

Cass. com., 28 juin 2023, n° 21-26.015
COUR DE CASSATION
CHAMBRE COMMERCIALE
21-26.015

Nature : Arrêt

Demandeur : Autorité de la concurrence

Défendeurs : BNP Paribas (SA), La Confédération nationale du Crédit mutuel (SC), Crédit agricole (SA), Le Crédit lyonnais (LCL), Crédit du Nord (SA), HSBC Continental Europe (SA), La Banque postale (SA), Société générale (SA), BPCE (SA), Crédit industriel et commercial (SA) et Ministre De L'économie, Des Finances Et De La Relance - DGCCRF

Composition de la juridiction

Président : M. Vigneau

Rapporteur : Mme Poillot-Peruzzetto

Avocat général : M. Debacq

Avocats : SCP Duhamel-Rameix-Gury-Maitre, SCP Célice, Texidor, Périer et SCP Piwnica et Molinié

Texte intégral

Reprise d'instance

1. Il est donné acte à la Société générale, venant aux droits de la société Crédit du Nord à la suite d'un traité de fusion-absorption du 15 juin 2022 à effet au 1er janvier 2023, de sa reprise d'instance.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 décembre 2021), rendu sur renvoi après cassation (Com., 2 janvier 2020, pourvoi no 18-11.001), et les productions, le 29 avril 2003, le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), s'est saisi d'office de la situation de la concurrence concernant les tarifs et les conditions liées appliqués par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement.

3. Le 14 mars 2008, des griefs ont été notifiés, notamment, à la Confédération du Crédit mutuel, la Caisse nationale des Caisses d'épargne, devenue BPCE, et aux sociétés Crédit agricole, BNP-Paribas, Société générale, Banque fédérale des banques populaires, également devenue BPCE, La Banque postale, Le Crédit lyonnais (LCL), HSBC France, Crédit industriel et commercial (CIC), Crédit du Nord (les banques), au visa des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, devenu 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), pour s'être entendues, lors de la mise en place d'un système dématérialisé de compensation des chèques, dit « échange image chèque » (EIC), sur l'instauration de diverses commissions interbancaires, soit une commission fixe de 4,3 centimes d'euro par chèque, dite commission d'échange image-chèque (CEIC), versée par la banque remettante à la banque tirée à l'occasion de chaque paiement par chèque et destinée à compenser la perte de trésorerie subie par la banque tirée du fait de la réduction du temps de traitement des chèques, pour une période de trois ans, et huit commissions occasionnelles, dites commissions pour services connexes (CSC), parmi lesquelles les commissions d'annulation d'opérations compensées à tort (AOCT), également uniformes, liées à certains services rendus par les banques pour l'exécution des paiements par chèques dans le nouveau système.

4. Par une décision no 10-28 du 20 septembre 2010, l'Autorité a dit que ces banques avaient, en instaurant entre elles la CEIC et les commissions AOCT, enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et celles de l'article 81 du Traité CE, devenu l'article 101 § 1 TFUE, leur a infligé des sanctions pécuniaires et a prononcé des injonctions.

5. Ces banques ont formé un recours contre cette décision.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

6. Le président de l'Autorité fait grief à l'arrêt de réformer, sauf en son article 3, l'intégralité de la décision no 10-D-28 du 20 septembre 2010 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, de dire qu'il n'est pas établi que l'instauration, par l'accord du 3 février 2000, de la commission interbancaire pour l'échange d'image-chèque (CEIC) et la perception de cette commission à compter du 1er janvier 2002 jusqu'au 1er juillet 2007 avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du TFUE et de dire qu'il n'est pas établi que l'instauration, par l'accord du 3 février 2000, des commissions interbancaires pour services connexes sur annulation d'opérations compensées à tort (AOCT) et la perception de ces commissions à compter du 1er janvier 2002 ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du TFUE, alors :

« 1o/ que tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique tarifaire qu'il entend appliquer ; que la notion d'expérience acquise n'implique pas de se référer à des précédents jurisprudentiels portant sur des pratiques strictement identiques, mais doit permettre de déterminer, en présence de pratiques portant sur des paramètres essentiels de la concurrence tels que le prix, si celles-ci sont susceptibles de restreindre la concurrence, tout en procédant à une analyse circonstanciée de la teneur, des objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit un accord ; qu'en l'espèce, l'Autorité, après avoir procédé à un rappel de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'ententes relatives à des commissions interbancaires, a relevé, après avoir analysé la teneur et les objectifs de la CEIC, que cet accord, "en raison de son influence potentielle sur le niveau des prix finaux, [...] a, par nature, la capacité de restreindre la concurrence tarifaire, et ce même en l'absence d'un prix plancher sur le marché de la remise de chèques" et a considéré, dans le cadre du contexte économique et juridique, que la fixation d'une commission visant à compenser les pertes générées par le système d'image-chèque pour les banques essentiellement remettantes n'était pas nécessaire ; qu'en se bornant à prendre en compte l'absence d'expérience acquise pour ce type précis de commission interbancaire, sans rechercher si les pratiques seulement similaires invoquées par l'Autorité étaient susceptibles de caractériser une expérience acquise, permettant de retenir une restriction de concurrence par objet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE ;

2o/ que l'existence d'une restriction par objet ne peut être écartée au motif de l'absence de justification d'effets concrets, sauf à supprimer la distinction entre restriction par objet et par effet ; qu'en l'espèce, l'Autorité a relevé que la mise en place d'une commission interbancaire telle que la CEIC était susceptible de figer le marché de la remise de chèques "en raison de son influence potentielle sur le niveau des prix finaux", après avoir analysé les effets probables de cet accord sur la base de l'expérience acquise en matière d'autres accords interbancaires portant sur les prix, et a examiné la CEIC au regard de sa nature, de ses objectifs et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insérait ; qu'en écartant néanmoins la qualification de restriction par objet, au motif que celle-ci était fondée sur de "simples présomptions" qui avaient conduit l'Autorité à considérer que la concertation litigieuse pouvait, par sa nature, entraîner une augmentation des prix payés par les clients finals, tandis que l'existence d'une restriction de concurrence par objet ne pouvait être écartée par l'affirmation de l'absence d'effets concrets sur la concurrence, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à écarter l'existence d'une restriction par objet, violant ainsi les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE ;

3o/ qu'en retenant, d'une part, que l'existence d'une restriction de concurrence par objet devait être écartée, l'Autorité ayant fondé son analyse sur de "simples présomptions", notamment en ce qui concerne la répercussion de la hausse des commissions versées par les banques remettantes sur les prix payés par les clients finals, d'autre part, qu' "il résulte du compte rendu de réunion précité que les banques ont souhaité éviter que le passage à l'EIC ne favorise l'usage du chèque au détriment d'autres moyens de paiement plus efficaces et moins coûteux que sont la carte bancaire ou le titre interbancaire de paiement (TIP)", la cour d'appel, qui s'est contredite en ce qui concerne l'existence d'effets probables sur la concurrence en raison de la mise en oeuvre de la CEIC, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4o/ qu'en vertu d'une jurisprudence établie la Cour de justice de l'Union européenne, l'économie de l'article 101 § 1 du TFUE ne permet pas d'écarter la qualification de restriction de concurrence au motif que l'accord présenterait un bilan économique positif ou produirait des avantages économiques ; qu'en l'espèce, conformément à cette jurisprudence, l'Autorité avait refusé, au stade de la détermination de l'objet anticoncurrentiel des pratiques, d'examiner les effets prétendument pro-concurrentiels invoqués par les banques, selon lesquelles l'accord aurait permis d'éviter un délai de traitement interbancaire trop long et des coûts de transaction élevés, préjudiciables aux clients finals ; qu'en jugeant que la mise en place de la CEIC n'avait pas un objet anticoncurrentiel en se fondant notamment, au stade de la qualification de la pratique, sur le fait celle-ci avait pour but la préservation des "équilibres de trésorerie interbancaire", c'est-à-dire sur une cause d'exemption, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et L. 420-4 du code de commerce, ainsi que des articles 101 § 1 et 101 § 3 du TFUE ;

5o/ qu'à supposer que les effets proconcurrentiels invoqués doivent être pris en compte, en tant qu'éléments du contexte de l'accord litigieux, aux fins de sa qualification de restriction par objet, ce ne peut être que dans la mesure où ils sont susceptibles de remettre en cause l'appréciation globale du degré suffisamment nocif de la pratique collusoire concernée, ce qui impose au juge de procéder à une analyse de proportionnalité pour s'assurer que, d'une part, les effets proconcurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, d'autre part, l'objectif poursuivi ne pouvait être atteint par des moyens moins préjudiciables au libre jeu de la concurrence ; qu'ainsi, en écartant l'existence d'une restriction par objet au motif que les objectifs invoqués par les banques n'étaient pas en soi illégitimes, sans vérifier, d'une part, si les effets proconcurrentiels allégués l'emportaient sur les effets anticoncurrentiels engendrés par la détermination en commun par des banques concurrentes d'un montant fixe pour l'EIC, d'autre part, si l'objectif de compensation des modifications de trésorerie supportées par les banques du fait du passage au système de dématérialisation des images-chèques aurait pu être atteint par des moyens moins attentatoires au libre jeu de la concurrence, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et

L. 420-4 du code de commerce, ainsi que les articles 101 § 1 et 101 § 3 du TFUE. »

Réponse de la Cour

7. En premier lieu, l'arrêt, reprenant les éléments cités par l'Autorité au soutien de son affirmation selon laquelle un accord sur les coûts est considéré par la jurisprudence comme particulièrement nocif pour le jeu de la concurrence, relève que la décision de la Cour de justice de l'Union européenne *Beef industry* (20 novembre 2008, C-209/07) ne qualifie pas de restriction par objet une fixation d'un élément de coût et, partant, est, pour la pratique en cause, sans portée. Il retient que la communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux systèmes de virements transfrontaliers, selon laquelle « tout accord sur une commission interbancaire multilatérale est une restriction de concurrence relevant de l'article 85 § 1, car il limite de manière importante la liberté des banques d'établir individuellement leur politique de tarification », n'est pas confortée par la jurisprudence de la Cour de justice, laquelle s'oppose à toute qualification de principe de restriction par objet d'un accord interbancaire qui fixe à un même montant la commission d'interchange revenant aux banques d'émission, et impose, pour statuer sur cette qualification, une analyse des termes, des objectifs et du contexte de l'accord (CJUE, *Budapest Bank*, 2 avril 2020 C-228/18).

8. En deuxième lieu, l'arrêt retient que l'accord litigieux ne contient aucune clause obligeant les banques à répercuter la commission sur leur clientèle, de sorte que ces dernières restaient libres de déterminer l'opportunité d'une répercussion et, le cas échéant, du taux de répercussion, et qu'il ne leur interdit pas de négocier de manière bilatérale. Il en déduit que l'assimilation, établie par l'Autorité, de l'accord du 3 février 2000, portant sur des commissions interbancaires, à un accord sur les prix de la remise des chèques, est fondée sur une simple présomption.

9. En troisième lieu, après avoir énoncé que, selon la jurisprudence de la Cour de justice, d'une part, le critère juridique essentiel pour déterminer si un accord comporte une restriction de concurrence par objet réside dans la constatation qu'un tel accord présente, en lui-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour considérer qu'il n'y a pas lieu d'en rechercher les effets (CJUE, 26 novembre 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14, point 20), d'autre part, l'appréciation du degré de nocivité suffisant de l'accord nécessite de s'attacher 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, comprenant la nature des biens et des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (CJUE, 11 septembre 2014, *CB/Commission*, C-67/13P), l'arrêt recherche la teneur, le contexte et les objectifs de l'accord litigieux. Il retient, à ce titre, que l'un

de ses objectifs est la préservation des équilibres de trésorerie interbancaire, soit l'équilibre des deux faces du marché du chèque que sont l'émission et la remise.

10. En l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a recherché l'expérience acquise pour des pratiques non identiques invoquées par l'Autorité, en vue d'apprécier le degré de nocivité de l'accord, n'était pas tenue de procéder à la recherche visée à la cinquième branche que ses énonciations rendaient inopérante et, contrairement à ce que postule le moyen en ses deuxième et quatrième branches, ne s'est prononcée ni au regard du défaut d'effets concrets sur la concurrence de l'accord en cause, mais sur l'absence de preuve de la répercussion de ce coût aux clients, ni au regard des conditions de l'exemption de l'accord, s'étant au contraire attachée à rechercher l'existence d'une restriction de concurrence, a pu retenir, sans se contredire, que la commission multilatérale visant à compenser, de manière transitoire, un déséquilibre de trésorerie induit par la dématérialisation ne relevait d'aucun accord ou pratique dont le caractère nocif était avéré et facilement décelable au vu de l'expérience acquise telle qu'elle ressort de la pratique décisionnelle confortée par la jurisprudence et, partant, ne caractérisait pas une restriction de concurrence par objet.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur la demande de questions préjudicielles

12. L'Autorité demande que la CJUE soit saisie de questions préjudicielles.

13. Selon l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 6 octobre 1982 (Cilfit, C-283/81, point 10), les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ne sont pas tenues de renvoyer une question d'interprétation de droit de l'Union soulevée devant elles si la question n'est pas pertinente, c'est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige.

14. Ces questions n'étant manifestement pas de nature à influencer sur la solution du litige, il n'y a pas lieu d'en saisir la CJUE.

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

15. Le président de l'Autorité fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1o/ que sont prohibés tant les effets anticoncurrentiels réels que les effets potentiels d'un accord horizontal entre entreprises, pour peu que ceux-ci soient suffisamment sensibles ; qu'en l'espèce, l'Autorité soutenait que la mise en place de la CEIC avait, au regard de sa nature et de ses objectifs, eu pour effets suffisamment probables d'inciter les banques à répercuter, au moins en partie, la commission à payer par les banques remettantes, soit directement, par une augmentation des tarifs de la remise de chèques (cas notamment des entreprises remettant un fort volume de chèques, comme les entreprises de la grande distribution), soit indirectement, au moyen de la hausse du prix d'autres services bancaires (subventions croisées) ; qu'en refusant néanmoins de procéder à l'analyse de ces effets potentiels, au motif erroné qu' "il convient d'examiner les effets [que l'accord du 3 février 2000] a effectivement déployés sur le jeu de la concurrence, et non les effets qu'il est susceptible de produire", la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 TFUE ;

2o/ que l'Autorité soutenait qu' "aux termes du rapport d'expertise du 19 août 2009, l'augmentation du tarif est comprise, pour chaque chèque remis, entre 1,07 et 1,75 centimes d'euro, au cours de la période 2001-2004, et entre 1,04 et 1,58 centimes d'euro au cours de la période 2001-2006 selon l'échantillon retenu" et que "par comparaison, le prix moyen des conditions bancaires utilisées par l'expert était, en 2001, d'environ 3 centimes d'euros ; qu'en se bornant à considérer que, contrairement à ce que soutenait l'Autorité, cette hausse des tarifs n'avait pas été sous-évaluée, l'évolution du prix indirect reposant sur un contrefactuel qui n'était pas pertinent, sans rechercher dans quelle mesure les augmentations de prix invoquées par l'Autorité, indépendamment du point de savoir si elles avaient été sous-évaluées, étaient de nature à permettre, en elles-mêmes, de caractériser l'existence d'effets anticoncurrentiels réels résultant directement de la mise en place de la CEIC, en raison de l'augmentation sensible des prix facturés aux clients "grands remettants" pour la remise de chèques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 et 101 § 1 du TFUE. ;

30/ qu'un accord de coopération horizontale peut produire des effets restrictifs de concurrence dès lors qu'il a une influence nocive sur au moins un des paramètres de la concurrence sur le marché, tel que le prix, et qu'il affecte l'autonomie des entreprises sur ce marché ; qu'en l'espèce, l'Autorité de la concurrence se fondait sur des courriers adressés par certaines banques à leurs clients pour établir que la CEIC avait été répercutée sur les clients "grands remettants" par une hausse sensible du prix unitaire applicable pour la remise de chèques, ce dont il se déduisait que les banques remettantes avaient réduit leur autonomie décisionnelle pour s'adapter au surcoût occasionné pour elles par les commissions interbancaires ; qu'en jugeant que "l'analyse a été menée en partant du postulat que l'accélération du règlement interbancaire aurait dû être répercutée intégralement en faveur des clients remettants alors qu'une telle répercussion n'était pas automatique en ce qu'elle relevait de la politique commerciale individuelle de chaque banque à l'égard de ses clients", sans rechercher si, et dans quelle mesure, la CEIC avait eu pour effet concret de réduire l'autonomie décisionnelle des banques, en ce qui concerne les prix facturés leurs clients "grands remettants" pour la remise de chèques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE. »

Réponse de la Cour

16. En premier lieu, contrairement à ce que postule le moyen, pris en sa première branche, la cour d'appel a recherché les effets potentiels.

17. En second lieu, après avoir observé qu'au regard de l'incidence des jours de valeur, l'analyse du prix doit prendre en compte tant le prix facturé que les dates des jours de valeur effectivement pratiqués à l'égard des remettants, l'arrêt retient que la hausse faciale des prix avancée par l'Autorité est critiquable en ce que l'expert a travaillé sur des données qui n'avoisinent que 6 % du volume des chèques échangés, et en ce que la grande distribution, qui dispose à l'égard des banques d'un important pouvoir de négociation conduisant à ce que le prix final soit plus soumis à une augmentation des coûts, est davantage représentée par rapport aux remettants déposant un plus faible volume de chèques, qui, par leur moindre pouvoir de négociation, subissent des prix d'emblée plus élevés plutôt que des augmentations des coûts, et connaissent un niveau de prix qui reste stable, voire baisse.

18. Il retient que le seul constat d'une hausse du prix moyen ne permet pas de l'imputer à l'introduction de la CEIC et qu'il existe une grande hétérogénéité des évolutions de prix tant, de manière générale, à l'égard des grands remettants, qu'en particulier, à l'égard des très grands remettants. Il ajoute que, compte tenu de cette grande hétérogénéité constatée tant entre les banques qu'au sein d'une même banque, la « hausse moyenne des prix directs », invoquée par l'Autorité, ne traduit pas une influence significative de la CEIC sur les prix des grands remettants. Il retient encore que l'Autorité ne rapporte ni la preuve d'une répercussion indirecte, ni celle d'une baisse des tarifs qui serait intervenue postérieurement à la suppression de la CEIC en octobre 2007.

19. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches prétendument omises et souverainement estimé qu'il n'était pas établi que la CEIC avait eu pour effet réel de fausser, restreindre ou empêcher le jeu normal de la concurrence entre les banques, a légalement justifié sa décision.

20. Le moyen, inopérant en sa première branche en ce qu'il vise des motifs surabondants, n'est donc pas fondé pour le surplus.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le président de l'Autorité de la concurrence aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par le président de l'Autorité de la concurrence et le condamne à payer aux sociétés BNP Paribas, BPCE, Crédit industriel et commercial, L'Union d'économie sociale, la société coopérative La Confédération nationale du Crédit mutuel, La Banque postale, Le Crédit lyonnais, la Société générale, le Crédit agricole et HSBC Continental Europe la somme globale de 8 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit juin deux mille vingt-trois.