



HAL
open science

L'Autorité de la concurrence sanctionne 11 établissements bancaires pour un montant total de 384,9 millions d'euros (Traitement des chèques)

Laurence Nicolas-Vullierme

► To cite this version:

Laurence Nicolas-Vullierme. L'Autorité de la concurrence sanctionne 11 établissements bancaires pour un montant total de 384,9 millions d'euros (Traitement des chèques): The French NCA condemns 11 banks to a amount of 384,9 Millions € Fr. NCA, 20.09.10, Collusion in the banking sector, 10-D-28. Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2010. hal-03147552

HAL Id: hal-03147552

<https://hal.science/hal-03147552>

Submitted on 12 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Concurrences

Competition Laws Review

N° 4-2010

Secteur bancaire - Sanction : L'Autorité de la concurrence sanctionne 11 établissements bancaires pour un montant total de 384,9 millions d'euros (*Traitement des chèques*)

ENTENTES, FRANCE, SERVICES FINANCIERS, SANCTIONS / AMENDES, EFFICIENCE ÉCONOMIQUE, EXEMPTION (INDIVIDUELLE), RESTRICTION ACCESSOIRE, OBJET / EFFET ANTICONCURRENTIEL

Laurence Nicolas-Vullierme | University Paris II Panthéon-Assas

Concurrences N° 4-2010 | Chroniques | Ententes

► *Aut. conc., déc. 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*

Non ! Les banques ne sont pas toujours au-dessus des lois... de la concurrence. Publiée une dizaine de jours avant une autre affaire ultra-médiatisée concernant l'une d'entre elles, on peut penser que cette décision de l'Adlc est de nature à réconcilier l'opinion publique... si ce n'est avec les autorités... avec la liberté de concurrence ??!!... À la suite de l'autosaisine du Conseil de la concurrence en 2003, l'Adlc vient en effet d'infliger à 11 établissements bancaires une sanction pécuniaire d'un montant total de 384,9 millions d'euros pour avoir instauré, lors de la mise en place d'un système dématérialisé d'échange de chèques, une commission interbancaire et pour l'avoir perçue du 1er janvier 2002 au 1er juin 2007.

À côté de l'aspect médiatique, voire polémique, on retiendra surtout cette longue décision de 148 pages (sans les annexes) de l'Adlc pour ses apports sur l'application des règles de concurrence au secteur bancaire et plus largement pour le droit de la concurrence. Cette affaire est en effet la première de l'Adlc concernant le secteur bancaire. Son prédécesseur, contrairement à la Commission, n'avait eu que très rarement l'occasion de se prononcer sur le sujet (la précédente décision remonte à l'an 2000 et portait sur le crédit immobilier). Sur le fond, la décision du 20 septembre 2010 suit un "raisonnement" différent de celui de la Commission en matière de commissions interbancaires puisqu'elle considère explicitement que ces commissions ont un objet restrictif de concurrence. Sous un angle plus général, elle comporte des développements sur les restrictions accessoires, plutôt rares en droit des ententes, et d'autres très longs et importants sur l'exemption individuelle qui, une fois n'est pas coutume, aboutira à l'octroi d'exemptions individuelles pour plusieurs commissions interbancaires. Et chose particulièrement étonnante : l'Adlc se livre elle-même au bilan économique et social des pratiques. Autant de points qui justifient un commentaire exceptionnellement long et détaillé.

Le cadre de l'affaire : la création de commissions interbancaires lors du passage à un système automatisé de traitement des chèques

Cette affaire a pour cadre le passage d'un système manuel à un système automatisé de traitement des chèques. À chaque fois que le chèque de la banque du tireur n'est pas celle du bénéficiaire, le traitement des chèques nécessite un système de compensation interbancaire. L'opération met alors en relation quatre intervenants : le payeur, la banque tirée, la banque remettante et le bénéficiaire du paiement. Avant 2002, ce système était manuel : il s'effectuait au sein des chambres de compensation mises à disposition dans les succursales de la Banque de France. À jour fixe, chaque représentant de l'établissement bancaire venait avec sa valise remplie de chèques d'autres banques pour procéder à leurs échanges. À l'ère du commerce électronique, ce système était à juste titre jugé archaïque et générait des coûts administratifs élevés. Toutefois si la dématérialisation était rendue possible par la création d'une image du chèque, sa mise en place se heurtait à des obstacles d'ordre technique, social et financier. Ainsi à la fin des années 90, le chèque demeurait le seul instrument de paiement français à ne pas être dématérialisé. Mais le futur passage à l'euro, qui nécessitait lui aussi la mise en place d'un système de compensation, le souhait de la Banque de France de réduire ses coûts en supprimant la mise à disposition de ses succursales pour des échanges manuels, le système de compensation SIT, conçu pour pouvoir dès l'origine accueillir à terme les flux de chèques, et les gains administratifs importants escomptés par la dématérialisation furent autant de facteurs qui contribuèrent à la création d'un nouveau système au début du XXI^e siècle : le système de l'échange image chèques (EIC) (pt 70).

Pour mener à terme cette opération, les négociations ont été menées par deux comités : l'un, le comité français d'organisation et de normalisation bancaire (CFONB), a été chargé d'élaborer les modalités techniques liées à la dématérialisation et l'autre, la Commission Inter-Réseaux (CIR), de définir des conditions interbancaires du nouveau système. Cette commission chargea un groupe de travail de "*présenter des solutions en matière de conditions entre banques susceptibles de recueillir un accord au sein de la profession*". Le rapport remis au CIR par le groupe de travail identifiait clairement deux enjeux de la dématérialisation :

► la modification des équilibres de trésorerie entre banques : avec la dématérialisation, le chèque de la banque tirée parvient plus rapidement à la banque remettante. Cette accélération du temps de traitement des chèques a "*pour conséquence la modification des équilibres de trésorerie entre les banques, dès lors que les banques majoritairement tirées de chèques perdent plus rapidement la disposition des soldes oisifs des émetteurs de chèques, et donc la possibilité d'obtenir une rémunération par le float en plaçant les sommes correspondantes à leur profit, les banques majoritairement remettantes bénéficiant au contraire de la possibilité de placer plus rapidement les sommes correspondantes encaissées par les bénéficiaires des chèques*" (pt 89 ; voir aussi pt 33) ;

► la cohérence avec les autres moyens de paiement : la dématérialisation ne doit pas rendre le chèque plus attractif que d'autres moyens de paiement automatisés (pt 93).

Pour compenser l'équilibre de trésorerie liée à la dématérialisation du traitement des chèques, le rapport préconisait notamment l'application d'une commission d'un montant fixe maximum de 4,3 centimes d'euros par chèque tiré versée par la banque du remettant à la banque du tiré (pts 90 et 91).

Si des rapports internes de certaines banques avaient établi que la dématérialisation avait non seulement des effets sur la trésorerie, mais aussi sur les coûts administratifs, il n'y eut pas de calcul établissement par établissement pour tenter d'évaluer l'impact réel de la dématérialisation. Les négociations au sein du CIR se concentrèrent sur les deux seuls enjeux identifiés et aboutirent finalement à la création de neuf commissions interbancaires préconisées par le rapport : une commission d'échange image-chèque (CEIC), commission interbancaire versée par la banque du remettant à la banque du tireur d'un montant fixe

de 4,3 centimes d'euro (montant maximum indiqué au rapport) et huit commissions interbancaires versées à l'occasion d'opérations connexes au système (CSC : l'acheminement des vignettes circulantes, l'établissement des avis de rejet ou attestation de non-paiement, les demandes et la fourniture des renseignements, les annulations d'opérations compensées à tort, l'archivage des vignettes ou leur reproduction). Toutes les commissions furent par la suite appliquées de façon uniforme par les établissements bancaires. Ce sont ces commissions qui font l'objet d'une analyse de l'Adlc. Sur le fond, elle va examiner successivement le droit applicable (I), les pratiques (II) et les sanctions (III) (Sur la procédure : voir cette revue, Chronique Procédures).

I. Sur le droit applicable

Les banques ont cherché en vain à se défendre en montrant l'inapplicabilité du droit de la concurrence et du droit communautaire (devenu entre-temps droit de l'Union).

1. Sur l'applicabilité du droit de la concurrence : l'Adlc réaffirme la soumission des activités bancaires aux règles de concurrence et définit le marché comme celui des services liés au paiement par chèques

Comme l'on pouvait s'y attendre, la spécificité du secteur bancaire a été souvent mise en avant par les parties pour justifier leur comportement : il n'y aurait pas de marché car la mise en relation des banques avec leurs clients serait contrainte et ne serait donc pas le résultat d'une offre et d'une demande ; la Banque de France ne serait pas une entreprise au sens du droit de la concurrence car elle est chargée de veiller au bon fonctionnement et à la sécurité des systèmes de paiement ; quant aux autres établissements bancaires, ils ne seraient pas autonomes car leur comportement est dicté par les pouvoirs publics et la Banque de France. Tout en tenant compte des caractéristiques du secteur, l'Adlc écarte un à un ces arguments.

S'appuyant sur la jurisprudence *Züchner* de la CJCE de 1981 et l'article L. 511-4 du Code monétaire financier, l'Adlc rappelle que les activités bancaires n'échappent pas aux règles de concurrence. Il existe un marché qu'elle définit comme étant celui des services liés au paiement par chèques. L'autorité distingue deux faces du marché : celui de l'émission de formules de chèques, qui met en rapport les banques tirées et les payeurs, et celui de la remise de chèques, qui met en rapport les bénéficiaires et les banques remettantes. Elle précise que "*la sphère interbancaire et la sphère banque-client sont donc deux sphères distinctes mais interdépendantes, puisque des accords interbancaires sont susceptibles de produire des effets en dehors de la sphère interbancaire et d'influer sur la formation des prix dans la relation banque-client*" (pt 256). Elle ajoute que la Commission, le TPICE ainsi que le Conseil de la concurrence ont déjà eu à se prononcer sur les commissions interbancaires.

2. Sur l'applicabilité du droit communautaire : du fait de l'utilisation massive du chèque comme moyen de paiement en France, l'Adlc écarte la jurisprudence *Bagnasco* et retient l'affectation du commerce entre États membres

L'applicabilité du droit communautaire (aujourd'hui, droit de l'Union) (pts 261 à 275) a été admise en l'espèce. Examinant d'abord l'existence d'échanges entre les États membres (pts 263 à 267), l'Adlc rappelle le lien étroit entre la liberté de concurrence et le marché intérieur : "*les conditions, notamment de coût, auxquelles est subordonnée la remise de chèques sur l'ensemble du territoire national sont [...] susceptibles d'influer sur la mise en œuvre concrète de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services bancaires*" (pt 267).

Ensuite s'arrêtant sur l'existence de pratiques susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres de manière sensible (pts 268 à 275), elle relève qu'un accord horizontal s'étendant à l'ensemble du territoire français est susceptible d'affecter le libre établissement des banques étrangères et de contribuer au renforcement des barrières à l'entrée sur le marché des services bancaires en France (pt 271) et surtout que *"du fait de l'utilisation massive du chèque comme moyen de paiement en France au cours de la période en cause, les conditions tarifaires régissant la remise de chèques, en particulier par les entreprises, clientèle potentielle des banques étrangères, étaient susceptibles de revêtir une réelle importance dans le choix de ces banques de s'établir ou non en France"* (pt 274). Cette précision justifie qu'il ne soit pas fait application de la jurisprudence *Bagnasco* ou de la décision *Banques néerlandaises II*, qui n'avaient pas retenu l'affectation du commerce entre États membres. La décision de l'Adlc reprend dans ce domaine la jurisprudence *Club Lombard*, qui concernait les banques autrichiennes.

II. Sur les pratiques

À titre liminaire, et selon une pratique décisionnelle bien établie, l'Adlc rappelle qu'il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision dans le cadre des ententes (pt 276). Il lui suffit de relever qu'il s'agit des marchés de l'émission et de la remise des chèques. L'Adlc examine successivement les conditions de l'interdiction des ententes (1 à 3) et de l'exemption des ententes (4).

1. Sur l'existence d'un concours de volontés entre entreprises autonomes

Rappelons que l'interdiction des ententes suppose la démonstration d'une concertation entre entreprises autonomes et un objet ou un effet restrictif de concurrence.

En l'espèce, l'existence d'un concours de volontés n'a pas posé de difficultés car les banques mises en cause ne contestaient pas avoir participé aux réunions de la CIR au cours desquelles elles se sont concertées pour instaurer les commissions interbancaires litigieuses et en fixer le montant. Le débat a porté sur l'existence d'entreprises autonomes. Les arguments étaient soulevés par la Banque de France et les autres établissements bancaires.

1.1. Mise en cause dans l'exercice de son activité bancaire de nature commerciale, la Banque de France est une entreprise au sens du droit de la concurrence

La Banque de France soutenait qu'elle ne pouvait être une entreprise au sens du droit de la concurrence car elle est chargée de veiller au bon fonctionnement et à la sécurité des systèmes de paiement (pts 279 à 282). L'argument est balayé par l'Adlc : la Banque a été mise en cause parce qu'elle exerce une activité bancaire de nature commerciale. En l'espèce, elle a participé aux réunions de la CIR dont l'objet était d'examiner les conséquences financières du passage à l'EIC pour les banques, *"y compris elle-même en tant que banque remettante notamment du Trésor public"*. Par ailleurs, elle *"a acquitté jusqu'en 2007 la CEIC de 4,3 centimes d'euros par chèque remis"*. La Banque de France est donc une entreprise.

1.2. En l'absence de pressions des pouvoirs publics et de la Banque de France, les autres établissements bancaires sont autonomes

Si la mise en place de l'EIC a été encouragée par les pouvoirs publics, rien ne permet d'établir que la fixation des commissions interbancaires a été imposée à l'occasion du passage à l'EIC (pt 300) ; par ailleurs, *"il ne ressort pas des comptes rendus des réunions de la CIR que la Banque de France ait exercé une quelconque pression sur les autres banques s'agissant de"*

l'instauration des dites commissions" (pt 301). L'Adlc rappelle que la Banque de France ne dispose pas de pouvoir réglementaire en matière d'organisation des systèmes de paiement (pt 302).

Reprenant la jurisprudence *Asia Motor* du 18 septembre 1996 du TPICE, elle estime qu'"à supposer même que les banques aient subi une pression de la part des pouvoirs publics ou de la Banque de France, il ne saurait être considéré qu'une telle pression puisse être qualifiée d'irrésistible au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus. Tout au plus cette circonstance pourrait-elle être examinée au titre des circonstances atténuantes dans le cadre de l'appréciation de la sanction appliquée aux entreprises" (pt 303). La référence à l'un des caractères de la force majeure témoigne de l'interprétation restrictive des pressions par les autorités en charge du contrôle de la concurrence.

Une fois réglée, toutes ces questions, l'Adlc recherche si les commissions interbancaires sont des restrictions de concurrence. L'argumentation des parties l'a obligée à s'arrêter d'abord sur la notion de restriction accessoire.

2. Sur les restrictions accessoires (pts 305 à 322) : les banques n'apportent pas la preuve du caractère nécessaire des commissions interbancaires pour compenser les charges du nouveau système

Les parties ont tenté de soutenir que les commissions interbancaires mises en place étaient des restrictions accessoires à l'établissement de l'EIC, qui leur permettaient de compenser les charges financières du nouveau système. En d'autres termes, les commissions interbancaires (CEIC et CSC) devaient en tant qu'accessoires au passage à l'EIC, échapper à l'interdiction posée par l'article 81, § 1 TCE (TFUE, art. 101, § 1). Précisons que la théorie des restrictions accessoires a été appliquée pour la première fois dans l'arrêt *Remia* : des clauses de non-concurrence incluses dans un contrat de cession d'entreprise ont pu échapper à l'interdiction des ententes en tant qu'accessoires au contrat de cession, dont l'objet n'était pas anticoncurrentiel (CJCE 11 juill. 1985, aff. 42/84, Rec. p. 2545). Si l'arrêt *Métropole* a précisé la portée de cet arrêt dans une autre affaire d'ententes (TPICE 18 sept 2001, aff. T-112/99), cette théorie s'est essentiellement développée en matière de concentrations et non d'ententes (voir Comm., communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentrations, JOUE n°C 56 du 5 mars 2005, reprise par l'Adlc dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, n° 484 et s.). La difficulté en pratique est d'arriver à placer le curseur entre ce qui est accessoire et ce qui ne l'est pas ; entre ce qui est « anti » et « pro » concurrentiel.

Dans cette décision, l'Adlc écarte la qualification de "restrictions accessoires". Pour parvenir à ce résultat, elle commence par rappeler le droit applicable (pts 308 à 312).

Selon l'arrêt *Métropole* du TPICE de 2001, la restriction accessoire est celle qui "couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale". "Si, en l'absence de la restriction, l'opération principale s'avère difficilement réalisable voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation". (pts 308 à 310). En revanche, "si la durée ou le champ d'application de la restriction excèdent ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération, elle doit faire l'objet d'une analyse séparée dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité (TFUE, art. 101, § 3)" (pt 310), car dans le cas contraire, cela reviendrait à remettre en cause l'effet utile du paragraphe 3 (pt 311).

Après ce rappel, l'Adlc l'applique à l'espèce (pts 313 à 322). Elle considère que "les parties ne démontrent pas que cette commission était objectivement nécessaire pour l'adoption du nouveau système, au sens de la jurisprudence communautaire" (pt 313).

S'agissant d'abord de la CEIC, l'Adlc relève qu'il existait une alternative à l'instauration d'une commission interbancaire qui n'aurait pas eu d'effets sur la trésorerie des banques tirées : le report de la date de règlement à J + 2. Elle en conclut que la CEIC n'était pas objectivement nécessaire et qu'elle ne peut donc être considérée comme une restriction accessoire. Quant à l'argument des parties suivant lequel le report de la date de règlement était difficilement acceptable car il aurait privé les utilisateurs d'un effet positif de l'automatisation - l'accélération du traitement des chèques -, il doit être examiné au regard de l'article 81, § 3 TCE et non de l'article 81, § 1 TCE (TFUE, art. 101, § 3 et § 1).

En effet, la lettre du paragraphe premier commande que seuls les effets anticoncurrentiels soient analysés au stade de l'interdiction des ententes énoncée à l'article 81, § 1 TCE (TFUE, art. 101, § 1) (ainsi une clause de non-concurrence, restriction accessoire à une cession d'entreprise, peut être analysée dans le cadre du paragraphe premier). En revanche, les effets proconcurrentiels, comme l'accélération du traitement des chèques, ne peuvent être examinés que dans le cadre du paragraphe 3. Ce dernier nécessite pour son application un bilan économique et social : c'est ce que l'Adlc appelle "la mise en balance des gains d'efficacité" par référence aux lignes directrices de la Commission sur l'application de l'article 101, paragraphe 3 TFUE (pt 33 des LD concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE n° C 101 du 27 avr 2004).

Quant aux CSC ensuite, elles ne peuvent pas davantage être analysées comme des restrictions accessoires nécessaires (pt 317). Mais contrairement à la CEIC, l'Adlc disposait d'une décision antérieure de la Commission, la décision GSA du 21 octobre 1999 concernant des commissions multilatérales d'interchange destinées à rémunérer les prestations effectuées par la banque débitrice pour la banque créditrice dans le cadre du système néerlandais. Elle suit la même analyse en relevant que rien n'indiquait que des négociations bilatérales sur des commissions interbancaires pour le traitement des opérations connexes à l'EIC serait techniquement impossibles (pt 320). L'argument selon lequel le principe de négociations bilatérales se heurtait au nombre élevé d'acteurs en jeu et engendrerait des coûts de transaction importants doit aussi être analysé au regard de l'article 81, § 3 TCE (TFUE, art. 101 § 3). Comme la méthode de traitement des chèques, l'impact des techniques de négociation ne font pas partie de l'analyse de la restriction de concurrence de l'article 81, § 1 TCE (TFUE, art. 101, § 1). Tout ce qui ne relève pas directement de l'atteinte à la concurrence ne peut être examiné que dans le cadre du § 3 du Traité : à défaut, cela reviendrait à mettre en cause le principe d'interdiction des ententes assorti d'exceptions.

3. Les commissions interbancaires en cause sont des restrictions de concurrence par objet

Les commissions interbancaires tombant sous le coup de l'interdiction des ententes, il revenait à l'Adlc de déterminer si elles avaient un objet ou un effet restrictif de concurrence. Là encore, l'Adlc débute par une analyse du droit applicable (pts 332 à 348) et du contexte économique et juridique (pts 349 à 357), avant de l'appliquer aux deux types de commissions : la CEIC et les CSC (pts 358 à 389).

3.1. Sur le droit applicable : aucune décision nationale ou européenne ne s'est déjà prononcée sur le type de commissions interbancaires en cause et les décisions relatives à d'autres types de commissions interbancaires ne lient pas l'Adlc quant au raisonnement

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice, l'Adlc commence d'abord par rappeler que l'examen des effets d'un accord n'est pas nécessaire lorsque l'objet anticoncurrentiel est établi. De plus, pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher notamment à la teneur de ses stipulations, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (pts 333 et 334). Elle cite ensuite la pratique décisionnelle en matière de commissions interbancaires : dans un premier temps, elle s'arrête sur la communication de la Commission sur les systèmes de virement transfrontalier : elle y relève que si un accord de commission interbancaire bilatéral ne relève pas en principe de l'interdiction des ententes ; en revanche, "tout accord sur une commission interbancaire multilatérale est une restriction de la concurrence relevant de l'article 85 paragraphe 1 (TFUE, art. 101, § 1), car il limite de manière importante

la liberté des banques d'établir individuellement leur politique de tarification". Dans un second temps, elle reprend différentes décisions ou documents de la Commission européenne ou du Conseil de la concurrence (pts 338 à 347). Elle en conclut logiquement que les autorités nationale et européenne ont eu l'occasion de se prononcer sur les commissions interbancaires multilatérales, mais jamais sur des commissions dont les parties alléguaient qu'elles étaient de nature compensatoire ou bien encore des commissions destinées à rémunérer un service rendu par une catégorie de banques à une autre, même si de telles commissions peuvent, quant à certaines de leurs caractéristiques, être assimilées aux commissions visant à répartir les coûts de fonctionnement des systèmes de paiement (pt 348). Elle note que si la Commission ne s'est pas fondée spécifiquement sur l'objet anticoncurrentiel d'une commission interbancaire multilatérale, "*le raisonnement qu'elle a suivi dans certaines des affaires précitées n'est en aucun cas exclusif d'une telle qualification*" (C'est nous qui soulignons).

3.2. Sur le contexte économique et juridique : « l'universalité d'un moyen de paiement n'implique pas que l'ensemble des banques concluent des accords de nature tarifaire »

L'Adlc reprend ici les conclusions de l'avocat général dans l'affaire du bœuf irlandais, et notamment le point 48 déjà cité dans l'affaire du transport maritime entre la Corse et le continent (*Cons. conc., déc. n° 09-D-10, 27 févr. 2009*) : "*Cette règle (la nécessité de prendre en compte le contexte économique et juridique) doit être prise au sérieux, mais il serait erroné de la comprendre comme une porte ouverte à tous les éléments susceptibles de jouer en faveur de la compatibilité d'un accord avec le marché commun. En réalité, il ressort de la structure de l'article 81 CE que les éléments de contexte juridique et économique qui entrent en ligne de compte au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE sont uniquement ceux qui sont de nature à faire douter de l'existence d'une restriction de la concurrence*". Mais contrairement à l'affaire du transport maritime, l'Adlc précise ici que la CJCE examine si le contexte juridique ou économique est de nature à exclure toute possibilité de concurrence efficace.

Pour le cas d'espèce, l'Adlc rappelle que tout système de paiement nécessite une forme de coordination entre ses membres, notamment pour assurer l'interopérabilité du système (pt 350). Cependant "*l'universalité d'un moyen de paiement n'implique pas que l'ensemble des banques concluent des accords de nature tarifaire : chaque banque peut en effet rester libre de définir individuellement sa politique de tarification sur la face du marché sur laquelle elle est active. S'agissant du secteur du chèque, il fonctionnait d'ailleurs jusqu'en 2002 selon un pur schéma d'interopérabilité, sans relations tarifaires directes entre les banques*" (pt 352). En d'autres termes, si les systèmes de paiement incitent à la coordination, il existe encore une marge de manœuvre suffisante pour les banques de définir leurs tarifs de façon individuelle et non concertée.

L'Adlc se penche ensuite sur la gratuité de la délivrance des formules de chèques (pts 353 à 357), argument mis en avant par la Banque postale pour soutenir que la CEIC permettait de ne pas accroître le poids de la charge de la gratuité du chèque qui pèse sur les banques de clients modestes (pt 327) : cet argument, non soulevé dans le rapport visant à l'instauration de l'EIC, permet au contraire à l'autorité d'affirmer que "*les banques n'étaient nullement contraintes, du fait de la gratuité de la délivrance des chèques, de mettre en place des commissions interbancaires afin de rémunérer les services liés à l'émission des chèques*" (pt 357).

Après ces développements, l'Adlc examine la CEIC et les CSC et dénonce plus particulièrement l'application uniforme des commissions.

3.3. L'application uniforme du montant des commissions par les banques : Le principe d'une régulation commune reposant sur la conclusion d'un accord multilatéral de nature tarifaire comporte en effet une restriction dont l'objet présente un caractère anticoncurrentiel

S'agissant de la CEIC, elle note que malgré l'indication d'un montant maximal dans le rapport du groupe de travail et le fait que des montants inférieurs à ceux indiqués auraient pu être facturés, les banques ont systématiquement appliqué le montant supérieur (pts 358 à 364). La CEIC ne constitue pas une rémunération pour un service rendu, *“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”* (pt 360). *“La création de la CEIC a pour objet de restreindre la liberté de chaque banque de définir individuellement sa politique tarifaire et fait 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. Or, l'objectif essentiel du droit de la concurrence consiste à ce que tout opérateur économique détermine de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché”* (pt 379). Elle précise que si l'objectif d'optimisation de l'utilisation des différents moyens de paiement *“apparaît légitime, les banques ne pouvaient toutefois pas, à cette fin, se réunir dans un cadre multilatéral pour instaurer une commission interbancaire uniforme sans restreindre la concurrence. Le principe d'une régulation commune reposant sur la conclusion d'un accord multilatéral de nature tarifaire comporte en effet une restriction dont l'objet présente un caractère anticoncurrentiel”* (pt 383). L'objet anticoncurrentiel de la CEIC est établi : dont acte !

L'examen des commissions pour services connexes par l'Adlc est beaucoup plus rapide (pts 385 à 389). Elle relève que *“le montant de chacune de ces commissions a été fixé d'un commun accord à un niveau unique, identique d'une banque à l'autre, donc sans tenir compte des coûts propres de chaque banque, sauf à considérer que toutes les banques avaient le même profil de coûts, ce qui n'est pas établi ni même soutenu par les parties”* (pt 386) et encore *“l'accord multilatéral en cause a donc limité la liberté des banques de déterminer de manière indépendante et individuelle le niveau des CSC en fonction de leurs coûts et, indirectement, les prix et autres conditions des services fournis à leurs clients”* (pt 387).

En conclusion, ce n'est pas la reconnaissance d'une restriction par objet qui est exceptionnelle, mais plutôt l'application qui en est faite à une commission interbancaire multilatérale. En effet, autant le fait de s'arrêter sur l'objet anticoncurrentiel d'un abus de position dominante peut surprendre (voir *L. Idot, “Retour sur l'objet anticoncurrentiel”, Concurrences, n° 4-2009*), il n'est pas rare que des ententes soient interdites en raison de leur seul objet restrictif de concurrence surtout lorsqu'elles portent sur les prix. L'autonomie des acteurs économiques dans la fixation des prix est une des conditions d'un marché concurrentiel selon la théorie des marchés contestables mise en évidence par Baumol. En revanche, c'est la première fois en France et en Europe qu'une autorité de concurrence admet l'objet anticoncurrentiel d'une commission interbancaire multilatérale. C'est sans doute pour mieux souligner cette nouveauté que l'Adlc a ajouté que le *“raisonnement”* suivie par la Commission n'excluait pas une telle qualification (pt 348). L'application du droit de l'Union n'exclut pas des méthodes de raisonnement différentes. Dit autrement : peu importe que les commissions interbancaires soient considérées comme restrictives de concurrence en raison de leur objet ou de leurs effets : ce qui importe c'est le fait qu'elles soient restrictives de concurrence. L'objet ou l'effet restrictif de concurrence sont des conditions alternatives.

L'objet restrictif de concurrence des commissions en cause démontré, il restait à voir si ces pratiques anticoncurrentielles pouvaient être exemptées au titre du paragraphe 3, de l'article 81 (TFUE, art. 101 § 3) et de L. 420-4 du Code de commerce.

4. Des exemptions individuelles (pts 390 à 599) : l'Adlc se livre à un examen détaillé en s'appuyant sur les Lignes Directrices de la Commission et effectue un bilan économique des commissions interbancaires après avoir exposé sa méthodologie

Pour pouvoir exempter une pratique anticoncurrentielle au titre de l'article 81, § 3 TCE (TFUE, art. 101, § 3 ; LD 2004, pt 34), il faut démontrer : 1) la réalisation d'un progrès économique, c'est-à-dire que les effets négatifs sur la concurrence sont compensés par les effets positifs sur la production ou la distribution des produits ou qu'il en résulte un progrès technique ou économique (ce sont les gains dits d'efficacité), 2) et 3) le caractère nécessaire et proportionnée de la restriction de concurrence et 4) l'absence d'élimination de la concurrence. L'Adlc se livre ici à une analyse détaillée de l'article 81, § 3 TCE

(TFUE, art. 101, § 3) : c'est la première fois que l'autorité de contrôle s'arrête aussi longuement sur l'exemption individuelle en s'appuyant sur les lignes directrices de la Commission du 27 avril 2004, et plus spécialement sur les gains d'efficacité. Elle analyse la CEIC, puis les CSC. Seules une partie de ces dernières bénéficieront de l'exemption individuelle.

4.1. La CEIC n'est pas exemptée

En l'espèce, l'existence d'un progrès économique ne posait pas de difficulté (pts 397 à 407). Pour l'Adlc, "*il est indéniable que le passage à l'EIC a constitué un progrès technique et économique*" (pt 399) : l'adoption du nouveau système s'est traduite par une accélération des délais d'encaissement des chèques (pts 401 à 402) et par une amélioration de l'efficacité des circuits de recouvrement (pts 403 et 404).

En revanche, le caractère nécessaire de la CEIC ne sera pas établi. S'appuyant sur le point 73 des LD, qui invite à analyser la nécessité de l'accord restrictif puis chacune des restrictions, l'Adlc va se livrer à une démonstration longue et fouillée (pts 408 à 531).

L'Adlc entame sa démonstration en rappelant le contexte favorable qui a précédé le passage à l'EIC (pts 422 et s.) : l'arrivée de l'euro et le fait que les banques étaient fortement incitées à s'accorder sur la mise en place d'un nouveau système de règlement interbancaire. Mais si ces éléments peuvent expliquer la nécessité d'un compromis, ils ne permettent pas d'expliquer la nécessité d'instaurer la CEIC.

L'Adlc livre sa méthode : pour que la CEIC soit considérée comme nécessaire, il faut rechercher les incitations individuelles des banques à accepter la dématérialisation pour vérifier si certaines d'entre elles pouvaient rationnellement s'opposer à la réforme en raison des pertes prévisibles encourues : dans l'affirmative, la CEIC pourrait apparaître comme de nature à compenser ces pertes, et donc à supprimer la cause des réticences de ces banques (pt 431). L'Adlc, ajoute qu'il suffirait pour justifier la création de la CEIC qu'une seule banque "*ait estimé, de manière suffisamment réaliste, à la période à laquelle les négociations de la CIR ont pris place, qu'elle subirait des pertes du fait de l'accélération des échanges*" (pt 435).

L'Adlc s'appuie ici sur le raisonnement suivi par les autorités communautaires lors du règlement n° 924/2009 du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers qui a accepté à titre provisoire le maintien des commissions interbancaires pour favoriser la migration des anciens systèmes nationaux vers un mécanisme paneuropéen unifié de prélèvement. Elle prend le soin de souligner que l'admission de ces commissions en matière de prélèvement résulte d'un règlement d'exemption par catégorie et non de l'exemption individuelle accordée dans le cadre de l'article 81, paragraphe 3 TCE (TFUE, art. 101, § 3). Rappelons qu'en effet pour bénéficier de l'exemption par catégorie, il faut remplir les conditions posées par le règlement pour échapper à l'application traditionnelle de l'article 101 TFUE, qui suppose l'examen des conditions de l'interdiction du § 1 suivi de celles de l'exemption du § 3. En d'autres termes, en l'absence d'un règlement d'exemption par catégorie relatif au traitement des chèques, les commissions doivent être examinées au regard de l'article 81 §§ 1 et 3 TCE (TFUE, art. 101, §§ 1 et 3).

En l'espèce, les parties ne démontrent pas qu'à la date des négociations de la CIR, l'une des banques prévoyait une perte nette liée au passage à l'EIC (pts 439 à 448) : le groupe de travail de la CIR n'a pas mis en regard les pertes de trésorerie "*avec les gains de trésorerie enregistrés pour chaque chèque remis et des gains d'efficacité retirés par les banques du passage à l'EIC*" (pt 442) et par la suite "*la CIR s'est contentée pour justifier l'instauration de la CEIC de tenir compte de la perte brute de trésorerie sur la part tirée des banques*" (pt 444). Bien plus, les bilans économiques du passage à l'EIC réalisés en interne ne prévoyaient pas de perte liée au passage à l'EIC (pts 445 à 448). De plus, l'instauration d'une commission fixe à la transaction n'était pas de nature à compenser les pertes de trésorerie attendues (pts 449 à 461) : l'Adlc relève que le coût éventuel du nouveau système dépend uniquement de la valeur globale des chèques émis et remis par chaque établissement et

non du volume, c'est-à-dire du nombre de transactions par chèques. Ainsi, *“un établissement majoritairement tiré en volume (différence entre le nombre de chèques tirés et le nombre de chèques remis positive) ne subit pas de perte de trésorerie du fait du passage à l'EIC s'il est majoritairement remettant en valeur (différence entre le montant global des chèques remis et le montant global des chèques tirés positive)”* (pt 451). À l'inverse, *“un établissement majoritairement remettant en volume (différence entre le nombre de chèques tirés et le nombre de chèques remis négative) subit une perte nette de trésorerie du fait du passage à l'EIC s'il est majoritairement tiré en valeur (différence entre le montant global des chèques remis et le montant global des chèques tirés négative)”* (pt 452). Si dans le premier cas, il est rationnel pour la banque d'accepter le passage à l'EIC sans mécanisme de compensation ; dans le second, au contraire, il n'est pas rationnel d'accepter le passage à l'EIC sans mécanisme de compensation. Pire, *“l'instauration d'une commission par chèque remis contribue à dégrader encore plus le bilan du passage à l'EIC de ce type d'établissement”* (pt 452). Dans ces conditions, l'instauration de la CEIC pour ce dernier type d'établissement ne peut s'expliquer que s'il y avait une compensation par des gains administratifs liés au passage à l'automatisation ou par la volonté de répercuter la commission sur la clientèle (pt 458).

Toutes ces analyses sont enfin confirmées par celui du bilan économique du passage à l'EIC pour chacune des banques concernées (pts 462 à 531). Ce qui est particulièrement étonnant en l'espèce, c'est le fait que l'Adlc, tout en rappelant que la charge de la preuve incombe en principe aux parties, expose sa méthodologie du bilan à faire : le bilan proposé par la CIR avait été jugé insuffisant pour établir la réalité de la compensation opérée par la CEIC et les parties n'avaient pas procédé, malgré les demandes de l'autorité en ce sens, à un examen autre que celui proposé par la CIR. L'Adlc, qui aurait pu se contenter d'affirmer qu'aucune des banques n'apportaient la preuve que la CEIC compensait les charges liées à l'automatisation du traitement des chèques, essaye au lieu et place des banques de le démontrer. Ces développements inédits soulignent, s'il en était besoin, la différence de nature entre l'Adlc et les juridictions (« La pédagogie est (...) consubstantielle à la régulation de la concurrence » : voir B. Lasserre, *L'office de l'Autorité de la concurrence*, in Justice et cassation, Dalloz, 2010, p. 113).

L'Adlc va ainsi, en premier lieu, évaluer la perte de trésorerie moyenne par chèque tiré (pts 478 à 513) et en second lieu, étudier l'impact de l'accélération des échanges interbancaires (pts 514 à 525). Elle constate qu'aucune des banques majoritairement tirées en volume ne connaît un bilan négatif hors mécanisme de compensation (pt 515). Elle ira même jusqu'à effectuer un bilan alternatif pour étudier l'impact de l'optimisation de trésorerie qui aboutit au même résultat (pts 518 à 520). Tous ces calculs confirment que la mise en place de la commission était extrêmement variable suivant les volumes et valeurs de chèques émis et remis par chaque banque et démontre *“l'incohérence de la mise en place d'une commission fixe, en termes d'incitations individuelles des banques à accepter le passage à l'EIC”*. (pt 525). Elle souligne aussi le comportement incohérent des banques, pour lesquelles la mise en place de l'EIC se traduisait par un coût supplémentaire : en toute logique, elles auraient dû chercher à renégocier un accord qui leur était défavorable.

Devant l'absence de nécessité, l'Adlc n'examine pas les deux dernières conditions de l'exemption.

4.2. Les CSC sont exemptées, à l'exception de la commission AOCT

De façon toujours aussi méthodique, l'Adlc examine les quatre conditions de l'article 81, § 3 TCE (TFUE, art. 101, § 3).

Le progrès économique avait déjà été établi dans le cadre de l'analyse de la CEIC. Elle s'appuie ici plus particulièrement sur le document de travail “SEPA” de la Commission européenne (pts 533 à 539).

Pour établir d'abord le caractère nécessaire des CSC, l'Adlc va vérifier pour chaque commission si elles avaient bien pour objet de rémunérer un service rendu par une banque à une autre. À l'issue de cet examen, elle reconnaît la nécessité de commissions “multilatérales” de préférence à des commissions bilatérales (pts 550 à 553). En l'absence de telles commissions, les gains d'efficacité issus du passage à l'EIC auraient été significativement amputés par le coût de la négociation de

commissions bilatérales entre chaque couple de banques. Examinant ensuite, le caractère proportionné du montant des commissions, elle estime que *“toutes les commissions sur services connexes, exceptées les commissions AOCT dont le montant a été fixé selon des critères étrangers aux objectifs poursuivis par l'accord sous examen, étaient raisonnablement nécessaires à la réalisation des gains d'efficacité qui en étaient attendus”* (pt 589). Pour finir, l'Adlc souligne (pts 590 à 596) : *“que les CSC ne concernent que des opérations connexes au système de compensation des chèques, et ne sont donc pas prélevées pour la majorité des transactions effectuées dans le cadre du nouveau système EIC”*. Les caractères nécessaires et proportionnés examinés, l'Adlc estime que toutes les CSC hormis la commission AOCT réservent une partie équitable du profit qui en résulte aux consommateurs dans la mesure où leur montant se fonde sur des critères objectifs et transparents et n'excède pas le coût du service rendu. Enfin, la concurrence n'a pas été éliminée sur les marchés de l'émission et de la remise de chèques par l'instauration des CSC.

En conclusion, hormis les commissions AOCT, les CSC peuvent bénéficier de l'exemption individuelle prévue au paragraphe 3 de l'article 81 TCE (TFUE, art. 101, § 3).

On sait que la recherche du progrès économique est d'interprétation très stricte. Ces dernières années, les parties ont parfois demandé à en bénéficier, mais toujours sans succès. Le développement des règlements d'exemption par catégorie a aussi contribué à mettre l'accent sur le principe d'interdiction. Ici, une partie des commissions interbancaires a rempli les conditions d'exemption à l'issue d'un bilan économique positif : c'est la première fois que le bénéfice de l'article 81 TCE (TFUE, art. 101, § 3) est accordé. L'insistance sur les gains d'efficacité montre non seulement la volonté de l'Adlc de se situer dans le cadre des lignes directrices de la Commission, mais aussi et surtout sa volonté d'accorder une plus grande place à l'économie dans le contrôle des ententes.

III. Sanctions

Avant de déterminer le montant des sanctions, qui font apparaître une fois encore la spécificité du secteur bancaire, l'Adlc s'arrête sur l'imputabilité des pratiques : les concentrations et restructurations du secteur bancaire y contribuent largement.

1. Sur l'imputabilité des pratiques (pts 600 à 620)

La Banque postale soutenait en effet que l'on ne pouvait lui imputer un comportement dans la mesure où elle n'existait que postérieurement aux réunions du CIR. C'est l'occasion pour l'Adlc de rappeler qu'en cas de restructurations d'entreprises, les règles sur l'imputabilité des infractions *“s'appuient sur le principe de la responsabilité personnelle, complété par le critère de la continuité économique”* (pt 601). Ce principe s'explique par la nécessité de préserver le caractère dissuasif des sanctions. En l'espèce, le fait que La Poste *“n'a pas cessé d'exister juridiquement n'empêche pas de sanctionner La Banque Postale à raison des infractions en cause commises par La Poste avant 2005, dès lors, d'une part, que cette dernière n'exerce plus d'activité sur le marché du chèque concerné par la présente procédure et, d'autre part, qu'il existe des liens structurels entre La Poste et La Banque Postale”* (pt 610). LCL soutenait de son côté que l'on ne pouvait lui imputer les pratiques puisqu'elle a été acquise par la société Crédit Agricole. Cela conduit l'Adlc à faire une distinction entre la période antérieure à son absorption et la période postérieure. S'appuyant sur la jurisprudence *Cascades*, l'Adlc relève qu'une filiale qui continue à exercer l'activité dans le cadre de laquelle les pratiques ont été commises doit répondre elle-même de son comportement infractionnel antérieur à son absorption (pt 615). Mais étant donné que LCL n'a plus de comportement autonome à compter de son absorption, le Crédit Agricole sera considéré comme solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale. Enfin la BPCE issue de la fusion-absorption entre la BFBP et la Caisse Nationale des Caisses d'Épargne se voit imputer le comportement anticoncurrentiel.

2. Sur la détermination du montant des sanctions

Les développements portent essentiellement sur la détermination du plafond des sanctions et de leur montant.

2.1. Détermination du plafond : le produit brut bancaire des entreprises

Les banques n'ayant pas de chiffre d'affaires, il fallait déterminer la référence pour le calcul du plafond légal. Les banques ont demandé à ce que ce soit le produit net bancaire. Après avoir vérifié l'application de la loi NRE qui a relevé le plafond (pts 624 à 626), l'Adlc considère que le produit net bancaire ne peut être considéré "comme l'équivalent d'un chiffre d'affaires, lequel est composé de recettes brutes et non de recettes nettes de charges" (pt 630). S'appuyant sur la décision n° 00-D-28 du Conseil de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier, qui avait retenu comme plafond des sanctions la somme des postes de produits d'exploitation bancaire ainsi que sur le règlement concentrations de 2004 qui remplace le chiffre d'affaires par la notion de produit brut (voir Règl. n° 139/2004, art. 5), elle retient le produit brut bancaire des entreprises mises en cause comme plafond (pt 633). Toutefois, elle examinera le produit net bancaire pour "s'assurer que les sanctions prononcées sont proportionnées à leur faculté contributive" (pt 636).

L'Adlc se livre ensuite à l'examen des critères de détermination des sanctions (pts 637 à 749).

2.2. Critères de détermination des sanctions

i. La gravité des pratiques en cause (pts 639 à 676) : l'Adlc rappelle la nocivité de l'entente horizontale

L'entente horizontale est l'une des pratiques anticoncurrentielles les plus graves. Et comme on pouvait s'y attendre après l'examen de l'article 81, § 3 TCE, l'Adlc opère une distinction entre la CEIC et les commissions AOCT. Contrairement à ces dernières, la CEIC ne correspond à aucun service rendu aux banques remettantes, ni à aucun coût particulier subi par les banques tirées : elle "vient accroître de manière purement artificielle le coût de la remise de chèques, pesant ainsi indirectement sur le niveau des prix" (pt 649). La CEIC est donc une infraction plus grave que les commissions AOCT. Elle relève toutefois des circonstances atténuantes : il ne s'agit pas d'une entente sur les prix finaux (pt 652) ; la Banque de France, autorité de tutelle des établissements bancaires, a exercé un important rôle d'influence pour parvenir à la conclusion de l'accord (pt 656) ; le cartel n'est pas secret. Mais il y a aussi des circonstances aggravantes : les banques ne pouvaient ignorer que les commissions interbancaires multilatérales étaient soumises aux règles de concurrence.

L'Adlc relève une durée différente des pratiques : la CEIC a été perçue entre le 1er janv. 2002 et le 1er juillet 2007 ; les commissions AOCT sont appliquées sans interruption depuis le 1er janvier 2002. La durée des pratiques en cause, mises en œuvre pendant une période supérieure à cinq ans, peut être regardée comme relativement longue (pt 666).

ii. L'importance du dommage à l'économie (pts 677 à 716) :

Pour l'Adlc, "le dommage à l'économie doit être apprécié par rapport à la situation de concurrence qui aurait prévalu dans l'hypothèse d'un passage à l'EIC sans CEIC et non celle qui aurait été observée dans l'hypothèse du maintien d'un système manuel de compensation des chèques" (pt 679). En l'espèce, le marché affecté est celui de l'ensemble des chèques interbancaires compensés par les établissements de crédit en France. Les seules données dont dispose l'Adlc sont le volume de chèques concernés au cours des années 2002 à 2006 (pt 682). Si l'opacité tarifaire empêche d'évaluer précisément la valeur des ventes réalisées par les banques, elles représentaient nécessairement une part non négligeable des coûts des banques afférents à la gestion des moyens de paiement de leurs clients ou à la gestion de leurs flux créditeurs eu égard au fait que le chèque représentait 37 % des moyens de paiement scripturaux et 26 % en 2006 (pt 684).

La potentialité des effets anticoncurrentiels est aussi établie : “La perte subie par les consommateurs du fait d’une hausse des prix (ou de leur maintien à un niveau artificiellement élevé) est en l’occurrence d’autant plus importante que les remettants sont des clients captifs du monopole bancaire” (pt 687). Analysant les différentes catégories de remettants, l’Adlc relève la hausse du prix de la remise de chèques. Elle note en particulier que pour les grands remettants la mise en place de la CEIC s’est traduite par une augmentation des tarifs et sa suppression par une baisse. La facturation pour les autres entreprises et les particuliers s’effectue de façon indirecte par le jeu des dates de valeur : ils ont subi une perte, mais qui est difficilement quantifiable.

iii. La réitération (pts 717 à 727) : l’Adlc précise les conditions à remplir

L’Adlc précise ce que l’on doit entendre par réitération (l’annulation de sa décision 09-D-25, le 29 juin 2010 dans l’affaire des travaux publics de voies ferrées y est peut-être pour quelque chose - voir *le commentaire dans cette chronique*). Quatre conditions doivent être remplies (pt 719) :

▸ l’existence d’un constat d’infraction antérieur avant la commission des nouvelles pratiques (pts 720 à 723) et la prise en compte du délai écoulé entre le précédent constat d’infraction et la commission des nouvelles pratiques “*pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l’entreprise à s’affranchir des règles de concurrence*” : l’Adlc examine ces deux conditions en même temps et écarte l’argument des parties qui prétendaient que la première infraction n’avait pas été sanctionnée au moment de la commission des nouvelles pratiques : certes l’accord litigieux date du 3 février 2000 et la décision n° 00-D-28 sur le marché du crédit immobilier du 20 septembre, mais l’accord du 3 février 2000 n’a été mis en œuvre qu’à compter du 1er janvier 2002, c’est-à-dire postérieurement à la décision du Conseil de la concurrence du 20 septembre 2000 - et a duré plus de cinq ans après ;

▸ le caractère définitif, à la date de la présente décision, du constat d’infraction : la décision a fait l’objet d’un arrêt confirmatif de la Cour d’appel de Paris et d’un pourvoi rejeté par la Cour de cassation (pts 724) ;

▸ Les nouvelles pratiques doivent être identiques et similaires à celles du précédent constat d’infraction (pts 725 à 726).

Toutes les conditions étant remplies en l’espèce, la réitération est établie et le calcul de la sanction est alors majoré de 20 %.

iv. La situation individuelle des entreprises (pts 728 à 797) : une distinction entre le rôle de meneur et celui d’incitateur

L’Adlc constate que cinq banques se sont exprimées en faveur de l’adoption de ces commissions, mais elles n’ont pas eu à proprement parler un rôle de meneur (pts 728 à 749). Elles ont eu un rôle d’“incitateur” (pts 733 à 735). Cette circonstance aggravante leur vaut une majoration de la sanction de 10 %. Notons que la Banque de France ne fait pas partie des cinq banques car elle n’était manifestement pas favorable à la mise en place d’une commission. Le fait qu’elle ait “*exercé un important rôle d’influence pour parvenir à la conclusion de l’accord*” (pt 656) n’a pas été retenu comme une circonstance aggravante pour elle, mais comme une circonstance atténuante pour les autres banques.

L’absence de profit retiré de l’entente et la suppression de la CEIC en cours d’instruction ne sont en revanche pas prises en compte. Elle résulte d’un comportement “normal” (sic !) d’entreprises faisant l’objet d’une procédure de concurrence. L’argument selon lequel la CEIC n’a pas été répercutée sur les tarifs unitaires pendant la période concernée est rejeté car l’Adlc a bien montré que la répercussion pouvait s’effectuer selon des modalités diverses.

2.3. Montant des sanctions

La spécificité du secteur bancaire est mise en avant par l'Adlc pour montrer les difficultés qu'elle a rencontrées à déterminer le montant des sanctions : *“Il n'est pas possible, [...], de déterminer la valeur des ventes de services d'émission et de remise de chèques réalisées par les banques au cours de la période en cause”* (pt 750). *“Dans ces conditions, le montant de base de la sanction sera assis sur deux éléments, à savoir, d'une part, la part de marché de chaque banque sur le marché de l'émission et de la remise de chèques et, d'autre part, le produit net bancaire réalisé par chaque banque sur le seul territoire national. Le premier élément permet de tenir compte de la position spécifique de chaque banque sur le marché affecté. Le second élément permet de tenir compte de la taille et de la puissance économique de chaque banque et, partant, de ses capacités contributives. Il permet également de tenir compte de la circonstance que l'effet des pratiques en litige s'est étendu au-delà du seul marché du chèque, pour toucher l'ensemble des activités bancaires des mises en cause, en raison des modalités spécifiques de tarification de ces activités (subventions croisées)”* (pt 751).

La difficulté pour l'Adlc de déterminer le montant des sanctions appelle une observation : on sait que le récent rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles a souligné *“un manque de transparence et un déficit de débat contradictoire dans la fixation de la sanction”* même si la procédure satisfait aux exigences générales de la CEDH. Mais que peut faire l'Adlc si elle se heurte elle-même au manque de transparence des parties ? En tous les cas, les modes de calcul retenus par l'Adlc en l'espèce figurent parmi ceux préconisés par ledit rapport.

2.4. Autres sanctions (pts 790 à 797)

À côté des sanctions pécuniaires, l'Adlc enjoint les établissements bancaires à réviser le montant des commissions AOCT (annulation d'une opération compensée à tort) afin de s'assurer que celui-ci soit proportionné aux gains d'efficacité qui en sont attendus. La décision est assortie de l'obligation de publication dans *Le Monde* et *Les Échos* et les frais de l'expertise sont à la charge des banques au prorata des sanctions infligées conformément à l'article L 463-8, troisième alinéa, du Code de commerce.

Conclusion

Cette affaire montre d'abord la place croissante de l'économie en droit des ententes. Elle se manifeste à la fois dans les termes employés (on ne parle plus de bilan économique et social, mais de gains d'efficacité) et dans la méthode suivie (présentation d'hypothèses et conséquences de chacune d'entre elles). Elle témoigne ensuite de la spécificité des secteurs réglementés et de la nécessaire adaptation de l'autorité de contrôle. Cette dernière s'est livrée en l'espèce à une analyse particulièrement fouillée : si elle sanctionne les banques, elle se veut très pédagogique et apporte beaucoup de précisions utiles et ce d'autant plus que cette décision sera suivie d'autres concernant les commissions interbancaires sur les cartes à la suite de la saisine de la Fédération des distributeurs et sur les prélèvements.