

Éditorial

Marielle Cohen-Branche

Médiateur de l'Autorité des marchés financiers
Ancien conseiller à la Cour de cassation

Le double piège de la *reverse solicitation* BJB200w3

Qui connaît la « sollicitation inversée » ? Quelques spécialistes, sans doute,

mais pas si nombreux, et cette règle mérite quelques explications car elle peut se révéler un piège aussi bien pour l'investisseur particulier qui ne la connaîtrait pas que pour le professionnel qui ne l'utiliserait pas à bon escient.

Pour l'investisseur d'abord. Le droit financier européen a ses propres définitions, qui peuvent surprendre tout un chacun. Si, par exemple, en tant qu'investisseur particulier résidant en France, soucieux de mieux appréhender le sérieux de celui auprès de qui vous aller acquérir ces bitcoins, vous pouvez vous demander si la plateforme auprès de laquelle vous allez les souscrire est bien enregistrée auprès de l'AMF. Si vous êtes attentif, vous avez peut-être lu en effet que le défaut légal d'enregistrement d'une plateforme qui fournit un tel service en France est punissable de deux ans de prison et d'une amende de 30 000 € (C. mon. fin., art. L. 572-23). Mais si c'est vous qui avez pris l'initiative de saisir cette plateforme, il résulte de la définition de la fourniture de service en France (AMF, règl. gén., art. 721-1-1) qu'il ne suffit pas que la plateforme vous ait vendu des crypto-actifs ou que vous en ayez acquis, mais bien que la plateforme vous ait sollicité activement. Si, à l'inverse, vous êtes entré vous-même dans le magasin virtuel que constitue la plateforme, sans avoir été sollicité activement, vous vous trouverez dans la situation d'une sollicitation inversée, la fameuse *reverse solicitation*, c'est-à-dire sans aucune protection juridique particulière. La plateforme sera en droit de considérer qu'elle n'était pas tenue d'être enregistrée (C. mon. fin., art. L. 54-10-2) : elle n'a pratiqué qu'une commercialisation passive mais n'est pas considérée comme ayant fourni un tel service en France. Elle n'encourt donc aucune sanction prévue par la réglementation française et, puisque la plateforme n'est pas enregistrée, le médiateur de l'AMF devra se déclarer incompétent en cas de litige avec un investisseur. Il restera, le moment venu, à déterminer si les conditions de la sollicitation active sont bien satisfaites à partir d'indices, non exhaustifs, tels que prévus à l'article 721-1-1 du RGAMF (l'existence d'un site internet en français ne suffisant pas à lui seul pour les caractériser). *Pour le professionnel ensuite.* Si le professionnel – par exemple une plateforme anglaise après le Brexit – estime qu'il suffit de mettre dans ses contrats une clause type qui stipule que le client reconnaît que c'est à son initiative exclusive qu'il a sollicité ce produit, croyant pouvoir échapper à la réglementation de l'UE, il se trompe. Dans une déclaration publique du 13 janvier 2021, l'ESMA a énoncé que ces clauses types n'avaient pas de portée juridique et constituaient un contournement des règles de MIF 2. Quant à l'AMF, sa commission des sanctions a pris une position ferme à l'encontre de pratiques jugées frauduleuses de la « sollicitation inversée » le 30 avril 2021 à l'égard d'un CIF qui avait cru pouvoir aussi, par des clauses types, permettre à ses clients d'acquérir des produits dont la commercialisation était interdite en France alors qu'elles avaient seulement eu pour objet « d'entretenir artificiellement la croyance que ces demandes émanaient des clients alors qu'elles résultaient des conseils du CIF » (v. BJB juill. 2021, n° BJB200c8, note M. Storck). Certes, le nombre de plateformes enregistrées en France s'accroît régulièrement, mais de très grandes plateformes étrangères ne sont toujours pas enregistrées. Il est heureux que le prochain règlement européen *MiCA* (v. BJB mai 2021, n° BJB200a8, note T. Granier) ait prévu que, au-delà de l'enregistrement – qui ne couvre, pour l'essentiel, que la vérification du respect de la lutte anti-blanchiment –, l'agrément – qui, lui, constitue une véritable vérification complète – devienne obligatoire et non plus facultatif. Mais la notion de fourniture de service, *a priori*, demeurera, elle, semblable.