



COMMISSION EUROPÉENNE

SERVICE JURIDIQUE

Pour copie certifiée
conforme à l'original

Bruxelles, le 29 octobre 2012
sj.e(2012)1391608

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

**OBSERVATIONS DE LA COMMISSION EUROPEENNE
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3, DU REGLEMENT N° 1/2003**

représentée par ses agents, Messieurs Theofanis Christoforou, Conseiller juridique principal, et Bernard Mongin et Nicolas von Lingen, 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.	L'INTERVENTION DE LA COMMISSION EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3, DU REGLEMENT N° 1/2003	3
2.	CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE.....	4
2.1.	La Décision de l'Autorité	4
2.2.	L'arrêt de la Cour d'appel de Paris	6
3.	PLAN.....	8
4.	LA NOTION DE "RESTRICTION PAR OBJET"	8
4.1.	Généralités sur la restriction par objet	8
4.2.	Un accord a un objet anticoncurrentiel s'il est nuisible par nature au jeu normal de la concurrence	10
4.3.	L'absence de restriction par objet ne se prouve pas par l'absence d'effet.....	12
4.4.	La qualification de restriction par objet d'un accord ne dépend pas du caractère effectif de la répercussion sur le client final	14
5.	L'APPRECIATION DU CARACTERE EXEMPTABLE DE L'ACCORD SE FAIT DANS LE CADRE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 3, DU TFUE.....	16
6.	CE N'EST QUE LORSQU'UNE MESURE EST OBJECTIVEMENT NECESSAIRE QU'ELLE S'APPRECIE DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1, DU TFUE: LA THEORIE DES RESTRICTIONS ACCESSOIRES.....	18
7.	L'OPPORTUNITE DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE	19
8.	CONCLUSION.....	20

1. L'INTERVENTION DE LA COMMISSION EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3, DU REGLEMENT N° 1/2003

1. En vertu de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003¹, lorsque l'application cohérente de l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après "TFUE") l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales.
2. La Commission a été informée de l'adoption de la décision de l'Autorité de la concurrence française ("l'Autorité") n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 *relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement* ("la Décision")² et de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 février 2012 rendu sur appel des banques incriminées³. La Commission considère que cet arrêt soulève d'importantes questions de principe et d'interprétation susceptibles d'affecter l'application cohérente de l'article 101 du TFUE au sein de l'Union européenne. La Commission vise en particulier la notion de restriction par objet et celle de restriction accessoire. La Commission juge par conséquent nécessaire de soumettre à la Cour de cassation des observations en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 afin de l'assister dans son jugement. Par lettre du 3 octobre 2012 les services de la Commission ont fait connaître à la Cour de cassation son intention de présenter des observations.
3. En présentant des observations au titre de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 la Commission ne considère pas qu'elle est une « partie intervenante » au

¹ 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.

² Conformément à l'article 11, paragraphe 4, du règlement n°1/2003 la Commission a été consultée sur le projet de décision de l'Autorité. En outre, lors de la première audition organisée par l'Autorité, un représentant de la Direction générale de la concurrence de la Commission a été entendu comme "expert informel". La Commission a également été représentée à la deuxième audition du 13 avril 2010.

³ Notamment par lettre du Président de l'Autorité en date du 3 mai 2012.

sens procédural du terme. La Commission n'est pas appelée à soutenir les conclusions de l'une ou l'autre des parties principales au litige, mais à éclairer et assister, de façon objective en tant qu'*amicus curiae*, la juridiction nationale saisie d'une affaire soulevant des questions d'application ou d'interprétation des règles de concurrence de l'Union. Partant, la Commission s'efforcera d'assister la Cour sur l'application et l'interprétation des dispositions applicables ainsi que sur la pratique décisionnelle pertinente, mais elle s'abstiendra de conclure à l'appui des conclusions de l'une ou l'autre des parties⁴.

2. CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE

2.1. La Décision de l'Autorité

4. Par la Décision, l'Autorité a sanctionné les principaux établissements bancaires français pour s'être entendus sur la mise en place de commissions interbancaires liées au paiement par chèque à l'occasion de la mise en place d'un système informatisé de compensation des chèques. L'Autorité a considéré que la théorie des restrictions accessoires ne pouvait pas être retenue⁵, que ces sociétés avaient enfreint tant l'article 101 du TFUE que les dispositions correspondantes de droit interne, que les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE n'étaient pas réunies et a infligé aux banques des amendes.
5. La mise en place en 2000 de la dématérialisation de la compensation des chèques entre banques ("*l'échange image chèque*") a permis de réduire le temps de traitement des chèques avec pour conséquence d'avantager la banque remettante (c'est-à-dire la banque dépositaire du compte qui reçoit le paiement, généralement le compte d'un commerçant) qui est en mesure de placer plus rapidement les sommes encaissées, tandis que la banque tirée perd plus rapidement la disposition des fonds et voit son *float* réduit.

⁴ Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JO C 101 du 27 avril 2004, p. 54, paragraphes 17 et suivants." Il n'est pas exclu, toutefois, que l'interprétation soutenue par la Commission, ou la pratique décisionnelle dont la Commission fait part, puisse aller dans le sens des thèses soutenues par l'une des parties plutôt qu'une autre.

⁵ Considérants 305-322 de la Décision.

6. A l'occasion de cette dématérialisation du traitement du chèque, les 11 plus grandes banques françaises se sont entendues le 3 février 2000 sur les commissions interbancaires suivantes:

-une commission à l'opération, systématiquement perçue à l'occasion de chaque paiement par chèque (commission "échange image chèque", "CEIC", d'un montant fixe de 4,3 centimes d'euro par chèque, versée par la banque remettante à la banque tirée); cette commission était censée compenser la perte de trésorerie subie par la banque tirée du fait de la réduction du temps de traitement, et donc la diminution du *float*. Cette commission devait être perçue pendant trois ans;

-plusieurs commissions occasionnelles, liées à certains services occasionnellement rendus par les banques pour l'exécution des paiements par chèque (commissions pour services connexes, dites "CSC").

7. L'Autorité a relevé que l'adoption de la CEIC constituait une restriction de concurrence par objet tant sur le marché de la remise de chèques que sur le marché de l'émission de chèques. Sur le marché de la remise de chèques⁶, 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. Sur le marché de l'émission de chèques⁷, 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.
8. L'Autorité a également analysé les objectifs poursuivis par les banques adoptant la CEIC⁸, à savoir, d'une part, la préservation des équilibres de trésorerie existants entre banques dans l'ancien système de compensation physique des chèques, et, d'autre part, l'objectif de ne pas favoriser l'utilisation du chèque au détriment d'autres moyens de paiement. L'Autorité a observé que ce dernier objectif, aussi légitime

⁶ Considérants 366 à 374 de la Décision.

⁷ Considérant 379 de la Décision.

⁸ Considérants 380 à 384 de la Décision.

soit-il, ne retirait pas à l'accord tarifaire multilatéral en cause son caractère anticoncurrentiel⁹.

9. S'agissant des CSC, l'Autorité a également 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 concurrence¹⁰. Cet accord a 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 paiement¹¹.

2.2. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris

10. Statuant sur appel des banques, la Cour d'appel a invalidé cette analyse. La Cour a considéré que l'accord des banques du 3 février 2000 instaurant le CEIC et huit commissions interbancaires ne pouvait pas être qualifié de restriction par objet. Elle en a déduit que l'Autorité ne pouvait se dispenser d'examiner les effets de cet accord et de rapporter la preuve d'une éventuelle restriction de concurrence par effet¹².
11. La Cour a estimé que tous les éléments du contexte économique et juridique de nature à discuter de la qualification de restriction par objet doivent être pris en compte par l'Autorité dans son analyse. La Cour d'appel a constaté tout d'abord que l'accord avait pour objectif, en premier lieu, de "*compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques*" liées à sa dématérialisation¹³ et, en second lieu "*de ne pas rendre le chèque "instrument papier" plus attractif que d'autres moyens de paiement moins coûteux*"¹⁴. Elle a considéré que l'instauration des commissions critiquées poursuivait un objectif légitime et s'inscrivait dans le

⁹ Considérant 383 de la Décision.

¹⁰ Considérants 385 et suivants de la Décision.

¹¹ Considérant 387 de la Décision.

¹² Page 69 de l'arrêt. Constatant que les effets anticoncurrentiels de l'accord n'avaient pas été examinés, la Cour d'appel a mis les banques hors de cause et annulé les amendes prononcées.

¹³ Page 62 de l'arrêt.

¹⁴ Page 62, paragraphe 3, de l'arrêt.

cadre d'un projet d'intérêt général "neutre au regard de la concurrence" et constitutif d'un progrès économique dont l'accord est indissociable¹⁵.

12. Ensuite, la Cour a souligné que l'accord, de nature transitoire, était limité aux relations interbancaires et n'avait pas pour objet de fixer un tarif commun des prestations fournies aux clients des banques. Elle a estimé également que la teneur de l'accord instituant la CEIC "ne permet pas d'affirmer avec suffisamment de certitude qu'en raison d'une influence potentielle sur le niveau des prix finaux découlant de façon indubitable de l'accord", cet accord a par nature la capacité de restreindre la concurrence¹⁶. La Cour a retenu que l'accord ne peut être assimilé à un "cartel secret"¹⁷, et n'a pas pour objet de fixer des prix finaux. La répercussion partielle ou totale de la CEIC sur les prix serait "par trop hypothétique"¹⁸. La Cour en a déduit que l'accord ne révèle pas un degré de nocivité suffisant pour être assimilé à des formes de collusion pouvant être considérées comme nuisibles par leur nature même au jeu de la concurrence¹⁹.
13. La Décision avait rejeté l'hypothèse que les commissions en cause puissent constituer des restrictions accessoires par rapport à l'échange image chèque ("EIC")²⁰. Sur ce point, la Cour d'appel n'a pas répondu à l'Autorité par une section spécifique de son arrêt, mais par des indications qui paraissent suggérer que les conditions d'application de cette théorie seraient, selon la Cour d'appel, remplies²¹.

¹⁵ Pages 61-62 de l'arrêt.

¹⁶ Page 67 de l'arrêt.

¹⁷ Page 64 de l'arrêt.

¹⁸ Page 66 de l'arrêt.

¹⁹ Page 69 de l'arrêt.

²⁰ Considérants 305-322 de la Décision.

²¹ Voir page 61 de l'arrêt: "les stipulations de l'accord incriminé et les objectifs poursuivis...constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables."; page62: "...l'instauration des commissions [...] poursuivait un objectif économique légitime"; page 68: "...il est établi qu'en pratique [...] la mise en œuvre du nouveau système de compensation au moyen d'une multitude d'accords bilatéraux était pratiquement impossible et que, dans ces conditions, les modalités transitoires de passage à l'EIC, dont la CEIC et les CSC constituaient un accessoire, n'ont pu être décidées concrètement que dans un cadre bilatéral..."; Même page: "...il suffit ... de se référer aux développements qui précèdent sur la nécessité, qui vient d'être vérifiée de manière concrète, de recourir à un accord multilatéral..." (Soulignements de la Commission).

Reprenant le langage utilisé en matière de restrictions accessoires, la Cour d'appel a relevé que les commissions en cause constituaient un "accessoire" "indissociable" du passage à l'EIC.

3. PLAN

14. La Commission n'entend pas prendre position sur l'existence ou non d'une infraction à l'article 101 du TFUE au cas d'espèce. La Commission entend simplement souligner que l'examen de la qualification de "restriction par objet" est soumis à certaines prescriptions par la jurisprudence des juridictions de l'Union (voir section 4). Par ailleurs, l'examen d'une éventuelle exemption ne peut se faire que dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE (section 5). Enfin, l'application de la théorie des restrictions accessoires est soumise à un certain nombre de conditions (section 6). Il appartiendra à la Cour de cassation d'examiner si l'analyse des commissions à laquelle la Cour d'appel a procédé répond à ces critères.

4. LA NOTION DE "RESTRICTION PAR OBJET"

15. L'interprétation restrictive que la Cour d'appel fait de la notion de restriction par objet en droit de l'Union suscite d'importantes réserves de la part de la Commission. Il semble que l'arrêt de la Cour d'appel s'écarte du droit de l'Union tel qu'il est interprété par les juridictions de l'Union. Si cette interprétation était confirmée par la Cour de cassation, elle pourrait être de nature à mettre en péril l'application cohérente de l'article 101 du TFUE en France.

4.1. Généralités sur la restriction par objet

16. Aux termes de l'article 101 du TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur.
17. L'objet et l'effet anticoncurrentiel d'un accord sont des conditions non pas cumulatives mais alternatives pour apprécier si un accord relève de l'interdiction de l'article 101 du TFUE. Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 30 juin

1966 *Société Technique Minière*²², le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction "ou" conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte dans lequel il doit être appliqué²³. La prise en compte des effets concrets d'un accord est superflue quand celui-ci a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun²⁴. Autrement dit, l'accord est interdit indépendamment de tout effet lorsqu'il a un objet anticoncurrentiel²⁵. Les effets ne sont pris en compte que pour le calcul du montant de l'amende, le cas échéant²⁶.

18. En vertu d'une jurisprudence constante, *"pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher notamment à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. En outre bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer la caractère restrictif d'un accord, rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions communautaires d'en tenir compte."*²⁷
19. La restriction par objet se distingue de la restriction par effet en ce que *"certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature*

²² Arrêt du 30 juin 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c Maschinenbau Ulm GmbH*, 56/65, Rec. 1966 p. 337, 359.

²³ Arrêt de la Cour du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services c Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-159/06 P, Rec. 2009 p. I-9291, point 55; arrêt du 4 octobre 2011 *Football Association*, C-403/88 et C-429/88, non encore publié, point 135; arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-cosmétique SAS c Président de l'Autorité de concurrence*, C-439/09, non encore publié, point 34; arrêt du 24 mai 2012, *MasterCard Inc. et autres c Commission*, T-111/08, non encore publié, point 139. Voir également la citation au considérant 15 de la Décision.

²⁴ Arrêt du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig c Commission*, 56/64 et 58/64, Rec. 1966 p. 429, 496; arrêt du 21 octobre 2003 *General Motors Nederland et autres c Commission*, T-368/00, Rec. 2003 p. II-4491, point 104, confirmé sur pourvoi par l'arrêt du 6 avril 2005, *General Motors BV c Commission*, C-551/03 P, Rec. 2005 p. I-3173; arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, Rec. 2009 p. I-4529, point 29; arrêt *Pierre Fabre Dermo-cosmétique SAS*, précité, point 34. Voir également à propos des pratiques concertées le point 42 des conclusions de Mme l'avocat général Kokott dans l'affaire C-8/08 et la jurisprudence citée. Voir, à propos de la commission bancaire prévue après les accords d'Helsinki (accord sur l'acceptation par les commerçants en France des Eurochèques tirés sur les institutions financières étrangères), le point 87 de l'arrêt 23 février 1994, *Groupement des cartes bancaires "CB" c Europay International SA*, aff. jointes T-39/92 et T-40/92, Rec. 1994 p. II-54.

²⁵ Arrêt du 8 juillet 1999, *Commission c Anic Participazioni*, C-49/92 P, Rec. 1999 p. I-4125, point 123.

²⁶ Arrêt *T-Mobile*, précité, point 32.

²⁷ Arrêt *GlaxoSmithKline*, précité, point 58, jurisprudence citée omise.

même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence"²⁸. Un accord est considéré comme une restriction de concurrence par objet lorsqu'il présente un *degré suffisant de nocivité*²⁹. Ce n'est que lorsque la teneur de l'accord ou de la pratique concertée ne révèle pas ce degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence qu'il convient d'en examiner les effets³⁰.

4.2. Un accord a un objet anticoncurrentiel s'il est nuisible par nature au jeu normal de la concurrence

20. Pour dénier à la CEIC le caractère de restriction par objet, la Cour d'appel met en avant les objectifs poursuivis par les banques, à savoir (i) la compensation des pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques et (ii) la volonté de ne pas rendre le chèque plus attractif que d'autres moyens de paiement moins coûteux³¹.
21. Toutefois, un accord peut être restrictif par objet même si les parties à cet accord sont en mesure de prouver que leur objectif premier n'était pas de restreindre la concurrence, ou qu'ils avaient d'autres motifs légitimes³². Les arguments tendant à démontrer que de tels accords peuvent avoir des objectifs et des effets pro-concurrentiels ne sont pas examinés à la lumière des dispositions de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE³³, mais plutôt au regard de celles de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE³⁴ (voir infra).

²⁸ Arrêt du 20 novembre 2008, *Competition Authority c Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07, Rec. 2008 p. I-8637, point 17; arrêt *T-Mobile*, précité, point 29. Voir également le point 21 des Lignes directrices de la Commission sur l'application de l'article 81(3), JO C101 du 27 avril 2004 p. 97.

²⁹ Arrêt *Société Technique Minière*, précité, p. 359; arrêt *Beef Industry*, précité, point 15; arrêt *T-Mobile*, précité, point 28; arrêt *GlaxoSmithKline*, précité, point 55, arrêt du 9 juillet 2009, *Automobiles Peugeot c Commission*, T-450/05, Rec. 2009 p. II-2533 point 43; arrêt *Mastercard*, précité, point 139. Voir également Lignes directrices sur l'application de l'article 81(3), précitées, points 22 et 23.

³⁰ Arrêt *T-Mobile*, précité, point 28.

³¹ Voir supra paragraphe 11.

³² Voir l'arrêt du 8 novembre 1983, *NV IAZ International Belgium et autres c Commission*, aff. jointes 96-102, 104, 105, 108 et 10/82, Rec. 1983 p. 3369, point 25.

³³ Voir arrêt du 15 septembre 1998, *European Night Services et autres c Commission*, aff. jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. 1998 p. II-3141, point 136.

³⁴ Voir considérants 401-402 de la décision de la Commission du 19 décembre 2007 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne et de l'article 53

22. Tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché³⁵. En vertu d'une jurisprudence constante, l'article 101, paragraphe 1, du TFUE vise à interdire "*toute forme de coordination qui substitue sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence*"³⁶.
23. Pour constituer une restriction par objet, il suffit qu'un accord ou une décision ait *par nature* la capacité de restreindre la concurrence³⁷. Un accord qui fixe de façon directe ou indirecte les prix de vente et fausse l'évolution normale des prix sur le marché est une restriction suffisamment grave pour pouvoir être qualifiée de restriction par objet³⁸. Il en est de même de l'accord par lequel des entreprises concurrentes s'entendent pour réduire leurs capacités sur le marché contre une indemnisation³⁹. L'accord permettant de maintenir le statu quo entre concurrents pour figer la répartition de la clientèle entre eux et empêcher l'entrée sur le marché d'opérateurs concurrents établis dans d'autres Etats membres est également une restriction de concurrence par objet⁴⁰.
24. La question est ici de savoir s'il y a restriction par objet lorsque des banques s'entendent, non pas pour réduire leurs capacités sur le marché comme dans l'affaire *Beef Industry*, mais pour fixer en commun et figer la répartition des coûts de la compensation entre banques et limiter la liberté des banques d'établir leur politique de tarification de manière autonome.

de l'accord EEE dans l'affaire COMP/34.579 – *MasterCard*, affaire COMP/36.518 – *EuroCommerce*, affaire COMP/38.580 – *Commercial Cards* ("décision *Mastercard*"), dont une version non-confidentielle est disponible sur le site internet de la DG Concurrence (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1890_2.pdf).

³⁵ Voir arrêt *Beef Industry*, précité, point 34.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Lignes directrices sur l'application de l'article 81(3), précitées, paragraphe 21.

³⁸ Voir l'arrêt du 10 mars 1992, *ICI*, 13/89, Rec. 1992 p. II-1021, point 311; arrêt *T-Mobile*, précité, point 37; arrêt *Mastercard*, précité, points 140-141. Voir également les lignes directrices sur l'application de l'article 81(3) CE, précitées, point 23.

³⁹ Arrêt *Beef Industry*, précité, point 31; lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) du traité, précitées, point 21.

⁴⁰ Voir l'arrêt du 27 juillet 2005, *Brasserie nationale et autres c Commission*, aff. jointes T-49/02 à T-51/02, Rec. 2005 p. II-3033, point 85.

25. Il ressort de la Décision et de l'arrêt que l'ensemble des grandes banques françaises se sont entendues sur la manière de gérer le revenu additionnel résultant pour les banques majoritairement remettantes de la durée plus courte de la compensation entre banques. Les banques se sont entendues pour que ce revenu soit reversé aux banques tirées à travers la CEIC. L'objet de l'accord entre les banques était de couvrir les pertes de trésorerie subies par les banques tirées à l'occasion de la mise en place du nouveau système et de priver les banques remettantes de la possibilité de faire directement bénéficier les clients finals des conséquences financières de la réduction du temps de compensation.
26. Les banques ont substitué à la liberté pour les banques majoritairement remettantes de gérer ce revenu additionnel une uniformisation des conditions de gestion du nouveau système. Il apparaît que les banques se sont concertées sur le niveau de la commission à percevoir à l'occasion de chaque paiement par chèque au lieu de laisser la libre concurrence décider du principe et du niveau de cette commission. La CEIC pourrait être définie comme une mesure constituant un obstacle à une réduction de coûts puisque les banques se sont entendues pour maintenir une charge qui n'aurait pas dû subsister avec la réforme.
27. La Commission considère sur base des faits disponible que la CEIC a créé dans le chef des banques tirées une hausse artificielle des revenus qui ne résulte pas de la concurrence par les mérites, mais d'une entente permettant de figer le marché comme si la réforme de la compensation n'avait pas eu lieu et de cristalliser les situations acquises.
28. Au vu de la jurisprudence précitée, la Commission considère qu'il appartiendra à la Cour de cassation de vérifier si l'accord par lequel les banques restreignent au moins indirectement leur liberté en matière de politique tarifaire et s'entendent sur la régulation de l'utilisation des divers moyens de paiement ne constitue pas par lui-même une restriction particulièrement sérieuse sachant que cet accord relève au moins potentiellement le coût des services bancaires pour le client final.

4.3. L'absence de restriction par objet ne se prouve pas par l'absence d'effet

29. Par nature même, l'absence de restriction par objet ne peut pas se prouver par l'absence d'effet concret dans le cas en cause sauf à supprimer la distinction entre restriction par objet et restriction par effet. Dans ses conclusions sur l'affaire *T-*

Mobile, Mme l'avocat général Kokott l'a rappelé: "...l'interdiction des infractions par objet ne saurait donc être interprétée en ce sens que la présence d'un objet anticoncurrentiel n'établirait qu'une sorte de présomption d'illégalité susceptible d'être réfutée par l'absence dans le cas concret, d'effets négatifs sur le fonctionnement du marché. Une telle interprétation aboutirait en effet à amalgamer de façon illicite les deux cas de figure que l'article 81, paragraphe 1, CE a voulu séparer: l'interdiction de toute collusion ayant un objet anticoncurrentiel, d'une part, et l'interdiction de toute pratique collusoire ayant un effet anticoncurrentiel, d'autre part."⁴¹

30. L'avocat général ajoutait: "C'est donc aller trop loin que de subordonner la constatation de l'existence d'un objet anticoncurrentiel à celle de la présence ou de l'absence d'effets anticoncurrentiels concrets, que ce soit pour le concurrent, le consommateur ou le public en général. Pour l'interdiction prévue par l'article 81, paragraphe 1, CE, il suffit au contraire que la pratique concertée soit, au vu des règles d'expérience commune, susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. Autrement dit, elle doit simplement être concrètement – c'est-à-dire en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit – apte à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun."⁴²
31. L'existence d'une restriction par objet ne peut être rejetée au motif qu'il n'y a pas d'effet restrictif certain. La jurisprudence est particulièrement claire sur ce point: il n'est pas nécessaire d'examiner les effets actuels ou potentiels d'un accord sur le marché dès lors que son objet anticoncurrentiel a été établi⁴³. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de prendre en compte les effets concrets d'un accord lorsqu'il a pour objet de restreindre la concurrence⁴⁴.

⁴¹ Conclusions dans l'affaire C-08/08, point 45, note de bas de page omise, Rec. 2008 p. I-8637.

⁴² Ibidem point 46, notes omises.

⁴³ Arrêt *Beef Industry*, précité, point 16; arrêt *T-Mobile*, précité, point 29; arrêt *Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques*, précité, point 34.

⁴⁴ Arrêt du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig c Commission*, 56/64, précité; arrêt du 11 janvier 1990, *Sandoz c Commission*, C-277/87, Rec. 1990 p. I-45; arrêt du 17 juillet 1997, *Ferriere Nord c Commission*, C-219/95 P, Rec. 1997 p. I-4411, points 14 et 15; point 20 des lignes directrices sur l'article 81(3) CE, précitées.

4.4. La qualification de restriction par objet d'un accord ne dépend pas du caractère effectif de la répercussion sur le client final

32. La constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'une entente n'est pas nécessairement subordonnée à la preuve concrète d'un lien direct de cette entente avec les prix supportés par le client final ou les prix à la consommation⁴⁵. L'objet anticoncurrentiel de la restriction ne dépend pas nécessairement du point de savoir si l'accord comporte des inconvénients pour les consommateurs finals⁴⁶. Le bénéfice pour les consommateurs finals est indifférent⁴⁷. Il peut y avoir restriction de concurrence par objet alors que seule la structure du marché est affectée⁴⁸. C'est ainsi que dans l'affaire *GlaxoSmithKline* portant sur un accord limitant l'importation parallèle de médicaments, la Cour de justice a critiqué le Tribunal pour avoir considéré que seuls les accords privant les consommateurs de certains avantages pourraient avoir un objet anticoncurrentiel⁴⁹. La Cour a observé sans ambiguïté que *"la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix."*⁵⁰
33. Dans la décision *GSA*⁵¹ la Commission a relevé qu'une commission multilatérale uniforme sur les virements constituait une restriction de concurrence par objet⁵² car elle limitait la liberté des banques parties à l'accord de fixer le niveau de la commission dans le cadre de négociations bilatérales. Dans le cas de *GSA* l'accord laissait les banques *"expressément libres de décider de manière autonome de*

⁴⁵ Voir à propos d'une pratique concertée, les points 36 à 38 de l'arrêt *T-Mobile*, précité.

⁴⁶ Voir l'arrêt *GlaxoSmithKline*, précité, point 64; arrêt *T-Mobile*, précité, points 36-39.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Voir arrêt *GlaxoSmithKline*, précité, point 63.

⁴⁹ Voir points 62-63 de l'arrêt *GlaxoSmithKline*, précité.

⁵⁰ Point 63 de l'arrêt *GlaxoSmithKline*, précité.

⁵¹ Décision de la Commission du 8 septembre 1999 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, IV/34.010 *Nederlandse Vereniging van Banken* (accord GSA de 1991), IV/33.793 *Nederlandse Postorderbond*, IV/34.234 *Verenigde Nederlandse Uitgeversbedrijven* et IV/34.888 *Nederlandse Organisatie van Tijdschriften Uitgevers/Nederlandse Christelijke Radio Vereniging*, JO L 271 du 21 octobre 1999 p. 28.

⁵² Considérant 48 de la Décision.

répercuter ou non la commission"⁵³. Une restriction par objet est compatible avec un effet potentiel sur les prix finaux.

34. Dans l'affaire *T-Mobile*, la Cour a jugé que constituait une restriction par objet l'échange d'informations entre opérateurs de téléphonie mobile sur la réduction des rémunérations standard des revendeurs d'abonnements sur un marché oligopolistique sachant que ces rémunérations sont un élément déterminant pour fixer le prix final. La Cour a admis que la pratique concertée en cause constituait une restriction par objet alors même qu'elle n'avait pas pour objet de déterminer les prix des abonnements sur les marchés de détail. La Cour a relevé qu'il n'était pas nécessaire qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix à la consommation⁵⁴.
35. Dans l'affaire *Solvay*, le Tribunal a confirmé la qualification de restriction par objet d'échanges d'informations entre concurrents pour déterminer le comportement sur le marché. Le Tribunal a observé que le fait qu'une pratique concertée n'a pas d'incidence directe sur le niveau des prix n'empêche pas de constater qu'elle a limité la concurrence entre les entreprises concernées, notamment en éliminant les pressions concurrentielles entre elles⁵⁵.
36. Pour rejeter l'application de la notion de restriction par objet, la Cour d'appel a souligné le caractère *hypothétique* de la répercussion de la CEIC sur le client final⁵⁶. L'arrêt n'a toutefois pas exclu toute forme de répercussion puisqu'il indique également – non sans contradiction - que la répercussion sur les clients finals est " *finalement vraisemblable ou plausible*"⁵⁷. La Commission observe que, selon la Cour d'appel, au total le passage à l'EIC aurait dû aboutir à une série de progrès significatifs pour les clients des banques compte tenu de la diminution du temps de traitement des chèques et d'une réduction des coûts⁵⁸. Cet avantage est atténué par la

⁵³ Considérant 53 de la Décision.

⁵⁴ Point 43 de l'arrêt *T-Mobile*.

⁵⁵ Arrêt du 16 juin 2011, *Solvay SA c Commission*, T-186/06, non encore publié, point 162.

⁵⁶ Page 66 de l'arrêt.

⁵⁷ Page 66 de l'arrêt.

⁵⁸ Page 62 de l'arrêt.

CEIC que les banques remettantes doivent supporter et que les banques remettantes peuvent répercuter.

37. Dans un tel contexte, la question de savoir si les banques répercutent effectivement ou non le montant de la CEIC sur le consommateur final apparaît sans pertinence pour déterminer si la restriction de concurrence est par objet. De plus, le constat selon lequel l'effet sur les consommateurs serait "*hypothétique*" semble incompatible avec l'objectif poursuivi par les banques, à savoir ne pas rendre le chèque plus attractif que les autres moyens de paiement moins coûteux⁵⁹. La CEIC ne peut pas avoir pour effet de dissuader les consommateurs d'avoir recours aux chèques si elle est sans incidence sur le coût final supporté par le client.

5. L'APPRECIATION DU CARACTERE EXEMPTABLE DE L'ACCORD SE FAIT DANS LE CADRE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 3, DU TFUE

38. En vertu d'une jurisprudence bien établie, l'économie de l'article 101, paragraphe 1, du 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. Ce n'est que dans le cadre précis de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE que les aspects pro- et anticoncurrentiels d'une restriction peuvent être pesés⁶⁰. Une entreprise participant à un accord qualifié de restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE peut toujours soutenir dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE que les effets pro-concurrentiels sont supérieurs aux effets anticoncurrentiels. Elle ne peut pas le faire dans le cadre de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. Cette distinction a été rappelée récemment par la Cour de justice dans l'arrêt *Football Association*⁶¹.

39. Un accord tarifaire qui fixe de façon directe ou indirecte les prix de vente et fausse l'évolution normale des prix sur le marché est une restriction par objet⁶². Dans un tel

⁵⁹ Page 62 de l'arrêt.

⁶⁰ Voir l'arrêt du 18 janvier 2001, *Métropole Télévision (M6) et autres c Commission*, T-112/99, Rec. 2001 p. II-2459, point 74.

⁶¹ Précité, point 145.

⁶² Voir l'arrêt du 10 mars 1992, *ICI*, 13/89, Rec. 1992 p. II-1021, point 311; arrêt *T-Mobile*, précité, point 37; arrêt *MasterCard*, précité, points 140-141. Voir également les lignes directrices sur l'application de l'article 81(3) CE, précitées, point 23.

contexte, la poursuite d'objectifs légitimes ne fait pas obstacle à la qualification de restriction de concurrence par objet et ne peut être prise en considération que dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE⁶³. Le Tribunal l'a rappelé très clairement à propos d'un accord portant sur un partage du marché dans l'arrêt du 27 juillet 2005, *Brasserie nationale et autres*⁶⁴.

40. Selon la Cour d'appel, l'objectif de la CEIC est bien de "*compenser par un montant forfaitaire fixé en commun les pertes de trésorerie pouvant être générées par l'accélération du traitement des chèques liés à sa dématérialisation*"⁶⁵. Les banques ont constaté que la réduction du temps de traitement des chèques et la possibilité pour la banque remettante (et donc des comptes qu'elle gère) de bénéficier plus rapidement des fonds affectait le compte d'exploitation des banques majoritairement tirées. Les banques ont convenu de neutraliser cet effet par le versement d'une commission au bénéfice de la banque tirée comme si la dématérialisation n'avait jamais été mise en place.
41. Au vu de la Décision et de l'arrêt de la Cour d'appel⁶⁶ la Commission comprend que le bénéfice tiré de la modernisation est en partie conservé par les banques et partagé entre elles sans qu'une partie équitable du profit qui en résulte soit "réservée aux utilisateurs".
42. Enfin, la Commission observe que les banques ont décidé en commun d'imposer une commission interbancaire forfaitaire applicable au chèque afin que "*les créanciers et leurs banques ne le préfèrent pas aux autres moyens de paiement*"⁶⁷. Les banques ont adopté une politique uniforme concernant la concurrence entre les différents moyens de paiement et les conditions d'accès de leurs clients aux différents moyens de paiement⁶⁸.

⁶³ Voir le point 21 de l'arrêt *Beef Industry* et la jurisprudence citée.

⁶⁴ Précité, point 85 dernière phrase.

⁶⁵ Voir page 62, paragraphes 2 et 5, et page 63, paragraphe 2, de l'arrêt.

⁶⁶ Voir considérant 378 de la Décision et page 62 de l'arrêt.

⁶⁷ Citation du rapport du 22 juin 1999 du groupe de travail constitué par les banques. Voir considérant 381 de la Décision.

⁶⁸ Voir considérant 383 de la Décision et page 62 de l'arrêt.

43. Il appartiendra à la Cour de cassation de vérifier si certaines conclusions tirées dans la cadre de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE relevaient de l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE.
- 6. CE N'EST QUE LORSQU'UNE MESURE EST OBJECTIVEMENT NECESSAIRE QU'ELLE S'APPRECIE DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1, DU TFUE: LA THEORIE DES RESTRICTIONS ACCESSOIRES**
44. Une pratique restrictive peut, dans certains cas exceptionnels, ne pas entrer dans le champ de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE dès lors qu'elle est objectivement nécessaire et proportionnée à la réalisation d'une opération principale⁶⁹. En vertu d'une jurisprudence bien assise, s'il est établi qu'une restriction est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale, la compatibilité de cette restriction avec les règles de concurrence doit être examinée avec celle de l'opération principale. Ainsi lorsque l'opération principale ne tombe pas sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, il en va de même pour les restrictions directement liées et nécessaires à cette opération⁷⁰.
45. Il y a restriction accessoire là où la restriction est objectivement nécessaire et proportionnée à la réalisation de l'opération principale. Sur le premier point, lorsqu'une restriction est nécessaire uniquement pour rendre l'opération principale rentable pour certaines parties concernées, elle ne constitue pas pour autant une restriction accessoire échappant à l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE⁷¹. Les arrêts *Métropole Télévision*⁷², *Gottrup-Klim*⁷³, *Wouters*⁷⁴,

⁶⁹ Voir arrêt *Société Technique Minière*, précité, point 359; arrêt du 8 juin 1982, *LC Nungesser KG*, 258/78, Rec. 1982 p. 2015, point 58; arrêt *Métropole Télévision (M6) et autres*, précité, point 104; arrêt *MasterCard*, précité, point 77. Voir également les lignes directrices sur l'application de l'article 81(3), précitées, point 18(2): l'analyse de l'existence d'une telle justification objective devra se fonder sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties elles-mêmes, et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties.

⁷⁰ Arrêt *Métropole Télévision et autres (M 6)*, précité, points 115 et 116 et, en dernier lieu, arrêt du 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas AG et autres c Commission*, T-360/09, non encore publié, points 62 et suivants.

⁷¹ Voir considérant 525 de la décision *MasterCard*, précitée.

⁷² T-112/99, précité, point 109.

⁷³ Arrêt du 15 décembre 1994, *Gottrup-Klim c Dansk Landbrug AmbA*, C-250/92, Rec. 1994 I-5641, points 35-45.

*MasterCard*⁷⁵ et *E.On*⁷⁶ confirment que des clauses restrictives souhaitables pour le succès commercial de l'opération principale mais qui ne sont pas nécessaires à sa viabilité doivent être appréciées dans le contexte de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE. Dans l'arrêt *MasterCard*, le Tribunal a admis l'absence de restriction accessoire au motif que le système MasterCard pouvait fonctionner en l'absence de commission multilatérale d'interchange⁷⁷.

46. Il n'y a pas de restriction accessoire sans justification objective. Cette notion de justification objective est d'application stricte car elle enlève à une pratique restrictive la qualification de restriction caractérisée de la concurrence⁷⁸. Elle ne se substitue pas à l'analyse des gains d'efficacité d'un accord restrictif de concurrence qui doit être faite au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE en vue d'une exemption individuelle.
47. Il appartiendra à la Cour de cassation de vérifier si la CEIC s'imposait pour une raison objective extérieure aux banques ou si elle a été adoptée comme condition indispensable pour leur adhésion au nouveau système de dématérialisation de la compensation des chèques⁷⁹.

7. L'OPPORTUNITE DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE

48. Les observations de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 ne sont pas contraignantes pour les juridictions nationales. Seule la Cour de justice est en mesure de donner une interprétation contraignante des règles de concurrence de l'Union. L'article 267 du TFUE dispose que si une question d'interprétation des règles du traité est soulevée devant une juridiction d'un Etat membre, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est

⁷⁴ Arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Rec. p. I-1577, points 107 et 109. Voir également sur cet arrêt les considérants 529 et 530 de la décision *MasterCard*, précitée.

⁷⁵ Arrêt *MasterCard*, précité, points 77 et suivants.

⁷⁶ Précité, points 62 et suivants.

⁷⁷ Précité, points 90-91 de l'arrêt.

⁷⁸ Voir considérant 525 de la décision *MasterCard*, précitée.

⁷⁹ La CEIC devait être temporaire et l'EIC a survécu à sa disparition en cours de procédure devant l'Autorité.

nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice à moins que la Cour n'ait déjà statué sur ce point ou que l'application exacte de la règle de droit de l'Union ne soit claire.

8. CONCLUSION

49. La Commission considère en conclusion que (i) la qualification de restriction par objet au sens de l'article 101 du TFUE ne peut être écartée au motif que les effets restrictifs de concurrence produits par l'accord incriminé sont incertains ou potentiels, (ii) l'appréciation de l'exemption se fait au stade de l'examen de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE, et (iii) les conditions d'application de la théorie des restrictions accessoires ne sont réunies que si l'opération principale n'est pas viable en l'absence de l'accord incriminé.

Theofanis CHRISTOFOROU Bernard MONGIN Nicolas VON LINGEN

Agents de la Commission