

Cadre juridique du SEPA dans une perspective suisse: l'accès aux marchés par la comparaison législative

Depuis 2006, l'avocat Martin Hess compare les législations suisse et européenne relatives à l'espace unique de paiement en euros (SEPA). Auteur de plusieurs expertises à l'attention des places financières suisse et liechtensteinoise, il est considéré comme un expert du SEPA en Suisse. Dernièrement, il a coécrit un article sur le SEPA qui est paru à la mi-2009 dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier.

CLEARIT: Monsieur Hess, le SEPA repose sur une autorégulation de l'industrie financière représentée par l'EPC (Conseil européen des paiements), d'une part, et sur la volonté politique de la Commission européenne d'harmoniser le trafic des paiements paneuropéen, d'autre part. Quel est le cadre juridique inhérent à ces deux aspirations, comment interagissent ces cadres et quelle est la nature juridique des réglementations édictées par l'EPC?

Martin Hess: Le SEPA s'appuie sur des contrats de droit privé qui ont été conclus entre une entité de droit belge (EPC) et les divers établissements financiers. La directive de l'Union européenne sur les services de paiement – ou «Payment Services Directive» (PSD) – fournit un cadre juridique pour ces contrats. La PSD définit des règles contraignantes que les Etats sont tenus de mettre en œuvre. Celles-ci réglementent surtout la relation entre les établissements financiers et leurs clients, et leurs enjeux sont la transparence et la protection des consommateurs. Les réglementations SEPA s'appliquent principalement à la relation entre les établissements financiers. Elles définissent donc des règles que les établissements doivent utiliser entre eux et n'abordent que de manière très indirecte leur relation avec les clients. Néanmoins, certaines normes ne peuvent être respectées que si les clients des établissements financiers respectent aussi les normes SEPA, surtout pour ce qui est du prélèvement. Les réglementations SEPA influencent donc à coup sûr la relation aux clients, mais ne la réglementent pas directement. Il faut préciser qu'il n'y aurait pas de réglementations SEPA sans la PSD. En tant qu'initiative d'autorégulation, ces «Rulebooks» permettent en revanche à l'industrie financière européenne d'empêcher l'instauration de normes EU obligatoires prescrivant de manière très détaillée ce que les établissements financiers peuvent ou ne peuvent pas faire. C'est ce que l'industrie bancaire cherchait à éviter à tout prix. Les réglementations SEPA ne peuvent en aucun cas s'écarter de la PSD du point de vue du contenu. Une marge de manœuvre n'existe que

pour les points où la PSD n'impose rien. Par conséquent, toute participation au SEPA est soumise directement ou indirectement aux prescriptions de la PSD.

«Nous avons également écarté d'autres inquiétudes – notamment que la Suisse serait avantagée par sa compétitivité de la place économique et que les réglementations SEPA ne pourraient pas y être contraignantes – en démontrant l'équivalence des réglementations suisse et européenne.»

Les établissements financiers suisses font partie du SEPA, même si notre pays n'est pas membre ni de l'UE ni de l'EEE. Qui a décidé d'y participer et quelles conditions la Suisse a-t-elle dû remplir pour qu'on accepte sa participation au SEPA?

Dès le début, la Suisse a été membre de l'EPC. C'est à vrai dire étonnant et s'explique surtout par les excellents contacts personnels qu'ont tissés les établissements financiers suisses et européens. Par contre, des réserves ont toujours été exprimées, et la place financière suisse a dû remplir trois conditions pour participer au SEPA:

1. Elle a dû assurer qu'elle pouvait exécuter les obligations définies dans les réglementations SEPA.
2. Les mêmes conditions de concurrence devaient s'appliquer dans notre pays et dans les pays européens («level playing field»).
3. Les réglementations centrales de la PSD en ce qui concerne la relation entre l'établissement financier et ses

clients devaient être présentes dans la législation suisse ou couvertes de manière fondamentalement équivalente.

Pour ce qui est des conditions de concurrence, nous avons dû prouver à Bruxelles que les établissements financiers suisses étaient tenus d'agir de la même manière que les banques de l'UE dans tous les domaines, notamment en matière de blanchiment d'argent. Nous avons également écarté d'autres inquiétudes – notamment que la Suisse serait avantagée par sa compétitivité de la place économique et que les réglementations SEPA ne pourraient pas y être contraignantes – en démontrant l'équivalence des réglementations suisse et européenne.

Contrairement à l'UE, la Suisse ne dispose pas d'une loi sur les opérations de paiement. Dans quelle mesure peut-on vraiment comparer ces situations juridiques?

En Europe, la PSD fournit un cadre pour les opérations de paiement. Elle doit être transposée en droit national. La PSD est une loi spéciale sectorielle, comme il en existe beaucoup au sein de l'UE. En Suisse, les lois spéciales sont plus rares. Nous avons nos codifications générales, le code civil et le code des obligations. La question du trafic des paiements n'y est pas spécialement abordée. Nous disposons en outre de la pratique du Tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux, ainsi que de la doctrine transmise. Jusqu'à présent, ces instruments nous ont bien servi. Contrairement à d'autres pays européens, la Suisse connaît également le principe général de «bonne foi». Nous transposons en partie le droit européen et édictons des règles correspondantes en procédant à une «adaptation autonome». Etant donné que les réglementations suisses en matière de trafic des paiements sont réparties entre différentes lois, nous devons nous expliquer vis-à-vis de l'Europe. Nous pouvons en toute bonne conscience témoigner de l'équivalence des législations suisse et européenne en la matière, mais comment pouvons nous prétendre à ce qu'un Européen dont nous cherchons à pénétrer le marché passe notre situation juridique complexe au crible? Force est de constater que notre système juridique ne se «vend» pas toujours aussi bien qu'il ne fonctionne.

Selon la réglementation EPC, les participants doivent prouver que leur législation nationale contient les dispositions de la PSD relatives aux virements et aux prélèvements SEPA ou que ces dispositions sont contraignantes en raison d'une pratique fondamentalement équivalente. Que signifie exactement l'expression «une pratique fondamentalement équivalente»?

Après une longue préparation, l'industrie financière suisse a réussi à montrer à Bruxelles comment fonctionnent les opérations de paiement dans notre pays. Paragraphe par paragraphe, nous avons comparé les règles PSD et les règles suisses. Nous avons réussi à convaincre les membres de l'EPC que la Suisse disposait d'une législation fondamentalement équivalente à celle de l'UE. Les



Biographie succincte

Martin Hess est actuellement Managing Partner chez Wenger & Vieli AG. Ses domaines de prédilection sont le droit des prestations financières, les fusions et acquisitions ainsi que le droit de l'informatique. Il conseille les établissements financiers suisses et étrangers pour toutes les questions juridiques relatives aux prestations financières, au marché des capitaux, à la surveillance et au droit privé. Il est également représentant d'émetteurs agréé auprès de la Bourse suisse. Il a notamment participé à l'élaboration juridique de systèmes de paiement, de systèmes de règlement des opérations sur titre et de contreparties centrales pour les transactions boursières.

Martin Hess est titulaire d'un doctorat de l'Université de Zurich depuis 1984. Avant de commencer à travailler comme avocat en 1994, il était assistant scientifique à la Faculté de droit de l'Université de Zurich, puis consultant juridique de la Banque nationale suisse. Entre 1994 et 1997, il était membre de diverses missions du Fonds monétaire international. Martin Hess publie régulièrement des articles sur les questions auxquelles il est confronté dans la pratique. Il a coécrit un des commentaires les plus importants sur le droit des banques suisse.

établissements financiers suisses ont été intégrés au SEPA, bien que la Suisse ne soit pas membre de l'UE, et c'est un exploit. En revanche, personne ne sait si cela va durer. La question de la «pratique équivalente» pourrait ressurgir aussitôt qu'une loi sera modifiée dans un Etat européen quelconque. Une comparaison juridique n'est pas un traité d'état, ce dernier s'appliquant tant qu'il n'est pas renégocié. Il faut aussi préciser que les membres de l'EPC n'ont aucune envie de se frotter au droit suisse: il incombera donc toujours à la Suisse d'apporter la preuve que sa législation est équivalente dans les domaines concernés.

Le virement SEPA a été bien accueillie par les clients bancaires en Suisse. Le pourcentage de paiements transfrontaliers SEPA y est supérieur à celui des autres pays. Dans quelle mesure la PSD est-elle contraignante pour ces transactions?

Les paiements à l'intérieur de la Suisse ne sont pas soumis à la PSD; ce n'est pas non plus le cas des paiements transfrontaliers Suisse/UE ou Suisse/EEE. Il faut toutefois faire attention à un type de transactions: dès le moment où un virement provenant de l'espace européen quitte la Suisse en direction de l'espace européen, la transaction est soumise à la PSD. Dans son rôle d'intermédiaire, la banque suisse devra respecter volontairement les règles PSD si elle ne tient pas à perdre son mandat de correspondance.

Le 2 novembre, le prélèvement SEPA a été lancé. Existe-t-il, du point de vue juridique, des différences essentielles par rapport au virement?

Les bases juridiques sont les mêmes. En revanche, les prélèvements SEPA sont gérés différemment des procédures suisses de recouvrement direct pour ce qui est de l'autorisation de débit. Lors d'une transaction LSV+ ou BDD, le débiteur autorise explicitement sa banque à procéder au débit. Lors d'un prélèvement SEPA, le créancier donne l'ordre de débit à sa banque qui le transmet alors à la banque du débiteur. En Suisse, c'est nouveau.

«Quand la Suisse déclare que la législation européenne ne s'applique pas dans ces domaines plutôt techniques, est-elle vraiment autonome? N'adoptons-nous pas déjà la législation de l'UE de manière autonome, contredisant de facto ladite autonomie?»

Depuis 1921, une union monétaire unit la Suisse et le Liechtenstein. En tant que membre de l'EEE, ce dernier

SEPA – bases légales

Parlement et Conseil de l'UE	Conseil européen des paiements (EPC)
<ul style="list-style-type: none"> • Directive UE sur les services de paiement dans le marché intérieur (PSD) 2007 • Règlement concernant les paiements transfrontaliers en euros 2001 • (Directive UE concernant les virements transfrontaliers 1997) 	<ul style="list-style-type: none"> • Législation de l'UE comme base des Rulebooks SEPA • Rulebooks SEPA = contrats multilatéraux de droit belge • Règles relatives à la relation entre les banques, pas à la relation banque/client
Actes juridiques contraignants (aussi dans la relation entre banque et client)	Contrat de droit privé (en principe seulement dans la relation entre banques)
Destinataires: Etats	Destinataires: banques

a transposé la PSD en droit liechtensteinois. En résultent-il des problèmes juridiques dans le trafic bilatéral des paiements ou dans le traitement des cartes?

Il s'agit là d'une thématique captivante, mais très complexe. On peut distinguer trois niveaux: l'espace monétaire (francs suisses), l'espace juridique (UE/EEE) et le système suisse de paiement en francs suisses (SIC), soumis au droit helvétique. La question est dès lors de savoir comment rendre ces trois niveaux compatibles. On pourrait, par exemple, faire en sorte que certaines prestations ne soient plus fournies depuis la Suisse; on y pense actuellement pour le commerce des cartes. Dans tous les cas, un paiement en francs en provenance du Liechtenstein et à destination de Francfort est soumis à la PSD. Les règles en vigueur doivent donc être respectées, même si on a recours à un système de paiement suisse comme SIC. Comme pays, la Suisse se situe au cœur de l'Europe de l'Ouest. Les interfaces résultant de la non-participation à l'UE/EEE se révèlent de manière transparente dans le trafic transfrontalier des paiements. Quand la Suisse déclare que la législation européenne ne s'applique pas dans ces domaines plutôt techniques – je me réfère ici à la directive sur le caractère définitif du règlement, à la directive sur les contrats de garantie financière et à la PSD – est-elle vraiment autonome? N'adoptons-nous pas déjà la législation de l'UE de manière autonome, contredisant de facto ladite autonomie? La comparaison des législations donne accès aux marchés tant que la législation de notre pays s'avère équivalente à celle de

l'UE. C'est plus facile dans les domaines où – comme dans le trafic des paiements – les conditions factuelles sont dans une large mesure similaires. Le futur nous dira si cette voie perdurera ou si des règles plus contraignantes devront être convenues avec l'UE. <

Entretien:

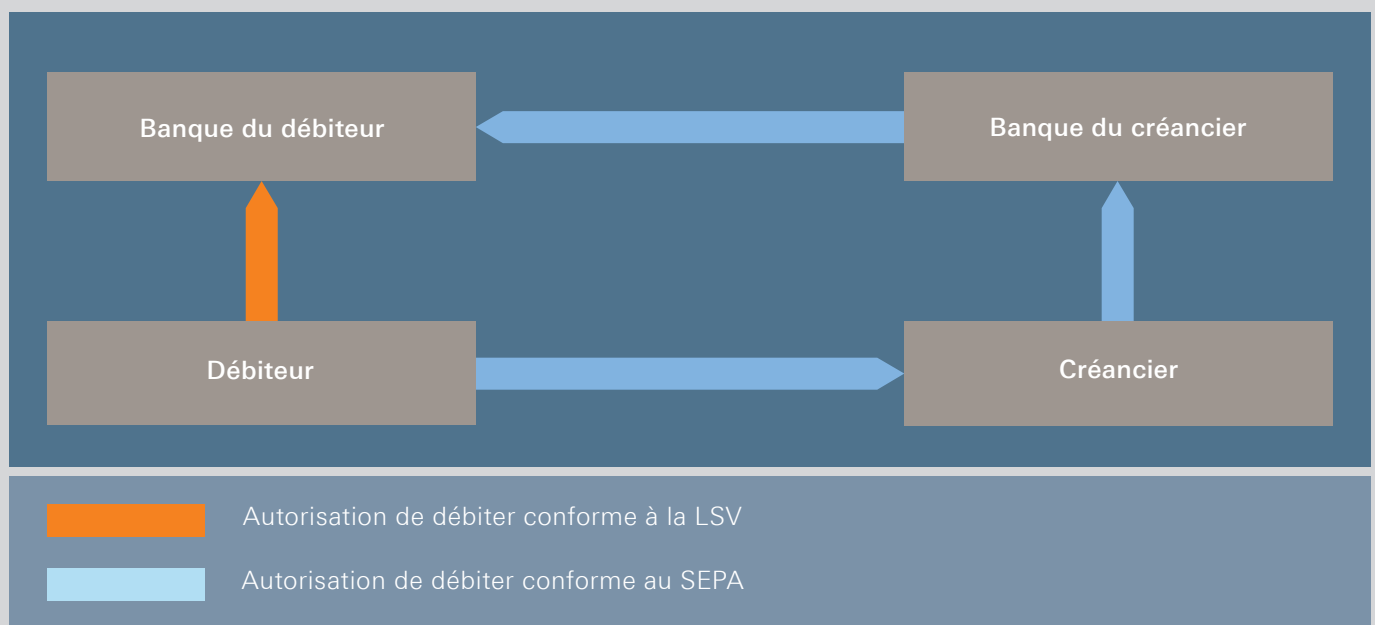
Andreas Galle, SIX Interbank Clearing

andreas.galle@six-group.com

André Gsponer, Enterprise Services AG

andre.gsponer@eps-ag.ch

Autorisation de débit: comparaison des prélèvements SEPA et LSV



A quel point les prélèvements SEPA sont-ils sûrs?

Le rapprochement mutuel des pays européens dans la libre circulation des personnes et des marchandises s'est poursuivi dans le trafic électronique des paiements SEPA (Single Euro Payments Area). La vision du SEPA, à savoir uniformiser les paiements en euro sans espèces en Europe, a commencé à se réaliser en janvier 2008 avec le lancement du virement SEPA. Puis une autre prestation a été lancée avec succès le 2 novembre, à 13h00: le prélèvement SEPA. Quel impact les réserves des clients bancaires en matière de sécurité auront-elles sur l'acceptation de cet instrument de paiement?

2 600 établissements financiers européens issus de 22 pays participent d'ores et déjà à cette nouvelle procédure. Parmi eux, on compte aussi les établissements suisses Credit Suisse, Nouvelle Banque d'Argovie S.A., Clariden Leu, UBS et PostFinance.

Le prélèvement SEPA Core (SEPA Core Direct Debit Scheme) a été introduite en premier. Il s'agit d'une procédure de base (avec possibilité de contestation) destinée en premier lieu au domaine «Business to Customer». Le lancement du prélèvement SEPA interentreprises (SEPA B2B Direct Debit Scheme) pour le domaine «Business to Business» (sans possibilité de contestation générale) est prévu à partir de fin 2010. Il en est de même pour la mise en œuvre de diverses autres prestations, notamment l'e-mandat (autorisation de débit électronique).

Qu'est-ce qu'un prélèvement SEPA?

Lors d'un prélèvement, le débiteur permet au créancier d'encaisser le montant qui lui est dû auprès de sa banque, réalisant ainsi une sorte de virement inversé. Tout prélèvement se base sur une convention bilatérale (mandat) entre un débiteur et un créancier qui utilisent les prélèvements SEPA comme moyens de paiement. Par le biais d'une autorisation de débit (mandat), le débiteur accorde à un créancier situé dans son pays ou à l'étranger le droit de prélever des montants en euro sur son compte. Les établissements financiers du créancier et du débiteur n'ont connaissance de cette convention bilatérale qu'au moment où le créancier livre son premier prélèvement (avec un mandat électronique). Le prélèvement SEPA fonctionne ensuite comme les procédures en place dans la plupart des pays européens où le mandat physique est conservé par le créancier.

A quel point la procédure est-elle sûre?

En principe, les prélèvements représentent une solution confortable pour la facturation et le règlement des factures,

aussi bien pour les débiteurs que pour les créanciers. Tous instruments de paiement confondus, les procédures de recouvrement direct suisse (LSV⁺/BDD) représente moins de 4% des transactions. Elle joue donc un rôle plutôt limité en comparaison d'autres pays d'Europe tels que l'Allemagne où les prélèvements représentent une part de marché de plus de 40%.

Une partie de la population suisse exprime de fortes réserves à l'idée de voir des tiers accéder directement à son compte en banque, ce qui révèle un important besoin de sécurité. Ces réserves et ce besoin de sécurité – renforcés par des appréhensions plus spécifiques – se répercutent aussi sur la procédure de prélèvement SEPA.

La plupart des personnes interrogées dans le cadre d'un sondage (cf. graphique, p. 9) ont déclaré vouloir garder un contrôle absolu de leur compte, pouvoir définir elles-mêmes le moment exact d'un paiement ou privilégier les voies de paiement existantes (facture, carte de crédit, etc.). Pour celles qui se sont montrées ouvertes à la procédure transfrontalière de prélèvement, la confiance qu'elles avaient dans le pays où a lieu le prélèvement jouait un rôle essentiel: alors qu'elles accordent un degré de confiance relativement élevé aux pays limitrophes, cette confiance baisse au fur et à mesure que l'on s'éloigne vers l'est. La taille et la réputation d'un créancier s'avèrent également décisives: les marques connues ont généralement le dessus sur les micro-entreprises. La convivialité du mandat est elle aussi concluante: plus les charges qui incombent au débiteur sont restreintes, et plus celui-ci sera susceptible de signer le mandat.

Ces informations et, surtout, l'exigence de sécurité des clients ont été prises en compte dans la conception et le développement du prélèvement SEPA. Ainsi, les réticences des débiteurs ont pu être contrées dans une large mesure afin d'assurer une acceptation maximale sur le marché.

Le prélèvement SEPA inclut principalement les mesures de sécurité suivantes:

- A moins qu'un contrat spécial n'ait été conclu pour les prélèvements SEPA, les comptes des débiteurs ne sont pas disponibles auprès de la plupart des établissements financiers suisses. En d'autres mots, un prélèvement SEPA ne peut être débité qu'une fois que le débiteur a confirmé à son établissement financier qu'il participait au schéma SEPA.
- Ces mesures servent à protéger les clients des premiers prélèvements non autorisés. À chaque débit, le client dispose d'un droit de contestation général qu'il peut faire valoir sans avoir à indiquer de motifs jusqu'à 8 semaines après le débit.
- En cas de contestation, l'établissement financier du débiteur effectue le remboursement conformément à la date valeur.
- Si le débit s'avère illégitime (par exemple s'il est effectué alors que le mandat a été révoqué), la contestation peut avoir lieu dans les 13 mois qui suivent le débit.
- Le client a en outre la possibilité d'interdire a priori les débits de certains créanciers.
- Les recommandations nationales et internationales relatives aux normes de sécurité et de règlement ont été largement mises en œuvre dans le prélèvement SEPA.
- Une transaction individuelle peut être exécutée à n'importe quel moment par toute la chaîne de toutes les parties impliquées dans une transaction.
- En cas de contestation, l'établissement du créancier a l'obligation de rembourser un débit même si le créancier est entre-temps devenu insolvable (par ex. en cas de faillite)

Cette responsabilité a pour effet que seuls les créanciers disposant d'un rating positif peuvent participer au prélèvement SEPA.

Bilan

En principe, le prélèvement SEPA, et la solution interbancaire suisse en particulier (service de prélèvement SEPA), remplit toutes les conditions qui permettent aux parties impliquées de bénéficier de prélèvements sûrs, fiables et compétitifs.

On prévoit néanmoins un faible volume de transactions durant la phase initiale car le remplacement des procédures existantes demande du temps, aussi bien sur le plan technique que sur le plan de la politique économique. A moyen terme, le prélèvement SEPA a clairement le potentiel de s'établir comme un important produit de trafic des paiements en Europe; dans le long terme, elle offre une opportunité réelle de remplacer les systèmes nationaux dans la zone euro. Ce type de transactions pourrait par conséquent augmenter de manière continue dans le pays d'importation et d'exportation qu'est la Suisse. <

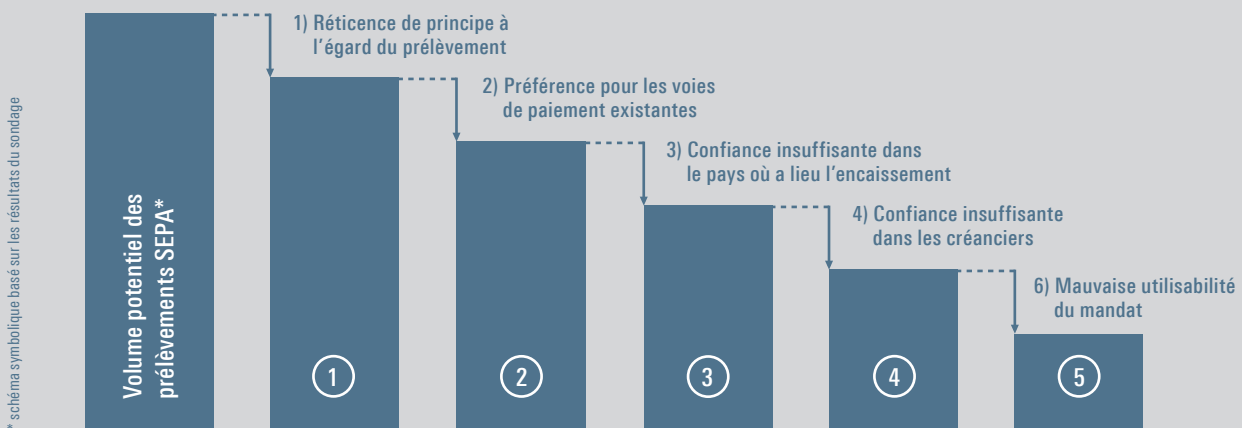
Philipp Buck, Credit Suisse

philipp.buck@credit-suisse.com

Dieter Bolliger, Credit Suisse

dieter.bolliger@credit-suisse.com

Enquête qualitative sur la perception subjective qu'a la population suisse du prélèvement transfrontalier.



Source: Credit Suisse

La PSD accroître la concurrence

La directive de l'Union européenne sur les services de paiement dans le marché intérieur (Payment Services Directive ou PSD) fournit la base d'un cadre légal moderne pour les paiements dans les 30 pays de l'UE/EEE, Liechtenstein y compris. Elle doit aménager le trafic des paiements de manière aussi simple, efficace et sûre que possible et augmenter la concurrence. Néanmoins, comme le démontre une étude récente, ce dernier point reste incertain.

L'UE espère que la PSD permettra non seulement de simplifier le trafic des paiements, mais aussi d'accroître la concurrence en ouvrant les marchés à de nouveaux prestataires. Il en résulterait une augmentation de l'efficacité et une baisse des coûts, surtout pour les consommateurs. Accenture a réalisé un sondage auprès de 29 établissements financiers et leur a demandé quelles opportunités ils voyaient dans l'introduction de la PSD.

Lutte pour les parts de marché

Les résultats de ce sondage montrent que la majorité des banques interrogées voient de nouvelles opportunités dans l'introduction de la PSD, mais ne prévoient pas d'acquérir de nouveaux clients. Les prestataires actuels ne s'attendent pas non plus à une augmentation de la concurrence. Cela laisse penser que les principales banques qui proposent des prestations en matière de trafic des paiements et les spécialistes du règlement, comme Equens ou VocaLink, sont déjà bien établis. Par conséquent, la concurrence ne va vraiment s'exacerber qu'entre les acteurs déjà actifs sur le marché. Les clients commerciaux des établissements financiers en profiteront donc en première ligne. A l'heure actuelle, une entreprise doit par exemple mandater cinq différentes banques pour réaliser des paiements dans toute l'Europe. A l'avenir, elle pourra faire appel à un seul prestataire, et à des prix nettement plus avantageux.

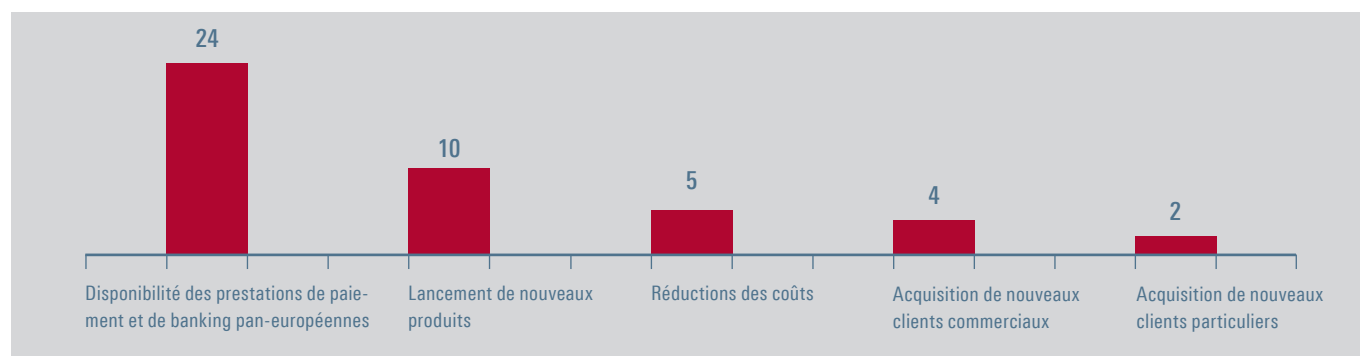
Les banques suisses désavantagées

Si on part du principe que les banques doivent proposer de nouvelles prestations SEPA pour fidéliser leur clientèle, il en résulte un désavantage concurrentiel clair pour les banques suisses. Même si les établissements financiers suisses ancrent complètement la PSD dans leurs prestations de trafic des paiements, ils se voient désavantagés par rapport aux banques de l'UE/EEE. En effet, la régulation des prix de l'UE ne s'applique pas aux virements ou aux prélèvements SEPA provenant de Suisse. Ceux-ci peuvent donc être facturés individuellement – donc bien plus cher – par les banques destinataires en Europe. Un exemple: si une entreprise fait régler un virement SEPA à destination de l'Autriche par une banque située en Allemagne, les frais s'élèveront tout au plus à quelques centimes d'euro, conformément à la régulation des prix de l'UE. Si le même paiement SEPA est viré depuis la Suisse, la banque destinataire en Autriche peut tout à fait facturer 50 euro de frais au client puisque la Suisse n'est pas soumise à la PSD. Par conséquent, les fournisseurs européens qui règlent le trafic des paiements à partir d'une région où la directive s'applique jouissent d'un avantage substantiel. <

Thomas Sontheimer, Partner Financial Services, Accenture
thomas.sontheimer@accenture.com

Quelles opportunités offre selon vous l'introduction de la PSD?

Nombre banques interrogées par catégorie



* Les résultats de l'étude Accenture «Harmonising Payments – Insights to Progress on the European Payment Services Directive» se basent sur les réponses à un sondage en ligne datant de mai 2009 auquel 29 banques de l'Euro Banking Association ont participé.