

COUR DE CASSATION

Audience publique du **29 janvier 2020**

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 127 FS-P+B

Pourvois n° T 18-10.967
E 18-11.001 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 29 JANVIER 2020

I -

1°/ La société Banque postale, société anonyme, dont le siège est 115 rue de Sèvres, 75275 Paris cedex 06,

2°/ La Confédération nationale du crédit mutuel, dont le siège est 88-90 rue Cardinet, 75017 Paris,

3°/ La société BNP Paribas, société anonyme, dont le siège est 16 boulevard des Italiens, 75009 Paris,

4°/ La société BPCE, société anonyme, dont le siège est 50 avenue Pierre Mendès France, 75013 Paris,

5°/ La société Crédit industriel et commercial, société anonyme, dont le siège est 6 avenue de Provence, 75009 Paris,

ont formé le pourvoi n° T 18-10.967 contre l'arrêt rendu le 21 décembre 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7) dans le litige les opposant :

1^o/ à la présidente de l'Autorité de la concurrence, domiciliée 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2^o/ au ministre de l'économie de l'industrie et du numérique, domicilié Télédoc, 252 DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

En intervention de :

1^o/ La société Le Crédit lyonnais, société anonyme, dont le siège est 18 rue de la République, 69002 Lyon,

2^o/ La Société générale, société anonyme, dont le siège est 29 boulevard Haussmann, 75009 Paris,

3^o/ La société Crédit agricole, société anonyme, dont le siège est 12 place des Etats-Unis, 92127 Montrouge cedex,

4^o/ La société Le Crédit du Nord, société anonyme, dont le siège est 28 place Rihour, 59000 Lille,

5^o/ La société HSBC France, société anonyme, dont le siège est 103 avenue des Champs-Élysées, 75008 Paris,

II -

1^o/ La Société générale, société anonyme, dont le siège est 29 boulevard Haussmann, 75009 Paris,

2^o/ La société Le Crédit agricole, société anonyme, dont le siège est 12 place des Etats-Unis, 92127 Montrouge cedex,

3^o/ La société HSBC France, société anonyme, dont le siège est 103 avenue des Champs-Élysées, 75008 Paris,

4^o/ La société Le Crédit du Nord, société anonyme, dont le siège est 28 place Rihour, 59000 Lille,

5^o/ La société Le Crédit Lyonnais, société anonyme, dont le siège est 18 rue de la République, 69002 Lyon,

ont formé le pourvoi n° E 18-11.001 contre le même arrêt rendu le 21 décembre 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7) dans le litige les opposant :

1°/ à la présidente de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie de l'industrie et du numérique,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses au pourvoi n° T 18-10.967 invoquent, à l'appui de leur recours, six moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Les demanderesses au pourvoi n° E 18-11.001 invoquent, à l'appui de leur recours, six moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la Société générale, de la société Le Crédit agricole, de la société HSBC France, de la société Le Crédit du Nord et de la société Le Crédit Lyonnais, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de La société Banque postale, de la Confédération nationale du crédit mutuel, de la société BNP Paribas, de la société BPCE et de la société Crédit industriel et commercial, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de la présidente de l'Autorité de la concurrence, et l'avis de Mme Pénichon, avocat général, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, après débats en l'audience publique du 17 décembre 2019 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller doyen, Mmes Darbois, Pomonti, Daubigney, Sudre, M. Ponsot, conseillers, Mmes de Cabarrus, Lion, Lefevre, conseillers référendaires, Mme Pénichon, avocat général, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° T 18-10.967 et n° E 18-11.001 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 décembre 2017), rendu sur renvoi après cassation (Chambre commerciale, financière et économique, 14 avril 2015, pourvoi n° 12-15.971), et les productions, le Conseil de la concurrence,

devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), s'est, le 29 avril 2003, 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 par les entreprises aux fins d'encaissement.

3. Le 14 mars 2008 ont été notifiés, à, notamment, 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, LCL (Le Crédit lyonnais), HSBC, Crédit industriel et commercial-CC, Crédit du Nord (les banques), au visa des articles L. 420-1 du code de commerce, 81 du traité CE, devenu 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), des griefs pour s'être entendues, à l'occasion 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 (CIEC), 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 n° 10-28 du 20 septembre 2010, l'Autorité a dit que les banques avaient, en instaurant entre elles la CIEC 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 du TFUE, leur a infligé des sanctions pécuniaires et a prononcé des injonctions.

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

Examen des moyens

Sur les premiers moyens des pourvois n° T 18-10.967 et n° E 18-11. 001, pris en leurs quatrième et septième branches, rédigés en termes identiques, réunis

Enoncé du moyen

6. Les banques font grief à l'arrêt de ne réformer que très partiellement la décision en réduisant les sanctions et de rejeter leur recours pour le surplus alors :

« 1°/ que la notion de restriction de la concurrence « par objet » devant être interprétée de manière stricte et son application ainsi réservée aux types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour rendre l'examen de leurs effets superflu, le juge ne saurait tenir pour équivalente à un cartel ayant pour objet la fixation horizontale de prix de vente la pratique consistant, de la part des opérateurs d'un marché, à fixer de concert un simple élément, parmi d'autres, du coût de revient des services qu'ils commercialisent, en se fondant sur un postulat aussi abstrait et incertain que celui qui consiste à présumer que tout commerçant rationnel viendra mécaniquement répercuter tout surcoût qu'il pourrait subir dans les prix de ses services, soit directement, soit indirectement par la voie de subventions croisées ; qu'en retenant néanmoins qu'« une commission versée par la banque du remettant à la banque du tiré est nécessairement de façon directe ou indirecte répercutée sur les prix » et conduit donc « nécessairement à une augmentation des prix finaux », la cour d'appel a méconnu le principe d'interprétation stricte des restrictions de concurrence par objet, violant de plus fort les textes susvisés.

2°/ que ne doivent être considérés comme restrictifs de concurrence par objet que les comportements dont le caractère nocif est, au vu de l'expérience acquise et de la science économique, avéré et facilement décelable ; qu'en se bornant à affirmer, sans citer la moindre source propre à étayer une telle assertion, « qu'une pratique consistant, pour tous les opérateurs d'un secteur, à fixer en commun un élément artificiel de coût, au surplus sans réelle étude des éléments visant à l'évaluation de ce coût » est foncièrement nocive pour le jeu de la concurrence, puis à relever qu'« il ne ressort pas de la jurisprudence de l'Union qu'une commission interbancaire telle que celle de l'espèce aurait été jugée comme non constitutive d'une pratique anticoncurrentielle par objet, au motif qu'elle n'était pas assortie d'un accord de répercussion sur la clientèle » (§. 221), quand il lui appartenait de caractériser de manière positive l'existence d'une pratique décisionnelle ou jurisprudentielle des autorités et juridictions de l'Union qui aurait permis de justifier de ce qu'une commission interbancaire telle que la CEIC présentait le degré de nocivité suffisant pour la concurrence pour rendre l'examen de ses effets superflu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; »

Réponse de la Cour

Vu les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce :

7. La CJUE a rappelé que, s'agissant de la notion de restriction par objet, elle « a jugé que celle-ci doit être interprétée de manière restrictive et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette

jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence » (CJUE, 26 novembre 2015, Sia Maxima Latvija, C-345/14 point 18).

8. Pour décider que la CIEC et les commissions AOCT avaient un objet anticoncurrentiel, réduire les sanctions prononcées contre certaines banques et rejeter les recours pour le surplus, l'arrêt retient que, s'agissant de la CIEC, l'accord prévoyant son instauration a, pour maintenir les équilibres financiers entre les banques, introduit un élément artificiel de coût pour les banques remettantes et de recette pour les banques tirées, ce caractère artificiel résultant de ce que la CIEC ne correspondait à aucun service rendu entre elles. En ce qui concerne les commissions AOCT, il constate que leur montant a été fixé d'un commun accord à un niveau unique, identique d'une banque à l'autre, sans tenir compte des coûts propres de chacune d'entre elles, de sorte que la création de ces commissions a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques pour ces services connexes.

9. Il relève que, pour la rémunération des services qu'elles proposent, les banques recherchent la rentabilité globale au niveau de chaque client et non service par service, qu'ainsi, dans le cadre de cette relation globale, tous les flux de paiement (cartes bancaires, chèques, espèces etc.), les crédits, les placements ou encore la gestion du compte peuvent être pris en compte par la banque afin de déterminer le prix des services bancaires qui seront facturés à un client donné, aboutissant ainsi à ce que, par un système dit de subventions croisées, un service puisse être proposé à un prix impliquant une perte si un autre poste permet de couvrir cette perte.

10. Il retient en conséquence que, par l'accord litigieux, les banques ont fait obstacle à leur liberté de détermination de leurs tarifs, et indirectement des prix, puisque ces commissions devaient nécessairement, compte tenu du système de financement des services bancaires par subventions croisées et du fait que les banques doivent, comme toute entreprise, couvrir leurs coûts, être répercutées sur les prix. Rappelant ensuite que les comportements consistant, pour les opérateurs d'un marché, à se concerter et à fixer ensemble un élément de leurs coûts, en ce qu'ils font obstacle à la libre fixation des prix qui doivent prévaloir sur les marchés, entrent dans la catégorie des accords ayant pour objet la fixation des prix et sont particulièrement nocifs pour le jeu de la concurrence, il en déduit que sont ainsi caractérisées des pratiques anticoncurrentielles par objet.

11. En statuant ainsi, en se fondant sur la présomption, contestée, d'une répercussion nécessaire des commissions litigieuses sur les prix finaux, prise du financement du service de chèque par subventions croisées et d'un principe général de répercussion par tout opérateur économique de tout

élément de coût sur les prix finaux, la cour d'appel qui, en l'absence d'expérience acquise pour ce type de commissions interbancaires, a méconnu le principe d'interprétation restrictive de la notion de restriction de concurrence par objet, a violé les textes susvisés.

Et sur ces moyens, pris en leur onzième branche, rédigés en termes identiques, réunis

Enoncé du moyen

12. Les banques font le même grief à l'arrêt alors « *que la cour d'appel a constaté que l'accélération des échanges résultant de la dématérialisation des opérations de compensation des chèques avait pour effet mécanique d'entraîner une modification des équilibres de trésorerie entre banques majoritairement tirées et banques majoritairement remettantes, les premières étant débitées plus rapidement et perdant donc plus tôt la disposition des fonds qu'elles plaçaient jusqu'alors à leur profit, et les secondes étant au contraire créditées plus rapidement et pouvant donc placer plus vite ces mêmes fonds à leur profit, et que la commission d'échange d'images chèques (CEIC) avait pour objet de compenser ce transfert de revenus d'une banque à une autre afin de partager les conséquences financières de l'accélération de l'échange des chèques permise par la dématérialisation du système ; qu'en affirmant néanmoins que « l'accord litigieux avait dès lors pour finalité de maintenir les équilibres financiers des banques, et donc aussi les équilibres entre elles sur le marché », sans préciser les éléments sur lesquels elle fondait cette déduction selon laquelle la finalité de l'accord aurait été de figer les parts de marché des banques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce. »*

Réponse de la cour

Vu les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce :

13. Pour décider que la CIEC avait un objet anticoncurrentiel, réduire les sanctions prononcées contre certaines banques et rejeter les recours pour le surplus, l'arrêt constate que l'accélération des échanges résultant de la dématérialisation des opérations de compensation des chèques avait pour effet mécanique d'entraîner une modification des équilibres de trésorerie entre banques majoritairement tirées et banques majoritairement remettantes, les premières étant débitées plus rapidement et perdant donc plus tôt la disposition des fonds qu'elles plaçaient jusqu'alors à leur profit, et les secondes étant au contraire créditées plus rapidement et pouvant donc placer plus vite ces mêmes fonds à leur profit. Il retient que la CIEC ne constitue pas une rémunération mais un transfert de revenus d'une banque à une autre afin de partager les conséquences financières de l'accélération

de l'échange des chèques permise par la dématérialisation du système. Il ajoute que la CIEC a introduit pour les banques une charge ayant pour finalité de maintenir les équilibres financiers qui existaient entre elles au moment de l'entrée en vigueur de l'EIC.

14. Il en déduit que les banques ont, par l'instauration de cette commission, fait en sorte que la dématérialisation de l'encaissement, qui entraînait de nombreuses transformations dans leurs méthodes et était porteuse de gains et de pertes, n'emporte aucune modification dans la structure de marché, de sorte que la pratique est particulièrement nocive au regard de son impact sur le jeu de la concurrence et, partant, caractérise une pratique anticoncurrentielle par objet.

15. En se déterminant ainsi, sans préciser les éléments sur lesquels elle se fondait pour affirmer que la recherche du maintien des équilibres financiers entre les banques conduisait à la cristallisation de la structure de marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce que, réformant la décision n° 10-D-28, il prononce les sanctions pécuniaires suivantes :

- 57 830 000 euros pour le premier grief et de 580 000 euros pour le second grief à l'encontre de la société BNP Paribas,

- 75 800 000 euros pour le premier grief et de 760 000 euros pour le second grief à l'encontre de la société Crédit agricole,

- 29 590 000 euros pour le premier grief et de 290 000 euros pour le second grief à l'encontre de la société La Banque postale,

- 48 260 000 euros pour le premier grief et de 480 000 euros pour le second grief à l'encontre de la société BPCE venant aux droits de la société CE Participations,

et en ce qu'il rejette les recours pour le surplus et toutes autres demandes des parties, l'arrêt rendu, le 21 décembre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la présidente de l'Autorité de la concurrence aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande ;

Dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie en application de l'article R. 470-2 du code de commerce.

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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-neuf janvier deux mille vingt.