

COMMISSION EUROPEENNE

Bruxelles, le 17 février 2015  
sj.e(2015)651975— BM/VBO/vc

**A MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES  
DE LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION**

**OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES**

**EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3 DU RÈGLEMENT N° 1/2003**

**PRÉSENTÉES PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE**

représentée par ses agents, Messieurs Theofanis Christoforou, Conseiller juridique principal, Bernard Mongin et Viktor Bottka , membres de son Service juridique,

**dans l'affaire n° G 12-15-971**

concernant un pourvoi formé devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 février 2012 (RG n°2010/20.555) ayant réformé la décision n° 10-D-28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 20 septembre 2010.

## 1. INTRODUCTION

1. Le 20 septembre 2010 l'Autorité de la concurrence française a rendu une décision relative aux tarifs et aux conditions liées appliqués par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement (ci-après "la Décision"). La Décision a été réformée par la Cour d'appel de Paris. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris fait l'objet du présent pourvoi devant la Cour de cassation. Le 29 octobre 2012, la Commission européenne ("la Commission") a présenté dans le cadre de ce pourvoi des observations prises en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003<sup>1</sup> ("les observations initiales").
2. Les parties et la Commission ont été invités à présenter des observations complémentaires suite à deux arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne le 11 septembre 2014, l'arrêt *Groupement des cartes bancaires c. Commission* C-67/13P (ci-après "l'arrêt *CB*") et l'arrêt *MasterCard*, C-382/12P (ci-après "l'arrêt *MasterCard*"). La Commission examine dans les présentes observations complémentaires les conséquences de ces arrêts sur la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 et sur l'arrêt de la Cour d'appel qui fait l'objet du pourvoi.
3. La Commission renvoie à ses observations initiales sur le contexte factuel et juridique de cette affaire. Les présentes observations complémentaires examinent l'apport de l'arrêt *CB* (section 2) puis les conséquences de l'arrêt *CB* pour la présente affaire (section 3). Enfin, la Commission examine l'impact de l'arrêt *MasterCard* (section 4).

## 2. L'ARRÊT GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES

4. Le Groupement des cartes bancaires ("GCB") est une association d'entreprises réunissant de nombreuses banques qui gère le système français de paiement par carte. Ce système vise à garantir l'interopérabilité des systèmes de paiement et de retrait au moyen des cartes bancaires émises par les membres du GCB. Le système de paiement par carte est dit "biface". Sur le marché de l'émission, les banques émettent des cartes de paiement. Sur le marché de l'acquisition, les banques installent des distributeurs de billets et des terminaux de paiement et affilient les commerçants au système GCB. Les activités d'émission et d'acquisition sont indispensables l'une pour l'autre et indispensables au fonctionnement de l'ensemble du système (arrêt *CB*, point 73).

---

<sup>1</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JO L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

5. Le 17 octobre 2007, la Commission a adopté une décision établissant que GCB avait enfreint l'article 101, paragraphe 1, du TFUE en adoptant trois mesures tarifaires ayant pour objet **et** pour effet de restreindre la concurrence. Ainsi, étaient soumises au MERFA<sup>2</sup> les banques dont l'activité relative d'acquisition est notablement inférieure (moins de 50%) à leur activité d'émission<sup>3</sup>. La restriction de concurrence par objet résultait, selon la Commission, de la formule même des mesures tarifaires combinée à la difficulté pour les nouveaux entrants de créer ou développer une activité d'acquisition<sup>4</sup>. Faute de pouvoir développer une activité d'acquisition significative sur un marché saturé, le nouvel entrant sur le marché de l'émission était contraint soit d'acquitter le MERFA, soit de réduire son activité d'émission. Donc, les nouveaux entrants devaient soit s'acquitter de redevances considérables soit limiter leur activité d'émission de cartes, ce n'était pas de nature à encourager les activités d'acquisition. La décision de la Commission ajoutait que l'existence du parasitisme que les mesures étaient censées combattre n'était pas établie.
6. Le 29 novembre 2012, le Tribunal a rejeté le recours introduit par GCB, confirmant l'appréciation de la Commission concernant l'existence d'une restriction par objet et estimant qu'il n'était pas nécessaire de vérifier s'il existait également une restriction par effet<sup>5</sup>.
7. Le 11 septembre 2014<sup>6</sup>, la Cour de justice européenne («CJUE» ou la "Cour") a annulé l'arrêt du Tribunal et la Décision en ce qu'elle portait sur la restriction de concurrence par objet. Selon la Cour, le Tribunal n'a pas correctement examiné si les mesures tarifaires présentaient un degré suffisant de nocivité. En particulier, le Tribunal a omis de faire référence à la jurisprudence établissant que le «*critère juridique essentiel*» de la restriction de concurrence par objet est l'existence d'un "*degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence*» (arrêt *CB*, point 57). En outre, la CJUE a considéré que le Tribunal avait commis une erreur en considérant que la notion de restriction par objet ne

---

<sup>2</sup> Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur.

<sup>3</sup> L'activité relative d'une banque donnée, tant d'acquisition que d'émission, est le rapport entre son activité propre et celle de l'ensemble des établissements CB (voir ¶141 et la note de bas de page 212 de la Décision).

<sup>4</sup> Les obstacles au développement de la fonction acquéreur sont nombreux faute de réseau propre et en raison de la saturation du marché. Il en est de même de l'installation de distributeurs automatiques de billets ("DAB") supplémentaires (les emplacements les plus rentables sont d'ores et déjà occupés). Voir l'Arrêt, points 164 et suivants,

<sup>5</sup> Arrêt T491/07, GCB/Commission, EU:T:2012:633, points 122 à 268.

<sup>6</sup> Arrêt C-67/13 P, GCB/Commission, EU:C:2014:2204.

doit pas être interprétée de manière restrictive. L'interprétation restrictive de la restriction par objet signifie que cette notion ne peut s'appliquer qu'à une coordination qui révèle *un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence* (arrêt *CB*, point 58). En d'autres termes, la catégorie des restrictions par objet ne s'applique qu'aux accords qui sont, par leur nature même, nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. La CJUE s'est notamment fondée sur l'arrêt de la Cour du 20 novembre 2008 dans l'affaire *C-209/07P, Competition Authority/Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers*<sup>7</sup>.

8. La Cour a également rappelé que pour déterminer si un accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il faut prendre en compte: i) le contenu de ses dispositions, ii) ses objectifs et iii) le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (arrêt *CB*, point 53).
9. En ce qui concerne le contexte, la Cour a confirmé que le contexte doit être pris en compte aussi bien pour caractériser l'infraction (à charge) que pour exonérer l'accord en cause (à décharge): *«il y a lieu de prendre en compte [le contexte] pour déterminer si la teneur d'un accord [...] révèle l'existence d'une restriction de concurrence par objet»*<sup>8</sup>. La Cour a précisé que pour évaluer le contexte, il y a lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles de fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question<sup>9</sup>.
10. La CJUE a ensuite examiné si ces erreurs de droit entachaient l'analyse que le Tribunal avait faite des mesures tarifaires en cause<sup>10</sup>. Elle a considéré que l'arrêt du Tribunal était entaché d'un vice de motivation et avait fait une application erronée de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE<sup>11</sup>. La Cour a constaté que le Tribunal n'a pas expliqué en quoi la formulation des mesures (la formule tarifaire) pouvait révéler un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence<sup>12</sup>. Le Tribunal a également commis une erreur en

---

<sup>7</sup> («BIDS»), ECLI:EU:C:2008:643, point 17.

<sup>8</sup> Arrêt *CB*, point 77.

<sup>9</sup> Arrêt *CB*, point 53. En outre, la Cour a précisé que bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte; voir arrêt *CB*, point 54.

<sup>10</sup> Arrêt *CB*, points 59 et suivants.

<sup>11</sup> Arrêt *CB*, point 71.

<sup>12</sup> Arrêt *CB*, points 65 et 69.

n'examinant pas sur base de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE si la mesure permettait d'établir un équilibre optimal entre les activités d'émission et d'acquisition. Selon la Cour, le Tribunal a confondu la définition du marché en cause avec le contexte à prendre en compte afin de déterminer l'existence ou non d'une restriction de la concurrence par objet, et a analysé les effets potentiels des mesures sous couvert d'examiner les options laissées aux membres du GCB par les mesures en cause<sup>13</sup>. Selon la Cour, en appréciant les effets potentiels des mesures, le Tribunal a lui-même fait ressortir que les mesures en cause ne peuvent pas être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. La Cour en a conclu qu'aucune restriction par objet n'était établie<sup>14</sup>.

11. La Commission considère que l'arrêt *CB* s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence existante en matière de restriction de concurrence par objet.
12. En premier lieu, la Commission constate que le «*degré suffisant de nocivité*» est au cœur de la jurisprudence existante. L'arrêt *CB* confirme et applique la jurisprudence constante depuis l'affaire *Société Technique Minière (LTM)*, reprise notamment dans *BIDS*, *T-Mobile*, *GlaxoSmithKline*, *Football Association Premier League* et *Allianz*<sup>15</sup>: «*Au cas cependant où l'analyse de la teneur de l'accord ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'en examiner les effets*»<sup>16</sup>. Dans le droit fil des affaires précitées, l'arrêt considère que les effets d'un accord ne sont pas pertinents pour établir l'existence d'une restriction par objet<sup>17</sup>.
13. En second lieu, de l'avis de la Commission, il ressort clairement du point 58 de l'arrêt *CB* que l'interprétation «*restrictive*» se réfère simplement au fait que la notion de restriction «*par objet*» peut s'appliquer *uniquement* à un accord, une mesure ou une

---

<sup>13</sup> Arrêt CB, points 72 à 82.

<sup>14</sup> Arrêt CB, points 81 à 82.

<sup>15</sup> Voir l'arrêt du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, *Société technique minière (LTM)/Maschinenbau Ulm GmbH* («*MBU*»), EU:C:1966:38, Recueil, points 359 et 360; arrêt *BIDS*, cité, points 15 et 17; arrêt de la Cour du 4 juin 2009 dans l'affaire C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, ECLI:EU:C:2009:343, points 28 à 30; arrêt de la Cour du 6 juin 2009 dans les affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services et autres/Commission*, ECLI:EU:C:2009:610, point 55; arrêt de la Cour du 4 octobre 2011 dans les affaires jointes C-403/08 et C-429/08 *Football Association Premier League Ltd. et autres*, ECLI:EU:C:2011:631, point 135; arrêt de la Cour du 14 mars 2013 dans l'affaire C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt et autres*, ECLI:EU:C:2013:160, points 34 et 35.

<sup>16</sup> Arrêt CB, point 49.

<sup>17</sup> Arrêt CB, point 49.

pratique qui révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence. Cela signifie que la catégorie des restrictions par objet ne se limite ni à celles énumérées dans la liste figurant à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, ni aux restrictions par objet déjà identifiées comme telles dans la jurisprudence (les restrictions par objet "acquises" au sens du point 51 de l'arrêt *CB*). Le Tribunal a récemment confirmé que les restrictions par objet peuvent également se produire dans des cas non-typiques<sup>18</sup>. La Cour a souligné que le critère d'un «*degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence*» était la principale caractéristique des restrictions par objet et une condition nécessaire à l'établissement d'une telle restriction.

14. De même une application stricte ne signifie pas que le contexte économique et juridique ne doit pas être examiné ensemble avec l'objet et le contenu de l'accord pour établir l'existence d'un degré suffisant de nocivité. Donc, il n'y a pas de restriction par objet sans analyse de son contexte<sup>19</sup>.
15. Il appartiendra dès lors à la Cour de cassation de vérifier si c'est sur base de ces critères, tels que rappelés par l'arrêt *CB*, que la Cour d'appel a pu considérer que la preuve d'une restriction de concurrence par objet n'avait pas été établie par l'Autorité de la concurrence.

### 3. LES CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT *CB* POUR LA PRÉSENTE AFFAIRE

16. L'analyse du MERFA au regard de l'article 101 paragraphe 1, TFUE par la Cour dans l'arrêt *CB* n'est pas transposable aux commissions interbancaires sur les chèques. Selon la décision de l'Autorité de la concurrence la commission "échange image chèque" ("CEIC") concerne une collusion portant sur l'exploitation du système de traitement des paiements par chèques. Il apparaît que les banques n'étaient pas obligées de passer à l'EIC. Il apparaît aussi que, une fois adoptée, la CEIC est une commission à laquelle les banques ne peuvent pas échapper, alors que les banques pouvaient, en principe, échapper au system MERFA dans des conditions restrictives (à condition de respecter un certain ratio entre les activités d'acquisition et d'émission). Cet élément est à prendre entre autres en compte dans l'appréciation du degré suffisant de nocivité.

17. Selon la CJUE, le MERFA ne présentait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, parce qu'il n'était pas démontré que la restriction découle clairement de la

---

<sup>18</sup> Voir arrêt du 10 décembre 2014, *Ordre national des pharmaciens c Commission*, T-90/11, EU:T:2014:1049, points 304-322, spécialement point 312.

<sup>19</sup> Arrêt *CB*, point 53.

formule même du MERFA. En revanche, selon l'Autorité dans la présente affaire, la CEIC constitue par sa nature même une restriction de concurrence par objet tant sur le marché de la remise de chèques que sur le marché de l'émission de chèques.

18. Sur le marché de la remise de chèques, la CEIC, qui ne correspond à aucun service rendu, représente pour les banques remettantes un élément de coût uniforme entraînant une hausse de leurs charges d'exploitation. Or, l'accroissement du coût de production d'un bien ou d'un service est susceptible d'influencer le niveau de prix de ce service et/ou le volume de l'offre sur le marché. A titre d'information, c'est ainsi que l'une des objections que la Commission avait exprimé dans la communication des griefs dans l'affaire COMP 39.398 - *Visa MIF* tenait au fait que les commissions d'interchange (CMI) avaient pour objet et pour effet de restreindre de façon appréciable la concurrence sur les marchés de l'acquisition au détriment des commerçants et, indirectement, de leurs clients<sup>20</sup>.
19. Sur le marché de l'émission de chèques, dans le cas d'espèce, l'Autorité a relevé que la CEIC avait pour objet de restreindre la liberté de chaque banque de définir individuellement sa politique tarifaire et faisait obstacle à la libre fixation des prix sur le marché du chèque en favorisant artificiellement leur hausse du côté de la remise et leur baisse du côté de l'émission.
20. S'agissant des commissions interbancaires (les "commissions pour services connexes" ("CSC")), l'Autorité a retenu qu'un accord ayant pour objet de fixer une rémunération commune pour les banques, sans tenir compte de leurs coûts, comporte un objectif restrictif de concurrence. Les CSC ont la capacité de limiter la liberté des banques de déterminer de manière indépendante et en fonction de leurs charges propres, le montant du prix des services occasionnellement rendus pour l'exécution du paiement.
21. Au titre des justifications, dans l'affaire *CB*, le MERFA pouvait être vu, selon la Cour, comme un mécanisme de lutte contre le parasitisme, et pouvait donc participer à un développement harmonieux du système Cartes Bancaires. Dans la présente affaire, l'un des objectifs de la CEIC allégué par les banques était de ne pas favoriser l'utilisation du chèque au détriment d'autres moyens de paiement. Le groupe de travail créé par les

---

<sup>20</sup> Voir considérant 21 de la décision de Commission du 8 décembre 2010, en vertu de l'article 9 du règlement (CE) no 1/2003 (décision sur les engagements concernant les cartes de débit) et considérant 23 de la décision de Commission du 26 février 2014, en vertu de l'article 9 du règlement (CE) no 1/2003 (décision sur les engagements concernant les cartes de crédit). Voir aussi points 80, 181-182 de l'arrêt du 24 mai 2012, *MasterCard c. Commission* du Tribunal, T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260, et l'arrêt du 11 septembre 2014 *MasterCard* de la Cour, C-382/12P, ECLI:EU:C:2014:2201, points 184-186.

principales banques pour mettre en place le CEIC fixait clairement l'objectif "*que les créanciers et leurs banques ne [...] préfèrent pas [le chèque] aux autres moyens de paiement*"<sup>21</sup>. L'autre objectif poursuivi par les banques était le maintien des équilibres de trésorerie prévalant dans le système antérieur d'échange des chèques.

22. Il ressort donc que le principal apport de l'arrêt *CB* dans le cas d'espèce est de rappeler, en se fondant sur une ligne de jurisprudence continue et ininterrompue depuis l'arrêt *Société technique minière*, les conditions d'établissement de la restriction de concurrence par objet.
23. Pour écarter l'existence d'une restriction de concurrence par objet, il semble à la Commission que la Cour d'appel de Paris dans le cas d'espèce s'est essentiellement fondée sur trois considérations clés: (i) le contexte ne peut être utilisé que pour écarter la restriction par objet, non pour la démontrer<sup>22</sup>; (ii) l'existence d'un objectif légitime doit être pris en compte dans l'examen de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE; et (iii) l'absence d'effets ou les effets hypothétiques des mesures contribuent à exclure la restriction de concurrence par objet.
24. Ces trois considérations doivent être examinées à la lumière de l'arrêt *CB*.

### 3.1. La prise en compte du contexte

25. Pour déterminer si une mesure constitue une restriction de concurrence par objet, la Cour d'appel a rappelé qu'il convenait d'examiner les objectifs que cette mesure vise à atteindre ainsi que le contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère<sup>23</sup>. S'agissant du contexte, la Cour d'appel a considéré que "*la prise en compte du contexte économique et juridique ne peut, en principe, servir qu'à discuter, dans un cadre donné, la qualification de restriction par objet et non l'inverse*"<sup>24</sup>.
26. Du point de vue de la Commission, la CJUE s'est écartée, dans l'arrêt *CB*, de la proposition faite par son Avocat général sur ce point<sup>25</sup> sans même s'y référer. La CJUE n'a pas exclu que le contexte économique et juridique permette de caractériser une

---

<sup>21</sup> Considérant 381 de la Décision.

<sup>22</sup> Arrêt, p. 60.

<sup>23</sup> Arrêt, p. 56.

<sup>24</sup> Arrêt de la Cour d'appel, p. 60.

<sup>25</sup> Voir point 44 des conclusions de l'Avocat général Wahl dans l'affaire C-67/13P: "*La prise en compte du contexte dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel ne peut venir que conforter ou neutraliser l'examen des termes même de l'entente supposée. Elle ne peut nullement pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel par la démonstration des effets potentiels des mesures visées*".



restriction par objet (voir supra, para. 9), dans la ligne des arrêts *Allianz* ou *T-Mobile* ou *BIDS* auxquels l'arrêt *CB* s'est expressément référé. C'est cette approche que la Cour a suivi tout récemment dans l'affaire *Ordre national des pharmaciens*<sup>26</sup>.

27. Il appartiendra à la Cour de cassation de vérifier si cette appréciation du rôle du contexte dans la caractérisation de la restriction par objet est en ligne avec la jurisprudence de la CJUE dans l'arrêt *CB*.

### 3.2. L'analyse des effets pro-compétitifs ne peut se faire au stade de l'examen de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE

28. La Commission rappelle que pour exclure que l'accord des banques du 3 février 2000 instaurant la CEIC et huit CSC puissent être qualifiées de restriction de concurrence par objet, il paraît que la Cour d'appel de Paris a, en premier lieu, identifié un objectif présumé légitime ou nécessaire, à savoir que *"la CEIC et la CSC étaient directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange de chèques, projet d'intérêt général neutre au regard du droit de la concurrence et [...] constitutif d'un indéniable progrès technique et économique."*<sup>27</sup> La Cour d'appel de Paris relevait également *"[l]a nécessité de ne pas rendre le chèque "instrument papier" plus attractif que d'autres moyens de paiement moins coûteux"*<sup>28</sup>.

29. Dans ses observations initiales, la Commission a souligné qu'en vertu d'une jurisprudence bien établie, l'économie de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne permet pas d'écarter la qualification de restriction de concurrence par objet au motif que l'accord en cause présenterait un bilan économique positif ou produirait des avantages économiques<sup>29</sup>.

30. La Commission considère que cette ligne n'a pas été remise en cause ou modifiée par l'arrêt *CB*. L'arrêt *CB* a, au contraire, expressément rappelé que *"le fait que les mesures en cause poursuivent un objectif légitime de lutte contre le parasitisme n'exclut pas qu'elles puissent être considérées comme ayant un objet restrictif de concurrence"*<sup>30</sup>. C'est ainsi que l'arrêt *CB* ne remet pas en cause la jurisprudence selon laquelle *"...il*

<sup>26</sup> Arrêt du 10 décembre 2014; *Ordre national des pharmaciens c. Commission*, T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049, point 322.

<sup>27</sup> Arrêt, p. 61.

<sup>28</sup> Arrêt, p. 62.

<sup>29</sup> Voir points 38 et suivantes des observations initiales et la jurisprudence citée.

<sup>30</sup> Point 70 de l'arrêt *CB*.

*importe peu que les entreprises se soient concertées pour des motifs parmi lesquels certains étaient légitimes. Ainsi, la Cour a jugé qu'un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes (arrêt Beef Industry Development Society et Barry Brothers, point 304 supra, point 21)<sup>31</sup>.*

31. En particulier, la question de savoir si les pertes de trésorerie engendrées par l'accélération du traitement des chèques devait donner lieu à compensation et, dans l'affirmative, la question de savoir si l'instauration de la CEIC était indispensable pour atteindre cet objectif pourrait être analysé sur deux plans. En premier lieu, si cette mesure est invoquée comme une justification d'efficacité, elle relèverait exclusivement de l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE<sup>32</sup>, car l'arrêt CB ne reconnaît pas l'existence d'une *rule of reason* lors de l'examen d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. De même, les arrêts *MasterCard* du Tribunal et de la Cour confirment sur ce point la jurisprudence constante<sup>33</sup>. En deuxième lieu, si la mesure est invoquée comme une justification d'indispensabilité (c'est-à-dire au titre de la théorie des restrictions accessoires), elle relèverait de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE mais un tel moyen doit être rejeté dans le cas d'espèce pour les raisons déjà expliquées (voir aussi *infra* points 38 et seq. sur l'arrêt *MasterCard*).
32. Il appartiendra à la Cour de cassation de s'assurer que les objectifs évoqués par la Cour d'appel - tel que l'objectif de préservation des équilibres de trésorerie entre banques suite à l'accélération du traitement des chèques par le système EIC et l'objectif de ne pas favoriser l'utilisation des chèques au détriment d'autres moyens de paiement – soient examinés dans le cadre approprié de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.
33. Il appartiendra également à la Cour de cassation d'examiner si l'analyse de la justification de la mesure dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE ne devait pas également prendre en compte un autre objectif, allégué par les banques, de modernisation du

---

<sup>31</sup> Voir aussi l'arrêt du 14 mars 2013 *Fresh del Monte*, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129, point 425.

<sup>32</sup> La Commission observe que d'autres objectifs légitimes ont été invoqués devant la Cour d'appel, telle la nécessité de créer un circuit de compensation des chèques en euros, coexistant temporairement avec l'ancien circuit de compensation des chèques en francs. S'il existait une alternative au système retenu, elle était apparemment plus onéreuse et plus complexe (p. 60 de l'arrêt). L'examen de ces justifications relève de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

<sup>33</sup> Voir points 80, 181-182 de l'arrêt *MasterCard* du Tribunal, T-111/08, et l'arrêt *MasterCard* de la Cour, points 180 et 237.

système d'échange des chèques, à savoir les économies de traitement des transactions par chèque.

### 3.3. L'existence d'effets hypothétiques

34. La Cour d'appel souligne que l'accord n'a pas pour objet de fixer les prix finaux et la répercussion partielle ou totale de la CEIC sur les prix serait par trop hypothétique<sup>34</sup>.
35. En premier lieu, l'arrêt *CB* a rappelé avec force que la restriction de concurrence par objet se rapporte à la nature de l'accord et non à ses effets. La Cour ne s'est pas écartée de la jurisprudence selon laquelle un accord qui est par nature suffisamment nocif relève de la restriction par objet, quels que soient ses effets. L'appréciation de la restriction par objet ne nécessite pas d'examiner ou d'apprécier ses effets actuels ou potentiels.
36. En second lieu, en citant à plusieurs reprises l'arrêt *BIDS*<sup>35</sup>, dont elle confirme ainsi la pertinence, la Cour a rappelé qu'une mesure qui a pour objet de modifier sensiblement la structure du marché peut être qualifiée de restriction de concurrence par objet. La Commission renvoie sur ce point également à l'affaire *T-Mobile*<sup>36</sup> et à l'affaire *GlaxoSmithKline*<sup>37</sup>.
37. Il appartient également à la Cour de cassation de vérifier si les considérations de la Cour d'appel sur l'existence d'effets hypothétiques en l'espèce sont appropriées pour établir l'absence de restrictions de concurrence par objet.

## 4. L'APPORT DE L'AFFAIRE MASTERCARD

### 4.1. L'arrêt *MasterCard* et les restrictions accessoires

38. La question de savoir si la Cour d'appel a appliqué la théorie des restrictions accessoires à l'affaire en cause reste incertaine puisque la Cour d'appel n'y fait pas expressément

---

<sup>34</sup> Arrêt, p. 66.

<sup>35</sup> Arrêt du 20 novembre 2008, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07, EU:C:2008:643.

<sup>36</sup> Arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, points 38-39: "En tout état de cause, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'Avocat général au point 58 de ses conclusions, l'article 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle. Dès lors, contrairement à ce que semble considérer la juridiction de renvoi, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée ne saurait être subordonnée à celle d'un lien direct de celle-ci avec les prix à la consommation".

<sup>37</sup> Arrêt du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline*, C-501/06P, ECLI:EU:C:2009:610, Point 63.

référence mais utilise des formules similaires à celles utilisées par la jurisprudence pour caractériser la restriction accessoire<sup>38</sup>. La Cour d'appel relève (p. 61) que "les stipulations de cet accord, qui portent sur les conditions interbancaires du passage à l'EIC, constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables; que la CEIC et les CSC étaient ainsi directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange des chèques, projet d'intérêt général neutre au regard du droit de la concurrence et par surcroît constitutif d'un indéniable progrès technique et économique pour tous les opérateurs et acteurs concernés, et cela dès le déploiement du nouveau système EIC, le 1<sup>er</sup> janvier 2002"<sup>39</sup>.

39. La Commission observe que l'arrêt *MasterCard* du 11 septembre 2014 a rappelé avec force les conditions requises pour appliquer la théorie des restrictions accessoires. La Commission renvoie aux points 89 à 91 de l'arrêt. En particulier, la Cour observe que "le fait que ladite opération soit simplement rendue plus difficilement réalisable voire moins profitable en l'absence de la restriction en cause ne saurait être considérée comme conférant à cette restriction la caractéristique "objectivement nécessaire" requis afin de pouvoir être qualifiée d'accessoire" (point 91).

40. Il appartiendra à la Cour de cassation d'apprécier si le nouveau système de dématérialisation de la compensation des chèques imposait comme objectivement indispensable et proportionnée la mise en place de la CEIC et des CSC. Malgré les allégations sur les avantages des CMI pour le bon fonctionnement du système de paiement, dans l'arrêt *MasterCard*, le Tribunal<sup>40</sup> et la Cour<sup>41</sup> ont considéré que le système MasterCard pouvant fonctionner en l'absence de CMI, il n'y avait donc pas de place pour la restriction accessoire, car de tels arguments doivent être analysés dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

#### **4.2. L'Arrêt *MasterCard* et l'appréciation des effets pro-compétitifs dans un système biface**

41. Dans l'arrêt *MasterCard*, la Cour a confirmé l'approche de la Commission consistant à considérer que, bien que le système soit biface, la Commission était fondée à caractériser

---

<sup>38</sup> Voir notes de bas de page 69 et 70 des observations initiales de la Commission.

<sup>39</sup> Soulignement de la Commission.

<sup>40</sup> Voir points 90-91 de l'arrêt du 24 mai 2012, *MasterCard inc. e. a. c. Commission*, T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260.

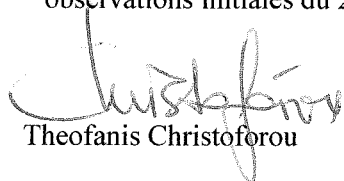
<sup>41</sup> Voir les points 89-91 de l'arrêt *MasterCard de la Cour*.

la restriction sur une face du système seulement, c'est-à-dire sur le marché pertinent, parce que la demande est distincte de chaque côté de ce système biface. C'est ainsi que des restrictions ont pu être identifiées dans des systèmes bifaces. Dans chaque cas la restriction a été identifiée sur l'un des volets du système biface<sup>42</sup>.

42. Les arrêts MasterCard du Tribunal et de la Cour ont exclu l'application de la *règle de raison* et ont concentré l'examen des gains d'efficacité dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE exclusivement<sup>43</sup>. MasterCard a tenté sans succès de faire admettre par la Commission, le Tribunal et la Cour des moyens sur le caractère biface du système CB et la mise en avant des avantages économiques au stade de l'analyse de la restriction. Mais il est maintenant clair que de tels arguments ne relèvent que de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

## CONCLUSION

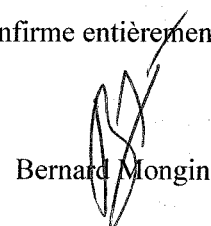
43. La Commission considère que l'arrêt *CB* s'appuie sur la jurisprudence antérieure sans en modifier la substance pour rappeler les critères d'appréciation de la restriction de concurrence par objet.
44. La Commission fait valoir, en conclusion, que l'arrêt *CB* et l'arrêt *MasterCard* du 11 septembre 2014 n'altèrent pas et ne remettent pas en cause l'analyse effectuée dans ses observations initiales du 29 octobre 2012, que la Commission confirme entièrement.



Theofanis Christoforou



Viktor Bottka



Bernard Mongin

Agents de la Commission

---

<sup>42</sup> Voir également la décision de la Commission du 3 octobre 2007 dans l'affaire COMP/D1/37.860 Morgan Stanley / Visa.

<sup>43</sup> Voir points 80, 181-182 de l'arrêt *MasterCard* du Tribunal, T-111/08, et l'arrêt *MasterCard* de la Cour, points 180 et 237.