelle mondiale. En effet, le diptyque contrasté sur lequel repose la régulation des FinTechs ne paraît pas tout à fait opportun **(I)**, car il semblerait que la société ait intérêt à aller vers une homogénéisation de la régulation des FinTechs **(II)** pour différentes raisons.

D) La régulation des Fintechs reposant sur dyptique contrasté:

L'analyse de ces modèles de régulation permet de mettre en exergue leur contraste et leur difficultés respectives. La régulation proportionnelle est basée sur un procédé casuistique mais non compétitif (A), tandis que la régulation dite du bac à sable offre aux FinTechs un cadre expérimental certes avantageux, mais questionnable (B).

A) La régulation proportionnelle : une régulation casuistique mais non compétitive :

Les FinTechs ont réussi à s'insinuer dans la plupart des métiers de la banque traditionnelle. Bien que leur présence soit considérée comme négligeable par certains acteurs installés, elles s'imposent maintenant peu à peu en tant qu'acteur influent et partenaire ou, à contrario, en tant que concurrent à prendre en considération. C'est ce que révèle notamment le Stress test pour l'année 2017 de la Banque d'Angleterre qui intégra la FinTech comme un des éléments susceptibles de causer un choc sur le compte d'exploitation des banques à moyen terme. Par ailleurs, les FinTechs sont des entités jeunes et innovantes et leur développement, ainsi que leur croissance, doit se faire dans un cadre spécifique. L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) française, principale entité de régulation du système bancaire, (sans omettre toutefois l'AMF et la Banque de France, qui jouent en l'espèce un rôle fondamental), a fait quant à elle le choix d'une régulation reposant sur le principe de proportionnalité. Selon ce dernier, la régulation doit être universelle à toutes les FinTechs, mais celle-ci doit être proportionnelle. Toutes les règles de régulation bancaire et financière sont applicables aux FinTechs, mais de manière particulière et proportionnée à leur activité, à leur niveau de risque et à leur niveau de développement. Le modèle français mise sur l'idée que la régulation est un atout pour la confiance des clients et des investisseurs et contribue ainsi à favoriser la croissance durable des FinTechs. Établir un cadre de régulation adapté et proportionné pour les FinTechs serait inévitable. Les secteurs du paiement et du financement participatif, qui bénéficient d'une régulation adaptée et proportionnée, en sont les principales illustrations. Les exigences réglementaires et le degré de contrôle ne doivent pas seulement être calibrés en fonction de la taille de l'établissement, ils doivent surtout tenir compte de la réalité des risques. En effet, les FinTechs sont porteuses de nouveaux usages et activités qui peuvent notamment susciter de nouveaux risques en termes de blanchiment des capitaux, de pratiques commerciales et de sécurité des paiements, qui justifient la vigilance de l'ACPR, de la Banque de France et de l'AMF.

Dans une décision en date 30 mars 2017, l'ACPR fait une application évidente du principe de proportionnalité. En effet, elle va, en l'espèce, appliquer une sanction ferme, mais adaptée à la situation financière et institutionnelle de la FinTech « Lemon Way », à savoir un blâme et une sanction pécuniaire de 80 000 euros. Il est possible de supposer que les sanctions auraient pu être bien plus lourdes s'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une FinTech, mais d'un établissement de crédit plus conventionnel. En outre, la Banque Postale a été sanctionnée le 21 décembre 2018 pour des faits relativement similaires en lien avec les obligations bancaires en matière de KYC (« *know your client* ») et des déclarations de soupçons relatives à la lutte anti-blanchiment et au financement du terrorisme. Contrairement à la Fintech, la Banque Postale a écopé d'un blâme et d'une sanction pécuniaire de 50 millions d'euros. Le secteur des FinTechs est assez protégé en France ce qui a pour effet d'allonger les temps d'accès au marché pour les Fintech. Si l'enjeu de cette régulation est de protéger les clients contre une faillite éventuelle ou des manques de contrôle de la part de l'intermédiaire financier, il convient d'avouer que celle-ci peut être perçue comme un frein à l'extension des FinTechs. La transformation digitale devient un facteur de compétitivité crucial que les autorités ne peuvent brider de manière injustifiée. L'attractivité de la place de Paris au regard des acteurs étrangers se fera selon un profond changement dans les repères de régulation à la française. Accompagner ceux qui innoveront en leur permettant d'installer leur activité dans un terrain sécurisant et propice au développement, tout en garantissant une sécurité et une stabilité du système financier aux utilisateurs tel qu'ils l'ont toujours connu, bien qu'ils soient face à une nouvelle offre numérique pleine de promesses, voilà tout l'enjeu pour les autorités. L'enjeu pour ces plateformes alliant la finance à la technologie est alors de progressivement faire évoluer cette régulation en essayant de l'assouplir, afin de gagner en compétitivité internationale. Cet assouplissement trouve un écho particulier dans les pays anglo-saxons et ceux influencés par leur modèle où le système de régulation est tout autre.

B) La régulation dite du bac à sable : une cadre expérimental avantageux mais questionnable :

Le système bancaire et financier « classique » repose sur des fondations solides. Il dispose d'un arsenal juridique adapté, fonctionnel puisque empirique. Longtemps recherché, modifié, il est à la fois le fruit d'une coopération entre autorités et le fruit d'une maturation juridique et doctrinale. En revanche, concernant les FinTechs, qui sont des acteurs nouveaux sui generis ne ressemblant à aucun autre, leur réglementation et leur rapport au droit ne sont pas encore aussi stables. Pour certains, l'isolement des FinTechs dans un écosystème régulateur différent paraît opportun eu égard à leur essence même et à leurs aspirations. En effet, selon la pensée de certains praticiens, la régulation des FinTechs doit se faire selon le modèle dit du bac à sable, plus communément connu sous le nom de « sandbox » puisqu'il est d'inspiration anglo-saxonne. En outre, le terme « sandbox » se réfère à un mécanisme de développement de la réglementation qui maintient le rythme rapide de l'innovation. L'idée qui se cache derrière cette image enfantine repose sur un certains concept : les FinTechs, en tant que jeunes pousses technologiques, ont besoin de jouer et de grandir dans un environnement ludique et sécurisant. Ce bac à sable leur permettra d'être dispensées d'une régulation qui est applicable aux autres opérateurs. En revanche, lorsque les FinTechs seront assez développées pour sortir de ce lieu, qui a favorisé leur croissance, alors elles seront soumises à l'intégralité de la réglementation en vigueur. Il s'agit donc d'une dispense temporaire durant la phase de développement. Cette idée propédeutique, à savoir l'apprentissage préparatoire à la poursuite d'un accomplissement futur, fait écho à la théorie allemande reprise par les américains du « protectionnisme éducateur », visant la protection d'une activité à moyen terme pour faire éclore une industrie bien plus forte et compétitive. Néanmoins une question se pose : comment est déterminé le moment où la FinTech peut être sujette à régulation ? Force est de constater qu'il peut y avoir une forte instrumentalisation dans la pratique. Mais selon les défenseurs de ce modèle dit du bac à sable, la rapidité des changements technologiques et le dynamisme des innovations font naître un besoin. La régulation se doit d'être agile pour accompagner l'essor et la diffusion des FinTechs. Dans ce contexte, une régulation assise sur des principes plutôt que sur des règles, permet de ne pas enfermer l'innovation dans un cadre réglementaire trop rigide et contraignant. Cette application du modèle dit du « sandbox » permettrait un temps d'adaptabilité de ces jeunes pousses à la régulation de l'écosystème financier et bancaire, favorisant la prise de part du marché bancaire et financier des FinTechs : elles pourraient concurrencer directement les acteurs classiques.

Ce modèle de régulation est principalement privilégié dans les pays anglo-saxons et ceux qu'ils influencent. On y retrouve donc les USA, l'Angleterre mais également la Suisse ou Singapour par exemple. Par ailleurs, l'Union européenne entend la préoccupation des créateurs de Fintech en matière de régulation. La directive européenne sur la monnaie électronique non bancaires datant de 2009 a, en effet, mis en place une réglementation prudentielle adaptée ayant permis, entre autres, à certaines FinTechs d'offrir des services bancaires du quotidien sans nécessairement passer par un agrément de banque coûteux et difficile à obtenir. Toutefois, bien que ce modèle du « sandbox » soit privilégié par les pays anglo-saxons et les pays sous leurs influences, le régulateur français, partisan du principe de proportionnalité, a déjà appliqué ce modèle de manière officieuse. En effet, dans une décision de l'ACPR du 1^{er} décembre 2016, une FinTech toulousaine s'est vu retirer le droit de fournir des services de paiement (comme des cartes bleues par exemple) et de débiter son compte de cantonnement, car elle avait prélevé la somme de 500 000 euros sur le compte de cantonnement pour la verser sur un autre compte. Toutefois, l'ACPR avait ajouté à cette sanction une réserve, puisque la FinTech pouvait récupérer ces droits si la somme prélevée sur le compte de cantonnement était remboursée. La FinTech fit preuve de réactivité puisque 29 jours plus tard, environ 566 000 euros avaient été crédités sur le compte de cantonnement, ce qui a convaincu l'ACPR de lever ses sanctions. Il est important de souligner que cette sanction ne comporte pas de volet pécuniaire bien qu'on puisse supposer que cela résulte d'une absence de gain ou de manque à gagner pour une partie. Elle ressemble à une petite punition, une petite tape sur les doigts, un peu comme quand un parent prive son enfant de télévision lorsqu'il n'a pas fait correctement ses devoirs, si la faute est rattrapée, la sanction sera alors levée. De ce fait, bien que sur le plan national, le principe de proportionnalité soit le principe de régulation retenu majoritairement par la doctrine et l'ACPR, il est possible de voir l'influence du principe du « sandbox » dans certains cas, pouvant amener à des débats doctrinaux quant à la réelle prédominance factuelle du principe de proportionnalité sur la question de la régulation des FinTechs en France.

Les FinTechs ont beau être soumises à une régulation spécifique, elles appartiennent, de facto, à un marché régulé, au sein duquel les exigences et les contraintes s'imposent, afin de protéger le consommateur. En effet, des larges pans de la FinTech sont déjà régulées, puisque ce sont des métiers soumis, en tant qu'activité bancaire, à réglementation. La réglementation prudentielle s'appliquant aux activités des FinTechs, est vaste et tend à s'agrandir avec notamment les dispositifs contre le blanchiment et le financement du terrorisme, ou encore en matière de data. La régulation des FinTechs doit être harmonisée en vue des offres spécifiques de ces dernières qui diffèrent dans leur support technologique sujet à une constante mouvance.

II) Vers l'homogénéisation de la régulation des FinTechs :

Cette diversité des modes de régulation est handicapante **(A)**, eu égard au besoin nécessaire d'une harmonisation et d'une homogénéisation au sein du marché pour gagner en stabilité. Néanmoins, le développement numérique au service d'une régulation propre aux FinTechs **(B)** permettrait de pallier à cet handicap.

A) Une diversité des réglementations handicapante :

Les contempteurs du modèle dit du « sandbox » défendent l'idée selon laquelle il est difficile de s'émanciper d'une absence de régulation. Selon eux, ce n'est pas le meilleur moyen de préparer les FinTechs en matière de réglementation bancaire et financière. Ces derniers allèguent que le bac à sable n'est qu'une illusion technique car, en l'espèce, la réglementation est déjà moins contraignante que pour les opérateurs bancaires et financiers classiques. Par exemple, la plupart des FinTechs relèvent du service de paiement qui est encadré par une réglementation légère et où des dispenses sont déjà de prévues. En effet, il s'agirait donc d'une technique de communication attirant les FinTechs vers les pays anglo-saxons qui mettent en place ce type de modèle de régulation. Par ailleurs, certains voient dans le modèle adopté par l'ACPR, soit le modèle de proportionnalité, un frein considérable au développement des FinTechs. Cette diversité des réglementations paraît en quelques points handicapante, des écarts de concurrence se font ressentir et certains pays deviennent le bastion des FinTech, tandis que d'autres n'en connaissent quasiment aucune. A l'heure du Brexit, la Lituanie veut par exemple devenir la porte d'entrée en Europe des FinTechs. Fin décembre, deux géants britanniques de la FinTech, Revolut et Google Pay, ont établi leur camp de base en Lituanie. Cette dernière, aujourd'hui deuxième Etat dans l'Union européenne en termes de présence de startups FinTech derrière le Royaume-Uni, ne cache plus son rêve de voir débarquer des startups spécialistes des technologies financières de toute l'Europe, et pourquoi pas du monde entier. En effet, selon la Banque de Lituanie, près de 25% des FinTechs demandant une licence dans le pays proviennent du Royaume-Uni. Attirées par des procédures administratives rapides, notamment en matière de délivrance de licence d'établissement de paiement et de monnaie électronique mais également par un environnement flexible et une politique fiscale favorable à l'innovation, des centaines de startups spécialisées dans les technologies financières ont atterri en Lituanie depuis 2016.

Cette pratique s'apparenterait-elle à une forme de « law shopping » ? Il y a une véritable concurrence entre les différentes places en ce moment. Plusieurs spécialistes de la question soulignent que la France se fait une illusion sur son attractivité fiscale, mais il semblerait que le Brexit puisse, éventuellement, changer la donne. Enfin, cette diversité des réglementations, en Europe, a longtemps été un inconvénient pour le développement des activités des FinTechs. En effet, la réglementation concernant le financement participatif se fait selon un cadre national. Les pays prennent l'initiative de faire voter leurs propres textes. Mais ce défaut d'harmonisation empêche les FinTech de concurrencer le crédit classique qui lui est souscrit à une régulation homogène et coordonnée. Néanmoins, le financement participatif tend à être harmonisé en Europe car il s'y développe très rapidement. Le développement transfrontalier de l'activité de certaines FinTechs a été entendu par la Commission européenne, qui a publié le 8 mars 2018 une proposition de règlement du parlement européen et du Conseil relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entreprises. Cette proposition permet un régime européen optionnel dans lequel les plates-formes FinTechs ne devront respecter qu'un seul corpus de règles dans le cadre tant de leurs activités sur le marché national que dans d'autres Etats membres de l'UE. Une régulation unifiée permettrait alors aux Fintechs de s'ériger davantage en acteur du marché bancaire et financier reconnu de tous mais surtout en acteur compétitif, capable de rivaliser avec les établissements classiques.

B) Le développement numérique au service d'une régulation propre aux Fintechs:

La gamme de services financiers offerte par ces nouveaux acteurs est très large, avec une prédominance des services de paiement et de suivi des activités de crédit. En l'espèce, en 2019, l'essentiel de la réglementation prudentielle s'appliquant aux FinTechs dans le domaine du paiement est d'origine européenne. La rupture digitale suscite des nouveaux enjeux qui traversent et outrepassent les sphères de compétences des autorités de régulation financière nationales. Les directives sur les services de paiements dites DSP1 et DSP2, parues respectivement le 24 avril 2007 et le 13 janvier 2018 permettent, entre autres, la mise en place d'un « paquet législatif » prenant en compte les évolutions technologiques et les nouveaux usages apparus sur le marché des paiements. La directive DSP2 encadre une nouvelle catégorie de FinTech jusque-là non-soumise à la réglementation : les tiers de paiement qui interviennent sur le marché des paiements en ligne et de l'agrégation de comptes courants. Pendant de nombreuses années, Linxo, FinTech leader en France dans la gestion des finances personnelles en tant qu'agrégateur de comptes auprès de plusieurs établissements de crédit, n'a pas été régulée. Toutefois, depuis le 13 septembre 2018, par le biais de la nouvelle directive européenne DSP2, cette FinTech est régulée.

Par ailleurs, La dimension trans-sectorielle et transnationale de la rupture numérique appelle les autorités de supervision et de régulation financière et bancaire à renforcer leur coopération avec les autorités en charge de la protection des données et de la sécurité des systèmes d'information (CNIL, ANSSI et autres). Favoriser la coopération entre tous les acteurs publics nationaux, mais aussi étrangers, en termes de régulation, paraît alors opportun. La digitalisation croissante des divers processus financiers et bancaires renforce les préoccupations en matière de cyberattaque, de blanchiment de capitaux et autres. Le marché bancaire et financier semble l'avoir compris, car les banques investissent de plus en plus dans l'industrie des FinTechs, et ce afin d'accéder directement aux nouvelles technologies dont elles ont besoin pour faire face aux nouveaux enjeux relatifs à la cybersécurité, la LCB-FT et à la protection des données. Les FinTechs semblent être, d'une certaine façon, un rempart en matière de digitalisation du système bancaire et financier notamment par le biais des RegTechs. Ces RegTechs sont des entreprises de service proposant des solutions technologiques adaptées au traitement des questions réglementaire des acteurs du secteur bancaire et financier. Elles permettent aux établissements bancaires et financiers de mieux respecter leurs différentes obligations, notamment en matière de suivi et de contrôle des risques, et ce, grâce aux nouvelles technologies. Celles-ci proposent par exemple des technologies améliorées de traitement des données pour détecter les fraudes et fiabiliser l'identification du client. Il importe alors que la réglementation puisse accueillir ces nouvelles technologies nécessaires sans amoindrir la responsabilité des établissements. Construire une régulation plus agile avec le concours des RegTechs, qui ne sont qu'en réalité une réponse technologique à des exigences réglementaires, permet d'assouvir le besoin croissant d'une diversification et d'un traitement plus fin des services bancaires et financiers.

Toutefois, il ne faut pas faire l'erreur de voir les RegTechs comme une solution miracle qui va permettre une régulation parfaite et sans conteste de tous les établissements, notamment des FinTechs. En effet, l'externalisation auprès de structures de RegTechs par les banques, FinTechs ou entreprises d'investissement peut amener divers problèmes juridiques, comme la question du respect du secret bancaire par exemple, concernant la responsabilité des parties de par l'utilisation avancée de la technologie (algorithmes de gestion et autres), ou encore la question de savoir si l'ACPR pourra engager la responsabilité des Regtechs pour insuffisance dans le respect de la réglementation, car l'ACPR n'a pas vocation à fournir un label réglementaire à ces services non régulés. Garantir un système de supervision et de régulation stable, fiable et robuste, prêt à évoluer avec son temps paraît donc ambitieux. Néanmoins, la marche vers une ère numérique tendant à une évolution certaine des modèles classiques est, aujourd'hui, inévitable. Cette avancée numérique représentée par les FinTechs et, dorénavant, les RegTechs est un véritable changement de paradigme majeur qui n'a pas fini de bousculer le paysage juridique qui souffrait d'une forme d'obsolescence en la matière.

Documentation:

- Décision de l'ACPR n°2016-05, 30 mars 2017 : affaire Lemon Way : blâme et sanction pécuniaire de 80 000 euros (illustration de la régulation proportionnelle)
- Décision de l'ACPR n° 2016-C-91, 1^{er} décembre 2016 : affaire Fintech Morning : sanction levée (illustration de la régulation « sandbox »)
- Directive sur les services de paiement (DSP1) du 24 avril 2007
- Directive sur les services de paiement (DSP2) du 13 janvier 2018
- « *La révolution FinTech : acte 2* », Regis Bouyala 2018
- « *Paradis des fintech, Vilnius veut profiter du Brexit* », Les Echos mardi 12 février 2018
- « *Les enjeux de régulation et de supervision liés aux fintechs et à la rupture digitale* » Nathalie Beaudemoulin, Pierre Bienvenu, Anne-Sophie Lawniczak et Didier Warze
- « *Point sur la conférence de l'ACPR consacrée aux FinTechs* », La Revue de l'ACPR , page 8, 30 novembre 2016
- « *Vers une régulation des FinTechs ?* », Nicolas Mathey et Gautier Bourdeaux, Revue de droit bancaire et financier, Revue bimestrielle Lexisnexis Jurisclasseur, Mars-Avril 2017