

Autorité de la concurrence

Avis n° 09-A-35 du 26 juin 2009 portant sur le projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement

NOR : ACOX0916400V

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 8 juin 2009 par laquelle le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur un projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement et portant transposition de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale et le commissaire du Gouvernement ainsi que les représentants de la Commission européenne entendus lors de la séance du 19 juin 2009 ;

Les représentants de la Fédération bancaire française et de la société Leroy Merlin entendus,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. – Le cadre juridique du projet d'ordonnance.

I. – Le cadre général.

A. – La création d'un marché unique européen des instruments de paiement et l'échéance du 1^{er} janvier 2011.

B. – Le rôle des actions contentieuses portées devant les autorités de la concurrence.

1. Le contexte.

2. Les cas contentieux.

II. – Le cadre juridique spécifique à la saisine.

A. – Description générale de la directive 2007/64/CE concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

B. – Le champ de la saisine de l'Autorité de la concurrence.

1. L'article 26 de la directive.

2. Les articles 47-3° et 48-3° de la directive.

3. L'article 52-3° de la directive.

a) L'historique de l'article 52-3 de la directive.

b) Quelles sont les limites de l'option ouverte aux Etats membres par l'article 52-3 ?

4. L'article 72 de la directive.

III. – Le projet d'ordonnance transposant la directive 2007/64/CE.

1. Le projet de transposition de l'article 26 de la directive.

2. Le projet de transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive.

a) La transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive dans les autres Etats membres.

b) La transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive par la France.

3. Le projet de transposition de l'article 52-3 de la directive.

a) L'état actuel du droit français.

b) La transposition de l'article 52-3 de la directive dans les autres Etats membres.

c) Le projet de transposition de l'article 52-3 de la directive.

4. Le projet de transposition de l'article 72 de la directive.

IV. – Analyse.

I. – L'analyse de la transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive.

II. – L'analyse de la transposition de l'article 52-3 de la directive.

A. – L'analyse économique de la concurrence dans les systèmes de paiement : niveau des commissions interbancaires et effet de la « no surcharge rule ».

1. Coûts et bénéfices des opérations de paiement.
2. Le risque de sous-utilisation de moyens efficaces.
3. Le niveau optimal des commissions interbancaires.
4. A cause de la faible résistance des commerçants, le niveau de commission choisi par les banques peut être excessif (supérieur au niveau optimal).
5. La possibilité laissée aux commerçants de surcharger accroît la transparence, facilite les arbitrages des consommateurs et encourage la concurrence entre moyens de paiement.
6. Le pouvoir de marché des commerçants pourrait, dans certains cas, conduire à des surcharges trop élevées.
7. Doit-on craindre des hausses de prix si les commerçants avaient la possibilité pratique de mettre en place des surcharges tarifaires ?
8. Analyse de l'utilité des différentes catégories de consommateurs.
- B. – Etude de l'expérience menée en Australie et rappel du cas particulier représenté par l'expérience danoise.
 1. Etude de l'expérience menée en Australie.
 - a) Les mesures de régulation mises en place et leurs motivations.
 - b) Evaluation contradictoire par le Board des mesures de régulation adoptées.
 - c) Le bilan de l'expérience australienne.
 2. Rappel du cas particulier représenté par le Danemark.
- C. – La mise en place progressive des moyens de paiement SEPA.

V. – Conclusion.

- I. – Conclusion sur la transposition des articles 26, 47-3, 48-3 et 72 de la directive 2007/64/CE.
- II. – Conclusion sur la transposition de l'article 52-3 de la directive 2007/64/CE.
 - A. – La situation résultant d'une interdiction faite aux commerçants de différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés par leur clientèle.
 1. L'interdiction de différencier les prix fait que les coûts des différents instruments de paiement sont répercutés sur les consommateurs mais de manière occulte.
 2. L'interdiction de différencier les prix organise une « subvention à l'envers » au détriment des utilisateurs des instruments de paiement les moins coûteux.
 3. L'interdiction de différencier les prix appauvrit l'offre des instruments de paiement bon marché et réduit l'acceptation des instruments de paiement les plus coûteux.
 - B. – Les effets bénéfiques liés à la capacité à différencier les prix en fonction des instruments de paiement utilisés par les consommateurs.
 - C. – Des mesures d'accompagnement pourraient être prises pour éviter toute possibilité de dérives liées à la capacité laissée aux bénéficiaires de paiement d'appliquer des prix différenciés selon l'instrument de paiement.
 - D. – Propositions rédactionnelles.

I. – Le cadre juridique du projet d'ordonnance

1. Le Gouvernement a saisi le 8 juin 2009 l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, d'un projet d'ordonnance transposant la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE.

2. En effet, aux termes de l'article L. 462-2 du code de commerce :

« L'Autorité est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :

- 1^o De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
- 2^o D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;
- 3^o D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. »

3. La principale disposition du projet d'ordonnance présenté par le Gouvernement qui justifie la saisine pour avis de l'Autorité de la concurrence concerne l'interdiction faite aux bénéficiaires de paiement de « proposer des frais aux payeurs selon le moyen de paiement utilisé ». Cette pratique, communément désignée sous le vocable anglais de « *surcharging* » (1) consiste, pour les commerçants, à appliquer des frais liés à l'utilisation de certains instruments de paiement, autrement dit à faire dépendre leurs prix de vente des moyens de paiement choisis par leurs clients.

4. En interdisant toute différenciation des prix de vente selon les instruments de paiement utilisés, le projet d'ordonnance soumis à l'Autorité impose aux commerçants des « pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente ». Une telle disposition, contenue dans un texte de nature réglementaire, entre dans le champ de l'article L. 462-2-3^o rappelé ci-dessus.

5. Avant d'entamer l'examen au fond du projet d'ordonnance transmis pour avis, il convient de souligner que cette disposition et sa cohérence avec les objectifs du droit de la concurrence en matière de moyens de

paiement ne peuvent s'analyser sans rappeler qu'elle est indissociablement liée à d'autres questions, notamment la licéité des commissions interbancaires et de leur niveau ainsi que la licéité des clauses type insérées par les prestataires de services de paiement dans les contrats que les commerçants signent avec eux pour accepter les moyens de paiement : la question de la différenciation des prix selon les modes de paiement s'inscrit donc dans un contexte plus général, complexe et en constante évolution (cf. partie relative au « Cadre général »).

6. Il est par ailleurs important de rappeler que l'Autorité de la concurrence est actuellement saisie de ces questions dans un cadre contentieux, ce qui justifie une vigilance particulière.

I. – Le cadre général

7. Les évolutions affectant le secteur des moyens de paiement ne peuvent se comprendre qu'à la condition de les replacer dans un cadre plus général. Depuis plus de vingt ans, les initiatives ont été nombreuses pour bâtir un marché unique européen des paiements en décloisonnant les marchés nationaux grâce à une harmonisation des lois nationales, d'une part, et en soumettant à l'appréciation du droit de la concurrence toutes les règles définies par les établissements bancaires qui encadrent la gestion des moyens de paiement, d'autre part.

8. La directive transposée par le projet d'ordonnance s'inscrit dans le premier objectif (bâtir un marché unique européen des paiements en harmonisant les lois nationales), mais son article 52-3, qui porte sur la question du « surchargement », est intimement lié aux actions contentieuses portées devant les autorités de concurrence.

A. – La création d'un marché unique européen des instruments de paiement et l'échéance du 1^{er} janvier 2011

9. Ce processus est aujourd'hui en voie d'achèvement. Il a nécessité une conjonction de moyens considérable pour venir à bout des barrières nationales qui étaient, dans le cadre des paiements, particulièrement importantes.

10. Il y a d'abord eu la mise en place de l'euro, qui a nécessité une modification du traité. Puis, les principes de fonctionnement des paiements européens ont été fixés grâce à une série de règlements et de directives. Le principal instrument est la directive dont la transposition fonde la présente saisine : la directive 2007/64/CE sur les services de paiement. Mais des textes importants ont été adoptés, dont la directive 97/5/CE sur les virements transfrontaliers, le règlement 2560/2001 sur les paiements transfrontaliers en euros, ainsi que sa récente révision, et divers instruments non contraignants évoqués au considérant 3 de la directive 2007/64/CE.

11. Par ailleurs, les institutions communautaires ont décidé de confier aux acteurs du marché le soin de fixer les règles de détail et l'encadrement technique des futurs moyens de paiement européens, sous la surveillance de la Commission européenne. Cet exercice a lieu dans le cadre des discussions SEPA (*Single Euro Payment Area*) menées au sein de l'EPC (*European Payment Council*). Concrètement, trois moyens de paiement valables dans l'ensemble de l'Union européenne vont progressivement se substituer aux moyens de paiement strictement nationaux :

- le virement européen (*SEPA Credit Transfer*) lancé en janvier 2008 ;
- le prélèvement automatique européen (*SEPA Direct Debit*) qui sera lancé en novembre 2009 ;
- s'agissant de la carte de paiement, il a été décidé de ne pas concevoir une carte européenne, mais de définir un ensemble de règles communes (*le SEPA Card Framework*) que toutes les cartes de paiement devront respecter. Lorsqu'une carte respectera cet ensemble de règles, elle pourra donc être utilisée dans toute l'Europe (sous réserve de son acceptation par chaque commerçant, ces derniers restant libres d'accepter ou non telle ou telle carte, même compatible avec le *SEPA Card Framework*), la date limite étant le 1^{er} janvier 2011.

12. En conclusion, l'Europe des paiements est déjà très avancée pour deux moyens de paiement sur les trois sur lesquels portent les efforts. L'année 2011 devrait être une année charnière à partir de laquelle la concurrence entre les systèmes de paiement deviendra véritablement européenne, avec toutes les opportunités que cela implique pour les consommateurs de l'Union.

B. – Le rôle des actions contentieuses portées devant les autorités de la concurrence

1. Le contexte :

13. La création d'un espace unifié des paiements ne passe pas seulement par l'harmonisation des règles applicables, mais également par l'analyse des pratiques constatées dans le secteur des moyens de paiement, et l'élimination des pratiques anticoncurrentielles, à moins que celles-ci ne soient considérées comme exemptables. Sur le terrain contentieux, les débats portant sur les moyens de paiement ont progressivement resserré la discussion autour de deux sujets principaux : d'une part, la question des commissions interbancaires et de leur niveau et, d'autre part, celle des conditions types que les systèmes de paiement imposent en général aux commerçants et qui sont intimement liées à l'existence de commissions interbancaires.

14. Les **commissions interbancaires multilatérales** sont le fruit d'accords conclus entre les membres d'un système de paiement, le plus souvent des établissements bancaires. Ces accords prévoient que, à chaque

opération préalablement définie (l'acte de payer, le rejet d'un paiement, etc.), l'une des deux banques impliquées (celle du payeur ou celle du payé) devra verser une somme d'argent à l'autre banque. Par exemple, la plupart des systèmes de paiement (Carte bancaire, Visa, Mastercard, etc.) prévoient que, à chaque paiement fait par un porteur de carte, la banque du bénéficiaire du paiement (le plus souvent un commerçant) devra verser à la banque du payeur (le plus souvent un consommateur) une somme d'argent donnée (2).

15. Or, comme l'a notamment relevé la Commission européenne (3), une commission interbancaire représente pour la banque qui la supporte une charge, qu'elle est donc susceptible de répercuter sur ses clients. En général, la commission interbancaire est versée par la banque acquéreuse (celle du commerçant) à la banque émettrice (celle du consommateur), si bien que les banques acquéreuses vont être incitées à répercuter ces charges sur les commerçants. Selon la Commission européenne, le système des commissions interbancaires multilatérales a pour conséquence de restreindre « *la concurrence entre les banques acquéreuses en gonflant la base sur laquelle ces dernières se fondent pour fixer les frais imputés aux commerçants et revient ainsi à établir un niveau plancher pour ces derniers. Si ces commissions multilatérales d'interchange n'existaient pas, les prix appliqués par les banques acquéreuses seraient inférieurs, ce qui favoriserait les commerçants et leurs clients* » (4). Dans ce paragraphe, la Commission européenne explique que le prix facturé par les banques aux commerçants est composé, d'une part, du prix du service rendu et, d'autre part, de la commission interbancaire que la banque du commerçant paie à la banque du consommateur. Or, puisque cette commission interbancaire est due pour chaque opération, elle ne bénéficie d'aucun effet d'échelle et la part qu'elle occupe dans le prix facturé au commerçant par la banque reste donc fixe, quel que soit le volume d'opérations du commerçant : c'est ce qui justifie le terme de « prix plancher ». Enfin, pour la Commission européenne, puisque la commission interbancaire est une charge répercutée sur le commerçant, en l'absence de commission interbancaire, le prix facturé au commerçant par sa banque serait nécessairement inférieur à son niveau actuel.

16. Outre les commissions interbancaires (5), les banques insèrent des **clauses types** dans les contrats signés avec les commerçants. Ces conditions s'imposent aux commerçants qui souhaitent accepter les cartes de paiement. Elles se présentent généralement sous la forme d'un triptyque :

La règle dite de la « *No Surcharge Rule* » ou règle de « non-surchargement », également appelée « *Non Discrimination Rule* » ou « règle de non-discrimination ». Cette règle impose aux commerçants de pratiquer un prix uniforme, indépendant du moyen de paiement choisi par leurs clients. Lorsque l'acceptation de différents moyens de paiement entraîne des coûts différents pour les commerçants, ces derniers pourraient en effet vouloir pratiquer des prix différents, de manière à refléter les différences de coûts. La règle de « *No surcharge Rule* », imposée contractuellement par les banques, le leur interdit.

Cette règle contractuelle existe aujourd'hui en France pour tous les commerçants qui acceptent les cartes bancaires. Elle est, s'agissant de la France, rédigée de la manière suivante : l'accepteur (le commerçant) s'engage à appliquer « *aux titulaires (le porteur de la carte bancaire) de cartes (en France, les cartes « CB » et agréées « CB ») les mêmes prix et tarifs qu'à l'ensemble de sa clientèle. En tout état de cause, l'accepteur ne doit leur faire supporter, directement ou indirectement, aucuns frais supplémentaires* ».

La règle dite de la « *Honour All Cards Rule* » (HACR) ou « obligation d'accepter toutes les cartes ». Les établissements bancaires insèrent cette règle dans les contrats qu'ils font signer aux commerçants. L'objet de la HACR est d'imposer au commerçant qui la signe d'accepter toutes les cartes émanant du même système de paiement (par exemple, un commerçant qui signe un contrat d'acceptation avec Visa doit accepter toutes les cartes VISA), quels que soient les coûts impliqués pour lui du fait de l'acceptation de l'ensemble de la gamme de cartes du système.

Enfin, la pratique dite du « *blending* » (ou règle de « pratique d'un prix moyen unique ») qui consiste pour une banque à faire la moyenne des coûts que toutes les cartes bancaires d'un système de paiement (exemple : Visa) représentent pour un commerçant donné, et à ne lui facturer que cette moyenne sans lui soumettre une facture détaillant le prix de chaque carte. De cette manière, le commerçant ne peut pas connaître le coût réel représenté par telle ou telle carte de la gamme : il ne perçoit que le coût total créé par l'acceptation de l'ensemble des cartes d'un système de paiement.

17. En résumé, il existe de nombreuses cartes, associées à des niveaux de commissions interbancaires très différents, ces commissions interbancaires étant, selon la Commission européenne, quasi systématiquement répercutées sur les commerçants. Dans le même temps, les banques font signer aux commerçants des clauses types qui leur imposent tout d'abord d'accepter toutes les cartes de la gamme sans pouvoir choisir quelle(s) carte(s) ils veulent accepter ou refuser et qui, en second lieu, leur interdisent de pratiquer des prix différents, quel que soit le coût impliqué par telle ou telle carte du fait de ses commissions interbancaires. Enfin, les prestataires de services de paiement pratiquent le « *blending* », c'est-à-dire qu'ils adressent au commerce des factures globales qui ne lui permettent pas de connaître le niveau de coût de chacune des cartes de la gamme.

18. En conséquence, puisque les commerçants sont empêchés de différencier leurs prix selon les moyens de paiement utilisés, ils ne peuvent transmettre à leurs clients aucun signal de prix incitatif pour encourager l'utilisation du moyen de paiement présentant pour eux le meilleur rapport coût-efficacité. Leurs prix de vente intègrent nécessairement l'ensemble des coûts induits par les moyens de paiement qu'ils acceptent et ce sont, au final, l'ensemble des consommateurs finaux qui financent l'ensemble des moyens de paiement, y compris les plus coûteux. Les coûts induits par les moyens de paiement sont donc mutualisés : les consommateurs utilisant les moyens de paiement les moins coûteux subventionnent ceux qui utilisent les plus coûteux. **En d'autres termes, les consommateurs paient bien les commissions interbancaires, mais de façon inapparente et indifférenciée.**

19. Ainsi, un consommateur qui possède différentes cartes de paiement est incité à utiliser celles qui lui rapportent le plus d'avantages (par exemple des « *air miles* ») puisque leur utilisation ne lui impose aucun coût

supplémentaire. La commission interbancaire associée aux cartes de prestige et les charges bancaires correspondantes pour les commerçants sont, au moins en partie, répercutées dans les prix de vente facturés à l'ensemble des clients, y compris ceux qui utilisent des moyens de paiement moins coûteux. De telles subventions croisées, couplées à l'absence de signal de prix, sont économiquement inefficaces.

20. Si, en revanche, le commerçant ne veut pas rehausser ses prix de détail du surcoût entraîné par les cartes les plus onéreuses, il n'a d'autre choix que de refuser ces cartes et, du fait de la « *Honour All Cards Rule* », de refuser toutes les cartes de la gamme à laquelle appartient la carte onéreuse qu'il ne veut pas accepter. C'est à cause de l'existence de ce choix sans nuance (accepter ou ne pas accepter, sans pouvoir jouer sur les prix) que les porteurs de cartes onéreuses disposent toujours d'une carte moins onéreuse mais plus communément acceptée, carte dont ils se serviront à défaut de pouvoir utiliser la carte la plus avantageuse pour eux et dont les avantages sont largement financés par les utilisateurs de moyens de paiement moins coûteux.

2. Les cas contentieux :

21. Ces développements permettent d'expliquer l'évolution de l'analyse faite par les autorités de concurrence en matière de moyens de paiement. Elles sont ainsi passées de décisions centrées sur la question des commissions interbancaires à une approche beaucoup plus globale intégrant l'évaluation des clauses types insérées dans les contrats signés par les bénéficiaires de paiement.

22. Les procédures contentieuses ont été très nombreuses (6) et continuent de l'être, mais, pour s'en tenir aux jalons les plus importants de ces dix dernières années, il s'agit des suivants :

- les décisions Visa 2001 et 2002. L'accent y est surtout mis sur les commissions interbancaires même si la question de la « *No Surcharge Rule* » y est abordée : à cette époque, la réflexion de la Commission européenne démarre et le rôle de cette clause est imparfaitement appréhendé. Les conditions types sont donc exonérées ; quant aux commissions interbancaires, la Commission les exempte pour cinq années après les avoir encadrées ;
- le Livre vert de la Commission européenne sur les services de détail dans le marché unique du 30 avril 2007 (7), qui aborde expressément les questions des commissions interbancaires, du « surchargement » et du « *blending* » en les qualifiant de « *pratiques de nature à affaiblir la concurrence* ». En effet, l'utilisation conjointe de ces pratiques perturbe les arbitrages que les consommateurs et les commerçants peuvent rendre lorsqu'ils décident d'utiliser tel ou tel instrument de paiement ;
- la décision Mastercard 2007. L'importance de la « *No Surcharge Rule* » est davantage mise en lumière mais, dans la mesure où Mastercard y a renoncé de son propre chef en 2005, la décision se concentre sur les commissions interbancaires et juge qu'il s'agit d'une pratique restrictive de concurrence qui n'est pas exemptable ;
- le cas Mastercard 2009. La Commission accepte de ne pas poursuivre Mastercard à la condition que cette société ajoute deux engagements supplémentaires aux engagements antérieurs (dont le fait de ne pas interdire le « *surchargement* » aux commerçants) : baisser le niveau de ses commissions interbancaires et supprimer le « *blending* ». A ce stade, donc, l'environnement est considéré comme étant concurrentiel par la Commission s'il n'y a pas de « *No Surcharge Rule* », pas de « *blending* » et des commissions interbancaires ramenées à un niveau faible (0,2 % (8) du montant de la transaction pour les cartes de débit et 0,3 % du montant de la transaction pour les cartes de crédit).

A titre de comparaison, le niveau de la commission interbancaire propre à la carte utilisée en France est, en moyenne, de 0,46 %.

Le cas Visa 2009 (notification de griefs). Visa n'ayant pas souhaité proposer à la Commission des engagements équivalents à ceux de Mastercard, une notification de griefs lui a été adressée, qui met l'accent sur la « *No Surcharge Rule* », le « *blending* » et les commissions interbancaires ;

En France, l'Autorité de la concurrence se prononcera à la fin de l'année 2009 sur la licéité des commissions interbancaires relatives au chèque bancaire. De plus, elle a été saisie en février 2009 d'une plainte portant sur l'ensemble des commissions interbancaires applicables en France, mais aussi sur les clauses types qui figurent dans les contrats que les prestataires de services de paiement font signer aux bénéficiaires de paiement (dont la « *No Surcharge Rule* » et la HACR).

Les autorités nationales de concurrence des autres Etats membres sont très mobilisées en ce moment par les moyens de paiement puisqu'il existe des actions dans plus de la moitié des Etats membres, qui représentent la très grande majorité des volumes de paiement échangés en Europe.

23. On le voit, entre les premières décisions de 2001-2002, très proches des décisions rendues par le Conseil de la concurrence à la fin des années quatre-vingt sur la carte bancaire française, et les plus récentes, la Commission européenne a été amenée à intégrer dans son analyse des éléments de plus en plus nombreux. D'abord centrées sur les commissions interbancaires, les procédures récentes intègrent aujourd'hui des considérations relatives aux règles de « *surchargement* », à la « *Honour All Cards Rule* » et à la pratique du « *blending* ».

24. En conclusion, l'analyse de la question du « *surchargement* » ne peut se faire en la sortant de son contexte, qui est celui d'un intérêt fort, et ancien, des pouvoirs publics et des autorités de concurrence pour la régulation de la concurrence dans le secteur des moyens de paiement et ce, tant au plan communautaire qu'au plan national. Par ailleurs, les étapes évoquées supra montrent que cette régulation de la concurrence ne peut se limiter à un seul axe d'intervention, qu'il s'agisse des commissions interbancaires, du « *surchargement* », du « *blending* » ou de la HACR. Ces quatre mécanismes jouent collectivement et doivent donc être analysés et traités ensemble, comme le fait la Commission européenne et comme l'a fait l'autorité australienne (cf. *infra*).

25. Dans le cas présent, ces sujets vont cependant devoir être abordés séparément, compte tenu de la saisine de l'Autorité de la concurrence pour avis sur le projet d'ordonnance transposant la directive 2007/64/CE.

II. – *Le cadre juridique spécifique à la saisine*

A. – Description générale de la directive 2007/64/CE concernant les services de paiement dans le marché intérieur

26. L'objet premier de la directive 2007/64/CE est de doter l'Union européenne d'un corps harmonisé de règles permettant de déterminer de manière uniforme qui peut offrir des services de paiement, à quelles conditions – notamment prudentielles –, quelles informations doivent être fournies aux utilisateurs des services de paiement et quelles sont les responsabilités réciproques des parties à une opération de paiement.

27. Le texte européen ayant pour objectif de passer de marchés nationaux cloisonnés à un véritable marché intérieur des paiements, il s'agit d'une directive d'harmonisation maximale aux dispositions nombreuses et précises. Néanmoins, pour tenir compte de différences d'approche entre les Etats membres sur certains points, la directive offre aux législateurs nationaux la possibilité d'utiliser plusieurs options limitativement énumérées.

28. Quant au fond, la directive, longue de 96 articles et éclairée par 63 considérants, comprend :

- un titre I^{er} relatif à l'objet du texte, à son champ d'application et aux définitions ;
- un titre II qui contient les règles relatives aux prestataires de services de paiement et fixe les conditions dans lesquelles ils peuvent demander leur agrément, le capital initial, les exigences sur les fonds propres, le retrait d'agrément, les conditions de contrôle, la question de la responsabilité, le passeport européen, et enfin, les cas dans lesquels les Etats membres peuvent décider, en raison de la petitesse de la structure envisagée, de ne pas soumettre à l'ensemble de ces règles les petits gestionnaires de moyens de paiement ;
- un titre III portant sur la fourniture d'informations devant être fournies aux utilisateurs de moyens de paiement par les prestataires de services de paiement ;
- un titre IV relatif aux droits et obligations pesant sur les parties à une opération de paiement, à savoir les prestataires et les utilisateurs. Ce titre couvre la question de l'irrévocabilité des paiements, les frais pouvant être demandés aux parties, les délais dans lesquels les ordres de paiement doivent être exécutés – dont la très importante question des dates de valeur – et les responsabilités réciproques des parties en cas de détournement ou de vol des instruments de paiement ;
- un titre V et un titre VI relatifs aux mesures d'exécution et aux dispositions finales et transitoires de la directive.

B. – Le champ de la saisine de l'Autorité de la concurrence

Pour transposer la directive 2007/64/CE dans le droit national, le Gouvernement a choisi de demander au Parlement de l'habiliter à le faire par voie d'ordonnance.

29. L'habilitation a été accordée au Gouvernement par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, qui mentionne la directive 2007/64/CE au c du 4° de son article 152. Les principales dispositions en sont les suivantes :

« Le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la modernisation du cadre juridique de la place financière française. Ces dispositions ont pour objet :

(...)

4° D'adapter la législation au droit communautaire en vue de :

(...)

c) Transposer la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, et prendre les mesures d'adaptation de la législation liées à cette transposition ;

(...)

Ces ordonnances sont prises dans un délai de six mois à compter de la date de publication de la présente loi, à l'exception des dispositions prévues aux b et c du 4° et au 5° qui sont prises dans un délai de douze mois, et de celles prévues au 2° qui sont prises dans un délai de dix-huit mois. Un projet de loi portant ratification est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de l'ordonnance considérée ».

30. Le délai dont dispose le Gouvernement pour transposer la directive par voie d'ordonnance expire donc au début du mois d'août 2009.

31. Le présent avis ne portera pas sur les dispositions du projet d'ordonnance qui, bien qu'entrant dans le champ de l'article L. 462-2 du code de commerce, ne font que reprendre les dispositions de la directive. A titre d'exemple, le futur article L. 133-13 du code monétaire et financier issu de l'article 1^{er} du projet d'ordonnance prévoit que les dates de valeur pratiquées par les prestataires de services de paiement devront être fixées à J+1 pour la date de règlement entre prestataires de services de paiement et que les clients de ces prestataires devront être crédités et débités en même temps. Dans la mesure où les gestionnaires de moyens de paiement se rémunèrent aujourd'hui largement sur le décalage entre le jour où ils se règlent entre eux les ordres de

paiement et le jour où ils débitent/créditent les comptes courants des utilisateurs du système de paiement, le projet d'ordonnance a pour effet d'imposer des « pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente », ce qui justifierait que l'Autorité donne son avis sur cette disposition. Néanmoins, dans la mesure où le Gouvernement n'a fait, comme il devait le faire, que reprendre les mesures prévues par la directive d'harmonisation maximale, il n'est ici pas nécessaire de se prononcer sur le nouvel article L. 133-13 du code monétaire et financier.

32. En revanche, la directive prévoit un certain nombre d'options ouvertes aux Etats membres, qui disposent alors d'une marge d'appréciation plus ou moins importante. S'agissant de ces options, et si les choix opérés par le Gouvernement entrent dans le champ de l'article L. 462-2 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence doit exprimer son avis.

33. L'article 86 de la directive liste les options laissées aux autorités de transposition et, parmi celles-ci, certaines entrent dans le champ de l'article L. 462-2 du code de commerce. En première analyse, en effet, les options concernées sont les suivantes :

- article 26 de la directive : il permet aux Etats membres de ne pas imposer aux acteurs les plus marginaux les exigences posées par la directive en termes d'agrément, de conditions de fonds propres, d'archivage et de contrôle. Le projet d'ordonnance ne permet pas cette souplesse et ceci entre dans le champ de l'article L. 462-2-1 ;
- article 47-3° de la directive : il permet aux Etats membres d'imposer aux prestataires de services de paiement de fournir gratuitement au payeur sur support papier, au moins une fois par mois, les informations qui le concernent au sujet des opérations de paiement individuelles. Le projet d'ordonnance a choisi d'imposer cette fourniture gratuite mensuelle, ce qui impose aux prestataires de services de paiement de proposer à un prix uniforme (en l'espèce, la gratuité) ce service d'information, ce qui relève bien de l'article L. 462-2-3 ;
- article 48-3° de la directive : il permet aux Etats membres d'imposer aux prestataires de services de paiement de fournir gratuitement au bénéficiaire sur support papier, au moins une fois par mois, les informations qui le concernent au sujet des opérations de paiement individuelles. Le projet d'ordonnance a choisi d'imposer cette fourniture gratuite mensuelle, ce qui impose aux prestataires de services de paiement de proposer à un prix uniforme (en l'espèce, la gratuité) ce service d'information, ce qui relève bien de l'article L. 462-2-3 ;
- article 52-3° de la directive : il permet aux Etats membres d'interdire ou de limiter la capacité laissée par la directive aux bénéficiaires de paiement de « surcharger » les paiements faits devant eux. En interdisant toute capacité de « *surchargement* » aux bénéficiaires de paiement, le projet de transposition interdit aux bénéficiaires de pratiquer des prix différents en fonction des coûts qu'ils subissent. Cette interdiction de portée générale les conduit donc à pratiquer des prix uniformes et le choix proposé relève bien de l'article L. 462-2-3 ;
- article 72 de la directive : la directive permet aux Etats membres d'imposer aux prestataires de services de paiement, pour les opérations de paiement purement nationales, un délai d'exécution des opérations de paiement plus court que le J+1 prévu par la directive : l'utilisation de cette option par le projet d'ordonnance pourrait conduire à imposer des prix uniformes, ce qui relève de l'article L. 462-2 3.

1. *L'article 26 de la directive :*

34. La directive comporte un article 26-1 ainsi rédigé :

« *Article 26. – Conditions : 1. Nonobstant l'article 13, les Etats membres peuvent déroger ou autoriser leurs autorités compétentes à déroger à l'application de tout ou partie de la procédure et des conditions fixées dans les sections 1 à 3, à l'exception des articles 20, 22, 23 et 24, et à autoriser des personnes physiques ou morales à être inscrites dans le registre prévu à l'article 13, lorsque :*

a) le montant total moyen, pour les douze mois précédents, des opérations de paiement exécutées par la personne concernée, y compris tout agent dont elle assume l'entière responsabilité, ne dépasse pas 3 000 000 euros sur un mois. Ce critère est évalué par rapport au montant total prévu des opérations de paiement dans son plan d'affaires, à moins que les autorités compétentes n'exigent un ajustement de ce plan ; et

b) aucune des personnes physiques responsables de la gestion ou de l'exercice de l'activité n'a été condamnée pour des infractions liées au blanchiment de capitaux, au financement du terrorisme ou à d'autres délits financiers. »

35. L'objectif immédiat de cet article est de permettre aux Etats membres qui le souhaitent d'aménager un régime très allégé (pas d'agrément nécessaire, pas de règles sur le capital, pas de règles sur les fonds propres, pas de règles sur le contrôle légal des comptes, etc.) à destination des acteurs mineurs qui souhaiteraient proposer des services de paiement pour des montants limités, selon la directive, à un maximum de 3 millions d'euros par mois, soit 36 millions d'euros par an.

36. Le considérant 15 explicite l'objectif réel de l'article 26 : « *Etant donné qu'il est souhaitable de consigner dans un registre l'identité et la localisation de tous les prestataires de services de transmission de fonds et de leur accorder à tous une certaine reconnaissance, indépendamment de leur capacité à remplir toutes les conditions d'agrément en tant qu'établissement de paiement, de telle sorte qu'aucun ne se voie relégué dans l'économie souterraine, et d'amener tous les prestataires de services de transmission de fonds à respecter certaines exigences légales et réglementaires minimales, il y a lieu et il est conforme aux principes sous-tendant la recommandation spéciale VI du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) de prévoir un mécanisme grâce auquel les prestataires de services de paiement incapables de remplir*

toutes ces conditions pourraient néanmoins être traités comme des établissements de paiement. A ces fins, les Etats membres devraient consigner ces prestataires dans le registre des établissements de paiement, sans appliquer l'ensemble ou une partie des conditions d'agrément. Il est toutefois essentiel de soumettre la possibilité d'une dérogation à des conditions strictes concernant le volume des opérations de paiement. Les établissements de paiement bénéficiant d'une dérogation ne devraient avoir ni le droit d'établissement ni celui de la libre prestation des services et ils ne devraient pas exercer indirectement ces droits lorsqu'ils sont membres d'un système de paiement » (notre soulignement).

37. La présentation faite par le ministre de l'économie de cet article dans son document de consultation (9) confirme que l'objectif n'est pas ici de stimuler la concurrence en ouvrant le marché à des acteurs mineurs qui n'ont pas la capacité de respecter toutes les règles imposées aux acteurs ayant dépassé une certaine taille, mais bien de savoir s'il est préférable de légaliser une pratique (en l'espèce, la fourniture de services de paiement) pour éviter de maintenir certains acteurs dans la clandestinité et ceci, afin de mieux les encadrer et les contrôler.

38. Ces débats portant sur les mérites de la légalisation, ou non, de certaines pratiques, n'ont que peu à voir avec les objectifs et les impératifs du droit de la concurrence. De plus, si l'on se réfère aux prévisions opérées par le Royaume-Uni (10) qui estime que le dispositif de l'article 26 pourrait concerner environ 2 500 entités, le montant maximum des opérations de paiement transitant par ces structures serait d'environ 90 milliards d'euros par an. Si l'on compare ce chiffre aux 25 000 milliards d'euros qui sont échangés chaque année en France par le moyen des seuls instruments de la monnaie scripturale, l'activité que ces acteurs marginaux pourrait représenter plafonnerait, à terme, à 0,36 % des échanges opérés en France via les instruments de paiement scripturaux. La faiblesse de ces valeurs fait que l'option ouverte par le paragraphe 1 de l'article 26 de la directive n'est pas de nature à exercer une influence sensible sur le niveau de la concurrence observable sur le marché français des moyens de paiement. Enfin, la directive exclut toute possibilité de passeport pour ces acteurs mineurs, ce qui ne leur donne aucune influence sur le commerce entre Etats membres.

39. Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité estime qu'elle n'a pas d'observations à faire sur le choix opéré par le projet d'ordonnance de ne pas utiliser l'option de l'article 26-1 de la directive 2007/64/CE.

2. Les articles 47-3° et 48-3° de la directive

40. La directive comporte deux articles relatifs aux obligations d'informations que le prestataire de services de paiement a vis-à-vis des utilisateurs desdits services.

41. Ces articles sont ainsi rédigés :

Article 47. – « *Informations destinées au payeur concernant les opérations de paiement individuelles :*

1. Après que le montant d'une opération de paiement individuelle a été débité du compte du payeur ou, lorsque le payeur n'utilise pas de compte de paiement, après réception de l'ordre de paiement, le prestataire de services de paiement du payeur fournit à celui-ci, sans tarder et selon les modalités prévues à l'article 41, paragraphe 1, les informations suivantes :

a) Une référence permettant au payeur d'identifier chaque opération de paiement et, le cas échéant, les informations relatives au bénéficiaire ;

b) Le montant de l'opération de paiement exprimé dans la devise dans laquelle le compte de paiement du payeur est débité ou dans la devise utilisée dans l'ordre de paiement ;

c) Le montant de tous les frais appliqués à l'opération de paiement et, le cas échéant, leur ventilation, ou l'intérêt dû par le payeur ;

d) Le cas échéant, le taux de change appliqué à l'opération de paiement par le prestataire de services de paiement du payeur et le montant de l'opération de paiement après cette conversion monétaire ; et

e) La date de valeur du débit ou la date de réception de l'ordre de paiement.

2. Un contrat-cadre peut prévoir une condition selon laquelle les informations visées au paragraphe 1 doivent être fournies ou mises à disposition périodiquement, au moins une fois par mois, et selon des modalités convenues qui permettent au payeur de stocker les informations et de les reproduire à l'identique.

3. Toutefois, les Etats membres peuvent exiger que le prestataire de services de paiement fournisse gratuitement les informations sur support papier une fois par mois. »

Article 48. – « *Informations destinées au bénéficiaire concernant les opérations de paiement individuelles*

1. Après avoir exécuté une opération de paiement individuelle, le prestataire de services de paiement du bénéficiaire fournit à celui-ci, sans tarder et selon les modalités prévues à l'article 41, paragraphe 1, les informations suivantes :

a) une référence permettant au bénéficiaire d'identifier l'opération de paiement et, le cas échéant, le payeur, ainsi que toute information communiquée lors de l'opération de paiement ;

b) le montant de l'opération de paiement exprimé dans la devise dans laquelle le compte de paiement du bénéficiaire est crédité ;

c) le montant de tous les frais appliqués à l'opération de paiement et, le cas échéant, leur ventilation, ou l'intérêt dû par le bénéficiaire ;

d) le cas échéant, le taux de change appliqué à l'opération de paiement par le prestataire de services de paiement du bénéficiaire et le montant de l'opération de paiement avant cette conversion monétaire ; et

e) la date de valeur du crédit.

2. Un contrat-cadre peut prévoir une condition selon laquelle les informations visées au paragraphe 1 doivent être fournies ou mises à disposition périodiquement, au moins une fois par mois, et selon des modalités convenues qui permettent au bénéficiaire de stocker les informations et de les reproduire à l'identique.

3. Toutefois, les Etats membres peuvent exiger que les prestataires de services de paiement fournissent gratuitement les informations sur support papier une fois par mois ».

42. Ces deux articles sont rédigés de manière très similaire, le principal changement tenant au destinataire de l'information : l'article 47-3 concerne le payeur, et l'article 48-3 concerne le bénéficiaire du paiement.

43. Sur le fond, il y a peu à dire sur ces deux articles, très prescriptifs et qui ne laissent donc qu'une marge d'appréciation réduite aux Etats membres. Ceux-ci ne peuvent en effet que décider du caractère gratuit ou non de la fourniture mensuelle de ces informations. L'objectif premier de la directive est de favoriser la transparence des relations par le moyen d'une information détaillée ; l'objectif secondaire est de nature consumériste, comme le confirme d'ailleurs l'option ouverte au 3^e des articles 47 et 48 qui permet d'imposer la gratuité.

3. L'article 52-3^o de la directive

44. La directive comporte un article 52-3 relatif aux frais applicables à une opération de paiement ainsi rédigé (11).

« Art. 52-3. – Le prestataire de services de paiement n'empêche pas le bénéficiaire d'appliquer des frais ou de proposer une réduction au payeur pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné. Cependant, les Etats membres peuvent interdire ou limiter le droit de demander des frais compte tenu de la nécessité d'encourager la concurrence et de favoriser l'utilisation de moyens de paiement efficaces.

Considérant 42 portant sur l'article 52-3 : (42) Afin de favoriser la transparence et la concurrence, le prestataire de services de paiement ne devrait pas empêcher le bénéficiaire de réclamer au payeur des frais liés à l'utilisation d'un instrument de paiement spécifique. Même si le bénéficiaire devrait être libre de prélever des frais pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné, les Etats membres peuvent décider d'interdire ou de limiter cette pratique lorsqu'ils estiment que cela est justifié par une tarification abusive ou susceptible d'avoir une incidence négative sur l'utilisation d'un instrument de paiement donné, compte tenu de la nécessité d'encourager la concurrence et l'utilisation d'instruments de paiement efficaces.

45. L'article 52-3 est donc composé de deux parties :

La première s'intéresse au prestataire de service de paiement (le plus souvent une banque) et lui interdit d'insérer dans ses contrats une quelconque « no surcharge rule » également appelée « non discrimination rule ». La directive n'ouvre aucune option sur ce point : pour les prestataires de services de paiement, il est absolument « interdit d'interdire » et les Etats membres n'ont aucune liberté d'appréciation.

Par ailleurs, en termes de technique de transposition, puisque les directives n'ont pas d'effet direct dans les relations horizontales entre personnes privées, cela oblige l'Etat qui transpose la directive à insérer dans son corpus juridique une règle interdisant aux prestataires de services de paiement d'interdire le « surchargement ».

Enfin, cette première phrase interdit aux prestataires de services de paiement d'interdire aux bénéficiaires de consentir des rabais. Cette « interdiction d'interdire » n'est pas non plus optionnelle.

La seconde s'intéresse au bénéficiaire du paiement (le plus souvent un commerçant) dont la liberté de surcharger ou de proposer des rabais est rendue totale du fait de la première phrase. Le considérant 42 précise que l'objectif de cette mesure est de favoriser la transparence et la concurrence dans le secteur des moyens de paiement.

Cependant, la directive laisse aux Etats membres une marge d'appréciation importante sur ce que les bénéficiaires des paiements pourront faire de leur liberté nouvelle : en effet, les Etats membres peuvent décider d'interdire le « surchargement » ou de le limiter, la directive donnant peu de précisions sur les interdictions et/ou les limites qui peuvent être ainsi apportées. Si la marge d'appréciation laissée aux Etats membres est large par comparaison avec les autres options ouvertes par la directive, elle n'est cependant pas totale puisque le texte communautaire encadre cette liberté d'appréciation en enjoignant aux Etats membres de tenir compte de deux critères, à savoir la nécessité d'« encourager la concurrence et (de) favoriser l'utilisation de moyens de paiement efficaces ». L'article 52-3 impose de respecter ces deux principes en même temps et n'offre donc pas la possibilité de choisir entre ces deux principes. Dit autrement, ils sont cumulatifs et non alternatifs.

46. Avant d'aborder le fond de cet article, il convient d'en rappeler brièvement l'origine pour en comprendre l'esprit.

a) L'historique de l'article 52-3 de la directive (12)

47. La proposition de directive adoptée par le collège des commissaires le 1^{er} décembre 2005 ne comportait pas de disposition expresse relative à « l'interdiction d'interdire » : il n'existait donc pas de condamnation expresse des « no surcharge rule », mais une simple mention (projet d'article 40 de la proposition) de la capacité laissée aux utilisateurs d'instruments de paiement (bénéficiaire et payeur) de convenir d'un rabais ou d'une majoration du prix de vente d'un bien ou d'un service. La proposition de directive a ensuite été transmise au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne pour adoption dans le cadre de la procédure de codécision.

48. S'agissant du Parlement européen, le projet de résolution législative du Parlement européen, établi sur le rapport de M. Jean-Paul Gauzès, propose d'amender significativement l'article 40 de la proposition de

directive. En effet, l'exposé des motifs du texte issu des travaux en commission fait observer que les principaux freins au « surchargement » ne figurent pas dans les lois nationales mais dans les contrats que les systèmes de paiement et les établissements bancaires font signer aux commerçants (la « no surcharge rule »).

49. Les amendements adoptés en commission parlementaire sont les suivants :

Ajout d'un tiret : « 1. Les prestataires de services de paiement pas plus que des tiers ne peuvent interdire à l'utilisateur de services de paiement de demander une majoration ou d'offrir un rabais en cas d'utilisation d'un instrument de paiement donné. »

La justification avancée est la suivante : « Le nouveau tiret supprime la clause de non-discrimination que de nombreux prestataires de services de paiement ou des banques insèrent dans leurs contrats avec des commerçants. La clause de non-discrimination interdit aux commerçants de rendre intelligibles pour leurs clients les coûts des services de paiement et leur interdit ainsi d'utiliser le mode de paiement le plus efficace. Les autorités chargées de la concurrence de plusieurs Etats ont, depuis lors, supprimé cette clause. »

Par ailleurs, le projet de résolution législative insiste sur l'importance de la capacité laissée au commerçant de « surcharger » l'utilisation d'un instrument de paiement donné en ajoutant un autre tiret au projet de directive : « 2. Lorsque, aux fins de l'utilisation d'un instrument de vérification des paiements donné, un prestataire de services de paiement ou un tiers demande une majoration, un accord sur ce point est conclu entre ce prestataire et l'utilisateur de services de paiement avant le début de l'opération de paiement. »

La justification avancée est la suivante : « Le texte proposé au paragraphe 2 donne à la banque émettrice (le prestataire de services) la possibilité d'interdire au commerçant (le tiers) de demander une majoration au consommateur (l'utilisateur du service de paiement). Il nous semble indispensable de permettre au commerçant de demander une majoration, car elle lui donnerait une marge de négociation plus large dans sa relation avec le prestataire de services de paiement. D'autre part, le coût des différents instruments de paiement deviendrait plus transparent pour le consommateur. Finalement, cette solution serait bénéfique pour tous les utilisateurs des services de paiement, étant donné que la transparence entraînera une baisse des commissions interbancaires et, partant, un abaissement des prix des marchandises. »

50. Les amendements proposés dans la perspective de l'adoption en séance plénière de l'avis du Parlement européen en première lecture marquent cependant une évolution par rapport aux amendements qui viennent d'être rappelés. En effet, pour hâter l'adoption de la directive 2007/64/CE, texte jugé très important, un « trilogue informel » (13) a été mis en place. Dans le cadre de ce trilogue, a été évoquée la spécificité de la loi danoise (14) à savoir un système interdisant aux banques de percevoir des frais auprès des commerçants pour l'encaissement des cartes de paiement émises au Danemark et interdisant, corrélativement, tout « surchargement » par les commerçants. Cette seconde interdiction était logique puisque les commerçants, ne payant rien, n'avaient rien à « surcharger ».

51. Le texte de compromis issu du trilogue informel, qui a été adopté dans des termes identiques par le Parlement européen et par le Conseil de l'Union européenne, est l'actuel article 52-3 de la directive et sa rédaction reflète la volonté des parlementaires européens de rendre le marché des moyens de paiement plus transparent pour le consommateur, tout en autorisant le maintien de l'équilibre trouvé par le Danemark. Il reprend donc sous forme de principe les amendements qui avaient été proposés par la commission parlementaire (interdiction de la « no surcharge rule » et capacité à « surcharger » réaffirmée pour le commerçant), mais assortit ce principe d'une exception permettant de prendre en compte la spécificité danoise. Cette filiation permet d'ailleurs de comprendre pourquoi le considérant n° 42 de la directive, lorsqu'il évoque la possibilité d'interdire le « surchargement », vise les cas dans lesquels les Etats membres « estiment que cela est justifié par une tarification abusive » : de fait, tout « surchargement » pratiqué par un commerçant qui ne subit pas de frais constitue une forme d'abus.

52. Cependant, l'option ouverte par l'article 52-3 de la directive n'étant pas restreinte au cas particulier du Danemark mais étant rédigée en termes généraux, le législateur européen a entendu encadrer cette option par deux limites également rédigées en termes généraux : l'utilisation de l'option doit être faite en tenant compte de la nécessité d'encourager la concurrence et de la nécessité de favoriser l'utilisation de moyens de paiement efficaces.

b) Quelles sont les limites de l'option ouverte aux Etats membres par l'article 52-3 ?

53. Quelle liberté le rappel de ces deux principes figurant dans l'article 52-3 laisse-t-il à chaque Etat membre, et en l'espèce à la France, pour transposer l'article 52-3 ? Pour le savoir, il faut analyser séparément les deux principes puis tenir compte du fait que la France doit les respecter cumulativement. Or, le premier principe (encourager la concurrence) plaide clairement dans le sens d'une liberté laissée au commerçant de pratiquer, s'il le souhaite, le « surchargement », comme l'exprime sans ambiguïté le considérant 42 qui précise que la capacité laissée au bénéficiaire du paiement de le « surcharger » a pour objectif de « favoriser la transparence et la concurrence » dans le secteur des moyens de paiement. Dès lors, une interdiction pure et simple, couvrant toutes les hypothèses possibles ne saurait s'interpréter comme respectant ce premier principe de la directive, même pris isolément.

54. En revanche, l'interdiction du « surchargement » pourrait, dans une certaine mesure, être compatible avec le second principe (favoriser un moyen de paiement efficace) et, plus encore, dans les hypothèses visées dans le considérant 42. En effet, ce considérant énumère certaines hypothèses pour lesquelles il serait légitime, selon le législateur européen, d'interdire ou de limiter le « surchargement » : par exemple, pour permettre aux Etats membres de lutter contre certaines pratiques des bénéficiaires de paiement comme le fait de pratiquer « une tarification abusive » : ainsi, il pourrait être envisagé d'interdire au bénéficiaire de « surcharger » s'il ne subit lui-même aucun coût, comme c'est le cas dans l'exemple danois. Si l'on va au-delà du cas particulier du

Danemark, il serait également possible d'interdire aux bénéficiaires de paiement de « surcharger » davantage que les coûts qu'ils subissent réellement, car cette « surcharge » excédentaire serait constitutive d'un abus de leur part.

55. En dehors de ces hypothèses visant à prévenir des abus de la part des bénéficiaires de paiement, le principal objectif que pourrait légitimement poursuivre un Etat membre qui souhaiterait utiliser l'option de l'article 52-3 consiste à « favoriser l'utilisation de moyens de paiement efficaces » ou, pour reprendre les termes du considérant 42, à combattre tout phénomène « susceptible d'avoir une incidence négative sur l'utilisation d'un instrument de paiement donné ».

56. Ce second principe est plus équivoque et suppose que tous les moyens de paiement ne présentent pas la même efficacité. Au-delà des débats sur le caractère partiellement substituable entre eux des différents instruments de paiement (15), il est en effet généralement admis que l'efficacité des différents moyens de paiement n'est pas la même : la monnaie fiduciaire est ainsi fréquemment présentée comme un moyen de paiement peu efficace, posant des problèmes de fraude (fausse monnaie, blanchiment d'argent, fraude fiscale, etc.) et présentant un coût important pour la collectivité (attaques des fourgons de distribution, fragilité du support matériel dans le cas des billets, etc.). De la même manière, les moyens de paiement dits « papier » sont généralement considérés comme imposant d'importants frais de traitement aux différents acteurs impliqués (le chèque est édité sur un papier spécial, prérempli et nécessitant une encre spéciale sur la ligne CMC7, il nécessite un temps de passage prolongé en caisse, il présente un taux de fraude plus élevé que d'autres moyens de paiement, etc.) et sont donc considérés comme moins efficaces que des moyens de paiement plus récents. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que le chèque ne figure pas dans la liste des moyens de paiement européens de demain (moyens de paiement dits « SEPA ») (16).

57. A l'opposé, les moyens de paiement dématérialisés (principalement la carte, le virement et le prélèvement automatique) sont considérés comme moins coûteux, mieux protégés contre la fraude et plus rapides à échanger que les autres. Or, il peut se produire des situations dans lesquelles une liberté totale laissée aux bénéficiaires de « surcharger » les moyens de paiement pourrait conduire à favoriser un moyen de paiement moins efficace par rapport à un moyen de paiement plus efficace. En effet, dans la mesure où l'un des postes de coût ressenti par le commerce tient aux commissions interbancaires affectant l'usage de certains moyens de paiement, il se peut qu'un commerçant soit tenté de « surcharger » la carte de paiement par rapport à l'utilisation de la monnaie fiduciaire puisque le coût qu'il ressent est plus important dans le cas de la carte : ce « surchargement » pourrait à son tour conduire les payeurs à délaisser la carte au profit de la monnaie fiduciaire et favoriser ainsi le moyen de paiement le moins efficace des deux. Dans le même esprit, un commerçant pourrait décider de « surcharger » la carte (qui comprend des commissions interbancaires) par rapport au chèque (qui, en France, ne comprend plus de commission à l'opération depuis 2007) : là encore, ce « surchargement », s'il se généralisait, pourrait favoriser le chèque par rapport à la carte, favorisant ainsi un moyen de paiement considéré comme « globalement moins efficace » par rapport à un moyen de paiement considéré comme « globalement plus efficace ». Ce sont ces hypothèses que la directive 2007/64/CE a entendu couvrir lorsqu'elle a permis aux Etats membres d'interdire ou de limiter le « surchargement » « compte tenu de la nécessité (...) de favoriser l'utilisation de moyens de paiement efficaces ».

58. Cela dit, si l'utilisation sans discernement du « surchargement » pourrait, au moins en théorie (17) et dans les hypothèses limitées qui viennent d'être rappelées (18), conduire à favoriser un moyen de paiement peu efficace au détriment d'un moyen de paiement plus efficace, l'interdiction générale du « surchargement » aura exactement le même effet consistant à risquer de favoriser des moyens de paiement inefficaces, mais dans des hypothèses bien plus nombreuses que dans le cas précédent.

59. En effet, interdire le surchargement va faire que, à qualité comparable, l'utilisation de telle carte de paiement ayant des commissions interbancaires très élevées sera facturée à l'utilisateur au même prix que l'utilisation de telle autre carte ayant des commissions interbancaires plus faibles ou nulles. Dans une situation de concurrence normale, et puisque l'hypothèse est celle de deux cartes d'une qualité comparable, la carte présentant le coût le plus bas devrait normalement l'emporter sur la carte présentant le coût le plus élevé ; or, ce n'est pas ce qui se passera en cas d'interdiction générale du « surchargement » puisque :

- « – les banques émettrices sont incitées à doter les consommateurs des cartes ayant les commissions interbancaires les plus élevées dans la mesure où ces commissions interbancaires constituent pour elles des revenus ;
- « – le commerçant sera obligé d'accepter toutes les cartes (règle de la HACR) et ne pourra pas envoyer à l'utilisateur de signal de prix puisqu'il a l'interdiction de « surcharger » la carte la plus coûteuse (no surcharge rule) ;
- « – le consommateur, privé de tout signal de prix et à qualité comparable, utilisera indifféremment toute carte que lui distribuera la banque, donc de préférence la carte ayant les commissions interbancaires les plus élevées.
- « – la carte qui va le plus se développer est la carte la plus coûteuse.

60. Ici, on le voit, l'interdiction générale de « surchargement » favorise l'utilisation du moyen de paiement le moins efficace, faute pour les utilisateurs de disposer des bons signaux tarifaires. C'est pour cette raison que les autorités de concurrence ont déjà affirmé par le passé, et continuent de le faire aujourd'hui, que l'interdiction du « surchargement » fait que la concurrence propre aux moyens de paiement joue en faveur de la hausse des prix (en privilégiant, à qualité comparable, les instruments de paiement les plus coûteux au détriment des instruments les moins coûteux) et non en faveur de la baisse des prix.

61. De manière plus importante, non seulement l'interdiction totale du « surchargement » peut favoriser l'utilisation des moyens de paiement les moins efficaces, mais encore elle aura tendance à produire de plus en plus cet effet au fur et à mesure que les payeurs abandonnent d'eux-mêmes les moyens de paiement les moins efficaces, tendance observée en Europe, et notamment en France (19). En effet, les hypothèses dans lesquelles l'interdiction du « surchargement » favorise les moyens de paiement modernes contre les espèces et les moyens de paiement papier comme le chèque vont disparaître progressivement, tandis que les hypothèses dans lesquelles l'interdiction totale du « surchargement » favorise les moyens de paiement à la fois modernes et peu efficaces (20) contre les moyens de paiement modernes et efficaces vont, elles, se multiplier.

62. De plus, si le « surchargement » est autorisé, le système bancaire aura un intérêt à offrir des modèles de cartes de paiement à bas coût. En effet, si l'on examine les choses sous l'angle du consommateur à présent, la capacité laissée au commerçant de « surcharger » permet au consommateur de percevoir, par le biais des tarifs différenciés proposés lors du paiement, les coûts associés à l'usage des divers moyens de paiement. Les consommateurs sont alors en mesure d'ajuster leur demande aux prix et de substituer aux moyens de paiement les plus coûteux des moyens meilleur marché. Ces arbitrages opérés par les consommateurs vont mettre les banques en concurrence et pousser, *in fine*, les établissements financiers à baisser le niveau des commissions interbancaires.

63. Il résulte de tout ce qui précède que, si une interdiction ciblée du « surchargement » peut, dans certains cas, « favoriser l'utilisation de moyens de paiement efficaces » ainsi que l'exige la directive, il est également certain qu'une interdiction totale du « surchargement » peut favoriser l'utilisation de moyens de paiement inefficaces, ce qui est contraire au second principe posé à l'article 52-3 de la directive.

64. En conclusion, une interdiction totale du « surchargement » ne paraît pas compatible avec le premier principe posé par la directive à l'article 52-3 de la directive et n'est que partiellement compatible avec le second principe posé par la directive au même article. Cette analyse vaut *a fortiori* lorsque l'on applique cumulativement les deux principes de l'article 52-3 puisque chaque mesure d'interdiction ou de limitation prise par un Etat membre doit simultanément respecter les deux principes.

65. Il peut être noté que les Etats membres, dont la France, ne pouvaient ignorer totalement ces limitations apportées à leur liberté d'appréciation puisque la Commission européenne avait distribué en septembre 2008 un document (21) relatif à la manière d'interpréter l'article 52-3 et le considérant 42.

66. Par conséquent, ce que la directive impose aux Etats membres qui souhaitent interdire ou limiter le « surchargement », c'est de cibler la ou les mesures d'interdiction et/ou de limitation en justifiant chaque atteinte ainsi faite à la liberté du commerçant au regard du double principe fixé par la directive : une plus grande concurrence et un développement des moyens de paiement efficaces.

4. L'article 72 de la directive.

67. Le projet d'ordonnance a choisi de ne pas transposer cet article qui permet aux Etats membres d'imposer aux prestataires de paiement, pour les opérations purement nationales, des délais d'exécution plus courts que ceux prévus par la directive. Dans la mesure où la directive impose du J+1 pour les instruments de paiement non papier et laisse la possibilité d'autoriser du J+2 pour les instruments papier, cela signifie le Gouvernement français a décidé de ne pas imposer des délais plus courts que ceux qui viennent d'être rappelés.

68. A la différence des options exercées pour les autres articles de la directive traités dans le présent avis, la non-imposition d'un délai plus court ne va pas conduire à une pratique uniforme des opérateurs puisque, au contraire, cette non-imposition va leur permettre de proposer une offre diversifiée (certains proposeront donc, par exemple, du J+1, et d'autres du J). En l'absence de pratique uniforme, il n'y a pas lieu pour l'Autorité de la concurrence d'émettre un avis sur le sujet.

III. – Le projet d'ordonnance transposant la directive 2007/64/CE

1. Le projet de transpositif de l'article 26 de la directive.

69. Comme indiqué plus haut, l'Autorité de la concurrence n'a pas d'observations à faire sur le choix consistant à ne pas utiliser l'option ouverte par l'article 26-1 de la directive 2007/64/CE.

2. Le projet de transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive

a) La transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive dans les autres Etats membres.

70. Selon le document fourni par la Commission européenne faisant l'état des transpositions déjà effectuées ou en cours dans les Etats membres, les Etats membres qui représentent les plus gros volumes de paiement ont choisi de ne pas exercer l'option ouverte par la directive aux articles 47-3 et 48-3 et donc de ne pas imposer à leurs prestataires de paiement la fourniture mensuelle gratuite des diverses informations relatives aux opérations de paiement. En effet, pour ne citer que les plus gros pourvoyeurs de volumes de paiement, le Royaume-Uni et l'Allemagne ont décidé de ne pas imposer la gratuité de cette information.

b) La transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive par la France.

71. Au plan formel, le projet d'ordonnance a choisi de transposer en un article unique le double article de la directive, cette économie rédactionnelle se faisant en utilisant le terme « utilisateur » de paiement, au lieu d'envisager d'abord le cas du « payeur » puis celui du bénéficiaire comme le fait la directive. En l'état, le projet gouvernemental soumis à l'Autorité se présente ainsi :

« Art. L. 314-14. – I. – Après la réalisation d'une opération de paiement, le prestataire de services de paiement fournit sans tarder sur support papier ou sur un autre support durable à l'utilisateur les informations précisées dans un arrêté du ministre chargé de l'économie.

« II. – Pour les opérations de paiement relevant d'un contrat-cadre de services de paiement, les parties peuvent toutefois décider contractuellement que ces informations seront fournies ou mises à disposition selon une autre périodicité qui ne peut excéder un mois, sans préjudice des dispositions du II de l' article L. 314-7.

« Le prestataire de services de paiement ne peut refuser de délivrer gratuitement sur papier, au moins une fois par mois, les informations mentionnées au I du présent article, sans préjudice des dispositions du II de l'article L. 314-7.

« III. – Les dispositions des I et II du présent article sont applicables aux opérations de paiement réalisées dans le cadre d'une convention de compte telle que prévue à l'article L. 312-1-1 ».

72. S'agissant du fond, ainsi que l'indique le soulignement effectué par nos soins, la France a choisi d'imposer la fourniture gratuite mensuelle des informations qui seront détaillées par arrêté du Ministre chargé de l'Economie.

3. Le projet de transposition de l'article 52-3 de la directive

a) L'état actuel du droit français.

73. Il n'existe aucune disposition qui, dans le droit national, limite la liberté des bénéficiaires de paiement de réclamer des frais aux payeurs du fait de l'utilisation de tel ou tel moyen de paiement, à l'exception des paiements faits par de la monnaie fiduciaire. En effet, l'article R. 642-3 du code pénal oblige le bénéficiaire à accepter les billets et pièces « pour la valeur pour laquelle ils ont cours ».

74. En dehors de cette restriction, les commerçants sont libres aujourd'hui de différencier leurs prix de vente selon les moyens de paiement choisis par leurs clients. Si une telle différenciation reste rare en France, c'est parce que les banques françaises insèrent dans les contrats signés avec les commerçants la « No Surcharge Rule » ou « règle de non-discrimination ». L'interdiction de différencier les prix est donc de niveau contractuel, et non de niveau législatif, ou réglementaire.

75. Par conséquent, le projet d'ordonnance pourrait se limiter à interdire aux banques de restreindre la liberté tarifaire des commerçants, conformément à la directive ; pour le reste, le principe de la directive correspond à l'état actuel du droit français.

b) La transposition de l'article 52-3 de la directive dans les autres Etats membres

76. L'Autorité de la concurrence ne dispose, au moment où cet avis est rendu, que des intentions exprimées par les Etats membres vis-à-vis de l'option ouverte par l'article 52-3 de la directive et des textes de transposition du Royaume-Uni et de l'Espagne.

77. S'agissant des Etats membres qui ont décidé de ne pas limiter le droit laissé au bénéficiaire du paiement de "surcharger" un paiement, l'on trouve le Royaume-Uni, avec un texte ainsi rédigé :

« (3) The payee's payment service provider may not prevent the payee from : (a) requiring payment of a charge by ; or (b) offering a reduction to, the payer for the use of a particular payment instrument. »

78. Et l'Espagne, avec le texte suivant :

« 3. Será nula toda cláusula que impida al beneficiario de una orden de pago exigir al ordenante el pago de una cuota adicional u ofrecer una reducción por la utilización de un instrumento de pago específico. En todo caso, las cuotas adicionales que pudieran imponerse por el uso de instrumentos de pago específicos no podrán superar los gastos diferenciales en que efectivamente incurra el beneficiario por la aceptación de tales instrumentos.

Cuando, en la utilización de un determinado instrumento de pago se exija el pago de una cuota adicional por su uso, se informará de ello al usuario de servicios de pago antes de llevarse a cabo la operación. » (23)

79. En sus du Royaume-Uni et de l'Espagne, se trouvent l'Allemagne, les Pays-Bas, la République Tchèque, la Hongrie, la Slovaquie et la Lettonie. Par ailleurs, sans que leurs décisions soient encore définitives, la Suède, l'Irlande et l'Estonie ont fait savoir à la Commission européenne qu'elles entendaient permettre le "surchargement".

80. Les pays suivants n'ont pas encore fait connaître leur choix à la Commission : l'Italie, le Portugal, l'Autriche et la Belgique.

81. Sans avoir encore définitivement tranché la question, ont fait savoir qu'ils entendaient interdire ou limiter le "surchargement" : la Pologne, la Slovaquie et Malte.

82. Enfin, ont décidé de limiter le "surchargement" : la Finlande et la Bulgarie tandis qu'ont annoncé leur intention d'interdire le "surchargement" : la France, le Danemark, le Luxembourg, la Roumanie, la Lituanie et Chypre.

83. L'examen de l'état des transpositions au sein de l'Union européenne revêt une importance toute particulière s'agissant de la question du "surchargement" : en effet, contrairement aux autres options ouvertes par la directive, la question du "surchargement" est considérée comme centrale par plusieurs autorités de la concurrence qui ont eu à l'analyser récemment. Les deux exemples les plus connus sont la Commission européenne dans le cas des engagements de Mastercard et dans celui de la notification de griefs envoyée à VISA d'une part, et l'autorité australienne d'autre part.

84. S'agissant d'une question majeure, il est préférable, pour que le marché intérieur devienne une réalité, qu'un instrument d'harmonisation communautaire comme l'est la directive 2007/64/CE reçoive une transposition la plus uniforme possible, y compris s'agissant des options qu'elle ouvre. Dans cette perspective, si l'on recense les volumes d'opérations couverts par les Etats membres qui ont annoncé à la Commission européenne leurs intentions vis-à-vis de l'article 52-3, il est intéressant de constater que :

- « – les Etats qui vont permettre de manière certaine le “surchargement” représentaient (24) en 2004 environ 57 % des volumes de paiement échangés par les utilisateurs de moyens de paiement (hors institutions financières) ;
- « – les Etats qui, en dehors de la France, vont limiter ou interdire de manière certaine le “surchargement” représentaient en 2004 moins de 4 % des volumes de paiement échangés par les utilisateurs de moyens de paiement (hors institutions financières) ;
- « – les Etats qui n’ont pas encore choisi la manière dont ils entendent transposer l’article 52-3 de la directive représentaient en 2004 environ 18 % des volumes de paiement échangés par les utilisateurs de moyens de paiement (hors institutions financières) ;
- « – enfin, la France représentait à elle seule en 2004 21,48 % des volumes de paiement échangés par les utilisateurs de moyens de paiement (hors institutions financières) ;

85. La constitution d’un véritable marché intérieur des paiements, qui autorisera une concurrence à l’échelle européenne, plaiderait pour que la France, qui représentait en 2004 21,48 % des paiements, opte plutôt en faveur d’une solution choisie par les Etats qui, ensemble, représentent 57 % des volumes de paiement que pour une solution choisie par les Etats qui, ensemble, représentent moins de 4 % des volumes échangés. En effet, si la France autorisait à son tour le “surchargement”, cela assurerait une règle commune à presque 80 % des volumes de paiement échangés en Europe, au lieu de scinder le marché européen en deux.

86. Au-delà de cet aspect qui n’est pas décisif en droit, il reste à examiner quant au fond la teneur du projet de transposition du Gouvernement.

c) Le projet de transposition de l’article 52-3 de la directive

87. S’agissant de l’article 52-3 de la directive, le projet d’ordonnance consiste à ajouter une section dans le code monétaire et financier ainsi rédigée :

« Section 5

« Frais ou réduction pour l’usage d’un instrument de paiement donné

Art. L. 112-11. – Lorsque le bénéficiaire d’un paiement propose une réduction au payeur pour l’utilisation d’un instrument de paiement donné, il l’en informe avant l’initiation de l’opération de paiement.

Le bénéficiaire ne peut en revanche appliquer de frais pour l’utilisation d’un instrument de paiement donné ».

88. Concrètement, cela signifie que la France interdit globalement aux bénéficiaires de paiements toute capacité de “surchargement”.

89. Or, nous avons vu dans la partie précédente qu’il était douteux qu’une telle transposition soit compatible avec les exigences posées par la directive à la fin de l’article 52-3 et imposant aux Etats membres à la fois d’encourager la concurrence et de favoriser les moyens de paiement les plus efficaces.

4. Le projet de transposition de l’article 72 de la directive.

90. Comme il a été dit plus haut, puisque l’option privilégiée par le projet d’ordonnance dans sa transposition de la directive 2007/64/CE consiste à ne pas imposer aux prestataires de services de paiement une pratique uniforme inférieure à J + 1 s’agissant des délais d’exécution des opérations de paiement nationales, la diversité reste la règle et l’Autorité de la concurrence n’a donc pas à se prononcer sur le choix opéré par le Gouvernement.

IV. – Analyse

91. En premier lieu, l’Autorité de la concurrence n’a disposé que d’un temps très réduit pour donner un avis sur les sujets complexes décrits plus haut, qui doivent être analysés en tenant compte de l’environnement également complexe dans lequel ils s’inscrivent. La question la plus sensible vis-à-vis de la concurrence est celle du “surchargement”. C’est la raison pour laquelle l’Autorité concentrera ses remarques sur ce point. L’autre sujet (articles 47-3 et 48-3) sera traité plus rapidement.

I. – L’analyse de la transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive.

92. Les atteintes possibles à la concurrence constituées par l’option proposée (imposer une pratique uniforme aux opérateurs qui les empêche de poursuivre des stratégies indépendantes et créer une charge pour eux, charge qui n’existera peut-être pas pour les opérateurs des autres Etats membres) sont assez faibles compte tenu de la modicité de l’obligation faite au prestataire de services de paiement. En revanche, l’intérêt de la mesure pour une bonne information des utilisateurs de moyens de paiement est indéniable. L’Autorité de la concurrence ne peut qu’approuver le choix opéré par le projet d’ordonnance dans son projet de transposition, sans qu’il soit nécessaire de procéder à une analyse plus poussée.

II. – L’analyse de la transposition de l’article 52-3 de la directive.

93. Ainsi que nous l’avons vu, il ne paraît pas possible d’imposer une interdiction totale du ‘surchargement’ car l’article 52-3 de la directive encadre la liberté d’appréciation dont bénéficient les Etats membres en leur imposant de justifier chaque mesure d’interdiction et/ou de limitation en fonction du double principe consistant à « encourager la concurrence » et à « favoriser l’utilisation de moyens de paiement efficaces ».

94. Dès lors, une transposition fidèle de l’article 52-3 oblige à travailler sur la portée des mesures d’interdiction et/ou de limitation du “surchargement”. Pour ce faire, il convient de rappeler les résultats obtenus par les travaux académiques portant sur la question du “surchargement”. Ensuite, une étude empirique des

résultats obtenus par la Banque Centrale Australienne sera proposée. Enfin, plusieurs pistes seront soumises au gouvernement, qui visent à concilier une transposition exacte de la directive, le respect des objectifs du droit de la concurrence et la poursuite des finalités recherchées par le gouvernement. Des propositions de rédaction seront jointes à l'avis.

A l'analyse économique de la concurrence dans les systèmes de paiement :
niveau des commissions interbancaires et effet de la « no surcharge rule »

1. Coûts et bénéfices des opérations de paiement

95. Une opération de paiement met en relation deux acteurs : le payeur et le bénéficiaire du paiement. Le bénéficiaire est un offreur de biens ou de services, par exemple un commerçant qui vend des biens ou des services. Le payeur est le client qui achète ces biens ou ces services. Différentes méthodes de paiements permettent de réaliser ces opérations : espèces, chèques, cartes de paiement (carte de débit immédiat, de débit différé, cartes de crédit), porte-monnaie électronique. Chacune de ces méthodes apporte des bénéfices et entraîne des coûts pour le payeur et le bénéficiaire du paiement.

96. Les coûts et les bénéfices des différentes méthodes de paiement sont financiers (achat d'un coffre-fort par exemple) et non financiers (temps passé à gérer des espèces par exemple) ; certains varient avec le nombre ou le montant des transactions, d'autres sont fixes. La dimension de risque (probabilité d'un cambriolage par exemple) doit également être prise en compte. La Commission européenne lance actuellement une enquête pour identifier et mesurer les coûts et bénéfices relatifs des différents moyens de paiement pour les commerçants. Cette enquête durera sept mois à compter de la signature du contrat et portera sur les territoires d'Etats couvrant la majeure partie des volumes de paiement échangés en Europe.

2. Le risque de sous-utilisation de moyens efficaces.

97. Lors d'une opération de paiement, c'est le payeur qui décide de la méthode qu'il utilise parmi celles acceptées par le bénéficiaire de paiement. Pour prendre cette décision, le payeur compare les avantages et les inconvénients que représentent pour lui les différentes méthodes de paiement. Il ne tient pas compte de l'impact de sa décision sur le bénéficiaire.

98. Il se peut par exemple que le bénéficiaire trouve avantage à un paiement sous une forme dématérialisée. Le client ne prend pas en compte cet avantage du commerçant dans son propre arbitrage, ce qui peut entraîner une utilisation sous-optimale de ce moyen de paiement (si le payeur retire de ce moyen une utilité inférieure à celle du bénéficiaire).

99. D'une manière générale, un moyen de paiement est efficace si les bénéfices qu'il apporte à l'ensemble des parties concernées (commerçant, client et banques) sont supérieurs aux coûts qu'il implique pour elles. Lorsqu'il décide d'utiliser tel ou tel moyen, le client n'intègre pas les coûts et les bénéfices que sa décision engendre pour le commerçant, ce qui peut entraîner des choix non efficaces du point de vue collectif.

100. La méthode la plus naturelle pour résoudre ce problème serait que le commerçant incite les clients à utiliser les moyens de paiement qui lui procurent le bénéfice net le plus élevé, en accordant un rabais aux clients qui utilisent ces moyens. Historiquement, de tels rabais n'ont pas été souvent observés en pratique, soit parce qu'ils n'étaient pas juridiquement ou contractuellement permis, soit en raison des coûts de transaction qu'ils auraient impliqués pour les clients et les commerçants.

3. Le niveau optimal des commissions interbancaires.

101. Une méthode davantage utilisée en pratique repose sur l'utilisation de commissions interbancaires payées par la banque acquéreuse (banque du commerçant) et perçues par la banque émettrice (banque du porteur de la carte).

102. Ces commissions accroissent le coût des banques acquéreuses, qui les répercutent largement sur leurs clients commerçants. Ces derniers acquittent donc des frais auprès de leurs banques, et contribuent ainsi à financer le service de paiement.

103. De l'autre côté, les commissions interbancaires réduisent le coût perçu par les banques émettrices (qui perçoivent lesdites commissions) et peuvent donc les inciter à réduire les prix payés par les consommateurs porteurs de carte. L'objectif des commissions interbancaires est donc de donner des signaux de prix aux consommateurs, signaux qui leur permettent de prendre connaissance de l'efficacité relative des moyens de paiement.

104. Le niveau des commissions interbancaires qui maximise le surplus des deux catégories d'utilisateurs (payeurs et bénéficiaires des paiements) dépend de la mesure dans laquelle les banques émettrices les répercutent sur leurs clients porteurs de carte.

105. Si les banques émettrices répercutent les commissions sur les porteurs, le niveau optimal de la commission interbancaire du point de vue des utilisateurs peut être relativement élevé, car la commission joue pleinement son rôle d'incitation à l'utilisation des cartes. En revanche, si les banques émettrices répercutent peu, le niveau optimal de la commission est faible, car celle-ci conduit les banques à extraire du surplus des commerçants (sur lesquels elles répercutent la commission) sans en faire bénéficier substantiellement les porteurs de carte ni, par conséquent, inciter ces derniers à utiliser leur carte.

4. – A cause de la faible résistance des commerçants, le niveau de commission choisi par les banques peut être excessif (supérieur au niveau optimal)

106. En pratique, ce sont les banques et les plateformes de paiement qui choisissent le niveau des

commissions interbancaires. Il existe une présomption que les banques fixent collectivement des commissions trop élevées par rapport au niveau optimal décrit ci-dessus, profitant de ce que les commerçants, sur lesquels lesdites commissions sont répercutées, ne pourraient pas refuser certaines cartes : en effet, un commerçant qui refuserait les cartes alors que les autres les accepteraient se trouverait pénalisé par rapport à ses concurrents ; les commerçants se trouvent ainsi pris dans un « dilemme du prisonnier », qui explique leur faible « résistance » face à des tarifs bancaires élevés.

107. La crainte de perdre des clients pousse ainsi les commerçants à accepter des moyens de paiement même lorsqu'ils sont coûteux pour eux. S'ils ne peuvent pas surcharger les opérations de paiement réalisées par ce moyen, ils répercutent les coûts correspondants dans les prix des biens vendus aux consommateurs finaux.

108. Tous les consommateurs, qu'ils utilisent ou non ces moyens de paiement coûteux, en supportent les coûts au travers des prix des produits qu'ils achètent. Ceux qui n'utilisent pas de cartes coûteuses subventionnent ceux qui utilisent de telles cartes. Ne pas utiliser les cartes coûteuses ne permet aucunement aux consommateurs d'échapper à la hausse générale des prix.

5. La possibilité laissée aux commerçants de surcharger accroît la transparence, facilite les arbitrages des consommateurs et encourage la concurrence entre moyens de paiement.

109. Lorsque les prix de vente dépendent des moyens de paiement, les consommateurs arbitrent entre les différents moyens à leur disposition. De tels arbitrages de la part des consommateurs ont été observés en Grande-Bretagne après que le distributeur Ikea a commencé à surcharger les cartes de crédit : de nombreux consommateurs se sont tournés vers les cartes de débit, moins chères.

110. L'effet direct d'une surcharge sur un moyen de paiement est donc de réduire l'usage dudit moyen de paiement par les consommateurs. L'effet indirect d'une telle surcharge, toutefois, est d'exercer une pression sur les banques pour qu'elles diminuent le niveau des commissions : les surcharges empêchent, au moins en partie, les banques (auto-limitation) d'exploiter l'incapacité des commerçants à refuser les cartes.

111. De plus, les surcharges évitent que les consommateurs qui utilisent des espèces ou des cartes peu onéreuses ne subventionnent ceux qui utilisent des cartes coûteuses, en supportant (sans le savoir et quel que soit le moyen de paiement utilisé) des prix trop élevés pour les biens qu'ils achètent. Les surcharges constituent un signal de prix qui permet aux consommateurs de prendre en compte l'ensemble des coûts des cartes qu'ils utilisent.

112. La liberté pour les commerçants de surcharger les moyens de paiement choisis par leurs clients permet à ces derniers d'exercer leur choix d'usage en prenant en compte l'ensemble des coûts pertinents. À long terme, la transparence des prix et la concurrence entre moyens de paiement exerce une pression sur le système bancaire en faveur de la baisse des commissions interbancaires.

113. Il est important de noter que la possibilité pour les commerçants de pratiquer des surcharges tarifaires n'est pas équivalente à celle de pratiquer des rabais. Il se peut en effet que les commissions interbancaires (et les charges pratiquées par les banques acquéreuses qui en découlent) soient si élevées qu'un commerçant préfère être payé en espèces qu'avec une carte de paiement. Mais le commerçant est dans l'impossibilité de pratiquer des rabais pour les paiements en espèces, car les prix sont exprimés par convention dans l'hypothèse où le paiement est effectué en espèces (valeur libératoire des espèces). La seule manière de transmettre un signal de prix est de reporter les charges bancaires sur les clients, en pratiquant une « surcharge » pour les paiements par carte. La seule capacité à appliquer des rabais ne garantit donc pas que des signaux de prix suffisamment clairs puissent être adressés aux consommateurs.

6. Le pouvoir de marché des commerçants pourrait, dans certains cas, conduire à des surcharges trop élevées :

114. Si un commerçant est en monopole ou dispose d'un fort pouvoir de marché, il n'est pas (ou est peu) discipliné par la crainte de perdre des clients au profit de son concurrent.

115. Si les surcharges ne sont pas autorisées, il peut exercer son pouvoir de marché en augmentant les prix des biens ou services qu'il propose, mais cela n'affecte pas le coût total des moyens de paiement pour les utilisateurs, ni, par conséquent, leurs arbitrages entre différents modes de paiement.

116. En revanche, si les surcharges sont autorisées, le commerçant peut facturer à ses clients une surcharge supérieure au coût net que le moyen de paiement représente pour lui (27). Ce faisant, il réduit le nombre de transactions par carte, mais gagne plus sur chaque paiement. Comme tout opérateur disposant de pouvoir de marché, il arbitre entre réduction des quantités et augmentation de la marge unitaire.

117. Le pouvoir de marché de certains commerçants pourrait donc, en théorie (28), conduire à des surcharges élevées et à des volumes de transactions sous-optimaux. Le risque pourrait exister qu'en présence de surcharges, le pouvoir de marché des commerçants vienne s'ajouter, par un mécanisme analogue au phénomène de double marginalisation, à celui des banques émettrices pour augmenter le prix des moyens de paiement supportés par les consommateurs, ce qui en limiterait l'usage (29).

7. Doit-on craindre des hausses de prix si les commerçants avaient la possibilité pratique de mettre en place des surcharges tarifaires ?

118. Une question essentielle à considérer touche à l'éventuel effet inflationniste de la possibilité laissée aux commerçants d'appliquer des surcharges tarifaires sur les moyens de paiement. Plusieurs éléments doivent être considérés pour appréhender cette question.

119. Dans la situation actuelle où, du fait des clauses imposées par les systèmes de paiement ou par les banques, les commerçants ne peuvent pas imposer de surcharges tarifaires pour tous les moyens de paiement,

les commerçants transmettent les coûts nets induits pour eux par l'utilisation des moyens de paiement sur leurs clients, au même titre que sont transmis les coûts d'approvisionnement, de logistique, etc. Cette transmission se fait cependant de façon indifférenciée : les coûts pour le commerçant induits par les opérations de paiement sont mutualisés auprès de tous les consommateurs, que ceux-ci utilisent des moyens de paiement onéreux ou, au contraire, très économiques et efficaces. Pour déterminer le montant de frais à répercuter au consommateur dans ses prix, le commerçant doit calculer la moyenne pondérée du coût net moyen qu'il doit acquitter auprès de sa banque pour l'utilisation des moyens de paiement. Selon son pouvoir de marché, l'élasticité de la demande, etc., il intègre ensuite un peu plus ou un peu moins que ce montant de référence dans ses prix.

120. Dit autrement, dans la situation actuelle, les consommateurs paient déjà pour l'utilisation de leurs moyens de paiement mais ils paient de manière cachée (le prix affiché par le commerce intègre déjà le coût des moyens de paiement, mais il n'existe pas de référentiel qui permettrait aux consommateurs de prendre conscience de l'existence de ce coût et de le mesurer), et de manière mutualisée (puisque c'est le total des coûts de tous les moyens de paiement acceptés qui est intégré dans les prix de détail, les utilisateurs des moyens de paiement les moins coûteux paient pour les utilisateurs des moyens de paiement les plus coûteux).

121. Par comparaison, si la possibilité d'appliquer des surcharges était laissée aux commerçants, ces derniers cesseraient de répercuter de façon indifférenciée les coûts nets correspondant aux opérations de paiement, et proportionneraient le montant de frais de services de paiement répercutés aux coûts nets induits par chaque catégorie de consommateurs. Par exemple, si le coût de l'utilisation des cartes de crédit est supérieur au coût moyen de l'utilisation des moyens de paiement, le montant de la facture réglée par carte de crédit serait supérieur à celui qui serait réclamé dans la situation actuelle sans surcharge. A l'inverse, si l'on imagine que l'utilisation des cartes de débit présente un coût net inférieur au coût moyen de l'utilisation des moyens de paiement, le montant de la facture réglée en carte de débit serait vraisemblablement inférieur au montant de la même facture dans la situation actuelle sans surcharges autorisées.

122. Si les surcharges tarifaires étaient autorisées, les consommateurs seraient donc facturés en fonction des coûts qu'ils induisent pour les commerçants, leur permettant ainsi de percevoir des signaux de prix clairs et donc de déterminer le moyen de paiement optimal pour l'ensemble (consommateur ; commerçant). En règle générale, en cas d'autorisation du « surchargement », les utilisateurs d'instruments de paiement moins onéreux que la moyenne pour les commerçants paieraient moins cher qu'en cas d'interdiction du « surchargement », tandis que la situation inverse prévaudrait pour les utilisateurs de moyens de paiement aux coûts nets élevés.

8. Analyse de l'utilité des différentes catégories de consommateurs (30)

123. A la lumière des développements précédents, il apparaît que toutes les catégories de consommateurs ne seraient pas affectées de la même manière par l'autorisation du 'surchargement'. De façon générale, et si l'on ne prend pas en compte les éventuelles modifications d'utilisation des moyens de paiement (31), on peut considérer que les utilisateurs de moyens de paiement peu onéreux pour les commerçants obtiendraient des gains par rapport à une situation où les surcharges sont interdites, tandis que ceux utilisant des moyens de paiement onéreux, en particulier des cartes de crédit dont le coût net excède le coût moyen des instruments de paiement, préféreraient la situation actuelle sans surcharge. C'est du reste ce qui a été observé en Australie (cf. partie suivante).

124. Cependant, concernant les consommateurs utilisant des moyens de paiement dont les coûts nets pour les commerçants sont supérieurs aux coûts nets moyens, la possibilité pour les commerçants de pratiquer des surcharges tarifaires aurait une conséquence positive : un commerçant pouvant surcharger un moyen de paiement qui lui coûte cher n'a plus aucun intérêt à refuser ce moyen de paiement. Il préférera accepter ce moyen de paiement, quitte à lui appliquer une surcharge tarifaire. Par conséquent, les moyens de paiement onéreux du point de vue des commerçants, dans une situation de non-interdiction des surcharges, seront plus susceptibles d'être surchargés mais aussi plus souvent acceptés par les commerçants. Cette situation permettrait de limiter la désutilité que les utilisateurs de moyens de paiement onéreux pourraient encourir.

B. – Etude de l'expérience menée en Australie et rappel du cas particulier représenté par l'expérience danoise

1. Etude de l'expérience menée en Australie :

125. L'expérience australienne donne un éclairage intéressant sur l'impact que peut avoir, en pratique, l'autorisation du « surchargement » sur l'économie. En effet, dans ce pays ont été mises en place un certain nombre de mesures de régulation portant sur les moyens de paiement, en particulier sur les cartes de paiement, dont l'interdiction faite aux systèmes de paiement ainsi qu'aux prestataires de services de paiement d'interdire aux commerçants la possibilité d'appliquer des frais pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné (en d'autres termes, l'Australie a opéré l'équivalent d'une transposition de la première phrase de l'article 52-3 de la directive, à savoir « l'interdiction d'interdire » adressée aux banques). Avant de revenir sur les mesures adoptées, il est utile de préciser que plusieurs systèmes de cartes coexistent en Australie : l'Australie dispose depuis de nombreuses années d'un système de cartes de débit à bas coûts largement utilisées (système EFTPOS). Ces cartes sont, dans une certaine mesure, en concurrence avec les cartes de crédit ou de débit commercialisées par Visa, Mastercard ou American Express.

a) Les mesures de régulation mises en place et leurs motivations.

126. Il faut noter que les mesures de régulation évoquées ci-dessus ont été adoptées par le Payments System Board (ci-après le Board), émanation de la Banque centrale australienne mise en place en 1998. Ce Board a pour mission de déterminer la politique de la Banque centrale en matière de systèmes de paiement en prenant en considération de trois objectifs :

- le contrôle des risques dans le secteur financier ;
- l'efficacité des systèmes de paiement ;
- la concurrence sur le marché des services de paiements (tout en prenant en compte la stabilité du système financier).

127. Pour atteindre ces objectifs, le Board a pris des mesures à partir de 2002 pour améliorer la transparence du système, requérir la modification ou la suppression de certaines restrictions imposées aux commerçants par les systèmes de paiement (en particulier la « No-Surcharge Rule », ou NSR, qui a été supprimée, et la « Honour-All-Cards Rule », ou HACR, qui a été modifiée [32]) et définir un corps de règles permettant d'envoyer aux consommateurs de véritables signaux de prix relatifs aux moyens de paiement qu'ils utilisent. Par ailleurs, le Board a réduit le niveau des commissions interbancaires applicables aux cartes de crédit comme de débit (33). Dans les faits, sur une transaction de 100 \$, le niveau de commissions a été réduit de près d'1 \$ avant la réforme à 0,5 \$ après sur les cartes de crédit, de près d'1 \$ avant la réforme à 0,12 \$ après pour les cartes de débit Visa et Mastercard, et de 0,20 \$ à 0,05 \$ pour les cartes du système EFTPOS. Il est utile de noter que les commissions interbancaires sont versées par la banque de l'acquéreur à celle du porteur pour toutes les cartes sauf celles du système EFTPOS (34) (35).

128. Ces différentes réformes ont été effectuées pour remédier à la situation antérieure : celle d'un niveau de concurrence insuffisant dans le secteur des moyens de paiement, se traduisant par une absence de pression à la baisse sur le niveau des commissions interbancaires. L'un des principaux arguments sous-jacents concerne les incitations des commerçants. Selon le Board, il existe un risque important que les coûts globaux encourus par les commerçants du fait de l'acceptation d'un instrument de paiement donné (en particulier les cartes de crédit) excèdent le bénéfice global retiré par ces mêmes commerçants de cette acceptation. En effet, lorsqu'un nouvel instrument de paiement apparaît, un commerçant, pris individuellement, peut conclure, en confrontant les coûts et les bénéfices attendus, qu'il lui serait intéressant d'accepter ce nouvel instrument de paiement, en partie parce qu'il prend en compte dans les bénéfices escomptés le fait que cette acceptation lui permettra d'attirer à lui une clientèle plus nombreuse. Cependant, il ne prend pas en compte l'externalité négative qu'il exerce dans le même temps sur les autres commerçants en leur prenant des parts de marché. A l'équilibre, qui est à nouveau atteint lorsque tous les commerçants acceptent le nouvel instrument de paiement en question, et que chaque commerçant a gardé, au final, la même clientèle qu'à l'origine, il est possible d'arriver à une telle situation où les coûts globaux induits par l'instrument de paiement excèdent les bénéfices totaux lorsque l'instrument de paiement en question se révèle relativement onéreux : un commerçant aurait trop à perdre en terme de clientèle s'il refusait l'instrument de paiement, et se trouve dans une situation de dilemme du prisonnier, et ce par défaut de coordination entre les commerçants. Les coûts supplémentaires engendrés peuvent permettre de subventionner l'usage de certains instruments de paiement, comme cela peut se passer pour les cartes de crédit, conduisant à des distorsions de concurrence observables dans les relations entre les différents moyens de paiement.

b) Evaluation contradictoire par le Board des mesures de régulation adoptées.

129. Entre 2006 et 2008, le Board a mis en place une procédure en plusieurs temps visant à permettre une évaluation contradictoire des conséquences des réformes adoptées. C'est ainsi que des institutions financières, des commerçants, des associations de consommateurs, des systèmes de paiement ou des banques ont pu faire part de leurs remarques sur un document de conclusions préliminaires du Board.

130. En pratique, s'agissant de la suppression de la NSR, elle a eu un impact sur les tarifs pratiqués par une partie des commerçants australiens. Selon la catégorie des commerçants étudiés (très grand commerce, grand commerce, petit commerce et très petit commerce), la proportion de commerçants qui surchargent les cartes de crédit augmente en même temps qu'augmente la taille des commerçants ; elle s'échelonnait ainsi entre 14 (36) et 29 % (37) en décembre 2008, tandis qu'elle était comprise entre 1 et 7 % en juin 2005. Les cartes de crédit présentant les coûts les plus élevés pour les commerçants ont d'ailleurs été plus surchargées que les autres (en particulier les cartes de crédit des systèmes tripartites). Par ailleurs, le Board considère que cette réforme, associée aux autres mesures, a induit une augmentation relative de l'utilisation des cartes du système EFTPOS par rapport aux cartes de crédit.

131. S'agissant des consommateurs, ils ont fait part au Board de certaines inquiétudes qu'il est intéressant de rappeler dans le cadre de cet avis, car elles pourraient servir de guide au Gouvernement pour limiter les risques éventuellement liés à la pratique du « surchargement ».

132. Ainsi, concernant le niveau des surcharges pratiquées, le Consumer Law Action Centre, appuyé par les opérateurs de systèmes de paiement, a avancé que les niveaux des surcharges étaient, dans certains cas concernant des commerçants ayant un fort pouvoir de marché, supérieurs aux niveaux réels des coûts d'acceptation des cartes. La parade envisagée par le Board a consisté, un temps, à étudier la possibilité de limiter le niveau des surcharges aux coûts réellement encourus par les commerçants. Cependant, le Board a présenté des études montrant que le niveau des surcharges était, dans les faits, très voisin, en moyenne, des frais subis par les commerçants, voire légèrement inférieur (38). Il s'est en conséquence montré plutôt réservé sur une limitation du niveau des surcharges au niveau des coûts pour le commerçant, considérant qu'une telle règle limiterait, fût-ce à la marge, la pression sur les commissions interbancaires.

133. Par ailleurs, le Consumer Law Action Centre a dénoncé les surcharges pratiquées dans les cas où le bénéficiaire du paiement n'offre pourtant au consommateur qu'un seul moyen de paiement. Un des exemples cités est celui de certaines compagnies aériennes à bas coûts. L'imposition de surcharges reviendrait alors à cacher une partie du prix réel du billet au consommateur. Le Board ne s'est pas prononcé explicitement sur ce point.

134. Enfin, un déficit d'affichage des surcharges a pu être relevé, se traduisant par un manque d'information des consommateurs. Le Consumer Law Action Centre a ainsi relevé que, dans certains cas, les surcharges n'étaient révélées que lorsque le consommateur était déjà engagé dans son achat. Le Board revient sur ces inquiétudes, et souligne que les surcharges sur les cartes de crédit doivent être clairement révélées avant le début de la transaction, et même, dans l'idéal, à l'entrée des magasins. Il fait référence, à l'appui de cela, au contenu d'un guide sur la « Tarification des Cartes de Crédit par les Commerçants » qui expose les exigences en termes d'affichage des surcharges par les commerçants (39). Dans ce guide, il est également signalé que les commerçants ne doivent pas faire penser aux consommateurs qu'ils sont contraints de demander des frais pour l'utilisation de cartes de crédit, ni affirmer que la surcharge ne correspond qu'au recouvrement des frais induits pour eux-mêmes par l'utilisation de cartes de crédit lorsque la surcharge, en réalité, excède ces frais.

c) Le bilan de l'expérience australienne

135. D'un point de vue général, le Board estime que les mesures qu'il a prises, en particulier la suppression de la NSR, ont accru, bien qu'insuffisamment, les pressions sur les niveaux des commissions interbancaires des cartes de paiement. Il considère cependant que les réformes ont atteint leurs principaux objectifs, dont, en particulier, l'amélioration des signaux de prix envoyés aux utilisateurs de moyens de paiement, l'amélioration de la transparence, en particulier pour les systèmes de paiement, et la création d'un environnement concurrentiel plus sain. Il estime que les gains pour le bien-être social sont significatifs, et, moyennant certaines hypothèses en particulier sur le nombre de transactions par cartes de crédit ayant été remplacées par des transactions par cartes du système EFTPOS, a avancé que lesdits gains se chiffraient en centaines de millions de dollars (40). Il convient cependant de signaler que cette évaluation a été beaucoup discutée par les opérateurs de systèmes de paiement et par l'industrie bancaire, qui l'estiment surévaluée.

136. Si le Board tire un bilan globalement positif de ses réformes, il considère qu'elles ne sont pas allées assez loin et restent encore incomplètes. Mais dans tous les cas, le Board est très clair sur le fait qu'il n'envisage nullement de revenir sur les réformes mises en place touchant à la suppression de la NSR et aux modifications déjà en vigueur sur la HACR. Ces mesures sont essentielles pour renforcer la pression permettant de contenir les niveaux des commissions interbancaires.

2. Rappel du cas particulier représenté par le Danemark :

137. Comme il a été dit plus haut, l'étude du cas du Danemark, cité par le Gouvernement français à l'appui de son projet d'ordonnance, ne saurait utilement guider la réflexion en raison des différences fondamentales qui existent entre le système danois et le système français : en effet, la règle qui interdit le « surchargement » au Danemark n'existe que parce que, dans le même temps, les banques danoises ne peuvent prendre de frais aux commerçants pour l'encaissement des paiements faits au moyen de cartes de paiement émises au Danemark.

138. En France, il n'existe pas plus d'interdiction de prélever des frais sur les commerçants que d'interdiction portant sur les commissions interbancaires ou d'interdiction relative au « surchargement ». Les équilibres de marché ne se sont donc pas constitués de la même manière et il n'est pas possible de raisonner par analogie.

C. – La mise en place progressive des moyens de paiement SEPA (41)

139. Le « surchargement » est un vecteur de transparence puisqu'il permet d'envoyer à ces consommateurs les bons signaux de prix. Pour reprendre l'analyse figurant dans les propositions d'amendements faites en vue de la première lecture de la proposition de directive devant le Parlement européen, « la clause de non-discrimination interdit aux commerçants de rendre intelligibles pour leurs clients les coûts des services de paiement et leur interdit ainsi d'utiliser le mode de paiement le plus efficace », ou encore « Il nous semble indispensable de permettre au commerçant de demander une majoration, car (...) le coût des différents instruments de paiement deviendrait plus transparent pour le consommateur. Finalement, cette solution serait bénéfique pour tous les utilisateurs des services de paiement, étant donné que la transparence entraînera une baisse des commissions interbancaires et, partant, un abaissement des prix des marchandises ».

140. Or, la mise en place progressive de l'espace unique des paiements en euros (SEPA), qui sera totalement effective en 2011, va faire que les consommateurs bénéficieront d'un choix d'instruments de paiement beaucoup plus varié qu'aujourd'hui. Ces instruments auront des usages différents, mais également, pour un usage donné (ex : la carte de paiement généraliste), des profils variés en fonction des services à valeur ajoutés qui seront proposés. D'ores et déjà apparaissent en France des cartes de paiement qui permettent de télécharger des titres de musique, ou qui ont un dessin personnalisé, etc. Chacun de ces services à valeur ajoutée donnera à l'instrument de paiement auquel il est attaché un profil de coût qui le rendra unique. Si le 'surchargement' est interdit, le couple commerçant~consommateur ne saura jamais en mesure d'arbitrer entre ces différents instruments de paiement, et c'est le niveau général des prix pratiqués par le commerce qui en sera affecté.

V. – Conclusion

I. – Conclusion sur la transposition des articles 26, 47-3, 48-3 et 72 de la directive 2007/64/CE

141. S'agissant de la transposition des articles 26 et 72 de la directive, l'Autorité de la concurrence n'a pas d'observations particulières à faire.

142. S'agissant de la transposition des articles 47-3 et 48-3 de la directive dans un nouvel article L. 314-14 du code monétaire et financier, l'Autorité de la concurrence émet un avis favorable sur le projet d'ordonnance.

II. – Conclusion sur la transposition de l'article 52-3 de la directive 2007/64/CE

143. S'agissant de la transposition de l'article 52-3 de la directive dans un nouvel article L. 112-11 du code monétaire et financier, l'Autorité de la concurrence émet un avis défavorable sur le projet d'ordonnance. Au-delà de la question de la non-conformité de cette transposition avec ce que permet la directive 2007/64/CE, le projet d'ordonnance n'aura pas pour effet d'encourager la concurrence entre les prestataires de services de paiement et entre les différents instruments de paiement proposés au public.

A. – La situation résultant d'une interdiction faite aux commerçants de différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés par leur clientèle

1. *L'interdiction de différencier les prix fait que les coûts des différents instruments de paiement sont répercutés sur les consommateurs mais de manière occulte*

144. Cette situation – qui prévaut aujourd'hui en raison des clauses types que les établissements bancaires font aujourd'hui signer aux commerçants, et qui prévaudra demain si le projet d'ordonnance devait être maintenu sans changement – fait que les consommateurs paient d'ores et déjà pour l'utilisation de leurs moyens de paiement, mais sans en avoir conscience et sans en mesurer le niveau réel. En effet, comme il a été dit plus haut, les commerçants intègrent dans leurs prix de détail la somme des coûts liés aux moyens de paiement.

145. Dès lors, le fait de choisir entre la permission ou l'interdiction du « surchargement » ne revient pas à choisir entre faire payer le consommateur pour l'utilisation de ses moyens de paiement ou l'exonérer de ce coût, mais entre lui masquer le prix qu'il paie réellement ou le lui montrer.

2. *L'interdiction de différencier les prix organise une « subvention à l'envers » au détriment des utilisateurs des instruments de paiement les moins coûteux*

146. Cet effet a déjà été décrit dans l'avis : puisque les commerçants ne peuvent proposer qu'un prix unique, quel que soit l'instrument de paiement utilisé et ses coûts associés, ce prix unique qu'ils proposent est la somme des charges bancaires générées par l'ensemble des instruments qu'ils acceptent. L'utilisateur d'instruments de paiement peu coûteux va donc payer plus cher qu'il ne devrait car il subventionne l'utilisateur d'instruments de paiement plus coûteux.

3. *L'interdiction de différencier les prix appauvrit l'offre des instruments de paiement bon marché et réduit l'acceptation des instruments de paiement les plus coûteux*

147. L'interdiction de différencier les prix écrase le marché à la fois par le bas et par le haut.

148. Dans la mesure où les consommateurs ne bénéficient à ce jour d'aucun signal de prix complet (42) concernant l'utilisation de leurs instruments de paiement, ils n'ont aucune raison de choisir telle carte, dont le rapport qualité-prix serait meilleur, plutôt que telle autre carte. Il en résulte que les banques émettrices n'ont aucune raison de mettre sur le marché des cartes dont les coûts seraient particulièrement faibles puisque le consommateur a un signal de prix incomplet et que le commerçant ne peut qu'accepter ou refuser la carte, choix trop binaire pour être efficace. En France, le niveau des commissions interbancaires pour les cartes de débit est d'ailleurs considérablement plus élevé que, par exemple, en Australie, pays qui permet le « surchargement ».

149. A l'opposé, si les instruments de paiement les plus coûteux bénéficient de la « No Surcharge Rule » qui leur permet d'être subventionnés par les instruments de paiement les moins coûteux, cet avantage trouve certaines limites. En effet, si un commerçant veut accepter tous les instruments de paiement qui existent, il aura le choix entre rehausser ses prix jusqu'au point où il couvrira tous les frais bancaires associés à ce choix, ou prendre sur sa marge pour ne pas trop monter ses prix et risquer de perdre de la clientèle. De nombreux commerçants préfèrent donc ne pas prendre les cartes les plus onéreuses car la clientèle qu'elle leur permettrait de capter ne suffirait pas à compenser la perte de clientèle due à des prix trop élevés (s'ils choisissent de monter leurs prix pour couvrir leurs charges) ou à compenser la perte qu'ils consentent sur leur marge. L'acceptation des cartes les plus onéreuses est donc bridée par l'interdiction de différencier les prix.

B. – Les effets bénéfiques liés à la capacité à différencier les prix en fonction des instruments de paiement utilisés par les consommateurs

150. Les avantages liés à cette différenciation sont à l'opposé des inconvénients qui viennent d'être rappelés.

D'une part, les consommateurs vont prendre conscience du véritable coût qu'ils assument du fait de l'utilisation des moyens de paiement et pourront commencer à arbitrer entre les différents instruments de paiement mis à leur disposition. De plus, le « surchargement » arrêtera la subvention à l'envers qui opère aujourd'hui au détriment des consommateurs qui utilisent les instruments de paiement les moins onéreux. Enfin, la différenciation va inciter les systèmes de paiement à diversifier leur offre et à proposer des instruments de paiement bon marché, produit qui n'existe pas pour le moment en France. S'agissant des cartes de prestige, le résultat sera plus mitigé : leurs porteurs vont être confrontés au coût réel de leur instrument de paiement, ce qui ne leur sera pas favorable, mais, à l'opposé, ils pourront utiliser leur carte plus souvent qu'aujourd'hui.

151. Par ailleurs, s'agissant du risque qu'il y aurait à favoriser des moyens de paiement peu efficaces comme la monnaie fiduciaire ou comme les instruments de paiement « papier », ce risque paraît limité pour les raisons suivantes : d'une part, il existe un effet générationnel qui fait que les générations récentes privilégient les moyens de paiement les plus modernes comme le montre la progression de l'usage de la carte en France, pays traditionnellement attaché au chèque, ou en Allemagne, pays attaché à la monnaie fiduciaire. Il est peu probable que la capacité laissée au commerce de « surcharger » pourrait à elle seule inverser cette tendance. De plus, les commerçants ont un intérêt propre à accepter les cartes en raison des avantages de celles-ci (fraude, vol, etc.) : leur intérêt ne sera donc pas de dissuader les payeurs d'utiliser la carte, sauf à ce que les frais bancaires associés aux cartes soient à ce point élevés qu'il suffissent à rendre la carte moins attrayante que le chèque ou les espèces. Sur ce point, l'apparition de cartes bon marché liée au 'surchargement' fera que, pour ces cartes à tout le moins, le commerçant ne pratiquera pas de surcharge par rapport à la monnaie fiduciaire comme le montrent les expériences réalisées jusqu'ici (exemple Australien, exemple de l'entreprise IKEA au Royaume-Uni), et le risque d'un retour aux espèces au détriment des cartes de paiement en paraît d'autant plus réduit.

C. – Des mesures d'accompagnement pourraient être prises pour éviter toute possibilité de dérives liées à la capacité laissée aux bénéficiaires de paiement d'appliquer des prix différenciés selon l'instrument de paiement

152. Si le Gouvernement entend suivre l'avis de l'Autorité de la concurrence, il pourrait cependant décider d'accompagner le principe posé dans la disposition mentionnée ci-dessus de diverses mesures destinées à prévenir tout abus éventuel de la part des bénéficiaires de paiement. En effet, quand bien même il ne serait pas démontré que les sujets d'inquiétude soulevés par certaines associations de consommateurs australiens s'appuient sur des faits réellement observés, l'Autorité de la concurrence est d'avis que le Gouvernement français pourrait utilement prendre les devants.

153. L'objectif est ici de décider de mesures préventives qui respecteraient les limites tracées par l'article 52-3 de la directive, tout en étant de nature à garantir les consommateurs contre d'éventuelles dérives liées au « surchargement ».

154. Les dérives possibles sont les suivantes :

- les commerçants ayant un fort pouvoir de marché peuvent abuser de ce pouvoir et imposer des frais supérieurs à ceux qu'ils subissent réellement ;
- les commerçants qui n'offrent qu'un unique moyen de paiement peuvent également abuser de cette situation en imposant des frais ;
- les commerçants peuvent profiter d'un défaut d'information de leur clientèle en imposant des frais supplémentaires au moment où le consommateur est déjà engagé dans l'acte d'achat ;
- même une bonne information du consommateur peut engendrer des problèmes, par exemple en complexifiant à outrance l'acte d'achat (hypothèse selon laquelle chaque bien connaîtrait un affichage complexe mentionnant autant de prix différents que de moyens de paiement acceptés).

155. Quelles solutions peuvent y être apportées ?

- s'agissant des frais supérieurs aux charges subies par le commerçant, il est possible de limiter la capacité laissée au commerçant de proposer du 'surchargement' au niveau de frais qu'il subit réellement. La transposition espagnole de l'article 52-3 va dans ce sens ;
- en cas de moyen de paiement unique, il peut être jugé abusif de permettre au bénéficiaire d'appliquer des frais puisque cette possibilité, qui vise à instiller de la concurrence entre différents moyens de paiement, est inutile là où il n'y a qu'un unique moyen de paiement. Dans ce cas, le 'surchargement' serait interdit ;
- s'agissant de l'information du public, un effort de pédagogie important apparaît prioritaire d'ici à 2011. Il convient de souligner que le consommateur français évolue d'ores et déjà dans une certaine complexité : tous les moyens de paiement ne sont pas acceptés (le chèque est de plus en plus souvent refusé, sans que cela soit affiché à l'entrée du magasin ; les cartes spécifiques que sont, par exemple, les cartes American Express ou Diner's Club, ne sont pas nécessairement acceptées, etc.), l'utilisation de la carte bancaire peut être refusée en-dessous d'un certain montant, ce montant n'étant affiché qu'à la caisse et variant d'un commerçant à l'autre ; les cas de « surchargement » (qui, rappelons-le, ne sont aujourd'hui pas interdits par le droit français) existent, souvent pour sanctionner l'utilisation de moyens de paiement non désirés par tel ou tel commerçant : il y a donc des cas dans lesquels l'utilisation du chèque est autorisée mais soumise à des frais supplémentaires, etc.

La généralisation de la différenciation par les prix du coût des différents instruments de paiement, dont l'aspect bénéfique pour le consommateur peut paraître contre-intuitif, doit ainsi s'accompagner d'une large

information du public, information qui devra se faire sous une forme plus pédagogique qu'aujourd'hui. Étant donné que ce type de mesures n'est pas du niveau législatif, il faudrait que le projet d'ordonnance indique que les modalités d'information du public seront précisées par arrêté du ministre de l'économie.

D. – Propositions rédactionnelles

156. Pour les raisons qui précèdent, l'Autorité de la concurrence recommande au Gouvernement de ne pas modifier la loi française, en ce qu'elle ne limite pas aujourd'hui la capacité qu'ont les bénéficiaires de paiement de différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés.

157. Néanmoins, étant donné que les limites que connaît aujourd'hui le 'surchargement' ne sont pas à chercher dans la loi mais dans les contrats que les établissements bancaires font signer aux commerçants, il convient de transposer le principe figurant dans la directive qui interdit aux prestataires de services de paiement d'insérer dans les contrats qu'ils font signer aux bénéficiaires de paiement une quelconque limitation de leur capacité à prévoir des frais.

158. En pratique, si le Gouvernement devait choisir la solution recommandée par l'Autorité, il conviendrait de substituer à l'actuel projet d'article L. 112-11 du code monétaire et financier un nouveau projet d'article ainsi rédigé :

« Art. L. 112-11. – Le prestataire de services de paiement n'empêche pas le bénéficiaire d'appliquer des frais ou de proposer une réduction au payeur pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné.

Lorsque le bénéficiaire d'un paiement prévoit des frais ou une réduction pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné, il en informe le payeur avant l'initiation de l'opération de paiement ».

159. S'agissant des mesures d'accompagnement, l'Autorité propose ci-après la forme que pourraient prendre ces mesures visant à prévenir les abus éventuels qui pourraient se faire jour à l'avenir.

160. Sur l'interdiction de pratiquer des frais supérieurs aux charges subies :

« En tout état de cause, le bénéficiaire ne peut facturer au payeur des frais supérieurs à ceux que lui cause l'utilisation d'un instrument de paiement donné ».

ou (inspiré de la transposition espagnole) :

« Dans tous les cas, les frais éventuels facturés du fait de l'utilisation d'un instrument de paiement donné ne pourront être supérieurs aux coûts effectivement engagés par le bénéficiaire du fait de l'acceptation de cet instrument ».

161. En cas de moyen de paiement unique :

« Le bénéficiaire d'un paiement ne peut pas non plus appliquer de frais pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné lorsqu'il ne laisse pas au payeur le choix d'utiliser des instruments de paiement alternatifs ».

162. Enfin, s'agissant de l'affichage : modifier le paragraphe consacré à l'information pour le rédiger ainsi :

« Lorsque le bénéficiaire d'un paiement prévoit une réduction ou des frais pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné, il en informe le payeur avant l'initiation de l'opération de paiement selon des modalités définies par arrêté du ministre chargé de l'économie (43).

*
* *

163. Au final, l'Autorité de la concurrence estime que l'autorisation de la différenciation tarifaire selon les modes de paiement est un outil crucial pour permettre une véritable concurrence dans le secteur des moyens de paiement et bénéficier au final au consommateur. Cet outil ne peut cependant s'envisager seul et doit s'accompagner d'une grande vigilance sur la justification et sur le niveau des commissions interbancaires et des charges qui en découlent pour les commerçants. Il doit également s'accompagner d'une réflexion approfondie sur l'ensemble des pratiques contractuelles des banques, notamment la « Honour-all-cards rule » et le blending.

164. Sauf cas particulier, la plupart des autorités de concurrence et de régulation qui sont intervenues dans le secteur ont permis aux commerçants de différencier leur prix de vente selon le mode de paiement ou ont fait part de leur intention de le faire. Mais elles ont simultanément choisi, au moins de manière temporaire, de réguler le niveau des commissions interbancaires et d'examiner l'ensemble des pratiques bancaires et conditions associées. A titre d'exemple, la Commission européenne envisage d'imposer que les charges supportées par les commerçants restent inférieures ou égales aux bénéfices qu'ils retirent des modes de paiement correspondants (voir en annexe le détail du dispositif étudié, connu sous le nom de « test du touriste »).

Délibéré sur le rapport oral de MM. Maximin Sanson et Cédric Nouel de Buzonnière, et l'intervention de Mme Virginie Beaumenier, rapporteure générale, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Anne Perrot et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
VÉRONIQUE LETRADO

La vice-présidente,
FRANÇOISE AUBERT

A N N E X E

LE « TEST DU TOURISTE » (OU « TEST D'INDÉPENDANCE »)
ET LA DIFFÉRENCIATION TARIFAIRE PARFAITE

Pour apprécier le niveau des commissions interbancaires et des charges qui en découlent pour les commerçants, la Commission européenne promeut le « test du touriste » ou « test d'indifférence » : les charges supportées par le commerçant passent le test si ce dernier n'est pas pénalisé à chaque fois qu'il accepte le moyen paiement correspondant, autrement dit si la charge qu'il paie à sa banque est inférieure ou égale au bénéfice qu'il retire de ce mode de paiement (44). La charge doit donc être inférieure ou égale au niveau qui rend le commerçant indifférent entre accepter et refuser la carte.

Rochet et Tirole (2008) (45) établissent une relation entre le niveau optimal de la commission interbancaire du point de vue des utilisateurs (clients et commerçants) et le seuil du test du touriste (niveau de commission qui rend le commerçant indifférent entre accepter et refuser la carte).

Lorsque les banques émettrices répercutent parfaitement (dans un rapport de un pour un) la commission interbancaire sur leurs clients (46), le niveau optimal de la commission interbancaire du point de vue des utilisateurs correspond exactement au seuil du test du touriste.

En revanche, lorsque les banques émettrices répercutent imparfaitement la commission interbancaire sur leurs clients porteurs de cartes (47), le niveau optimal de la commission interbancaire est inférieur au seuil du test du touriste, impliquant qu'à l'optimum les commerçants préfèrent strictement le paiement par carte. Les commerçants pourraient d'ailleurs trouver avantageux, dans une telle situation, de pratiquer un rabais pour les utilisateurs de cartes de paiement afin d'inciter les consommateurs à se servir des cartes.

Le test du touriste vise à s'assurer que le niveau des commissions interbancaires n'est pas excessif au regard de leur objectif, qui est de corriger la trop faible utilisation des cartes. Il serait en effet paradoxal que les commissions interbancaires pénalisent les commerçants, alors qu'elles ont précisément pour objet de prendre en compte les bénéfices de ces derniers dans les arbitrages des porteurs de carte. Toutefois, si l'on admet que les banques émettrices répercutent imparfaitement leurs économies de coûts sur leurs clients, le seuil du test du touriste fournit seulement un majorant du niveau optimal (du point de vue des utilisateurs) de la commission interbancaire.

Lorsque les commerçants peuvent appliquer une surcharge pour les moyens de paiement soumis à des commissions interbancaires élevées, ils ne sont plus placés devant le choix binaire d'accepter ou de refuser la carte et ne font donc plus face au dilemme du prisonnier décrit plus haut.

Si les commerçants peuvent appliquer une surcharge sans occasionner de coûts de transaction pour eux-mêmes ni pour leurs clients, la concurrence à laquelle ils se livrent les conduit à répercuter parfaitement sur leurs clients les coûts nets que représentent pour eux les moyens de paiement (48). Dans cette hypothèse, les commerçants sont donc exactement indifférents entre accepter ou refuser la carte. Leur profit ne dépend pas du niveau de la commission interbancaire, puisqu'ils la répercutent sur leurs clients. Ces derniers sont également indifférents vis-à-vis du niveau de la commission : leur décision d'utiliser la carte ne dépend que du prix total de la carte, somme du prix payé à la banque émettrice et de la surcharge payée aux commerçants.

Lorsque les commerçants peuvent surcharger sans coût, la concurrence entre banques émettrices porte sur le prix total du paiement pour les clients (principe de « neutralité » de la commission). Cette concurrence conduit à la même configuration économique (même volume de transactions, même prix total pour les clients) que la situation limite du test du touriste où les commerçants sont exactement indifférents entre accepter ou refuser le moyen de paiement.

Ainsi, il existe une certaine substituabilité entre l'autorisation laissée aux commerçants d'appliquer des surcharges pour les paiements par carte et la régulation des commissions interbancaires par le test du touriste (plafonnement des commissions à un niveau tel que les commerçants ne soient pas pénalisés à chaque opération).

Toutefois, ce résultat ne vaut que sous des hypothèses restrictives : homogénéité des commerçants (du point de vue des bénéfices et coûts des moyens de paiement), possibilité de surcharger sans occasionner de coûts de transaction, concurrence entre les commerçants assurant une répercussion parfaite par les commerçants des coûts (nets des bénéfices) que représentent pour eux les différents moyens de paiement.

(1) Elle sera désignée dans la suite de cet avis sous le terme « surchargement », ou capacité à surcharger' ou à l'aide de la périphrase capacité à différencier les prix en fonction des instruments de paiement utilisés'.

(2) Concrètement, en cas de paiement par carte par un consommateur chez un commerçant, il peut être prévu que la banque du commerçant devra verser à la banque du consommateur une somme forfaitaire de, par exemple, 0,4 €, ou une somme proportionnelle au montant de la transaction de, par exemple, 0,5 %, ou un mélange des deux.

(3) Décision VISA de 2002 n° 2002/914/CE ou encore décision MASTERCARD du 19 décembre 2007.

(4) § 664 de la décision Mastercard.

(5) Dans le cas des systèmes tripartites tels American express ou Diner's Club, il n'existe pas de commission interbancaire au sens propre. Le fonctionnement est cependant analogue.

(6) Jusqu'à présent, le fondement juridique utilisé a surtout été l'article 81 § 1 di traité CE (ou son équivalent en France qu'est l'article L. 420-1 du code de commerce), qui réprime les décisions d'associations d'entreprises.

(7) Extrait du Livre vert : page 10 : « La Commission entend s'attaquer aux entraves à la concurrence constatées lors de l'enquête sectorielle sur la banque de détail [34]. En ce qui concerne les cartes de paiement, la Commission appliquera le droit communautaire de la concurrence aux systèmes qui gonflent artificiellement les frais facturés aux consommateurs. Elle

travaille actuellement sur le problème des commissions multilatérales d'interchange versées par la banque du commerçant à la banque du titulaire de la carte[35]. Les pratiques de nature à affaiblir la concurrence entre réseaux seront examinées de près (comme la technique dite du « blending » ou l'interdiction de la surfacturation). Outre les cartes de paiement, l'action de la Commission visera à s'assurer que l'accès aux registres de crédit et aux systèmes de compensation et de règlement n'est pas indûment restreint.

La Commission collaborera avec les autorités nationales de concurrence dans le cadre du Réseau européen de la concurrence en vue de déterminer les modalités les plus appropriées pour s'attaquer aux pratiques qui restreignent la concurrence et nuisent aux intérêts des consommateurs.

Un groupe d'expert sur la mobilité traitant des comptes bancaires a été constitué par la Commission en 2006. Il publiera des recommandations en mai 2007. Le groupe a examiné un certain nombre d'options, dont la mise en place d'arrangements pour les changements de compte bancaire (au niveau national ou communautaire) et diverses mesures destinées à accroître la transparence et la comparabilité des informations. Toutes ces options seront soigneusement étudiées par la Commission, qui évaluera leur impact avant de prendre des décisions définitives. »

(8) Le niveau n'est que temporaire et visait juste à diminuer rapidement le niveau des commissions fixées par Mastercard. Le véritable niveau sera fixé à la suite d'une vaste étude de coûts à laquelle va se livrer la Commission européenne. Du point de vue de Mastercard, l'accord est également temporaire et pourrait être amené à évoluer en fonction du résultat de l'appel que Mastercard a interjeté devant le Tribunal de Première Instance, appel actuellement pendant.

(9) Document rédigé pour susciter des observations de la part des personnes consultées en vue d'éclairer les choix pouvant être faits sur les options ouvertes par la directive.

En pages 27 et 28, il est écrit que : « Afin de maintenir un haut niveau de sécurité dans la prestation de services de paiement, il est envisagé de soumettre tous les établissements de paiement aux obligations de protection des fonds prévues à l'article 9, qu'ils exercent une activité autre que celle de prestation de services de paiement ou non. Il est également prévu de protéger les fonds dès le premier euro. Il convient de souligner que ces obligations ne s'appliqueront qu'aux établissements agréés en France et ne s'imposeront pas à ceux agréés dans un Etat membre qui aurait fait des choix de transposition différents et proposerait des services en France.

Le choix fait par la France pourrait donc potentiellement introduire une inégalité de concurrence entre établissements, les établissements français devant supporter le coût induit par la protection des fonds même s'ils n'exercent pas d'autres activités que la prestation de services de paiement et si les fonds collectés sont inférieurs à 600 euros. Toutefois, ce coût n'apparaît pas particulièrement élevé.

De plus, l'obligation de protection des fonds semble largement justifiée par la nécessité d'assurer un haut niveau de sécurité et de confiance des utilisateurs.

En raison des mêmes préoccupations de sécurité, il est envisagé de ne pas utiliser la dérogation autorisée à l'article 26. En effet, les obligations de capital initial et de fonds propres semblent déjà suffisamment faibles pour ne pas constituer une barrière à l'entrée pour des entités de petite taille. » (notre soulignement).

(10) http://www.hm-treasury.gov.uk/d/em_payment_services_regulations_em100209.pdf.

(11) Compte tenu de l'importance des thèmes utilisés par la directive pour l'analyse qui va suivre, nous ajoutons, pour information, la version anglaise de l'article 52-3 et de son considérant :

« Art. 52-3. – The payment service provider shall not prevent the payee from requesting from the payer a charge or from offering him a reduction for the use of a given payment instrument. However, Member States may forbid or limit the right to request charges taking into account the need to encourage competition and promote the use of efficient payment instruments.

Recital 42 : In order to promote transparency and competition, the payment service provider should not prevent the payee from requesting a charge from the payer for using a specific payment instrument. While the payee should be free to levy charges for the use of a certain payment instrument, Member States may decide whether they forbid or limit any such practice where, in their view, this may be warranted in view of abusive pricing or pricing which may have a negative impact on the use of a certain payment instrument taking into account the need to encourage competition and the use of efficient payment instruments. »

(12) Cet historique peut se trouver ici : http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=193603

(13) Concrètement, cette procédure consiste en un dialogue informel entre, d'une part, la Présidence du Conseil de l'Union européenne, sur la base d'un mandat défini par le Conseil, et, d'autre part, le parlement européen. Ce dialogue associe également la Commission européenne. L'objectif de cette procédure est de parvenir à un accord des deux institutions dès la première lecture du texte.

(14) Une brève description de cet équilibre figure dans une réponse faite par le Commissaire européen M. Mac Creevy le 12 décembre 2007 à une question écrite (n° 5103/07) du Parlement européen portant sur la situation danoise : The Commission has examined carefully the facts described by the Honourable Member. Danish law (1) regulates the charges that can be imposed by retailers when payment cards are being used in Denmark. The principle is that the acquiring bank is not allowed to request fees from the retailer when the payment is made with a national or international payment card issued in Denmark. Subsequently, the retailer is not allowed to impose any surcharge on the card holder for these cards. This principle, however, does not apply to international payment cards issued outside Denmark which may be subject to a surcharge which shall not be excessive. On the basis of the information available to the Commission and in line with what is described by the Honourable Member, payment transactions carried out with payment cards issued in another country are indeed often subject to a surcharge.

The Danish authorities have the competence to regulate the issue of surcharges. This is in line with the directive on payment services in the internal market(2), in particular with Article 52 (3) thereof. However, the Commission is concerned by the fact that the no retailer fee³- rule and the surcharge prohibition only apply to payment cards issued domestically and not to all payment cards. This restriction raises concerns in terms of free provision of services and in relation to the future single euro payment area (SEPA). The Commission intends to raise this issue with the Danish authorities. The Honourable Member will be kept informed about the development of the matter » (notre soulignement) : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-5103&language=fr>.

(15) Ainsi, certains moyens de paiement s'utilisent surtout en face à face (les espèces), tandis que d'autres peuvent s'utiliser pour effectuer des paiements à distance (le chèque, la carte de paiement, le virement, le prélèvement automatique) ; certains moyens de paiement ont davantage de fonctions que d'autres (la carte permet des retraits dans les distributeurs, dans certains cas des paiements à l'étranger, etc.) ; l'utilisation de certains moyens de paiement est interdite dans certains cas par la loi (en France, il n'est pas permis de payer avec de la monnaie fiduciaire au-delà d'un certain montant) ; etc.

(16) Single Euro Payment Area ou Espace Unique des Paiements en Euros.

(17) En effet, les utilisateurs de moyens de paiement tirent un bénéfice propre de l'utilisation de certains moyens de paiement, bénéfice indépendant du prix qu'ils doivent acquitter pour l'utilisation de ce moyen de paiement. Ainsi, certains utilisateurs de cartes bancaires sont prêts à payer les 1 € de frais pour retrait dans un distributeur de billets appartenant à une autre banque que la leur : dans ce cas, ils estiment que la liberté de pouvoir retirer des espèces sans se limiter au réseau de DAB de leur banque représente un bénéfice supérieur au coût supplémentaire de 1 € que leur établissement pourra leur facturer. De la même manière, un consommateur pourra préférer payer par carte plutôt qu'en espèces, même si l'utilisation de cette carte lui est davantage facturée que l'utilisation des espèces, s'il estime que le confort lié au fait, par exemple, de n'avoir pas à prévoir d'avoir sur soi telle ou telle somme est supérieur au surcoût généré par l'utilisation de sa carte.

(18) Les rapports entre les espèces et les autres moyens de paiement ; ou les rapports entre les moyens de paiement papier et les moyens de paiement dématérialisés.

(19) En France, le chèque a longtemps été le moyen de paiement le plus répandu mais sa part relative est passée de 70 % des paiements en 1984, à 50 % en 1996 et à moins de 25 % en 2007 : cf page 231 du *bluebook* (août 2007) de la Banque centrale européenne sur l'utilisation des moyens de paiement en France. En Allemagne, les consommateurs utilisent encore très largement la monnaie fiduciaire mais le déclin des espèces est déjà amorcé et va en s'accroissant : cf pages 109 et 110 du *bluebook* (août 2007) de la Banque centrale européenne sur l'utilisation des moyens de paiement en Allemagne.

(20) C'est-à-dire ceux qui, à qualité égale, sont les plus coûteux.

(21) Document versé au dossier.

(22) Traduction libre : « (3) Le prestataire de service de paiement ne peut empêcher le bénéficiaire du paiement de :

(a) imposer des frais supplémentaires ; ou

(b) offrir une réduction,

au payeur du fait de l'utilisation d'un instrument de paiement donné ».

(23) Traduction libre : « Sera réputée nulle toute clause qui interdit au bénéficiaire d'un ordre de paiement d'exiger du donneur d'ordre le paiement d'une surcharge ou d'offrir une réduction pour l'utilisation d'un instrument de paiement donné. Dans tous les cas, les frais éventuels facturés du fait de l'utilisation d'instruments de paiement spécifiques ne pourront être supérieurs aux coûts effectivement engagés par le bénéficiaire du fait de l'acceptation de ces instruments.

Lorsque pour l'utilisation d'un certain instrument de paiement une surcharge est exigée, l'utilisateur de ce service de paiement devra en être informé avant que l'opération soit entreprise ».

(24) Ces données sont tirées des statistiques publiées par la Banque centrale européenne (*bluebook* précité).

(25) Le terme de « résistance » est utilisé par Jean-Charles Rochet dans l'article : « The Theory of Interchange Fees : A Synthesis of Recent Contributions », *Review of Network Economics*, Vol.2, Issue 2 – June 2003.

(26) Discours de Mme Kroes à Londres en 2007.

(27) Le coût net pour le commerçant est la charge bancaire diminuée du bénéfice qu'il retire de l'usage du moyen de paiement.

(28) Le cas australien développé plus bas invite cependant à relativiser le risque de surcharges supérieures aux coûts des commerçants.

(29) Julian Wright, 2002, *Optimal Card Payment Systems*, *European Economic Review*.

(30) Par « catégories » de consommateurs, il faut entendre les utilisateurs des moyens de paiement les moins onéreux, ceux qui présentent un profil moyen, ceux qui utilisent des moyens de paiement onéreux, etc.

(31) Ces arbitrages peuvent faire suite à la prise de conscience de l'efficacité relative des moyens de paiement permise par la plus grande clarté des signaux de prix aux consommateurs.

(32) Visa ne peut ainsi pas exiger d'un commerçant l'acceptation de cartes de débit Visa comme condition à l'acceptation de cartes de crédit Visa.

(33) La moyenne pondérée des commissions interbancaires de Mastercard et de Visa sur les cartes de crédit ne doit pas dépasser 0,5 % de la valeur des transactions. La moyenne pondérée des commissions sur les cartes de débit Visa ne doit pas dépasser 0,12 \$ par transaction. Les commissions interbancaires sur les cartes du système EFTPOS doivent être comprises entre 0,04 et 0,05 \$ par transaction.

(34) Il est utile de noter que les commissions interbancaires sont versées par la banque de l'acquéreur à celle du porteur pour toutes les cartes sauf celles du système EFTPOS, pour lesquelles la commission est versée par la banque du porteur à celle de l'acquéreur.

(35) Cf. annexe transparent avec le graphique des MIF avant/après réforme.

(36) Petit commerce.

(37) Grand commerce.

(38) Cela peut d'ailleurs être mis en relation avec le fait que les commerçants ont *a priori* une forte incitation à ce que soient utilisées des cartes de paiement, de débit comme de crédit, de préférence à des moyens de paiement moins efficaces, comme le cash, du fait du bénéfice privé qu'ils retirent de l'utilisation de cartes de paiement.

(39) [http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/news_for_business.pdf/\\$file/news_for_business.pdf](http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/news_for_business.pdf/$file/news_for_business.pdf).

(40) 1 AUD = 0,55 € environ.

(41) Single Euro Payment Area.

(42) Ils ne perçoivent que la cotisation annuelle, qui n'est qu'une part du prix réel.

(43) Ces modalités devraient impliquer un affichage à l'entrée et un rappel en caisse (sur le modèle de ce qui existe déjà pour, par exemple, la non-acceptation des cartes de paiement en-dessous d'une certaine somme d'argent). »

(44) Lorsque les commerçants retirent des bénéfices différents des moyens de paiement, le test demande de calculer des moyennes sur l'ensemble des commerçants.

(45) Jean-Charles Rochet et Jean Tirole, « Must-Take Cards : Merchant Discounts and Avoided Costs », Novembre 2008. Les auteurs supposent qu'il n'y a qu'un moyen de paiement en plus des espèces, que tous les commerçants sont identiques du point de vue des bénéfices qu'ils retirent de la carte et que les banques acquéreuses sont en concurrence parfaite.

(46) Ceci revient à supposer qu'une baisse du coût des banques émettrices (induite par une hausse de la commission interbancaire) se traduit par une baisse exactement similaire du prix facturé aux clients porteurs de carte, autrement dit que la marge des banques émettrices est constante.

(47) Une hausse de la commission interbancaire (baisse des coûts des banques émettrices) se traduit par une baisse des prix pour les porteurs de carte, mais l'amplitude de la baisse de prix est moindre que l'amplitude de la baisse de coût (« absorption des coûts »).

(48) Ces coûts nets sont égaux à la charge que les commerçants paient à leur banque, diminuée de l'avantage que représente pour eux le moyen de paiement.