

Les enjeux de la monnaie électronique

Réflexions juridiques après l'adoption de la directive « monnaie électronique » (1)

Par

Garance Mathias
Juriste spécialisée en nouvelles technologies
Membre de Comelex.net
garancemathias@hotmail.com

Alexandre Menais
Juriste IP/IT Lovells
Membre de Comelex.net
alexandre@menais.com

Introduction

L'informatisation croissante des moyens de paiement, liée à la dématérialisation des échanges électroniques et, à moindre titre, la multiplicité des techniques de banque à distance soulèvent de nombreux enjeux.

Dés 1997, la Commission européenne avait tenté d'appréhender le régime de la monnaie électronique au travers d'une recommandation (2) et d'une communication (3). La finalité de ces textes était de permettre le développement des nouveaux instruments de paiement au sein de l'Union par l'essor du commerce électronique, dans un cadre réglementé pour garantir la confiance des consommateurs.

Cependant, s'agissant des aspects portant sur la création, la gestion et le contrôle des institutions de monnaie électronique, la Commission n'avait pas apporté de réponses. En l'espèce, les autorités de Bruxelles n'avaient pas souhaité opérer de modifications sur les directives bancaires (4).

Plusieurs projets ont été présentés depuis 1998, sans pour autant répondre totalement aux attentes des Etats membres et, notamment, sur les aspects sécuritaires. Rappelons que la monnaie demeure un attribut de la souveraineté des Etats et permet surtout la démonstration de cette souveraineté, d'où la réticence "naturelle" des Etats à promouvoir la liberté absolue dans l'espace de la cyber-monnaie.

Par deux directives (5), la Commission vient de fixer une définition technique et neutre de la monnaie électronique, tout en délimitant les types d'activités commerciales accessibles aux établissements de monnaie électronique.

On entend désormais par monnaie électronique (6), **toute valeur monétaire représentant une créance sur un émetteur qui est stockée sur un support électronique**. Cette valeur monétaire doit être émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise. Enfin cette valeur monétaire doit être acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur.

Force est de constater que cette définition de la monnaie électronique conduit à la création d'un troisième type de monnaie. En effet, selon la position de la Banque Centrale Européenne (7), la monnaie électronique n'est qu'un type de monnaie scripturale. Par conséquent, elle doit être remboursable en monnaie de banque centrale et les fonds stockés – contrepartie de la monnaie électronique – assimilés à des dépôts bancaires.

Il conviendra de voir, dans un premier temps, la nature juridique de la monnaie électronique au regard des types de monnaie existant et des principes de remboursabilité et de limitation des placements. Puis, nous nous attarderons sur l'adéquation du nouveau régime juridique de la monnaie électronique avec les autres cadres juridiques existants tels que la dation en paiement ou le chèque de voyage.

I. Caractéristiques monétaires de l'objet pécuniaire

A. La monnaie électronique : nouvelle forme juridique de monnaie ?

Le doyen Hamel, dans son cours de doctorat de droit civil approfondie, considérait dans son approche de la théorie juridique de la monnaie que « *ce qui est important c'est d'avoir déterminée cette unité, de lui avoir donné sa place dans la vie juridique, d'avoir fixé que l'instrument monétaire est un des éléments des patrimoines et qu'il se ramène à certaines unités que nous connaissons. Peu nous importe que nous ayons à travailler aujourd'hui sur une unité qui est une unité idéale, ou que nous ayons eu à travailler hier sur une unité matérielle* ».

Si nous faisons notre ces propos, la distinction entre la monnaie électronique et les autres types de monnaie (9) ne présenterait que peu d'intérêt une fois les conditions de l'instrument monétaire remplies.

Ce que n'est pas la monnaie électronique ...

La monnaie fiduciaire

La monnaie fiduciaire est constituée de pièces métalliques et les billets de banque qui ont une nature monétaire duale. Ils sont définis à la fois comme un support monétaire et un instrument monétaire.

Ils sont un support monétaire car ils matérialisent les unités de paiement libellées en unités de valeur ou de compte, ces dernières représentant le commun dénominateur de toutes les valeurs dont l'objet est de fixer la valeur économique des choses par rapport à un étalon commun.

Ils sont aussi un instrument monétaire car ils permettent le transfert des unités de paiement qu'ils matérialisent d'un patrimoine à un autre par simple tradition.

Par conséquent, la capacité d'un objet à être une liquidité peut-être constituée par la réunion de ces deux possibilités, l'une de stockage des unités de paiement et l'autre de transfert de ces unités d'un patrimoine à un autre.

La monnaie scripturale

Aux vues de ce qui précède, la monnaie scripturale n'est pas une liquidité. Pour autant la Banque de France l'assimile à de la monnaie parce que son utilisation entraîne création d'une masse monétaire.

La monnaie scripturale est constituée de l'inscription en compte bancaire des unités de paiement libellées en unités de valeur et détenues par le titulaire du compte.

La monnaie scripturale est restrictivement un support monétaire bancaire dématérialisé. Ce n'est pas un instrument monétaire en raison de son intransmissibilité par tradition manuelle.

Pour circuler, la monnaie scripturale doit utiliser des instruments de paiement dont l'unique fonction est de faire circuler les unités de paiement contenues dans la monnaie scripturale d'un compte bancaire à un autre. On les appelle parfois moyens de paiement scripturaux en raison de leur lien indissociable à la monnaie scripturale.

Ainsi, force est de constater que même si la monnaie électronique ne peut pas être considérée comme de la monnaie fiduciaire, son développement remet en cause une certaine partie de la politique monétaire.

... mais ce que la monnaie électronique doit présenter comme caractéristiques(10)

Il n'existe pas de définition légale de la monnaie. En pratique, la monnaie peut être vue comme un pouvoir d'achat indifférencié permettant d'éteindre sans limite des dettes monétaires libellées en unités de valeur. Ce pouvoir d'achat résulte de la créance dont bénéficie le détenteur de monnaie contre la Banque de France, les pièces métalliques et les billets de banque, ainsi que les comptes bancaires sont les titres constatant cette créance.

Prérogative du législateur

Un objet ne sera considéré comme une monnaie dès lors que le législateur l'aura désigné comme tel (11). En d'autres termes, un objet pécuniaire sera utilisé au titre de monnaie pour régler des dettes monétaires libellées en unités de valeur lorsqu'il aura un cours légal forcé, c'est-à-dire, lorsque le législateur lui attribuera un pouvoir libératoire absolu sur le territoire. Ainsi, cela lui donnera une expression en unités de valeur (en francs français), à savoir un taux de change légal intra-monétaire lui permettant d'être relié aux monnaies étrangères en circulation.

Il en résulte que la monnaie électronique, au même titre que l'encours exprimé en unités de valeur, n'est assimilable ni à de la monnaie fiduciaire ou à un objet pécuniaire équivalent, bien que d'appellation différente, ni à la monnaie scripturale, parce qu'aucune loi adoptée par le Parlement français ne l'a décidé.

Cela ne nous empêche pas toutefois d'envisager la possibilité qu'une telle loi soit adoptée dans le futur (12). C'est pourquoi, nous jugeons intéressant de comparer le fonctionnement de la monnaie électronique aux caractéristiques monétaires de l'objet pécuniaire, d'autant que l'utilisation de la monnaie électronique, bien que boudée par les autorités françaises, se développe en Europe.

La monnaie électronique, doit et peut remplir une fonction d'unité monétaire, en assurant un commerçant que la quantité d'unités électroniques reçues du porteur représente l'équivalent de la somme d'argent qu'il aurait reçu s'il avait été payé sous la forme scripturale ou fiduciaire. Par ailleurs, il importe que soit respecté une l'identité entre la valeur de la monnaie électronique et la valeur de la monnaie scripturale ou fiduciaire. Enfin, la monnaie électronique devra être libellée dans la même unité monétaire que celle fixée par l'Etat dans lequel elle est utilisée (franc ou euro), et non dans une unité monétaire d'origine conventionnelle. L'unité électronique est donc une unité de valeur (13).

B. Principes de remboursabilité et de limitation des placements : difficultés et réponses

Remboursabilité

La révision de la définition de la monnaie électronique dans le projet de directive a permis de mieux faire apparaître le caractère obligatoire du remboursement de la monnaie, qui était uniquement prévu dans le texte initial sur une base conventionnelle.

Désormais, au terme de l'article 3 de la directive, au titre de la remboursabilité, le porteur de monnaie électronique peut pendant la période de validité exiger de l'émetteur qu'il rembourse à la valeur nominale, en pièces et en billets de banque ou par virement à un compte, sans autres frais que ceux qui sont strictement nécessaires à la réalisation de l'opération.

Par cette définition, on peut légitimement s'interroger sur le fait de savoir si la « remboursabilité » ne devient pas un élément de la définition de la monnaie électronique ? Après tout, à vouloir considérer qu'elle serait distincte des autres formes de monnaie pourquoi ne pas envisager telle hypothèse.

Nous ne pensons pas qu'il puisse être possible de suivre cette position. Tout simplement, comme nous pouvions l'évoquer en substance, la remboursabilité doit être considéré comme une mesure

protectrice du porteur applicable à tous les moyens de paiements réunissant les caractères énumérés à l'article 1§3b de la directive.

Pour considérer la monnaie électronique comme une nouvelle forme juridique de monnaie, celle-ci doit remplir la fonction d'unité de compte, de moyen de paiement et, plus particulièrement, d'instrument monétaire.

En d'autres termes, les unités électroniques qui s'échangent entre porteurs et commerçants doivent aussi représenter une réserve de valeur équivalente à celle que peuvent représenter les billets et pièces métalliques ou les soldes figurant sur les comptes des établissements de crédit.

Il est constant que la monnaie électronique ne dispose pas du régime du cours légal ou forcé.

Par ailleurs, le porteur de cette monnaie doit toujours avoir le droit de demander à l'émetteur la conversion des unités électroniques contenues dans un porte monnaie électronique par exemple, en monnaie fiduciaire ou scripturale.

Ainsi, les unités électroniques, n'étant pas matérialisées, s'inscrivent dans la catégorie des biens incorporels.

De plus, la monnaie électronique est toujours assortie d'un droit de créance sur l'émetteur. Elle n'est pas non plus une valeur dite autonome, à savoir, on ne peut la distinguer de la valeur de la créance sur une somme d'argent auquel elle va correspondre. En effet, on ne peut imaginer les commerçants accepter d'être réglés avec un système de paiement sans avoir l'assurance de pouvoir échanger les unités électroniques auprès de l'émetteur.

Enfin, s'agissant de l'émetteur, il faut rappeler qu'il n'y a pas de transfert de somme d'argent au moment du paiement entre le consommateur et le commerçant. Ce dernier intervient au moment de la conversion des unités électroniques acceptées en paiement par le commerçant. Le transfert peut aussi avoir lieu lors du chargement et rechargement de la carte d'une part et, d'autre part, entre l'émetteur et le porteur dans la mesure où le second sollicite le remboursement des unités électroniques inscrites sur son support.

Limitation des placements

Statut d'établissement de monnaie électronique

La nouvelle directive européenne dispose que seuls les établissements de crédit au sens de la Directive 2000/12/CE sont habilités à prêter des services de monnaie électronique, l'émission de monnaie électronique étant analysée comme une opération de réception de fonds du public. L'activité de ces établissements est néanmoins liée à cette activité particulière et strictement limitée.

L'article 1§5 de la directive leur permet seulement l'émission de monnaie électronique, la fourniture de services financiers et non financiers liés à cette émission, tels que la gestion de monnaie électronique, l'émission d'autres moyens de paiement et le stockage de données sur le support électronique pour le compte d'autres entreprises ou institutions publiques (14).

Les établissements de monnaie électronique sont soumis, comme les autres établissements de crédit, à l'agrément requis par la Directive 77/780/CEE qui s'applique à leur activité. Toutefois, les établissements agréés bénéficient pour leurs activités d'émission de monnaie électronique du régime de reconnaissance mutuelle prévue par la Directive 89/646/CEE.

Ces établissements doivent aussi satisfaire à des exigences en termes de solvabilité (capital d'un million d'euros imposé), de fonds propres et de gestion de leurs avoirs, afin de prévenir autant que

possible les faillites. Ils supportent en outre l'obligation d'adopter des procédures de gestion et des procédures administratives et comptables saines et prudentes ainsi que des procédures de contrôle interne adéquates.

Dérogations au statut d'établissements de monnaie électronique

Les personnes ou entreprises n'ayant pas la qualité d'établissement de crédit au sens de l'article 1^{er} de la Directive 77/780CEE seront seules autorisées, à côté des établissements de monnaie électronique, à exercer à titre professionnel l'activité d'émission de monnaie électronique. Ce monopole devra être sanctionné par les autorités nationales.

Les Etats membres ont la possibilité d'instituer dans trois cas un régime d'exemption totale ou partielle de l'application des dispositions de la directive :

- pour les entreprises émettrices de monnaie électronique dont cette activité génère un montant total d'engagements financiers ne dépassant pas 5 à 6 millions d'euros ;
- pour les situations où la monnaie électronique émise n'est acceptée comme moyen de paiement que par des filiales de l'établissement qui exercent des fonctions opérationnelles et d'autres fonctions accessoires en rapport avec la monnaie électronique émise ou distribuée par l'établissement concerné, la maison-mère de l'établissement ou d'autres filiales de cette maison-mère ;
- pour les situations où la monnaie électronique émise n'est acceptée comme moyen de paiement que par un nombre limité d'entreprises se distinguant clairement par le fait qu'elles se trouvent dans les mêmes locaux ou dans une zone locale restreinte, par leur étroite relation financière ou commerciale avec l'établissement émetteur.

Les dérogations sont importantes. Par ailleurs, la Directive sur le commerce électronique exclue de son champ d'application les exemptions prévues à l'article 8 de la Directive 2000/12/CE permettant aux Etats de conserver dans ce domaine la maîtrise des émetteurs de monnaie. Cependant, des interrogations demeurent et notamment le fait ou non de savoir si la mise à disposition d'un instrument électronique correspond à un service de prestation à distance par voie électronique. En d'autres termes, l'émission d'instrument de paiement pourrait-il être en lui-même assimilé à un service de la société de l'information ? La confusion des genres nous semble être une menace réelle. La première et la seule que nous retiendrons, concerne la détermination du régime de responsabilité applicable.

Ainsi peuvent être appréhender les caractéristiques tant de la définition que du nouveau régime juridique issus de la directive. Néanmoins, l'enjeu sous-jacent reste de savoir si la monnaie électronique, nouvel instrument du transfert électronique de fonds, peut être assimilée à un nouveau titre de créance ou encore à un nouvel objet de paiement.

II. La monnaie électronique, un titre de créance nouveau ?

Les instruments de paiement ou moyens scripturaux de paiement ont été définis d'un point de vue monétaire comme des moyens de faire circuler les unités de paiement stockées sur un compte bancaire, c'est-à-dire dans la monnaie scripturale. Ce sont des mandats de payer qui sont transmis à la banque ou à l'établissement de crédit du bénéficiaire de l'ordre de payer qui sera chargé de déposer les unités de paiement sur le compte du bénéficiaire par un simple jeu d'écritures. La banque du débiteur procédera à ce même jeu d'écriture mais en inscrivant le montant des unités de paiement au débit de son compte bancaire (15).

Par ailleurs, les tribunaux français considèrent que les instruments de paiement réalisent non un règlement immédiat de la dette monétaire, mais un paiement conditionnel, dont la condition est l'encaissement des unités de paiement par le créancier (16).

Par conséquent, il convient d'envisager si le régime de la monnaie électronique peut donner lieu à la création d'un nouvel instrument de paiement notamment par assimilation au régime du chèque de banque et à celui du chèque de voyage.

A. La monnaie électronique et le mécanisme du chèque

La notion de chèque de banque

Le chèque de banque est un écrit par lequel le tireur donne l'ordre au tiré (banque ou établissement de crédit) de payer à vue une somme déterminée à l'ordre du bénéficiaire. C'est un titre de banque négociable à ordre.

Son régime juridique est régi en France par le Décret-Loi du 30 octobre 1935, inséré dans le Code de commerce. Son mécanisme est celui du mandat pur et simple délivré par la banque ou l'établissement de crédit au titulaire du compte bancaire ouvert chez lui. Le titulaire n'est en droit d'émettre des chèques que s'il détient une créance contre la banque ou l'établissement de crédit, c'est ce que le législateur appelle la provision.

Le mécanisme de la monnaie électronique apparenté au chèque de banque ?

Rien ne s'oppose, *a priori*, à l'assimilation du mécanisme de la monnaie électronique au chèque de banque.

Toutefois, les articles 1 et 2 du Décret-Loi du 30 octobre 1935 exigent le respect d'un certain formalisme. En effet, des mentions obligatoires doivent être apposées sur l'écrit pour qu'il puisse valoir comme chèque de banque. Parmi ces mentions, il y a l'indication de la date et du lieu d'émission ainsi que l'indication du nom du tiré.

Or, force est de constater que la monnaie électronique ne remplit pas les conditions de formalités requises par le législateur et ce, à peine de nullité de l'instrument de paiement. Nous réfutons, par conséquent, l'assimilation de la monnaie électronique au chèque de banque.

La monnaie électronique et le mécanisme du chèque de voyage

Il convient de rappeler notre attachement à la définition donnée par Michel Despax du chèque de voyage qu'il appréhende comme « *un instrument monétaire qui emprunte aux billets de banque leur division en coupures d'un égal montant, aux lettres de crédit circulaire leur mécanisme, au chèque* ».

Régime juridique du chèque de voyage : assimilation à la lettre de crédit circulaire

Bien que certaines différences soient relevées par la doctrine entre les mécanismes de chèque de voyage et de lettres de crédit circulaire, tenant essentiellement à la nature personnelle du titre à ordre qui ne peut pas être transmis (17), à l'inverse du chèque de voyage qui est, dans de nombreux cas, un titre contenant une clause à ordre transmissible par endossement, on peut relever de nombreux facteurs d'assimilation.

La Cour de cassation a qualifié le chèque de voyage dans un arrêt du 16 janvier 1963 (18) : « *le chèque de voyage, qui exprime un engagement de payer contracté par le banquier émetteur constitue non un billet de banque, mais un titre de créance à vue ou à court terme* ».

En revanche, dans un arrêt rendu par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation en date du 23 mars 1955 (19), le régime du chèque de voyage a été jugé autonome de celui du chèque de banque. Nous pouvons, par conséquent, proposer de rapprocher la monnaie électronique de cet instrument de

paiement fondé lui aussi sur le prépaiement, et dont le régime juridique est assimilé à juste titre par Michel Despax à celui des lettres de crédit circulaire (20).

D'une part, les deux instruments ont une fonction économique semblable. Ce sont des titres de prépaiement qui permettent à leur détenteur de se faire remettre par les correspondants de la banque émettrice des sommes égales au montant du titre, grâce à l'engagement de payer qu'il contient. D'autre part, les deux titres de paiement requièrent la formalité de la double signature du titulaire pour leur encaissement.

Enfin, quant au paiement lui-même, l'accrédite et le porteur de chèques de voyages ont chacun toute liberté pour choisir le moment de la présentation dans les limites d'un délai maximum fixé au préalable par la convention initiale.

Approche critique

Tenant compte des caractéristiques communes relevées entre le chèque de voyage et la monnaie électronique, nous pourrions être tentés de les assimiler l'un l'autre et, par voie de conséquence, d'assimiler le mécanisme de la monnaie électronique à la lettre de crédit circulaire.

Cependant, deux éléments nous empêchent d'assimiler pleinement les deux mécanismes du chèque de voyage et de la monnaie électronique.

D'une part, le chèque de voyage n'est jamais anonyme, notamment du fait de l'exigence de la double signature du titulaire des chèques. A l'inverse, la monnaie électronique peut être anonyme au moment de son utilisation comme moyen de paiement et non au moment de sa collecte ou de son encaissement.

D'autre part, au contraire du paysage économique entourant le chèque de voyage, il n'existe pas de cours contractuel forcé de la monnaie électronique sous forme, par exemple, de pièces dématérialisées. Par conséquent, tout internaute détenteur d'un porte-monnaie virtuel (PMV) est en droit de refuser le paiement d'une dette monétaire en monnaie électronique.

Monnaie électronique et la dation en paiement

Le régime de la dation en paiement

La dation en paiement consiste à payer autrement que ce qui était initialement convenu, c'est une double opération qui réalise dans le même temps substitution d'une obligation à une autre et paiement de cette nouvelle obligation.

L'admission de la dation en paiement est un principe déduit d'une lecture *a contrario* de l'article 1243 du Code civil aux termes duquel «*le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*». Par conséquent, la dation en paiement ne peut intervenir sans l'intervention d'un nouvel accord entre les parties (21).

Les conditions de la dation en paiement

Elles résultent de la nature conventionnelle de l'opération. La dation en paiement obéit aux conditions générales de validité des conventions énoncées par l'article 1108 du Code civil. Nous n'insisterons que sur la condition tenant à l'objet de la convention. L'objet de celle-ci est en effet de substituer une modalité de paiement à une autre. Il en résulte deux conséquences.

En premier lieu, il doit exister valablement une dette préexistante.

En second lieu, la chose donnée en paiement doit avoir une valeur pécuniaire propre et ne pas constituer un simple instrument de paiement. L'idée de substitution d'un moyen de paiement à un autre permet de distinguer la dation en paiement de l'exécution d'une obligation alternative.

Par conséquent, lorsqu'il est prévu que le paiement sera réalisé soit par le versement d'une somme d'argent soit par la remise d'une chose, on parlera d'une exécution normale du contrat à l'issue duquel le débiteur a choisi parmi les obligations alternatives qui étaient prévues celle qui lui convenait.

Ainsi, la remise d'un chèque ou d'un virement ne peut constituer une dation en paiement, selon Raymond Le Guidec, car il s'agit de procédés normaux de paiement. En revanche, on peut se demander si le chèque de voyage, moyen de paiement spécial n'est pas constitutif d'une dation en paiement.

Les effets de la dation en paiement

La dation en paiement est constituée d'un double mécanisme qui a, par conséquent, un double effet.

D'une part, l'obligation originaire est éteinte et le débiteur est libéré de sa dette contractée à l'origine. La dation opère effectivement novation par changement d'objet. Le créancier renonce par convention au paiement immédiat de sa créance en contrepartie d'un nouvel engagement.

D'autre part, la dation réalise le paiement immédiat de la nouvelle obligation contractuelle. Elle réalise l'extinction de l'obligation nouvelle et le transfert immédiat de la chose nouvelle dans le patrimoine du créancier. Elle peut être regardée sous cet angle comme une opération de caractère réel.

Il convient de faire un rapprochement critique entre le mécanisme du chèque de voyage et celui de la dation en paiement. Le mécanisme du chèque de voyage entraîne la substitution de ce moyen de paiement de nature conventionnel à la monnaie (moyen de paiement de nature légale) pour l'extinction de la dette monétaire

Toutefois, le rapprochement des deux mécanismes se heurte à deux limites.

En effet, si la dation opère un règlement immédiat de la dette monétaire, il en est autrement des chèques de voyage. Si le titulaire de chèques est libéré de sa dette par la remise des chèques, le bénéficiaire ne sera réellement payé qu'à l'occasion de l'échange des unités conventionnelles contre des unités légales préalablement réservées auprès de l'établissement de crédit du titulaire des chèques. La remise de chèques de voyage n'équivaut pas, sauf volonté contraire clairement manifestée, à une *datio in solutum*. Le créancier n'est censé avoir accepté le titre en paiement que sous la condition de pouvoir l'encaisser (22).

De plus, les chèques de voyage ne peuvent pas servir à régler une dette monétaire contractée auprès de n'importe quel commerçant ou prestataire de services. En effet, le chèque de voyage est restrictivement admis auprès « d'organismes agréés » qui acceptent *de facto* ce type de règlement. Ainsi, le règlement par chèques de voyage d'une dette monétaire pourrait relever, dans cette circonstance, de l'exercice du choix de l'obligation alternative. La thèse de l'assimilation à une dation en paiement est alors réfutable.

La monnaie électronique conçue comme une dation en paiement ?

Le mécanisme de la monnaie électronique est considéré par certains auteurs comme assimilable au mécanisme de la dation en paiement.

Suivant l'analyse juridique défendue par Messieurs Buyle et Poelmans (23), le transfert de pièces électroniques du patrimoine du débiteur à celui du créancier peut être vu comme une dation en paiement. Ils considèrent en effet que les trois conditions indispensables pour qualifier une opération de dation en paiement sont remplies.

Ainsi, la chose remise pour exécuter les obligations prévues est différente de celle due suivant la convention de départ. Différente puisque, dans cette analyse, la monnaie électronique ne peut recevoir la qualification de monnaie. C'est une sorte de monnaie de casino, qui n'est pas obligatoire et ne doit pas être acceptée obligatoirement par le créancier pour règlement d'une obligation.

De plus, la chose est remise en vue d'emporter la libération du débiteur de sa dette.

Enfin, le créancier accepte que la chose remise entraîne par elle-même l'extinction de l'obligation du débiteur, nonobstant le fait que cette chose n'était pas celle originairement prévue à la convention.

Critiques

Cependant, les coauteurs précités admettent que l'acceptation par le commerçant de la remise de monnaie électronique pourrait ne pas valoir paiement et que seule la transformation de la monnaie électronique en monnaie scripturale réalise le paiement. Dans cette hypothèse, quand bien même l'extinction de la dette monétaire serait relative parce que conventionnelle, le transfert de propriété de la monnaie se ferait sous la condition suspensive de l'encaissement des unités monétaires légales.

Remarquons de façon préliminaire que ce rapprochement n'opère pas de qualification du mécanisme de la monnaie électronique. Il qualifie le mode d'extinction de l'obligation mais reste silencieux quant à l'objet de ce paiement. Le régime de son autorisation et de sa libre circulation n'est pas identifié.

De plus, il nous semble que le rapprochement de la monnaie électronique à la dation en peut être contesté pour au moins deux raisons.

Tout d'abord, comme nous l'avons remarqué pour le chèque de voyage, si le porteur d'argent digital est libéré de sa dette par la remise de monnaie électronique, le bénéficiaire ne sera réellement payé qu'à l'occasion de la remise de cette monnaie à son banquier qui procédera au transfert de la créance au crédit de son compte bancaire. La créance sera réglée par l'inscription en compte bancaire.

Ensuite, il est contestable, dans certaines hypothèses, de voir une dation en paiement dès lors qu'avant même la conclusion de la transaction le site annonce la possibilité de payer en monnaie électronique. L'hypothèse du contractant d'une transaction commerciale électronique qui constate après la conclusion du contrat que le paiement en monnaie électronique n'est pas impossible en soi ne correspond en rien à la réalité ni à la logique de la transaction électronique complète sur l'Internet.

B. Monnaie électronique : nouvel objet du paiement ?

La monnaie électronique : objet de l'échange ?

Très ancien contrat lié à l'économie du troc, l'échange connaît une renaissance spectaculaire chaque fois que l'économie monétaire est en crise et surtout dans le commerce international, dans les pratiques financières (par exemple, les accords de swaps : devises contre devises) (24). Or, force est de constater que l'émergence de transactions commerciales internationales électroniques bouleverse les anciennes traditions du commerce international. Des moyens de paiement adaptés à cet univers rapide et dématérialisé doivent être trouvés.

C'est pourquoi nous suggérons de revenir au mécanisme économique du troc pour appréhender le fonctionnement de la monnaie électronique.

La notion économique de troc

La notion de troc ou l'équivalence limitée (25) peut être définie, dans le langage économique, comme un échange de prestations équivalentes. Ce mécanisme du troc, parfois bilatéral, est souvent multilatéral. Ainsi des groupes sociaux complémentaires peuvent établir une relation d'échange de biens ou de services. Nous pouvons prendre l'exemple de chasseurs et de pêcheurs qui établissent leur relation d'échange sur le fait que 100 poissons valent un cerf. Mais, pour rendre le procédé plus souple, l'opération est souvent triangulaire, telle que par exemple la livraison de blé français, contre de l'acier soviétique, livrable à un chantier naval portugais qui l'exporte en Union Soviétique contre du pétrole livrable en France.

Le troc ouvert a été pendant très longtemps la base même des relations commerciales entre les pays et à l'intérieur d'une même nation. Toutefois, en raison des difficultés d'établissement de règles précises d'équivalence entre chaque bien et service et de maintien de ces équivalences en raison des variations saisonnières ou catastrophiques, le troc a été abandonné au profit du développement de la monnaie simplifiant les échanges (26).

Dans un monde moderne beaucoup plus complexe en raison de la superposition de deux réalités, l'une physique et l'autre virtuelle, on peut se demander si la monnaie électronique ne peut pas être considéré un instrument d'échange propre au monde de l'Internet.

La notion de troc n'étant pas en elle-même une notion juridique mais recouvrant un simple mécanisme économique d'échange, nous nous proposons d'étudier le mécanisme juridique du contrat d'échange réglementé par le Code civil.

La notion de contrat d'échange

Le contrat d'échange est défini à l'article 1702 du Code civil comme « *un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ».

A première vue, il pourrait s'apparenter à une vente où le transfert de propriété a pour contrepartie, non une somme d'argent mais une autre chose. Le principe qui domine le contrat d'échange est celui de l'assimilation (article 1707 du Code civil) : le consentement et la chose relèvent des mêmes règles. Par analogie au contrat de vente, il est un contrat translatif de propriété, il l'est même doublement, puisque les deux choses sont réciproquement transférées. Il est aussi un contrat commutatif dominé par l'idée d'équivalence entre les prestations. Au contraire, sont notamment écartées les règles de la vente liées au prix.

Précisons toutefois que l'échange, supposant un transfert réciproque, exclut *de facto* son application lorsqu'il y a dation d'une chose contre un service (27).

Par conséquent, la monnaie électronique ne pourra pas être regardée comme recourant simultanément au mécanisme de la dation en paiement et de l'échange. Si l'on retient une des applications, on exclut l'autre. Or, nous avons exprimé précédemment notre doute quant à l'assimilation du mécanisme de la monnaie électronique à la dation en paiement. Il ressort de ce qui précède qu'il peut être envisagé une assimilation du mécanisme de la monnaie électronique au contrat d'échange.

Approche critique de la monnaie électronique par rapport à l'échange

Au cœur du phénomène monétaire, il y a des fonctions spécifiques liées à l'échange et à la circulation des richesses : mesurer, compter et diviser la valeur, payer et garder en réserve le pouvoir d'achat. La monnaie est, avant tout, un phénomène économique qui comporte des incidences sociologiques et juridiques non négligeables. Il convient d'aborder cet aspect sociologique.

Toutefois, les époques de crise économique voient apparaître des systèmes d'échange locaux permettant de développer une économie parallèle, avec leur propre monnaie. Ces systèmes reposent sur le postulat que toute personne qui effectue des transactions commerciales utilise une monnaie d'échange, propre à chaque système.

Ainsi, la monnaie électronique pourrait être reconnue comme le moyen de paiement des transactions entre internautes. En effet, la monnaie électronique n'est pas une monnaie à part entière, elle n'a pas de cours légal et repose sur le principe du prépaiement. Par conséquent, pour que ce système fonctionne il faut que le commerçant accepte le règlement de sa créance par l'utilisateur en monnaie électronique.

La monnaie électronique, en tant qu'objet du paiement, soulève beaucoup d'incertitudes. En effet, la monnaie étant avant tout un phénomène économique, la monnaie électronique pourrait entraîner la création d'une nouvelle masse monétaire dans le cadre de l'échange d'une communauté à une autre (la fonction de réserve et de divisibilité étant encore limitées). Cet échange pourrait se limiter notamment au seul *business to business* abolissant les barrières géographiques comme, par exemple, pour les commerçants d'une même branche d'activité. La monnaie électronique pourrait ainsi avoir des conséquences importantes sur l'économie mondiale en créant une nouvelle masse monétaire.

Il convient de relativiser cette position car, si le contrat d'échange est un concept séduisant, la monnaie électronique suppose toujours un prépaiement à l'origine. En effet, cette notion de prépaiement reste l'essence même de la monnaie électronique et ne correspond pas à la notion d'échange qui suppose un objet déterminé dès le commencement de la transaction.

Les différents instruments de paiement mis en place à l'intérieur de l'Union ont notamment renforcé l'application de l'un des objectifs fondateurs de l'Union : la liberté de circulation des biens, des personnes, des services ayant pour corollaire la liberté d'établissement. La création d'un cadre réglementaire propre à la monnaie électronique permet, par conséquent, de renforcer la confiance des consommateurs dans l'utilisation de ces nouvelles technologies mais, surtout, de répondre à l'ambition première de la Commission, à savoir de relancer le marché unique par le commerce électronique.

Pour renforcer cette confiance, il faut espérer que les outils techniques permettront la traçabilité des échanges des unités de monnaie électronique, dans le respect des règles liées à la protection de la vie privée, pour éviter les fraudes fiscales et le blanchiment d'argent (28).

L'essor de la monnaie électronique montre à quel point l'activité bancaire apparaît de plus en plus comme une activité de gestion de flux et d'informations. Tout ceci nécessite une redéfinition en profondeur des métiers, y compris des métiers bancaires et non bancaires (29).

G. M. et A. M.

Notes

- (1) Directive 2000/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 modifiant la Directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice ; Directive 2000/46/CE Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (JOCE 27 octobre 2000 L275/37 et L275/39). Sur le sujet nous recommandons trois articles majeures : Serge Lansky, "La nature juridique de la monnaie électronique", *Bulletin de la Banque de France*, n°70 octobre 1999, p. 45 et s. ; Marc Andries, "Développement récents en matière de monnaie électronique", *Bulletin de la Banque de France*, n°72 décembre 1999, p. 87 et s. ; Gauthier Blanluet, "La monnaie électronique, définition-nature juridique", in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, p. 128 et s.
- (2) Recommandation 97/489/CE de la Commission du 30 Juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, JOCE L 208 du 2 août 1997 p. 52.
- (3) intitulé « services financiers: renforcer la confiance des consommateurs », COM(97)353.
- (4) Directive 77/780/CEE, JOCE L322 du 17 décembre 1977 p. 30 et ; Directive 89/646/CEE, JOCE L386 du 30 décembre 1989 p. 1.
- (5) précité.
- (6) Article 1 de la Directive 2000/46/CE précitée.
- (7) « report on electronic money », août 1998, <<http://www.ecb.int>>.
- (8) Doyen Hamel, *La théorie juridique de la monnaie*, Cours de doctorat de droit civil approfondi, Paris p. 3 et s.
- (9) Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Thèse, éditions LGDJ, 1992, p. 32 à 47 et p. 72 à 95.
- (10) Serge Lansky, « La nature juridique de la monnaie électronique », *Bulletin de la Banque de France*, N°70, 1999, p. 45.
- (11) Article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958.
- (12) Notamment du fait de l'adoption de la Directive 2000/46/CE dite « monnaie électronique » du 18 septembre 2000. La France serait dans l'obligation de la transposer.
- (13) « La monnaie électronique » in *Revue d'Economie Financière*, n° 53.
- (14) en ce sens voir entre autre l'expérience Mondex lancée par le Crédit Mutuel sur la ville de Strasbourg.
- (15) Voir thèse précitée de Rémy Libchaber. Sur ce sujet voir l'important article de Michel Vasseur, "le paiement électronique : aspects juridiques" *JCP*, G, 1985, II, 3206.
- (16) Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit au crédit* 2^{ème} éd., Litec, 1997.
- (17) J. Rousseau, « Les lettres de crédit », *JCP* 1939, p. 115.
- (18) D.1963, p. 517, note Despax. Voir en ce sens l'article précité de Serge Lansky ; en ce sens, G. Blanduet, « La monnaie électronique Définition – Nature juridique », in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, mars/avril 200, p. 128.
- (19) X. Marin, *Revue Banque*, 1956, p. 41.
- (20) Michel Despax, « Les travellers cheque », *RTDC*, 1957, p. 323.
- (21) Il convient de mentionner que d'autres articles du Code civil y font allusion, parmi lesquels les articles 1581 et 2083, mais ils restent silencieux quant au régime juridique de la dation en paiement. A s'en tenir à la lettre de l'article 1243 du Code civil, la dation en paiement serait une opération simple. En réalité, cette prétendue simplicité n'est qu'apparente comme en témoignent les divergences jurisprudentielles et les controverses doctrinales tant sur sa nature juridique que sur ses effets.
- (22) Michel Despax, « Les travellers cheque », *RTDC*, 1957, p. 323.
- (23) *Internet face au droit*, sous la direction d'Yves Pouillet, CRID, 1997 p.110.
- (24) Ph. Malaury et L. Aynes, *Les contrats spéciaux*, éditions Cujas, 1998/1999, p. 428 ; voir aussi les développements portant sur le *trading electronic*, « The implication of electronic trading in financial markets », The Committee on the global Financial System, janvier 2001, <<http://www.bis.org/publ/cgfs16.pdf>>.

- (25) J.Brémont et A.Gélédan, *Dictionnaire des théories et mécanismes économiques*, éd. Hatier, 1984, p. 237.
- (26) Melec du Halgouet, « Du troc à la monnaie électronique. L'évolution des moyens de règlement », *Revue d'histoire de la Banque*.
- (27) Ph. Malaury et L. Aynes, *Les contrats spéciaux*, éditions Cujas, 1998/1999, p. 428.
- (28) en ce sens, voir l'article de C. Lucas de Leyssac et X. Lacaze, "Le paiement en ligne", *JCPG*, 2001,I, 302.
- (29) sur ce sujet, il est possible de se référer aux articles et ouvrages suivants : J. L. Rives-Lange in « La monnaie scripturale », *Etude à la mémoire de Pr Cabrillac*, 1968 ; M. Cabrillac, « Monétique et droit de paiement », *Mélanges Juglart*, 1986 p. 409 et s ; Eric Froment, « L'innovation dans les paiements », *Revue Banque*, n° 471 avril 1987 ; François Grua, « Le dépôt de monnaie en banque », *Recueil Dalloz* 1988, p. 259 et s.