

COUR DE CASSATION

Audience publique du **14 avril 2015**

Cassation

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 395 FS-D

Pourvoi n° G 12-15.971

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

contre l'arrêt rendu le 23 février 2012 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

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

2^o/ à la Confédération nationale du Crédit mutuel, dont le siège est 88-90 rue Cardinet, 75017 Paris,

3^o/ à la Société générale, société anonyme, dont le siège est 29 boulevard Haussmann, 75009 Paris,

4^o/ à la société BNP Paribas, société anonyme, dont le siège est 16 boulevard des Italiens, 75009 Paris,

5° à la société BPCE, société anonyme, dont le siège est 50 avenue Pierre Mendès France, 75013 Paris,

6° à la société Crédit agricole, société anonyme, dont le siège est 91-93 boulevard Pasteur, 75015 Paris,

7° à la société Crédit du Nord, société anonyme, dont le siège est 28 place Rihour, 59800 Lille,

8° à la société HSBC France, société anonyme, dont le siège est 103 avenue des Champs Elysées, 75008 Paris,

9° à la société La Banque postale, société anonyme, dont le siège est 115 rue de Sèvres, 75006 Paris,

10° à la société Le Crédit industriel et commercial, société anonyme, dont le siège est 6 avenue de Provence, 75009 Paris,

11° à l'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens (ADUMPE), dont le siège est 33 avenue de Wagram, 75017 Paris,

12° à l'association Union fédérale des consommateurs - Que choisir (UFC Que choisir), dont le siège est 233 boulevard Voltaire, 75011 Paris,

13° à la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, dont le siège est 12 rue d'Euler, 75008 Paris,

14° au ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie, domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, DGCCRF, bâtiment 5, 75013 Paris,

15° au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié 4 boulevard du Palais, 75001 Paris,

défendeurs à la cassation ;

L'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens (ADUMPE), d'une part, et l'association Union fédérale des consommateurs Que choisir (UFC-Que choisir), d'autre part, ont chacune formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

L'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens, défenderesse au pourvoi incident, invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

L'Association UFC-Que choisir, demanderesse au pourvoi incident, invoque, à l'appui de son recours, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 17 mars 2015, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen rapporteur, Mmes Laporte, Bregeon, MM. Le Dauphin, Grass, Fédou, Mmes Darbois, Provost-Lopin, Orsini, Peruzzetto, conseillers, M. Contamine, Mme Tréard, M. Gauthier, Mme Jollec, conseillers référendaires, M. Mollard, avocat général référendaire, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, les observations de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de l'association Union fédérale des consommateurs - Que choisir, de la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor et de la SCP Piwnica et Molinié, avocats des sociétés Crédit Lyonnais, BNP Paribas, BPCE, Crédit agricole, Crédit du Nord, HSBC France, La Banque postale, Le Crédit industriel et Commercial, de la Confédération nationale du Crédit mutuel et de la Société générale, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de l'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu les observations adressées à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation par la Commission européenne, en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, transmises aux parties, ainsi qu'à l'avocat général ;

Donne acte au président de l'Autorité de la concurrence du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre le procureur général près la cour d'appel de Paris ;

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par le président de l'Autorité de la concurrence que sur les pourvois incidents relevés, d'une part, par l'Association UFC-Que choisir, d'autre part, par l'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens (l'ADUMPE) ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident relevé par l'association UFC-Que choisir et le moyen unique, pris en sa première branche, du pourvoi incident formé par l'ADUMPE, qui sont recevables, réunis :

Vu les articles 6 paragraphe 1 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et 554 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Conseil de la concurrence devenu 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 ; que, le 14 mars 2008 ont été notifiés à la Confédération nationale du Crédit mutuel, et aux sociétés Crédit agricole SA, BNP-Paribas, Société générale, Banque fédérale des banques populaires devenue BPCE, La Banque postale, LCL (Le Crédit lyonnais), HSBC, Crédit industriel et commercial - CIC et 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 entendus, à l'occasion de la mise en place d'un système informatisé de compensation des chèques dit échange image chèque, sur l'instauration de diverses commissions interbancaires, soit une commission fixe de 4,3 centimes d'euro par chèque dite commission « échange image chèque » 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, ce pour une période de trois ans, et de huit commissions occasionnelles dites commissions pour services connexes également uniformes, liées à certains services rendus par les banques pour l'exécution des paiements par chèques ; que, par décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010, l'Autorité a dit que les banques avaient 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 ; que les banques ont formé un recours contre cette décision ; que l'association UFC-Que choisir et l'ADUMPE sont intervenues volontairement à l'instance devant la cour d'appel, la première à titre principal et la seconde à titre accessoire ;

Attendu que l'arrêt retient qu'il suffit de constater que, par suite de la réformation de la décision de l'Autorité découlant de la mise hors de cause des banques, les interventions des associations UFC-Que choisir et ADUMPE, à les supposer recevables, sont sans objet ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans examiner les moyens des parties intervenantes, la cour d'appel, qui les a privées du droit d'être effectivement entendues, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs des pourvois principal et incidents ;

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 février 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris, remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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

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 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 quatorze avril deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour le président de l'Autorité de la concurrence.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Sur la violation de la notion de restriction de la concurrence par objet au sens des articles 101 § 1 du TFUE et L 420-1 du code de commerce

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir réformé la décision n° 10–D–28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et dit qu'il n'était pas établi que les sociétés BPCE, La Banque Postale, BNP-Paribas, La Confédération Nationale du Crédit Mutuel, Le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial, LCL, HSBC France et Société générale ont enfreint les dispositions 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) ;

AUX MOTIFS QUE « concernant spécialement le contexte économique et juridique dans lequel s'inscrivent les accords, sa prise en compte doit s'opérer dans certaines limites qui ont notamment été rappelées par l'avocat général Mme Trstenjak dans ses conclusions sous l'arrêt BIDS, auxquelles se réfère utilement la Décision (point 349) : « Cette règle 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» (point 48) ; qu'il s'agit ainsi seulement de prendre en compte les éléments objectifs principaux de ce contexte et non, à cette occasion, de procéder à une analyse concrète et détaillée des effets ; que c'est d'ailleurs dans cette optique que la Cour de justice (arrêt de la Cour de justice du 4 juin 2009, T -Mobile Netherlands e.a., C-8/08) a relevé, dans le point 31 de cet arrêt qui ne peut se lire qu'à la lumière du point 29 de l'arrêt, « la distinction entre infraction par objet et infraction par effet tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence» ; que dans le cas d'un accord ayant un objet anticoncurrentiel, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse concrète et détaillée des effets : « S'agissant de l'appréciation de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée, telle que celle en cause dans le litige au principal, il importe de rappeler, en premier lieu, que, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 46 de ses conclusions, pour

avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit simplement être concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun. La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à des dommages et intérêts» (point 31) ; que la prise en compte du contexte économique et juridique ne peut, en principe, servir qu'à discuter, dans un cas donné, la qualification de restriction par objet et non l'inverse ; que la portée et les limites du cadre analytique s'appliquant au contexte juridique et économique à rechercher en ce qui concerne la qualification de restriction par objet ayant ainsi été précisées, il ressort des précédents développements consacrés au simple rappel objectif des pratiques dénoncées, qu'au cas d'espèce, une analyse, même sommaire, de ce contexte, doit être étendue au delà des seuls éléments retenus par la décision, qui ne concernent que la coordination des banques pour l'organisation des systèmes de paiement ainsi que la gratuité de la délivrance des formules de chèques ; qu'il est constant que deux tentatives de dématérialisation de la compensation des chèques interbancaires avaient déjà échoué, la première en 1988 et la seconde en 1991, notamment en raison de la résistance de certaines banques à la perspective d'une perte de recettes de trésorerie; qu'en 1999, le passage du franc à l'euro, impliquant la création d'un circuit de compensation des chèques en euros, coexistant temporairement avec l'ancien circuit de compensation des chèques en francs, constituait une occasion de dépasser les obstacles et désaccords subsistants et de moderniser le système d'échange des chèques; que les représentants de la Banque de France ont indiqué, dans leur audition du 1^{er} juillet 2008, qu'en l'absence de dématérialisation du système de compensation, il aurait fallu « dupliquer le système d'échange papier pour le besoin des chèques en euros, ce qui aurait été à la fois onéreux et complexe » ; que, dans son avis du 22 mai 2008, la Commission bancaire évoque ainsi l'opportunité que représentait le passage à l'euro : « La Commission bancaire souhaite tout d'abord rappeler le contexte qui a présidé à la mise en oeuvre de l'Echange d'Images Chèques. Il s'agissait d'un enjeu politique majeur, soutenu activement par l'ensemble des pouvoirs publics dans le cadre du passage à l'euro. Comme le souligne la notification de griefs (...), plusieurs tentatives de dématérialisation de l'échange des formules de chèques avaient déjà échoué par le passé. Le passage à l'euro constituait ainsi une opportunité de faire réussir ce projet en même temps qu'il le rendait plus nécessaire encore» ; que, concernant les procédures requises pour la mise en place du nouveau système de règlement interbancaire découlant de l'EIC, il est également constant qu'il ne pouvait qu'être « institué par une autorité publique ou (. . .) être régi par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place ou par une convention type», conformément aux

dispositions de l'article L. 330-1 du code monétaire et financier; que le passage à l'EIC dans le cadre d'une convention-cadre interbancaire ne pouvait ainsi être décidé qu'à l'unanimité des banques participant au circuit dématérialisé de traitement des chèques, comme le confirme la Commission bancaire dans son avis du 22 mai 2008: « Un tel projet, nécessairement interbancaire, devait recueillir l'accord de l'ensemble de la place pour être mené à bien » ; que, comme l'observe la décision (point 426), si un système de compensation dématérialisé n'impliquant qu'une partie des établissements bancaires était théoriquement envisageable, la coexistence d'un tel système avec l'ancien système de compensation manuel aurait manifestement engendré des coûts de fonctionnement très élevés, rendant peu probable la conclusion d'un accord pour mettre en oeuvre cette solution de consensus ; qu'il en résulte que, comme le constate d'ailleurs la décision, à la date des négociations de la CIR, les banques étaient fortement incitées à s'accorder sur les conditions de la mise en place du système dématérialisé de compensation interbancaire des chèques, même si la possibilité, en cas de blocage des négociations, d'instituer l'EIC par la voie d'un texte réglementaire d'origine gouvernementale, option qui n'était pas exclue par le code monétaire et financier, n'avait cependant pas été formellement envisagée ; qu'il résulte de ce qui précède que les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment qu'en pratique, l'accord ne pouvait, dans, un tel contexte, être que le résultat d'un consensus de place ; qu'il ne peut ainsi être sérieusement contesté, d'une part, que, compte tenu du nombre des établissements bancaires concernés et de la divergence de leurs intérêts, la fixation d'une compensation sur une base strictement bilatérale se heurtait à l'impossibilité concrète de négocier une multitude d'accords bilatéraux, négociation qui aurait par surcroît été la source d'importants coûts de transaction et, d'autre part, qu'il n'était pas possible, concrètement et pratiquement, concernant spécialement les CSC, de se mettre d'accord sur les modalités de calcul de chaque commission en fonction de paramètres variant d'une banque à l'autre sans effectuer, en infraction avec le droit de la concurrence, un échange d'informations sensibles entre concurrentes ; qu'à cet égard, il est établi par le dossier et d'ailleurs admis par l'Autorité elle-même dans la décision, non seulement que les banques, à partir du moment où ont vu le jour des antagonismes marqués, tels qu'ils ressortent du rapport du groupe de travail restreint et des comptes rendus des réunions de la CTR exprimés au sein de la CTR, ont activement recherché un compromis pour permettre le passage à l'EIC, fut-il imparfait ; qu'au surplus, concernant le contexte de l'accord, il est établi par le dossier que la Banque de France, autorité de tutelle des établissements bancaires, a pris une part très active à la recherche puis à l'obtention du compromis constitué par les commissions visées par la notification des griefs; que, dans son avis précité du 22 mai 2008, la Commission bancaire confirme d'ailleurs que «la mise en place des différentes commissions interbancaires, dont, pour une période transitoire, la commission d'échange image chèque, a été déterminante dans la réussite de ce projet d'intérêt

national» que la décision relève d'ailleurs, certes au stade ultérieur de la gravité des pratiques, mais sans retirer pour autant à cette circonstance la caractéristique d'élément important du contexte des pratiques à prendre en considération, que la mise en oeuvre de l'EIC, projet d'intérêt général, a été activement soutenue par la Banque de France et que si, aux yeux de l'Autorité, le rôle de celle-ci n'est pas suffisant pour caractériser l'existence d'une contrainte de nature à exonérer les parties à l'entente de leur responsabilité, il n'en demeure pas moins que 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, en proposant notamment un compromis quant au montant et à la durée de la CEIC ; qu'il importe de rappeler ensuite avec précision les objectifs de l'accord ayant institué les commissions incriminées, ainsi replacé dans le contexte dans lequel il s'inscrit, ainsi que sa teneur ; que, concernant les stipulations de l'accord incriminé et les objectifs poursuivis, il ressort des éléments du dossier ci-dessus rappelés, que les stipulations de cet accord, qui portent sur les conditions interbancaires du passage à l'EIC, constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables; que la CEIC et les CSC étaient ainsi directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange des chèques, projet d'intérêt général neutre au regard du droit de la concurrence et par surcroît constitutif d'un indéniable progrès technique et économique pour tous les opérateurs et acteurs concernés, et cela dès le déploiement du nouveau système EIC, le 1er janvier 2002 ; qu'en effet, l'adoption d'un système de compensation dématérialisé entraînait une amélioration de l'efficacité des circuits de recouvrement et une accélération des délais d'encaissement des chèques, ce que la Commission bancaire a elle-même confirmé dans son avis du 22 mai 2008, en soulignant que cette accélération «recherchée et obtenue par la mise en place de l'EIC, s'accompagne d'une meilleure efficacité globale de la fonction d'encaissement et d'une réduction de ses coûts due à la réduction des manipulations nécessaires, dont bénéficie l'ensemble des clients du système bancaire, et l'apurement plus rapide des comptes de passage. Cela est une source d'importantes économies pour l'ensemble des acteurs économiques et permet une gestion plus active de la trésorerie des entreprises» ; que l'accélération des délais d'encaissement des chèques résulte, d'une part, de la mise en place d'une chambre de compensation dématérialisée unique et donc de la disparition de la catégorie des chèques « hors place », dont le délai de règlement interbancaire était de trois jours ouvrés après la date d'échange, soit deux jours de plus que celui des chèques « surplace », et, d'autre part, du choix des banques de fixer l'heure d'arrêt de la journée d'échange (HAJE) à 18 h avec une date de règlement interbancaire à J+ 1, ce qui a permis de réduire l'écart entre la date de remise des chèques à la banque et la date de leur échange ; que lors des négociations de la CIR, les banques ont considéré que l'accélération du délai de règlement interbancaire serait comprise entre 1,1 et 1,6 jour ouvré, et retenu une estimation moyenne de 1,4 jour ouvré ; que si la Banque de

France et les banques étaient en droit d'en attendre, globalement, une réduction de leurs coûts, les clients remettants étaient également appelés à bénéficier d'une économie de coûts du fait de la simplification de l'opération de remise de chèques de même que le passage à l'EIC s'est accompagné d'une amélioration des services pour les clients; qu'ainsi que le souligne la Commission bancaire dans son avis précité, le développement de l'EIC a permis d'assurer une plus grande sécurité pour les établissements de crédit et leur clientèle, la fin de la circulation des chèques supprimant une grande partie des risques de perte ou de vol, ainsi qu'une plus grande efficacité de la lutte anti-blanchiment, leur numérisation ayant facilité le contrôle a posteriori des chèques ; qu'il n'est ni contesté ni contestable que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC modifiait de manière très substantielle les équilibres de trésorerie qui existaient jusqu'alors entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières et que l'institution d'une commission interbancaire telle que la CEIC était précisément destinée, en l'état des données dont les parties à l'accord et l'autorité de tutelle disposaient alors, à compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques ; que s'il résulte des différents documents de travail de la CIR que les banques ont envisagé un délai de règlement interbancaire allongé comme solution alternative à l'instauration de la CEIC, les banques ne peuvent pour autant être sérieusement contredites lorsqu'elles affirment qu'un délai de règlement interbancaire à J+2 était difficilement acceptable, vis-à-vis notamment de leurs clients, dans la mesure où, à la différence de la solution retenue prévoyant la création de la CEIC, il aurait privé les utilisateurs du système du chèque de l'accélération techniquement permise par la dématérialisation des échanges ; que concernant l'autre enjeu économique du passage à l'EIC constitué par la recherche de la cohérence entre les différents moyens de paiements, il est constant que la légitime préoccupation de ne pas rendre le chèque, «instrument papier» plus attractif que d'autres moyens paiement automatisés moins coûteux a été également prise en compte par le groupe de travail restreint de la CIR au soutien du principe de création d'une commission interbancaire ; que l'accord interbancaire conclu au sein de la CIR révèle que l'instauration des commissions critiquées par la notification des griefs poursuivait alors, en 1999 et 2000, un objectif économique légitime, d'ailleurs consacré comme tel par la Banque de France et par la Commission bancaire ; que, concernant spécialement les modalités concrètes de détermination du montant de la CEIC, il est établi par le dossier que cette commission interbancaire multilatérale qui poursuivait un objectif compensatoire et qui est le fruit d'un compromis, ne reposait pas exclusivement sur des calculs précis et définitifs; qu'à cet égard, ainsi que la décision le relève elle-même dans des développements consacrés au bilan économique du passage à l'EIC qui, s'ils sont intervenus dans le cadre de l'examen de l'exemption, ne relatent pas moins des circonstances objectives qui peuvent entrer en ligne de compte pour l'analyse des stipulations

critiquées de l'accord en ce qui concerne les commissions et en particulier la CEIC que, lorsqu'elles ont pris part aux réunions de la CIR, les banques n'ont probablement pas réalisé, à titre individuel, un bilan reposant sur des hypothèses économiques aussi précises que celles qui ont été recueillies au cours de l'instruction du dossier et que, nuanciant ses conclusions sur ce bilan (point 521 de la décision) en ce qui concerne les gains et les pertes des banques majoritairement tirées en volume, d'une part, et les banques majoritairement remettantes, d'autre part, l'Autorité estime qu'à la date à laquelle elles ont décidé de la création de l'EIC, les banques étaient placées dans une situation d'incertitude concernant les conséquences précises, pour elles ou pour leurs concurrentes, du passage à l'EIC ; qu'au surplus, la décision constate, à juste titre, que les incidences de la réforme au niveau interne de chaque banque, telles que les gains de productivité permis par le système, ne relevaient pas de la mission de la CIR, et ne pouvaient être pris en compte sans procéder à l'échange d'informations sensibles entre concurrents ; que, dans ces conditions les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment que le caractère compensatoire de la CEIC et son caractère temporaire expliquent le montant forfaitaire de cette commission, fruit d'un compromis et non résultat d'un calcul arithmétique ; que les CSC, qui sont également des commissions interbancaires multilatérales, sont destinées à rémunérer un service nouvellement rendu par une catégorie de banques à une autre et à assurer la compensation d'un transfert de charges; qu'il suffit de rappeler : - que la dématérialisation du système de compensation supposait, afin de réduire le coût de traitement des chèques, d'arrêter la circulation physique des chèques le plus tôt possible, en l'occurrence au niveau de la banque remettante; que, dès lors, certaines charges, telles que l'archivage des chèques, auparavant assumées par les banques tirées étaient transférées aux banques remettantes, les CSC ayant précisément pour objet de compenser ce transfert de charges ; que, par ailleurs, la dématérialisation des chèques entraînait la création de nouvelles charges pour les banques, telles que le traitement des rejets d'images-chèques et des demandes de télécopie adressées par le banquier tiré au banquier remettant, ou encore le traitement des annulations d'opérations compensées à tort via le SIT ; qu'afin d'assurer le bon fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre ; - que les CSC ont pour objet de compenser les coûts engagés par une banque à raison d'une opération initiée par un autre établissement bancaire ou par son client, et donc de transférer la charge financière d'une opération aux personnes à l'origine de la transaction en cause; qu'une telle allocation permet notamment d'inciter les acteurs du système de paiement par chèque à éliminer les erreurs ou les incidents de paiement dont ils sont à l'origine, puisqu'ils doivent en assumer la charge financière, et, partant, à encourager une utilisation efficiente de ce moyen de paiement ; que l'accord qui a institué la CEIC et les CSC qui

viennent d'être analysées était, sans équivoque, un accord à caractère transitoire, tant sur le principe que sur le niveau des commissions critiquées, dès lors que les conditions interbancaires du passage à l'EIC ont été fixées pour une durée de trois ans à partir du 1^{er} janvier 2002 et jusqu'au 31/12/2004, et que les parties à l'accord devaient se réunir à l'automne 2004 pour fixer les conditions qui seront applicables à partir du 1/1/2005 «sur la base d'un bilan des 3 ans écoulés et de l'évolution constatée des équilibres par rapport aux équilibres actuels» ; qu'une telle stipulation était en effet cohérente, notamment au regard de la recherche manifeste d'un compromis sur un système de transition permettant, notamment, d'absorber progressivement le déséquilibre de trésorerie induit par l'EIC et, plus généralement, au regard d'une recherche de cohérence entre les différents moyens de paiement procédant de la mise en place du nouveau système de chèque avec EIC, «pour tenir compte des évolutions qui seront intervenues tant chez les établissements que dans les infrastructures (STET) et les pratiques de place concernant l'image chèque» ; qu'il est vrai que les banques ne se sont pas réunies à la fin de l'année 2004 pour réexaminer les conditions instaurées en 2000 pour le passage à l'EIC et que la suppression de la CEIC n'est intervenue que dans le contexte de l'enquête lancée par les services du Conseil de la concurrence, quelques mois avant la notification des griefs en date du 14 mars 2008 et que cette commission, prélevée à compter du 1^{er} janvier 2002, n'a finalement été supprimée que le 4 octobre 2007, avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 2007, étant observé que les banques n'ont, sur ces points, fourni aux services d'instruction de l'Autorité que des explications assez évasives (point 529 de la Décision) ; qu'il est également constant que les établissements qui participaient à la CIR ont créé, le même jour, un groupe de travail pour assurer, selon les modalités prévues par la convention professionnelle EIC du 9 juillet 2003, l'examen des CSC instituées à l'occasion du passage à l'EIC, à l'exception des commissions pour annulation d'opérations compensées à tort (AOCT) puis que, lors de la réunion du comité plénier du groupe de travail en date du 27 novembre 2007, les participants ont décidé la révision des CSC selon des modalités qui ont été rappelées et que les participants ont également convenu d'une révision périodique des CSC selon des modalités qui ont également été décrites ; qu'au delà de ces événements, postérieurs à l'accord, il n'en demeure pas moins qu'eu égard à la décision de l'Autorité de retenir, en définitive, la qualification de restriction de concurrence par objet, l'analyse des pratiques anticoncurrentielles imputées aux requérantes doit, dans un tel cadre, se limiter aux caractéristiques de l'accord qui a instauré les commissions litigieuses à la date à laquelle il a été constaté, le 3 février 2000, lors de la réunion de la CIR, caractéristiques qui sont bien celles d'un accord mettant en place un système de transition appelé à fonctionner pendant une période limitée à trois ans puis, à l'expiration de cette période, à faire l'objet d'un bilan ; que s'inscrivant indiscutablement dans le cadre de la négociation d'un projet d'intérêt général activement soutenu par l'autorité de tutelle des banques qui a exercé un important rôle d'influence pour parvenir à sa

conclusion, l'accord transitoire obtenu au sein de la CIR qui a institué les commissions incriminées par la notification des griefs, ne peut, ainsi que le constate la Décision (points 647 à 657), être assimilé à un cartel secret; que, limité, dans son principe, aux relations interbancaires et n'ayant pas pour objet de fixer un tarif commun des prestations fournies aux clients des banques et par surcroît ne prévoyant pas de répercussion sur leurs clients du montant des commissions versées, cet accord ne constitue pas, ainsi que le relève la Décision, une entente sur les prix finaux ; que l'analyse par la Décision des restrictions de concurrence sur le marché de la remise de chèques repose sur le fait que la création de la CEIC ayant introduit un élément de coût uniforme pour les banques remettantes, qui n'existait pas dans l'ancien système de compensation des chèques interbancaires, les banques remettantes ont ainsi subi une hausse artificielle de leurs charges d'exploitation affectant le bilan de chaque opération de remise et que les banques, comme toute entreprise, devant nécessairement couvrir leurs coûts, il y a lieu de présumer qu'une telle hausse était susceptible de produire deux types d'effets : la limitation de l'offre de remise de chèques, d'une part, et l'augmentation des prix finaux, d'autre part ; que concernant en premier lieu la limitation potentielle de l'offre sur ce marché, qui repose sur l'hypothèse d'une absence de répercussion totale ou partielle de la CEIC sur les prix facturés par les banques remettantes à leurs clients, rien ne permet de réfuter les arguments des requérantes qui, alors que la Décision retient qu'il est envisageable qu'elles renoncent à fournir une prestation de remise de chèques, lui opposent que les banques n'ont pas, à proprement parler, de «prise» sur le marché de la remise de chèques, qui ne peut se dissocier quantitativement du marché de l'émission de chèques, une banque ne pouvant pas, par surcroît, cesser d'accepter les remises de chèques ; qu'au demeurant, force est de constater que la moindre rentabilité, voire le déficit, de l'activité de remise des chèques qui constituent l'élément essentiel retenu par l'Autorité au soutien de son analyse pour caractériser finalement la limitation potentielle de l'offre sur le marché considéré ne peuvent, comme la hausse des charges, se présumer et qu'à tout le moins, ils ne constituent pas à proprement parler un élément inhérent à l'institution des commissions incriminées par la notification des griefs ou en découlant directement et de manière certaine ; que concernant en second lieu l'influence potentielle sur les prix finaux, sur le marché de la remise de chèques, la Décision constate cette fois-ci que les banques n'étaient, certes, pas convenues de répercuter la CEIC sur leurs clients, mais oppose finalement aux mises en cause qu'elles ne peuvent pour autant dénier le caractère vraisemblable de cette répercussion et que, dans la mesure où elle augmente le coût de fourniture du service de remise de chèques, elle est susceptible d'avoir un impact sur la relation banque-client et d'entraîner une augmentation des prix facturés par les banques remettantes à leurs clients ; que s'agissant de la détermination d'une restriction par objet qui repose, selon les modalités qui ont été rappelées, sur une analyse de l'accord interbancaire incriminé, le caractère finalement vraisemblable ou plausible, apprécié dans la durée, de

la répercussion de la CEIC sur les clients, pourtant non décidée par les banques, ne peut être un élément exclusif d'analyse ; qu'au demeurant, les requérantes ne peuvent être sérieusement contredites lorsqu'elle affirment :

- que l'analyse de l'Autorité apparaît de toute façon particulièrement nuancée, dès lors que son appréciation sur l'ampleur de la possible répercussion de la CEIC sur les prix finaux est subordonnée à de nombreux facteurs, dont la politique commerciale de chaque banque remettante, le pouvoir de négociation des clients et l'intensité de la concurrence (point 371 de la Décision) ;
- que l'analyse de la répercussion partielle ou totale de la CEIC sur les prix finaux dans le cadre de l'offre globale de services (point 373 de la Décision) est par trop hypothétique ; que, par surcroît, la décision de la Commission du 8 septembre 1999 qui est intervenue dans l'affaire qui est citée par la Décision (point 370) ne peut être utilement invoquée au titre d'une pratique décisionnelle dont les éléments d'analyse seraient applicables ou transposables à la CEIC, dès lors, non seulement, que la commission en cause n'avait, ni la même nature, ni le même objet que la CEIC, mais encore, et surtout, que la Commission a considéré, élément a priori déterminant à ses yeux dans la conduite de son analyse, que la commission interbancaire en cause avait un effet restrictif de la concurrence dès lors qu'elle servait en fait de «plancher» pour l'établissement des tarifs applicables aux clients, ce qui n'est pas le cas pour la CEIC (« Le fait que les CMI déterminent un niveau plancher pour les prix que les commerçants doivent acquitter pour l'acceptation des cartes de paiement est effectivement une indication que les CMI de MasterCard ont probablement, par leur nature, le potentiel de fixer les prix») ;

que, au demeurant, l'appréciation économique de l'accord au regard de l'introduction, du fait de la création de la CEIC, d'une hausse artificielle du coût de revient du traitement des remises de chèques pour les banques remettantes dès lors que la commission a introduit un élément de coût uniforme (point 366 de la Décision) qui n'existait pas dans l'ancien système de compensation des chèques interbancaires doit, au cas d'espèce, être rapportée à l'objectif poursuivi par l'accord incriminé qui a institué une commission à finalité compensatoire précisément destinée à remédier, à titre transitoire, comme cela sera encore analysé ci-après, en raison de l'accélération de l'échange des chèques dans le cadre du nouveau système de paiement avec EIC, au coût résultant de la perte de trésorerie, intervenant au détriment des banques tirées avec, de manière symétrique, un gain pour les banques remettantes ; qu'en cet état, il n'est pas permis d'affirmer avec suffisamment de certitude qu'en raison d'une influence potentielle sur le niveau des prix finaux découlant de façon indubitable de l'accord qui a institué la CEIC, cette commission a, par nature, la capacité de restreindre la concurrence tarifaire ; Que s'agissant des restrictions de concurrence sur le marché de l'émission de chèques, la Décision retient, pour l'essentiel : que, sur ce marché, la CEIC a généré une hausse de revenu artificielle pour les banques tirées, puisqu'elles ont perçu un revenu qui ne leur était pas attribué par le marché, mais par un accord interbancaire et ce, afin de compenser les pertes de trésorerie qu'elles estimaient subir du fait de

l'accélération du règlement interbancaire des chèques ; - que l'objectif de préserver les équilibres de trésorerie existants, et, partant, de leur situation concurrentielle prévalant avant 2002, contribue en réalité à « figer » le marché du chèque: du côté de l'émission de chèques, un tel objectif vise à pérenniser par le biais d'une commission uniforme, créée artificiellement hors des mécanismes du libre jeu du marché, une partie des flux de recettes que les banques tiraient auparavant du float, c'est-à-dire à garantir aux banques tirées un niveau de rémunération minimal par chèque tiré; symétriquement, du côté de la remise de chèques, cet objectif a pour conséquence la neutralisation des bénéfices attendus de l'accélération des échanges pour les banques ; que les requérantes ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment, notamment, que, lors des négociations et de la conclusion de l'accord la non-rémunération des dépôts, en l'état de la réglementation alors en vigueur, et la possibilité de placer le float constituaient une ressource permettant une «indemnisation» partielle au profit des banques tirées, qui avaient alors une clientèle de particuliers plus importante que les banques majoritairement remettantes, au titre des coûts supportés pour la mise en disposition des chèques qu'elles ne pouvaient imputer aux clients émetteurs en raison de l'interdiction légale et que, dans ces conditions, quelles que soient les appréciations portées par ailleurs par l'Autorité sur les incidences de la gratuité de la délivrance des formules de chèques (points 343-357 de la Décision), le déséquilibre avéré qui existait en 1999 entre banques majoritairement tirées et banques majoritairement remettantes a bien un lien avec la gratuité du chèque ; que, dans ces conditions, les requérantes ne peuvent être désavouées lorsqu'elles font valoir que, lors du passage à l'EIC, le transfert du float des banques majoritairement tirées aux banques majoritairement remettantes avait bien alors une incidence directe sur la répartition des coûts du système chèque «entre les deux côtés du système» et qu'une partie des revenus que les banques majoritairement tirées percevaient en compensation de la charge liée à la gratuité du chèque allait être transférée aux banques majoritairement remettantes ; que dès lors, il ne peut être affirmé avec certitude que la préservation des équilibres de trésorerie, qui a constitué un élément essentiel des négociations ayant abouti à l'accord transitoire, engendrait une hausse de revenu artificielle pour les banques tirées et contribuait à figer le marché du chèque dans des conditions permettant de retenir assurément la qualification de restriction par objet ; qu'au delà du but compensatoire objectif de la CEIC, il est établi qu'en pratique, en raison de la complexité certaine du processus de décision touchant au passage à l'EIC qui concernait plusieurs dizaines d'établissements ainsi que des enjeux comme des divergences majeures d'intérêt entre les principaux établissements bancaires concernés - banques majoritairement remettantes et banques majoritairement tirées pour l'essentiel- et des oppositions frontales qui en ont découlé, la mise en oeuvre du nouveau système de compensation au moyen d'une multitude d'accords bilatéraux était pratiquement impossible et que, dans ces conditions, les modalités

transitoires de passage à l'EIC, dont la CEIC et les CSC constituaient un accessoire, n'ont pu être décidées concrètement que dans un cadre multilatéral, par surcroît sous l'égide et avec la participation active de l'autorité de tutelle des banques qui a proposé un compromis ; qu'a fortiori, dans le contexte économique et juridique particulier constitué par le passage à l'EIC, de tels éléments ne permettent pas non plus d'opposer véritablement aux mises en cause (point 383 de la Décision) que chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement via une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques ; que, concernant plus particulièrement les CSC, la Décision retient que l'accord ayant consisté à fixer ces commissions à un niveau uniforme comporte un objet restrictif de concurrence en ce que leur création a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe, de sorte que l'accord multilatéral en cause a 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 ; qu'il suffit, sur ce point, de se référer aux développements qui précèdent sur la nécessité, qui vient d'être vérifiée de manière concrète, de recourir à un accord multilatéral dans le cadre du passage à l'EIC, ce qui, par surcroît, ne permet pas de se référer utilement aux décisions citées par l'Autorité (point 388 de la Décision) au titre de la recherche d'une restriction par objet ; que, pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées à propos de la CEIC, la décision de la Commission du 8 septembre 1999 qui est intervenue dans l'affaire qui est citée par l'Autorité (point 388 de la Décision) ne pourrait être utilement invoquée au titre d'une pratique décisionnelle dont les éléments d'analyse seraient, à un titre quelconque, applicables ou transposables aux CSC, dès lors, non seulement, que la commission en cause ne poursuivait pas les mêmes objectifs que les CSC, mais encore, et surtout, que la Commission a considéré que la commission interbancaire en cause avait un effet restrictif de la concurrence dès lors qu'elle servait en fait de « plancher » pour l'établissement des tarifs applicables aux clients, ce qui n'est pas le cas pour les CSC ; que, par surcroît, comme le soulignent les requérantes qui ne peuvent être utilement démenties sur ce point : - les services auxquels correspondent les CSC, qui ont essentiellement pour objet le défraiement des coûts administratifs nouveaux résultant de la mise en place de l'EIC ne sont pas des services proposés à la clientèle et, qu'au demeurant, il n'existe pas non plus à proprement parler de lien entre les services que ces commissions ont pour objet de rémunérer et les services rendus par les banques à leurs clients ; - les commissions connexes, payées par les banques tirées aux banques remettantes, ont à tout le moins été compensées par la réduction de coûts relatifs au traitement de chèques, du fait du transfert de certaines tâches initialement effectuées par les banques tirées vers les banques remettantes ; - les écarts de coût mis en exergue par la Décision à la date de conclusion de l'accord ne constituent qu'une

hypothèse et, qu'en tout état de cause, ils ne peuvent être présumés ; qu'il résulte de ce qui précède que l'analyse conduite par la Décision de l'accord qui a instauré les commissions incriminées par la notification de griefs ne permet pas d'affirmer qu'au regard de sa teneur appréciée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence en l'assimilant assurément, conformément aux exigences de la jurisprudence communautaire, à des formes de collusion entre entreprises pouvant être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence, dans des conditions telles qu'il serait inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1 du traité, de démontrer que cet accord a eu des effets concrets sur le marché ; que, dès lors, faute d'établir l'existence de restrictions de concurrence inhérentes à l'accord incriminé qui a institué les commissions en cause, une restriction par objet n'apparaît pas démontrée au cas d'espèce et que, dans ces conditions, l'Autorité ne pouvait se dispenser d'examiner les effets de l'accord et pour, le cas échéant, le sanctionner, de réunir des éléments établissant que le jeu de la concurrence avait été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible ; qu'il s'ensuit que les griefs d'entente imputés aux requérantes ne peuvent être retenus et que ces dernières doivent, en conséquence, être mises hors de cause ;

1^o) ALORS QUE sont prohibés les accords susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ; que sont interdits notamment les accords consistant à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ; qu'il suffit, pour caractériser l'objet anticoncurrentiel d'un tel accord, de s'assurer, au regard de sa teneur, des buts objectifs qu'il vise à atteindre ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel il s'insère, qu'il est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché intérieur, en substituant sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence auquel est soumis tout opérateur déterminant de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché ; qu'il n'est pas nécessaire de démontrer en sus que la concurrence a été empêchée, restreinte ou faussée par l'accord ni, par conséquent, d'en examiner les effets concrets pour asseoir une telle conclusion ; que, en particulier, l'article 101 du TFUE visant à protéger, non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais également, dans l'intérêt général, la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée ni à l'existence d'un lien direct de celui-ci avec les prix à la consommation ni, plus largement, au fait qu'il prive les consommateurs finals des avantages d'une concurrence efficace en termes de prix ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté que l'un des deux objectifs exprès de l'accord en cause était, par l'instauration

des CEIC, de « compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques » liée à sa dématérialisation (arrêt, p. 62 § 2) et, par la mise en place des CSC, de compenser l'apparition de nouvelles charges et de nouveaux coûts (arrêt, p. 63 § 2) ; qu'elle a aussi constaté que son autre objectif était « de ne pas rendre le chèque, 'instrument papier' plus attractif que d'autres moyens de paiement moins coûteux » (arrêt, p. 62, § 3) ; qu'elle n'a enfin pas nié le caractère « finalement vraisemblable ou plausible » d'une répercussion de la CEIC sur les clients des banques ; qu'en décidant, alors même que la CEIC et les CSC introduisaient un élément de coût uniforme, et donc potentiellement quoiqu'indirectement de prix, et qu'il n'était pas contesté qu'elles puissent se répercuter sur les prix aux clients, qu'il n'était pas établi à suffisance de droit que ces commissions constituent une restriction de la concurrence par objet, (arrêt, pp. 66-69), la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE les effets concrets d'un accord ayant pour objet de restreindre la concurrence n'ont pas à être pris en considération, et encore moins démontrés avec certitude ni quantifiés ; que l'absence ou l'insuffisance d'une telle démonstration n'est dès lors pas susceptible de faire obstacle à la qualification de restriction de la concurrence par objet ou de la remettre en cause ; que la constatation d'un tel objet ne saurait, en particulier, être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés des avantages d'une concurrence efficace en termes de prix ou que les prix finaux soient affectés par l'accord ; que, en l'espèce, l'Autorité de la concurrence avait relevé que les CEIC avaient pour objet de restreindre la concurrence en ce qu'elles étaient de nature à permettre une limitation de l'offre et à influencer sur les prix sur le marché de la remise de chèques ; que, sans contester le caractère « vraisemblable » ou « plausible » de la répercussion de la CEIC sur les clients, mais en estimant qu'il ne pouvait suffire à caractériser l'existence d'un objet anticoncurrentiel, que l'ampleur de cette possible répercussion sur les prix finaux était subordonnée à de nombreux facteurs et que la création, par la CEIC, d'un élément de coût uniforme devait au cas d'espèce être rapportée à l'objectif « compensatoire » de cette commission (arrêt, pp. 66 dernier § et 67), de sorte qu'il n'était pas permis d'affirmer avec « suffisamment de certitude » qu'en raison d'une influence « potentielle » sur le niveau des prix finaux découlant de façon « indubitable » de la CEIC, celle-ci ait par nature la capacité de restreindre la concurrence tarifaire (arrêt, p. 67), la Cour d'appel a violé les articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE, en retenant de même, pour juger que ces commissions ne restreignaient pas la concurrence sur le marché de l'émission de chèque par leur objet, qu'il ne peut être affirmé avec « certitude » que la préservation des équilibres de trésorerie engendre une hausse de revenu artificielle pour les

banques tirées et contribue à figer le marché dans des conditions permettant de retenir « assurément » cette qualification (arrêt, p. 68 § 1), alors que la restriction par objet était caractérisée dès lors que les accords litigieux étaient susceptibles de conduire à une telle hausse et de figer le marché, la Cour d'appel a violé les articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE, en se référant aux mêmes motifs pour conclure que les CSC ne restreignaient pas davantage la concurrence par leur objet, tout en notant de surcroît qu'elles ne correspondaient pas à des services proposés à la clientèle ni n'étaient liés à de tels services, qu'elles avaient à tout le moins été compensées par la réduction de coûts relatifs au traitement des chèques et que les écarts de coûts correspondants ne pouvaient en tout état de cause être « présumés » (arrêt, pp. 68 et 69), sans cependant en tirer aucune conclusion, la Cour d'appel n' a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposaient au regard des articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du code de commerce ;

5°) ALORS QUE la poursuite d'objectifs économiques donnés, voire d'objectifs d'intérêt général, seraient-ils légitimes, n'est pas de nature à faire obstacle à la qualification de restriction de la concurrence par objet, et ne peut être prise en considération que dans le cadre de l'examen de l'exemption possible d'un accord au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE et de l'article L. 420-4 du code de commerce, lorsque les parties démontrent que les conditions d'application de ces dispositions sont réunies ; que le rôle joué par les pouvoirs publics n' est pas davantage de nature à influencer sur l'examen d'une restriction de la concurrence par objet ; qu'en l'espèce, en se fondant, pour exclure l'existence d'une restriction de la concurrence par objet, sur le fait que les accords litigieux tendaient à compenser les coûts et les pertes résultant de la dématérialisation du traitement des chèques et à maintenir la cohérence entre les différents moyens de paiement (arrêt, pp. 61 et 62), qu'ils « s'inscrivaient indiscutablement dans le cadre de la négociation d'un projet d'intérêt général activement soutenu par l'autorité de tutelle des banques qui a exercé un important rôle d'influence » et qu'ils poursuivaient « un objectif économique légitime » (arrêt, pp. 61, 62 et 64), la Cour d'appel a violé les articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE la prise en considération de la teneur de l'accord ne peut conduire à ce que des éléments sans incidence sur l'existence d'un objet anticoncurrentiel puissent être invoqués pour remettre en cause l'existence d'une restriction de la concurrence par objet ; que ni le caractère limité dans le temps d'un accord, ni les faits qu'il ne constitue pas un cartel secret, qu'il soit limité aux relations interbancaires, qu'il ne porte pas sur les prix finals ou ne porte pas préjudice aux consommateurs finals, ne sont susceptibles de remettre en cause l'existence d'une restriction de la concurrence par objet ;

qu'en l'espèce, après avoir constaté que les parties à l'accord, qui devaient se réunir pour fixer les conditions applicables à l'issue de celui-ci, ne l'avaient pas fait, la Cour s'est fondée sur cet ensemble d'éléments mis en lumière par son examen de la teneur de l'accord pour conclure au caractère « incontestablement inédit » et « spécifique » de celui-ci (arrêt, pp. 62-64) ; que c'est ensuite en se référant spécialement à la teneur de l'accord qu'elle a jugé que son objet anticoncurrentiel était insuffisamment démontré (arrêt, p. 69) ; qu'en se déterminant ainsi, la Cour d'appel a violé les articles 81, paragraphe 1, CE, devenue 101, paragraphe 1, du TFUE, et L. 420-1 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Sur la notion de restriction accessoire

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir réformé la décision n° 10–D–28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et dit qu'il n'est pas établi que les sociétés BPCE, La Banque Postale, BNP-Paribas, La Confédération Nationale du Crédit Mutuel, Le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial, LCL, HSBC France et Société générale ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE ;

AUX MOTIFS QUE il importe de rappeler ensuite avec précision les objectifs de l'accord ayant institué les commissions incriminées, ainsi replacé dans le contexte dans lequel il s'inscrit, ainsi que sa teneur ; que, concernant les stipulations de l'accord incriminé et les objectifs poursuivis, il ressort des éléments du dossier ci-dessus rappelés, que les stipulations de cet accord, qui portent sur les conditions interbancaires du passage à l'EIC, constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables; que la CEIC et les CSC étaient ainsi directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange des chèques, projet d'intérêt général neutre au regard du droit de la concurrence et par surcroît constitutif d'un indéniable progrès technique et économique pour tous les opérateurs et acteurs concernés, et cela dès le déploiement du nouveau système EIC, le 1er janvier 2002 ; qu'en effet, l'adoption d'un système de compensation dématérialisé entraînait une amélioration de l'efficacité des circuits de recouvrement et une accélération des délais d'encaissement des chèques, ce que la Commission bancaire a elle-même confirmé dans son avis du 22 mai 2008, en soulignant que cette accélération «recherchée et obtenue par la mise en place de l'EIC, s'accompagne d'une meilleure efficacité globale de la fonction d'encaissement et d'une réduction de ses coûts due à la réduction des manipulations nécessaires, dont bénéficie l'ensemble des clients du système bancaire, et l'apurement plus rapide des comptes de passage. Cela est une source d'importantes économies pour l'ensemble des acteurs économiques et permet une gestion plus active de la trésorerie des

entreprises» ; que l'accélération des délais d'encaissement des chèques résulte, d'une part, de la mise en place d'une chambre de compensation dématérialisée unique et donc de la disparition de la catégorie des chèques « hors place », dont le délai de règlement interbancaire était de trois jours ouvrés après la date d'échange, soit deux jours de plus que celui des chèques « surplace », et, d'autre part, du choix des banques de fixer l'heure d'arrêt de la journée d'échange (HAJE) à 18 h avec une date de règlement interbancaire à J+ 1, ce qui a permis de réduire l'écart entre la date de remise des chèques à la banque et la date de leur échange ; que lors des négociations de la CIR, les banques ont considéré que l'accélération du délai de règlement interbancaire serait comprise entre 1,1 et 1,6 jour ouvré, et retenu une estimation moyenne de 1,4 jour ouvré ; que si la Banque de France et les banques étaient en droit d'en attendre, globalement, une réduction de leurs coûts, les clients remettants étaient également appelés à bénéficier d'une économie de coûts du fait de la simplification de l'opération de remise de chèques de même que le passage à l'EIC s'est accompagné d'une amélioration des services pour les clients; qu'ainsi que le souligne la Commission bancaire dans son avis précité, le développement de l'EIC a permis d'assurer une plus grande sécurité pour les établissements de crédit et leur clientèle, la fin de la circulation des chèques supprimant une grande partie des risques de perte ou de vol, ainsi qu'une plus grande efficacité de la lutte anti-blanchiment, leur numérisation ayant facilité le contrôle a posteriori des chèques ; qu'il n'est ni contesté ni contestable que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC modifiait de manière très substantielle les équilibres de trésorerie qui existaient jusqu'alors entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières et que l'institution d'une commission interbancaire telle que la CEIC était précisément destinée, en l'état des données dont les parties à l'accord et l'autorité de tutelle disposaient alors, à compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques ; que s'il résulte des différents documents de travail de la CIR que les banques ont envisagé un délai de règlement interbancaire allongé comme solution alternative à l'instauration de la CEIC, les banques ne peuvent pour autant être sérieusement contredites lorsqu'elles affirment qu'un délai de règlement interbancaire à J+2 était difficilement acceptable, vis-à-vis notamment de leurs clients, dans la mesure où, à la différence de la solution retenue prévoyant la création de la CEIC, il aurait privé les utilisateurs du système du chèque de l'accélération techniquement permise par la dématérialisation des échanges ; que concernant l'autre enjeu économique du passage à l'EIC constitué par la recherche de la cohérence entre les différents moyens de paiements, il est constant que la légitime préoccupation de ne pas rendre le chèque, «instrument papier» plus attractif que d'autres moyens paiement automatisés moins coûteux a été également prise en compte par le groupe de travail restreint de la CIR au soutien du principe de création d'une commission interbancaire ; que l'accord interbancaire conclu au sein de la CIR révèle que

l'instauration des commissions critiquées par la notification des griefs poursuivait alors, en 1999 et 2000, un objectif économique légitime, d'ailleurs consacré comme tel par la Banque de France et par la Commission bancaire ; que, concernant spécialement les modalités concrètes de détermination du montant de la CEIC, il est établi par le dossier que cette commission interbancaire multilatérale qui poursuivait un objectif compensatoire et qui est le fruit d'un compromis, ne reposait pas exclusivement sur des calculs précis et définitifs; qu'à cet égard, ainsi que la décision le relève elle-même dans des développements consacrés au bilan économique du passage à l'EIC qui, s'ils sont intervenus dans le cadre de l'examen de l'exemption, ne relatent pas moins des circonstances objectives qui peuvent entrer en ligne de compte pour l'analyse des stipulations critiquées de l'accord en ce qui concerne les commissions et en particulier la CEIC que, lorsqu'elles ont pris part aux réunions de la CIR, les banques n'ont probablement pas réalisé, à titre individuel, un bilan reposant sur des hypothèses économiques aussi précises que celles qui ont été recueillies au cours de l'instruction du dossier et que, nuanciant ses conclusions sur ce bilan (point 521 de la décision) en ce qui concerne les gains et les pertes des banques majoritairement tirées en volume, d'une part, et les banques majoritairement remettantes, d'autre part, l'Autorité estime qu'à la date à laquelle elles ont décidé de la création de l'EIC, les banques étaient placées dans une situation d'incertitude concernant les conséquences précises, pour elles ou pour leurs concurrentes, du passage à l'EIC ; qu'au surplus, la décision constate, à juste titre, que les incidences de la réforme au niveau interne de chaque banque, telles que les gains de productivité permis par le système, ne relevaient pas de la mission de la CIR, et ne pouvaient être pris en compte sans procéder à l'échange d'informations sensibles entre concurrents; que, dans ces conditions les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment que le caractère compensatoire de la CEIC et son caractère temporaire expliquent le montant forfaitaire de cette commission, fruit d'un compromis et non résultat d'un calcul arithmétique ; que les CSC, qui sont également des commissions interbancaires multilatérales, sont destinées à rémunérer un service nouvellement rendu par une catégorie de banques à une autre et à assurer la compensation d'un transfert de charges; qu'il suffit de rappeler : - que la dématérialisation du système de compensation supposait, afin de réduire le coût de traitement des chèques, d'arrêter la circulation physique des chèques le plus tôt possible, en l'occurrence au niveau de la banque remettante; que, dès lors, certaines charges, telles que l'archivage des chèques, auparavant assumées par les banques tirées étaient transférées aux banques remettantes, les CSC ayant précisément pour objet de compenser ce transfert de charges ; que, par ailleurs, la dématérialisation des chèques entraînait la création de nouvelles charges pour les banques, telles que le traitement des rejets d'images-chèques et des demandes de télécopie adressées par le banquier tiré au banquier remettant, ou encore le traitement des annulations d'opérations compensées à tort via le SIT ; qu'afin d'assurer le bon

fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre ; - que les CSC ont pour objet de compenser les coûts engagés par une banque à raison d'une opération initiée par un autre établissement bancaire ou par son client, et donc de transférer la charge financière d'une opération aux personnes à l'origine de la transaction en cause; qu'une telle allocation permet notamment d'inciter les acteurs du système de paiement par chèque à éliminer les erreurs ou les incidents de paiement dont ils sont à l'origine, puisqu'ils doivent en assumer la charge financière, et, partant, à encourager une utilisation efficiente de ce moyen de paiement (arrêt pages 61 à 63).....et qu'au delà du but compensatoire objectif de la CEIC, il est établi qu'en pratique, en raison de la complexité certaine du processus de décision touchant au passage à l'EIC qui concernait plusieurs dizaines d'établissements ainsi que des enjeux comme des divergences majeures d'intérêt entre les principaux établissements bancaires concernés - banques majoritairement remettantes et banques majoritairement tirées pour l'essentiel- et des oppositions frontales qui en ont découlé, la mise en oeuvre du nouveau système de compensation au moyen d'une multitude d'accords bilatéraux était pratiquement impossible et que, dans ces conditions, les modalités transitoires de passage à l'EIC, dont la CEIC et les CSC constituaient un accessoire, n'ont pu être décidées concrètement que dans un cadre multilatéral, par surcroît sous l'égide et avec la participation active de l'autorité de tutelle des banques qui a proposé un compromis ; qu'a fortiori, dans le contexte économique et juridique particulier constitué par le passage à l'EIC, de tels éléments ne permettent pas non plus d'opposer véritablement aux mises en cause (point 383 de la Décision) que chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement via une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques ; que, concernant plus particulièrement les CSC, la Décision retient que l'accord ayant consisté à fixer ces commissions à un niveau uniforme comporte un objet restrictif de concurrence en ce que leur création a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe, de sorte que l'accord multilatéral en cause a 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 (arrêt page 68 §§ 1 et 2)

ALORS QUE, pour échapper à un examen autonome au regard de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles énoncée par le TFUE, une restriction ne peut être considérée comme étant l'accessoire d'une opération plus large qu'à des conditions strictes ; qu'il appartient à cet effet aux parties de démontrer que cette restriction est, premièrement, subordonnée en

importance et directement liée à l'opération principale, deuxièmement, objectivement nécessaire à sa réalisation et, troisièmement, proportionnée par rapport à celle-ci ; que le caractère objectivement nécessaire d'une restriction accessoire ne peut s'apprécier qu'au regard de circonstances objectives extérieures aux entreprises concernées, leurs intérêts subjectifs n'étant pas déterminants, à supposer qu'ils puissent être pris en considération ; que, si l'ensemble de ces conditions sont réunies, l'opération plus large doit elle-même être appréciée au regard de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles ; que, à l'inverse, si l'une des conditions requises pour considérer une restriction comme accessoire fait défaut, son prétendu lien avec une opération plus large ne saurait faire échec à sa qualification de restriction de la concurrence par objet ni la remettre en cause ; qu'en l'espèce, pour conclure que ces commissions n'avaient pas pour objet de restreindre la concurrence, la Cour a considéré qu'elle constituaient un « accessoire » « indissociable » du passage à l'EIC et qu'elles étaient « nécessaires » pour que les banques l'acceptent, sans rechercher si les parties avaient démontré que la CEIC et les CSC répondaient à l'ensemble des conditions permettant de les considérer comme des restrictions accessoires au sens du TFUE ; qu'ainsi la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles 81, paragraphe 1, CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE, et L. 420-1 du code de commerce ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Sur la violation de l'articulation des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, d'une part et 101, paragraphe 3, du TFUE et L. 420-4 du code de commerce, d'autre part

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir réformé la décision n° 10–D–28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et dit qu'il n'est pas établi que les sociétés BPCE, La Banque Postale, BNP-Paribas, La Confédération Nationale du Crédit Mutuel, Le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial, LCL, HSBC France et Société générale ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE ;

AUX MOTIFS QUE il importe de rappeler ensuite avec précision les objectifs de l'accord ayant institué les commissions incriminées, ainsi replacé dans le contexte dans lequel il s'inscrit, ainsi que sa teneur ; que, concernant les stipulations de l'accord incriminé et les objectifs poursuivis, il ressort des éléments du dossier ci-dessus rappelés, que les stipulations de cet accord, qui portent sur les conditions interbancaires du passage à l'EIC, constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables ; que la CEIC et les CSC étaient ainsi directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange des chèques, projet d'intérêt

général neutre au regard du droit de la concurrence et par surcroît constitutif d'un indéniable progrès technique et économique pour tous les opérateurs et acteurs concernés, et cela dès le déploiement du nouveau système EIC, le 1er janvier 2002 ; qu'en effet, l'adoption d'un système de compensation dématérialisé entraînait une amélioration de l'efficacité des circuits de recouvrement et une accélération des délais d'encaissement des chèques, ce que la Commission bancaire a elle-même confirmé dans son avis du 22 mai 2008, en soulignant que cette accélération « recherchée et obtenue par la mise en place de l'EIC, s'accompagne d'une meilleure efficacité globale de la fonction d'encaissement et d'une réduction de ses coûts due à la réduction des manipulations nécessaires, dont bénéficie l'ensemble des clients du système bancaire, et l'apurement plus rapide des comptes de passage. Cela est une source d'importantes économies pour l'ensemble des acteurs économiques et permet une gestion plus active de la trésorerie des entreprises » ; que l'accélération des délais d'encaissement des chèques résulte, d'une part, de la mise en place d'une chambre de compensation dématérialisée unique et donc de la disparition de la catégorie des chèques « hors place », dont le délai de règlement interbancaire était de trois jours ouvrés après la date d'échange, soit deux jours de plus que celui des chèques « surplace », et, d'autre part, du choix des banques de fixer l'heure d'arrêt de la journée d'échange (HAJE) à 18 h avec une date de règlement interbancaire à J+ 1, ce qui a permis de réduire l'écart entre la date de remise des chèques à la banque et la date de leur échange ; que lors des négociations de la CIR, les banques ont considéré que l'accélération du délai de règlement interbancaire serait comprise entre 1,1 et 1,6 jour ouvré, et retenu une estimation moyenne de 1,4 jour ouvré ; que si la Banque de France et les banques étaient en droit d'en attendre, globalement, une réduction de leurs coûts, les clients remettants étaient également appelés à bénéficier d'une économie de coûts du fait de la simplification de l'opération de remise de chèques de même que le passage à l'EIC s'est accompagné d'une amélioration des services pour les clients ; qu'ainsi que le souligne la Commission bancaire dans son avis précité, le développement de l'EIC a permis d'assurer une plus grande sécurité pour les établissements de crédit et leur clientèle, la fin de la circulation des chèques supprimant une grande partie des risques de perte ou de vol, ainsi qu'une plus grande efficacité de la lutte anti-blanchiment, leur numérisation ayant facilité le contrôle a posteriori des chèques ; qu'il n'est ni contesté ni contestable que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC modifiait de manière très substantielle les équilibres de trésorerie qui existaient jusqu'alors entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières et que l'institution d'une commission interbancaire telle que la CEIC était précisément destinée, en l'état des données dont les parties à l'accord et l'autorité de tutelle disposaient alors, à compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques ; que s'il résulte des différents documents de travail de la CIR que les banques ont envisagé un délai de

règlement interbancaire allongé comme solution alternative à l'instauration de la CEIC, les banques ne peuvent pour autant être sérieusement contredites lorsqu'elles affirment qu'un délai de règlement interbancaire à J+2 était difficilement acceptable, vis-à-vis notamment de leurs clients, dans la mesure où, à la différence de la solution retenue prévoyant la création de la CEIC, il aurait privé les utilisateurs du système du chèque de l'accélération techniquement permise par la dématérialisation des échanges ; que concernant l'autre enjeu économique du passage à l'EIC constitué par la recherche de la cohérence entre les différents moyens de paiements, il est constant que la légitime préoccupation de ne pas rendre le chèque, «instrument papier» plus attractif que d'autres moyens paiement automatisés moins coûteux a été également prise en compte par le groupe de travail restreint de la CIR au soutien du principe de création d'une commission interbancaire ; que l'accord interbancaire conclu au sein de la CIR révèle que l'instauration des commissions critiquées par la notification des griefs poursuivait alors, en 1999 et 2000, un objectif économique légitime, d'ailleurs consacré comme tel par la Banque de France et par la Commission bancaire ; que, concernant spécialement les modalités concrètes de détermination du montant de la CEIC, il est établi par le dossier que cette commission interbancaire multilatérale qui poursuivait un objectif compensatoire et qui est le fruit d'un compromis, ne reposait pas exclusivement sur des calculs précis et définitifs; qu'à cet égard, ainsi que la décision le relève elle-même dans des développements consacrés au bilan économique du passage à l'EIC qui, s'ils sont intervenus dans le cadre de l'examen de l'exemption, ne relatent pas moins des circonstances objectives qui peuvent entrer en ligne de compte pour l'analyse des stipulations critiquées de l'accord en ce qui concerne les commissions et en particulier la CEIC que, lorsqu'elles ont pris part aux réunions de la CIR, les banques n'ont probablement pas réalisé, à titre individuel, un bilan reposant sur des hypothèses économiques aussi précises que celles qui ont été recueillies au cours de l'instruction du dossier et que, nuanciant ses conclusions sur ce bilan (point 521 de la décision) en ce qui concerne les gains et les pertes des banques majoritairement tirées en volume, d'une part, et les banques majoritairement remettantes, d'autre part, l'Autorité estime qu'à la date à laquelle elles ont décidé de la création de l'EIC, les banques étaient placées dans une situation d'incertitude concernant les conséquences précises, pour elles ou pour leurs concurrentes, du passage à l'EIC ; qu'au surplus, la décision constate, à juste titre, que les incidences de la réforme au niveau interne de chaque banque, telles que les gains de productivité permis par le système, ne relevaient pas de la mission de la CIR, et ne pouvaient être pris en compte sans procéder à l'échange d'informations sensibles entre concurrents; que, dans ces conditions les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment que le caractère compensatoire de la CEIC et son caractère temporaire expliquent le montant forfaitaire de cette commission, fruit d'un compromis et non résultat d'un calcul arithmétique ; que les CSC, qui sont également des commissions interbancaires

multilatérales, sont destinées à rémunérer un service nouvellement rendu par une catégorie de banques à une autre et à assurer la compensation d'un transfert de charges; qu'il suffit de rappeler : - que la dématérialisation du système de compensation supposait, afin de réduire le coût de traitement des chèques, d'arrêter la circulation physique des chèques le plus tôt possible, en l'occurrence au niveau de la banque remettante; que, dès lors, certaines charges, telles que l'archivage des chèques, auparavant assumées par les banques tirées étaient transférées aux banques remettantes, les CSC ayant précisément pour objet de compenser ce transfert de charges ; que, par ailleurs, la dématérialisation des chèques entraînait la création de nouvelles charges pour les banques, telles que le traitement des rejets d'images-chèques et des demandes de télécopie adressées par le banquier tiré au banquier remettant, ou encore le traitement des annulations d'opérations compensées à tort via le SIT ; qu'afin d'assurer le bon fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre ; - que les CSC ont pour objet de compenser les coûts engagés par une banque à raison d'une opération initiée par un autre établissement bancaire ou par son client, et donc de transférer la charge financière d'une opération aux personnes à l'origine de la transaction en cause; qu'une telle allocation permet notamment d'inciter les acteurs du système de paiement par chèque à éliminer les erreurs ou les incidents de paiement dont ils sont à l'origine, puisqu'ils doivent en assumer la charge financière, et, partant, à encourager une utilisation efficiente de ce moyen de paiement (arrêt pages 61 à 63). que l'appréciation économique de l'accord au regard de l'introduction, du fait de la création de la CEIC, d'une hausse artificielle du coût de revient du traitement des remises de chèques pour les banques remettantes dès lors que la commission a introduit un élément de coût uniforme (point 366 de la Décision) qui n'existait pas dans l'ancien système de compensation des chèques interbancaires doit, au cas d'espèce, être rapportée à l'objectif poursuivi par l'accord incriminé, qui a institué une commission à finalité compensatoire précisément destinée à remédier, à titre transitoire, comme cela sera encore analysé ci-après, en raison de l'accélération de l'échange des chèques dans le cadre du nouveau système de paiement avec l'EIC, au coût résultant de la perte de trésorerie, intervenant au détriment des banques tirées avec, de manière symétrique, un gain pour les banques remettantes (arrêt, p. 67, § 2)....et qu'au delà du but compensatoire objectif de la CEIC, il est établi qu'en pratique, en raison de la complexité certaine du processus de décision touchant au passage à l'EIC qui concernait plusieurs dizaines d'établissements ainsi que des enjeux comme des divergences majeures d'intérêt entre les principaux établissements bancaires concernés - banques majoritairement remettantes et banques majoritairement tirées pour l'essentiel- et des oppositions frontales qui en ont découlé, la mise en oeuvre du nouveau système de compensation au moyen d'une multitude d'accords bilatéraux était

pratiquement impossible et que, dans ces conditions, les modalités transitoires de passage à l'EIC, dont la CEIC et les CSC constituaient un accessoire, n'ont pu être décidées concrètement que dans un cadre multilatéral, par surcroît sous l'égide et avec la participation active de l'autorité de tutelle des banques qui a proposé un compromis ; qu'a fortiori, dans le contexte économique et juridique particulier constitué par le passage à l'EIC, de tels éléments ne permettent pas non plus d'opposer véritablement aux mises en cause (point 383 de la Décision) que chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement via une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques ; que, concernant plus particulièrement les CSC, la Décision retient que l'accord ayant consisté à fixer ces commissions à un niveau uniforme comporte un objet restrictif de concurrence en ce que leur création a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe, de sorte que l'accord multilatéral en cause a 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 (arrêt page 68 §§ 1 et 2)... qu'il résulte de ce qui précède que l'analyse conduite par la Décision de l'accord qui a instauré les commissions incriminées par la notification de griefs ne permet pas d'affirmer qu'au regard de sa teneur appréciée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence en l'assimilant assurément, conformément aux exigences de la jurisprudence communautaire, à des formes de collusion entre entreprises pouvant être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence, dans des conditions telles qu'il serait inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1 du traité, de démontrer que cet accord a eu des effets concrets sur le marché (arrêt page 69 § 2).

ALORS QUE l'examen de la teneur d'un accord et la prise en considération de ses objectifs ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrit ne peut, sous peine de méconnaître l'économie même de l'article 101 du TFUE et des dispositions correspondantes du code de commerce, conduire à écarter la qualification de restriction de la concurrence par objet au motif que cet accord engendrerait des avantages économiques ou que son bilan économique serait positif ; que cette question relève seulement de l'examen de l'accord au regard du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE et de l'article L. 420-4 du code de commerce ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a considéré que l'analyse de la teneur de l'accord, de ses objectifs et de son contexte économique et juridique devait tenir compte du « bilan économique » de cet accord, du « progrès économique et technique [en découlant] pour tous les acteurs et opérateurs concernés » et des « bénéfices » attendus pour les clients sous la forme d'une « économie de coût » et d'une « amélioration des services » (arrêt, pp. 61-62) ; que c'est à l'issue

de cette analyse, et en se référant spécifiquement à ces éléments, qu'elle a conclu au caractère insuffisamment démontré de l'existence d'une restriction de la concurrence par objet en l'espèce (arrêt, p. 69) ; qu'en se déterminant ainsi, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles 81, paragraphe 1, CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE, L. 420-1 du code de commerce, et, par fausse application, les articles 81, paragraphe 3, CE, devenu 101, paragraphe 3, du TFUE, et L. 420-4 du code de commerce ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Sur l'office du juge

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir réformé la décision n° 10–D–28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et dit qu'il n'est pas établi que les sociétés BPCE, La Banque Postale, BNP-Paribas, La Confédération Nationale du Crédit Mutuel, Le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial, LCL, HSBC France et Société générale ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE ;

AUX MOTIFS QU'« il résulte de ce qui précède que l'analyse conduite par la décision de l'accord qui a instauré les commissions incriminées par la notification de griefs ne permet pas d'affirmer qu'au regard de sa teneur appréciée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence en l'assimilant assurément, conformément aux exigences de la jurisprudence communautaire, à des formes de collusion entre entreprises pouvant être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence, dans des conditions telles qu'il serait inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, de démontrer que cet accord a eu des effets concrets sur le marché ; que, dès lors, faute d'établir l'existence de restrictions de concurrence inhérentes à l'accord incriminé qui a institué les commissions en cause, une restriction par objet n'apparaît pas démontrée au cas d'espèce et que, dans ces conditions, l'Autorité ne pouvait se dispenser d'examiner les effets de l'accord et, pour, le cas échéant, le sanctionner, réunir des éléments établissant que le jeu de la concurrence avait été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible ; qu'il s'ensuit que les griefs d'entente imputés aux requérantes ne peuvent être retenus et que ces dernières doivent, en conséquence, être mises hors de cause ; qu'en cet état, il suffit seulement de constater que, par suite de la réformation de la décision déférée qui découle de cette mise hors de cause, les interventions de l'association UFC QUE CHOISIR, de la Fédération des Entreprises de Commerce et de la distribution et de l'Association pour la Défense des Moyens de paiement européens (ADUMPE), à les supposer toutes recevables, sont en tout état

de cause sans objet ; qu'elles ne peuvent qu'être déboutées de leurs demandes (arrêt page 69)

1°) ALORS QUE, D'UNE PART, dans l'exercice de son pouvoir de réformation d'une décision de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel est investie du pouvoir de substituer ses propres motifs à ceux de la décision qui lui est déférée ; qu'en jugeant qu'il n'est pas établi que les banques avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE, sans rechercher si les éléments du dossier, au nombre desquels les interventions volontaires des associations qu'elle n'a pas examinées, lui permettaient d'établir que les commissions litigieuses constituaient une restriction de la concurrence en raison de leurs effets actuels ou potentiels, un tel grief ayant notifié aux banques par le rapporteur général du Conseil de la concurrence le 14 mai 2008, la Cour d'appel a méconnu son office en violation de l'article L. 464-8 du code de commerce.

2°) ALORS QUE, D'AUTRE PART lorsqu'elle réforme une décision, la Cour doit prendre en considération l'ensemble des éléments du dossier qui lui est soumis ; qu'en déclarant sans objet les interventions volontaires des associations venues au soutien de la décision de l'Autorité et établissant tant l'objet que les effets anticoncurrentiels de la création des commissions et le préjudice au moins potentiel ainsi causé à leurs adhérents, la Cour d'appel a encore méconnu son office en violation de l'article L. 464-8 du code de commerce.

3°) ALORS QU' EN TOUT ETAT DE CAUSE, la Cour d'appel devait renvoyer l'instruction à l'Autorité de la concurrence dont elle avait constaté qu'elle ne pouvait se dispenser d'examiner les effets actuels ou potentiels de l'accord pour le qualifier au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81, paragraphe 1, CE, devenue 101, paragraphe 1, du TFUE, et le cas échéant le sanctionner; qu'en mettant un terme définitif au litige, la Cour d'appel a de plus fort méconnu son office et violé l'article L. 464-8 du code de commerce.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour l'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens.

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit qu'il n'est pas établi que BPCE, La Banque Postale, BNP-Paribas, la Confédération nationale du Crédit Mutuel, le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial (CIC), LCL, HSBC France et la Société Générale ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE devenu 101 du TFUE et d'AVOIR constaté que l'intervention de l'Association pour la Défense des Moyens de Paiement Européens (A.D.U.M.P.E.) est sans objet ;

AUX MOTIFS QU'il suffit seulement de constater que, par suite de la réformation de la décision déférée, découlant de la mise hors de cause des requérantes, les interventions de l'Association U.F.C. QUE CHOISIR, de la Fédération des Entreprises de Commerce et de la Distribution, et de l'Association pour la Défense des Moyens de Paiement Européens (A.D.U.M.P.E.), à les supposer toutes recevables, sont, en tout état de cause, sans objet ; qu'elles ne peuvent qu'être déboutées de leurs demandes ;

ALORS QU'il résulte de l'article 330 du Code de procédure civile que toute personne qui y a intérêt, pour la conservation de ses droits, est recevable à intervenir volontairement à l'instance pour appuyer les prétentions d'une partie ; que l'A.D.U.M.P.E. était intervenue volontairement au soutien de la décision de l'Autorité de la concurrence, si bien qu'en se bornant à déclarer cette intervention volontaire sans objet en conséquence de la réformation de la décision sur le fond, sans s'être préalablement prononcée sur la recevabilité de l'intervention et les moyens soulevés par l'intervenant, la Cour d'appel a violé les articles 4 du Code civil et 330 du Code de procédure civile ;

ALORS QU'en réformant la décision de l'Autorité de la concurrence pour dire qu'il n'est pas établi que BPCE, La Banque Postale, BNP-Paribas, la Confédération nationale du Crédit Mutuel, le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial (CIC), LCL, HSBC France et la Société Générale ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE devenu 101 du TFUE au motif de l'absence de preuve d'une restriction de concurrence par objet, sans s'expliquer sur les effets anticoncurrentiels de l'accord instituant la CEIC invoqués par l'A.D.U.M.P.E., la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils pour l'association Union fédérale des consommateurs - Que choisir.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Sur l'intervention de l'association UFC QUE CHOISIR

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR réformé la décision n°10-D-28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et, statuant à nouveau, d'AVOIR dit qu'il n'était pas établi que les sociétés BPCE, LA BANQUE POSTALE, BNP-PARIBAS, LA CONFÉDÉRATION NATIONALE DU CRÉDIT MUTUEL, LE CRÉDIT AGRICOLE, LE CRÉDIT DU NORD, LE CRÉDIT INDUSTRIEL ET COMMERCIAL, LCL, HSBC FRANCE et SOCIÉTÉ GÉNÉRALE ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE, d'AVOIR jugé sans objet l'intervention de l'association UFC QUE CHOISIR et de l'AVOIR, en conséquence, déboutée de toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QU'en cet état, il suffit seulement de constater que, par suite de la réformation de la Décision déferée découlant de cette mise hors de cause, les interventions de l'association UFC QUE CHOISIR, de la Fédération des Entreprises de Commerce et de la Distribution et de l'Association pour la Défense des Moyens de Paiement Européens (ADUMPE), à les supposer toutes recevables, sont, en tout état de cause, sans objet ; qu'elles ne peuvent qu'être déboutées de leurs demandes (arrêt, p. 69) ;

ALORS QUE dès lors qu'il n'est pas jugé irrecevable en son intervention, l'intervenant doit être effectivement entendu ; qu'en ne tenant nullement compte, pour statuer sur les recours en annulation et réformation formés contre la décision de l'Autorité de la concurrence, des moyens présentés par l'association UFC QUE CHOISIR au soutien de sa confirmation au motif qu'« à (la) supposer (...) recevable », cette intervention était « sans objet » « par suite de la réformation de la décision (de l'Autorité de la concurrence) » (arrêt, p. 69, § 4), quand, à la supposer recevable, l'intervention de l'association UFC QUE CHOISIR avait bien un objet, celui de faire valoir ses arguments au soutien, d'une part, de la confirmation de la décision de l'Autorité de la concurrence et, d'autre part et le cas échéant, d'une plus large publication de cette décision, imposant à la Cour d'appel de statuer sur la recevabilité de cette intervention avant de statuer sur le fond en tenant compte, le cas échéant, de ces arguments, la Cour d'appel, qui a privé l'exposante du droit d'être effectivement entendu, a violé les articles 554 du Code de procédure civile et 6 § 1 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Sur la violation de la notion de restriction de la concurrence par objet au sens des articles 101 § 1 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR réformé la décision n°10-D-28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et, statuant à nouveau, d'AVOIR dit qu'il n'était pas établi que les sociétés BPCE, LA BANQUE POSTALE, BNP-PARIBAS, LA CONFÉDÉRATION NATIONALE DU CRÉDIT MUTUEL, LE CRÉDIT AGRICOLE, LE CRÉDIT DU NORD, LE CRÉDIT INDUSTRIEL ET COMMERCIAL, LCL, HSBC FRANCE et SOCIÉTÉ GÉNÉRALE ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE ;

AUX MOTIFS QUE concernant spécialement le contexte économique et juridique dans lequel s'inscrivent les accords, sa prise en compte doit s'opérer dans certaines limites qui ont notamment été rappelées par l'avocat général Mme Trstenjak dans ses conclusions sous l'arrêt BIDS, auxquelles se réfère utilement la Décision (point 349) : « Cette règle 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» (point 48) ; qu'il s'agit ainsi seulement de prendre en compte les éléments objectifs principaux de ce contexte et non, à cette occasion, de procéder à une analyse concrète et détaillée des effets ; que c'est d'ailleurs dans cette optique que la Cour de justice (arrêt de la Cour de justice du 4 juin 2009, T -Mobile Netherlands e.a., C-8/08) a relevé, dans le point 31 de cet arrêt qui ne peut se lire qu'à la lumière du point 29 de l'arrêt, « la distinction entre infraction par objet et infraction par effet tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence» ; que dans le cas d'un accord ayant un objet anticoncurrentiel, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse concrète et détaillée des effets : « S'agissant de l'appréciation de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée, telle que celle en cause dans le litige au principal, il importe de rappeler, en premier lieu, que, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 46 de ses conclusions, pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit simplement être concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun. La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se

produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à des dommages et intérêts» (point 31) ; que la prise en compte du contexte économique et juridique ne peut, en principe, servir qu'à discuter, dans un cas donné, la qualification de restriction par objet et non l'inverse ; que la portée et les limites du cadre analytique s'appliquant au contexte juridique et économique à rechercher en ce qui concerne la qualification de restriction par objet ayant ainsi été précisées, il ressort des précédents développements consacrés au simple rappel objectif des pratiques dénoncées, qu'au cas d'espèce, une analyse, même sommaire, de ce contexte, doit être étendue au delà des seuls éléments retenus par la décision, qui ne concernent que la coordination des banques pour l'organisation des systèmes de paiement ainsi que la gratuité de la délivrance des formules de chèques ; qu'il est constant que deux tentatives de dématérialisation de la compensation des chèques interbancaires avaient déjà échoué, la première en 1988 et la seconde en 1991, notamment en raison de la résistance de certaines banques à la perspective d'une perte de recettes de trésorerie; qu'en 1999, le passage du franc à l'euro, impliquant la création d'un circuit de compensation des chèques en euros, coexistant temporairement avec l'ancien circuit de compensation des chèques en francs, constituait une occasion de dépasser les obstacles et désaccords subsistants et de moderniser le système d'échange des chèques; que les représentants de la Banque de France ont indiqué, dans leur audition du 1er juillet 2008, qu'en l'absence de dématérialisation du système de compensation, il aurait fallu « dupliquer le système d'échange papier pour le besoin des chèques en euros, ce qui aurait été à la fois onéreux et complexe » ; que, dans son avis du 22 mai 2008, la Commission bancaire évoque ainsi l'opportunité que représentait le passage à l'euro : « La Commission bancaire souhaite tout d'abord rappeler le contexte qui a présidé à la mise en oeuvre de l'Echange d'Images Chèques. Il s'agissait d'un enjeu politique majeur, soutenu activement par l'ensemble des pouvoirs publics dans le cadre du passage à l'euro. Comme le souligne la notification de griefs (...), plusieurs tentatives de dématérialisation de l'échange des formules de chèques avaient déjà échoué par le passé. Le passage à l'euro constituait ainsi une opportunité de faire réussir ce projet en même temps qu'il le rendait plus nécessaire encore » ; que, concernant les procédures requises pour la mise en place du nouveau système de règlement interbancaire découlant de l'EIC, il est également constant qu'il ne pouvait qu'être « institué par une autorité publique ou (. . .) être régi par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place ou par une convention type », conformément aux dispositions de l'article L. 330-1 du code monétaire et financier; que le passage à l'EIC dans le cadre d'une convention-cadre interbancaire ne pouvait ainsi être décidé qu'à l'unanimité des banques participant au circuit dématérialisé de traitement des chèques, comme le confirme la Commission bancaire dans son avis du 22 mai 2008: « Un tel projet, nécessairement interbancaire, devait recueillir l'accord de l'ensemble de la place pour être

mené à bien » ; que, comme l'observe la décision (point 426), si un système de compensation dématérialisé n'impliquant qu'une partie des établissements bancaires était théoriquement envisageable, la coexistence d'un tel système avec l'ancien système de compensation manuel aurait manifestement engendré des coûts de fonctionnement très élevés, rendant peu probable la conclusion d'un accord pour mettre en oeuvre cette solution de consensus ; qu'il en résulte que, comme le constate d'ailleurs la décision, à la date des négociations de la CIR, les banques étaient fortement incitées à s'accorder sur les conditions de la mise en place du système dématérialisé de compensation interbancaire des chèques, même si la possibilité, en cas de blocage des négociations, d'instituer l'EIC par la voie d'un texte réglementaire d'origine gouvernementale, option qui n'était pas exclue par le code monétaire et financier, n'avait cependant pas été formellement envisagée ; qu'il résulte de ce qui précède que les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment qu'en pratique, l'accord ne pouvait, dans, un tel contexte, être que le résultat d'un consensus de place ; qu'il ne peut ainsi être sérieusement contesté, d'une part, que, compte tenu du nombre des établissements bancaires concernés et de la divergence de leurs intérêts, la fixation d'une compensation sur une base strictement bilatérale se heurtait à l'impossibilité concrète de négocier une multitude d'accords bilatéraux, négociation qui aurait par surcroît été la source d'importants coûts de transaction et, d'autre part, qu'il n'était pas possible, concrètement et pratiquement, concernant spécialement les CSC, de se mettre d'accord sur les modalités de calcul de chaque commission en fonction de paramètres variant d'une banque à l'autre sans effectuer, en infraction avec le droit de la concurrence, un échange d'informations sensibles entre concurrentes ; qu'à cet égard, il est établi par le dossier et d'ailleurs admis par l'Autorité elle-même dans la décision, non seulement que les banques, à partir du moment où ont vu le jour des antagonismes marqués, tels qu'ils ressortent du rapport du groupe de travail restreint et des comptes rendus des réunions de la CTR exprimés au sein de la CTR, ont activement recherché un compromis pour permettre le passage à l'EIC, fut-il imparfait ; qu'au surplus, concernant le contexte de l'accord, il est établi par le dossier que la Banque de France, autorité de tutelle des établissements bancaires, a pris une part très active à la recherche puis à l'obtention du compromis constitué par les commissions visées par la notification des griefs ; que, dans son avis précité du 22 mai 2008, la Commission bancaire confirme d'ailleurs que «la mise en place des différentes commissions interbancaires, dont, pour une période transitoire, la commission d'échange image chèque, a été déterminante dans la réussite de ce projet d'intérêt national» que la décision relève d'ailleurs, certes au stade ultérieur de la gravité des pratiques, mais sans retirer pour autant à cette circonstance la caractéristique d'élément important du contexte des pratiques à prendre en considération, que la mise en oeuvre de l'EIC, projet d'intérêt général, a été activement soutenue par la Banque de France et que si, aux yeux de l'Autorité, le rôle de celle-ci n'est pas suffisant pour caractériser l'existence

d'une contrainte de nature à exonérer les parties à l'entente de leur responsabilité, il n'en demeure pas moins que 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, en proposant notamment un compromis quant au montant et à la durée de la CEIC ; qu'il importe de rappeler ensuite avec précision les objectifs de l'accord ayant institué les commissions incriminées, ainsi replacé dans le contexte dans lequel il s'inscrit, ainsi que sa teneur ; que, concernant les stipulations de l'accord incriminé et les objectifs poursuivis, il ressort des éléments du dossier ci-dessus rappelés, que les stipulations de cet accord, qui portent sur les conditions interbancaires du passage à l'EIC, constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables; que la CEIC et les CSC étaient ainsi directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange des chèques, projet d'intérêt général neutre au regard du droit de la concurrence et par surcroît constitutif d'un indéniable progrès technique et économique pour tous les opérateurs et acteurs concernés, et cela dès le déploiement du nouveau système EIC, le 1^{er} janvier 2002 ; qu'en effet, l'adoption d'un système de compensation dématérialisé entraînait une amélioration de l'efficacité des circuits de recouvrement et une accélération des délais d'encaissement des chèques, ce que la Commission bancaire a elle-même confirmé dans son avis du 22 mai 2008, en soulignant que cette accélération «recherchée et obtenue par la mise en place de l'EIC, s'accompagne d'une meilleure efficacité globale de la fonction d'encaissement et d'une réduction de ses coûts due à la réduction des manipulations nécessaires, dont bénéficie l'ensemble des clients du système bancaire, et l'apurement plus rapide des comptes de passage. Cela est une source d'importantes économies pour l'ensemble des acteurs économiques et permet une gestion plus active de la trésorerie des entreprises» ; que l'accélération des délais d'encaissement des chèques résulte, d'une part, de la mise en place d'une chambre de compensation dématérialisée unique et donc de la disparition de la catégorie des chèques « hors place », dont le délai de règlement interbancaire était de trois jours ouvrés après la date d'échange, soit deux jours de plus que celui des chèques « surplace », et, d'autre part, du choix des banques de fixer l'heure d'arrêt de la journée d'échange (HAJE) à 18 h avec une date de règlement interbancaire à J+1, ce qui a permis de réduire l'écart entre la date de remise des chèques à la banque et la date de leur échange ; que lors des négociations de la CIR, les banques ont considéré que l'accélération du délai de règlement interbancaire serait comprise entre 1,1 et 1,6 jour ouvré, et retenu une estimation moyenne de 1,4 jour ouvré ; que si la Banque de France et les banques étaient en droit d'en attendre, globalement, une réduction de leurs coûts, les clients remettants étaient également appelés à bénéficier d'une économie de coûts du fait de la simplification de l'opération de remise de chèques de même que le passage à l'EIC s'est accompagné d'une amélioration des services pour les clients; qu'ainsi que le souligne la Commission bancaire dans son avis précité, le développement de l'EIC a

permis d'assurer une plus grande sécurité pour les établissements de crédit et leur clientèle, la fin de la circulation des chèques supprimant une grande partie des risques de perte ou de vol, ainsi qu'une plus grande efficacité de la lutte anti-blanchiment, leur numérisation ayant facilité le contrôle a posteriori des chèques ; qu'il n'est ni contesté ni contestable que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC modifiait de manière très substantielle les équilibres de trésorerie qui existaient jusqu'alors entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières et que l'institution d'une commission interbancaire telle que la CEIC était précisément destinée, en l'état des données dont les parties à l'accord et l'autorité de tutelle disposaient alors, à compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques ; que s'il résulte des différents documents de travail de la CIR que les banques ont envisagé un délai de règlement interbancaire allongé comme solution alternative à l'instauration de la CEIC, les banques ne peuvent pour autant être sérieusement contredites lorsqu'elles affirment qu'un délai de règlement interbancaire à J+2 était difficilement acceptable, vis-à-vis notamment de leurs clients, dans la mesure où, à la différence de la solution retenue prévoyant la création de la CEIC, il aurait privé les utilisateurs du système du chèque de l'accélération techniquement permise par la dématérialisation des échanges ; que concernant l'autre enjeu économique du passage à l'EIC constitué par la recherche de la cohérence entre les différents moyens de paiements, il est constant que la légitime préoccupation de ne pas rendre le chèque, «instrument papier» plus attractif que d'autres moyens paiement automatisés moins coûteux a été également prise en compte par le groupe de travail restreint de la CIR au soutien du principe de création d'une commission interbancaire ; que l'accord interbancaire conclu au sein de la CIR révèle que l'instauration des commissions critiquées par la notification des griefs poursuivait alors, en 1999 et 2000, un objectif économique légitime, d'ailleurs consacré comme tel par la Banque de France et par la Commission bancaire ; que, concernant spécialement les modalités concrètes de détermination du montant de la CEIC, il est établi par le dossier que cette commission interbancaire multilatérale qui poursuivait un objectif compensatoire et qui est le fruit d'un compromis, ne reposait pas exclusivement sur des calculs précis et définitifs; qu'à cet égard, ainsi que la décision le relève elle-même dans des développements consacrés au bilan économique du passage à l'EIC qui, s'ils sont intervenus dans le cadre de l'examen de l'exemption, ne relatent pas moins des circonstances objectives qui peuvent entrer en ligne de compte pour l'analyse des stipulations critiquées de l'accord en ce qui concerne les commissions et en particulier la CEIC que, lorsqu'elles ont pris part aux réunions de la CIR, les banques n'ont probablement pas réalisé, à titre individuel, un bilan reposant sur des hypothèses économiques aussi précises que celles qui ont été recueillies au cours de l'instruction du dossier et que, nuançant ses conclusions sur ce bilan (point 521 de la décision) en ce qui concerne les gains et les pertes des

banques majoritairement tirées en volume, d'une part, et les banques majoritairement remettantes, d'autre part, l'Autorité estime qu'à la date à laquelle elles ont décidé de la création de l'EIC, les banques étaient placées dans une situation d'incertitude concernant les conséquences précises, pour elles ou pour leurs concurrentes, du passage à l'EIC ; qu'au surplus, la décision constate, à juste titre, que les incidences de la réforme au niveau interne de chaque banque, telles que les gains de productivité permis par le système, ne relevaient pas de la mission de la CIR, et ne pouvaient être pris en compte sans procéder à l'échange d'informations sensibles entre concurrents; que, dans ces conditions les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment que le caractère compensatoire de la CEIC et son caractère temporaire expliquent le montant forfaitaire de cette commission, fruit d'un compromis et non résultat d'un calcul arithmétique ; que les CSC, qui sont également des commissions interbancaires multilatérales, sont destinées à rémunérer un service nouvellement rendu par une catégorie de banques à une autre et à assurer la compensation d'un transfert de charges; qu'il suffit de rappeler : - que la dématérialisation du système de compensation supposait, afin de réduire le coût de traitement des chèques, d'arrêter la circulation physique des chèques le plus tôt possible, en l'occurrence au niveau de la banque remettante; que, dès lors, certaines charges, telles que l'archivage des chèques, auparavant assumées par les banques tirées étaient transférées aux banques remettantes, les CSC ayant précisément pour objet de compenser ce transfert de charges ; que, par ailleurs, la dématérialisation des chèques entraînait la création de nouvelles charges pour les banques, telles que le traitement des rejets d'images-chèques et des demandes de télécopie adressées par le banquier tiré au banquier remettant, ou encore le traitement des annulations d'opérations compensées à tort via le SIT ; qu'afin d'assurer le bon fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre ; - que les CSC ont pour objet de compenser les coûts engagés par une banque à raison d'une opération initiée par un autre établissement bancaire ou par son client, et donc de transférer la charge financière d'une opération aux personnes à l'origine de la transaction en cause; qu'une telle allocation permet notamment d'inciter les acteurs du système de paiement par chèque à éliminer les erreurs ou les incidents de paiement dont ils sont à l'origine, puisqu'ils doivent en assumer la charge financière, et, partant, à encourager une utilisation efficiente de ce moyen de paiement ; que l'accord qui a institué la CEIC et les CSC qui viennent d'être analysées était, sans équivoque, un accord à caractère transitoire, tant sur le principe que sur le niveau des commissions critiquées, dès lors que les conditions interbancaires du passage à l'EIC ont été fixées pour une durée de trois ans à partir du 1^{er} janvier 2002 et jusqu'au 31/12/2004, et que les parties à l'accord devaient se réunir à l'automne 2004 pour fixer les conditions qui seront applicables à partir du 1/1/2005 «sur la

base d'un bilan des 3 ans écoulés et de l'évolution constatée des équilibres par rapport aux équilibres actuels» ; qu'une telle stipulation était en effet cohérente, notamment au regard de la recherche manifeste d'un compromis sur un système de transition permettant, notamment, d'absorber progressivement le déséquilibre de trésorerie induit par l'EIC et, plus généralement, au regard d'une recherche de cohérence entre les différents moyens de paiement procédant de la mise en place du nouveau système de chèque avec EIC, «pour tenir compte des évolutions qui seront intervenues tant chez les établissements que dans les infrastructures (STET) et les pratiques de place concernant l'image chèque» ; qu'il est vrai que les banques ne se sont pas réunies à la fin de l'année 2004 pour réexaminer les conditions instaurées en 2000 pour le passage à l'EIC et que la suppression de la CEIC n'est intervenue que dans le contexte de l'enquête lancée par les services du Conseil de la concurrence, quelques mois avant la notification des griefs en date du 14 mars 2008 et que cette commission, prélevée à compter du 1er janvier 2002, n'a finalement été supprimée que le 4 octobre 2007, avec effet rétroactif au 1er juillet 2007, étant observé que les banques n'ont, sur ces points, fourni aux services d'instruction de l'Autorité que des explications assez évasives (point 529 de la Décision) ; qu'il est également constant que les établissements qui participaient à la CIR ont créé, le même jour, un groupe de travail pour assurer, selon les modalités prévues par la convention professionnelle EIC du 9 juillet 2003, l'examen des CSC instituées à l'occasion du passage à l'EIC, à l'exception des commissions pour annulation d'opérations compensées à tort (AOCT) puis que, lors de la réunion du comité plénier du groupe de travail en date du 27 novembre 2007, les participants ont décidé la révision des CSC selon des modalités qui ont été rappelées et que les participants ont également convenu d'une révision périodique des CSC selon des modalités qui ont également été décrites ; qu'au delà de ces événements, postérieurs à l'accord, il n'en demeure pas moins qu'eu égard à la décision de l'Autorité de retenir, en définitive, la qualification de restriction de concurrence par objet, l'analyse des pratiques anticoncurrentielles imputées aux requérantes doit, dans un tel cadre, se limiter aux caractéristiques de l'accord qui a instauré les commissions litigieuses à la date à laquelle il a été constaté, le 3 février 2000, lors de la réunion de la CIR, caractéristiques qui sont bien celles d'un accord mettant en place un système de transition appelé à fonctionner pendant une période limitée à trois ans puis, à l'expiration de cette période, à faire l'objet d'un bilan ; que s'inscrivant indiscutablement dans le cadre de la négociation d'un projet d'intérêt général activement soutenu par l'autorité de tutelle des banques qui a exercé un important rôle d'influence pour parvenir à sa conclusion, l'accord transitoire obtenu au sein de la CIR qui a institué les commissions incriminées par la notification des griefs, ne peut, ainsi que le constate la Décision (points 647 à 657), être assimilé à un cartel secret; que, limité, dans son principe, aux relations interbancaires et n'ayant pas pour objet de fixer un tarif commun des prestations fournies aux clients des banques et par surcroît ne prévoyant pas de répercussion sur leurs clients

du montant des commissions versées, cet accord ne constitue pas, ainsi que le relève la Décision, une entente sur les prix finaux ; que l'analyse par la Décision des restrictions de concurrence sur le marché de la remise de chèques repose sur le fait que la création de la CEIC ayant introduit un élément de coût uniforme pour les banques remettantes, qui n'existait pas dans l'ancien système de compensation des chèques interbancaires, les banques remettantes ont ainsi subi une hausse artificielle de leurs charges d'exploitation affectant le bilan de chaque opération de remise et que les banques, comme toute entreprise, devant nécessairement couvrir leurs coûts, il y a lieu de présumer qu'une telle hausse était susceptible de produire deux types d'effets : la limitation de l'offre de remise de chèques, d'une part, et l'augmentation des prix finaux, d'autre part ; que concernant en premier lieu la limitation potentielle de l'offre sur ce marché, qui repose sur l'hypothèse d'une absence de répercussion totale ou partielle de la CEIC sur les prix facturés par les banques remettantes à leurs clients, rien ne permet de réfuter les arguments des requérantes qui, alors que la Décision retient qu'il est envisageable qu'elles renoncent à fournir une prestation de remise de chèques, lui opposent que les banques n'ont pas, à proprement parler, de «prise» sur le marché de la remise de chèques, qui ne peut se dissocier quantitativement du marché de l'émission de chèques, une banque ne pouvant pas, par surcroît, cesser d'accepter les remises de chèques ; qu'au demeurant, force est de constater que la moindre rentabilité, voire le déficit, de l'activité de remise des chèques qui constituent l'élément essentiel retenu par l'Autorité au soutien de son analyse pour caractériser finalement la limitation potentielle de l'offre sur le marché considéré ne peuvent, comme la hausse des charges, se présumer et qu'à tout le moins, ils ne constituent pas à proprement parler un élément inhérent à l'institution des commissions incriminées par la notification des griefs ou en découlant directement et de manière certaine ; que concernant en second lieu l'influence potentielle sur les prix finaux, sur le marché de la remise de chèques, la Décision constate cette fois-ci que les banques n'étaient, certes, pas convenues de répercuter la CEIC sur leurs clients, mais oppose finalement aux mises en cause qu'elles ne peuvent pour autant dénier le caractère vraisemblable de cette répercussion et que, dans la mesure où elle augmente le coût de fourniture du service de remise de chèques, elle est susceptible d'avoir un impact sur la relation banque-client et d'entraîner une augmentation des prix facturés par les banques remettantes à leurs clients ; que s'agissant de la détermination d'une restriction par objet qui repose, selon les modalités qui ont été rappelées, sur une analyse de l'accord interbancaire incriminé, le caractère finalement vraisemblable ou plausible, apprécié dans la durée, de la répercussion de la CEIC sur les clients, pourtant non décidée par les banques, ne peut être un élément exclusif d'analyse ; qu'au demeurant, les requérantes ne peuvent être sérieusement contredites lorsqu'elle affirment : - que l'analyse de l'Autorité apparaît de toute façon particulièrement nuancée, dès lors que son appréciation sur l'ampleur de la possible répercussion de la CEIC sur les prix finaux est subordonnée à de nombreux

facteurs, dont la politique commerciale de chaque banque remettante, le pouvoir de négociation des clients et l'intensité de la concurrence (point 371 de la Décision) ; - que l'analyse de la répercussion partielle ou totale de la CEIC sur les prix finaux dans le cadre de l'offre globale de services (point 373 de la Décision) est par trop hypothétique ; que, par surcroît, la décision de la Commission du 8 septembre 1999 qui est intervenue dans l'affaire qui est citée par la Décision (point 370) ne peut être utilement invoquée au titre d'une pratique décisionnelle dont les éléments d'analyse seraient applicables ou transposables à la CEIC, dès lors, non seulement, que la commission en cause n'avait, ni la même nature, ni le même objet que la CEIC, mais encore, et surtout, que la Commission a considéré, élément a priori déterminant à ses yeux dans la conduite de son analyse, que la commission interbancaire en cause avait un effet restrictif de la concurrence dès lors qu'elle servait en fait de « plancher » pour l'établissement des tarifs applicables aux clients, ce qui n'est pas le cas pour la CEIC (« Le fait que les CMI déterminent un niveau plancher pour les prix que les commerçants doivent acquitter pour l'acceptation des cartes de paiement est effectivement une indication que les CMI de MasterCard ont probablement, par leur nature, le potentiel de fixer les prix ») ; que, au demeurant, l'appréciation économique de l'accord au regard de l'introduction, du fait de la création de la CEIC, d'une hausse artificielle du coût de revient du traitement des remises de chèques pour les banques remettantes dès lors que la commission a introduit un élément de coût uniforme (point 366 de la Décision) qui n'existait pas dans l'ancien système de compensation des chèques interbancaires doit, au cas d'espèce, être rapportée à l'objectif poursuivi par l'accord incriminé qui a institué une commission à finalité compensatoire précisément destinée à remédier, à titre transitoire, comme cela sera encore analysé ci-après, en raison de l'accélération de l'échange des chèques dans le cadre du nouveau système de paiement avec EIC, au coût résultant de la perte de trésorerie, intervenant au détriment des banques tirées avec, de manière symétrique, un gain pour les banques remettantes ; qu'en cet état, il n'est pas permis d'affirmer avec suffisamment de certitude qu'en raison d'une influence potentielle sur le niveau des prix finaux découlant de façon indubitable de l'accord qui a institué la CEIC, cette commission a, par nature, la capacité de restreindre la concurrence tarifaire ; Que s'agissant des restrictions de concurrence sur le marché de l'émission de chèques, la Décision retient, pour l'essentiel : que, sur ce marché, la CEIC a généré une hausse de revenu artificielle pour les banques tirées, puisqu'elles ont perçu un revenu qui ne leur était pas attribué par le marché, mais par un accord interbancaire et ce, afin de compenser les pertes de trésorerie qu'elles estimaient subir du fait de l'accélération du règlement interbancaire des chèques ; - que l'objectif de préserver les équilibres de trésorerie existants, et, partant, de leur situation concurrentielle prévalant avant 2002, contribue en réalité à « figer » le marché du chèque: du côté de l'émission de chèques, un tel objectif vise à pérenniser par le biais d'une commission uniforme, créée artificiellement hors des mécanismes du libre jeu du marché, une partie des flux de recettes que

les banques tiraient auparavant du float, c'est-à-dire à garantir aux banques tirées un niveau de rémunération minimal par chèque tiré; symétriquement, du côté de la remise de chèques, cet objectif a pour conséquence la neutralisation des bénéfices attendus de l'accélération des échanges pour les banques ; que les requérantes ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment, notamment, que, lors des négociations et de la conclusion de l'accord la non-rémunération des dépôts, en l'état de la réglementation alors en vigueur, et la possibilité de placer le float constituaient une ressource permettant une «indemnisation» partielle au profit des banques tirées, qui avaient alors une clientèle de particuliers plus importante que les banques majoritairement remettantes, au titre des coûts supportés pour la mise en disposition des chèques qu'elles ne pouvaient imputer aux clients émetteurs en raison de l'interdiction légale et que, dans ces conditions, quelles que soient les appréciations portées par ailleurs par l'Autorité sur les incidences de la gratuité de la délivrance des formules de chèques (points 343-357 de la Décision), le déséquilibre avéré qui existait en 1999 entre banques majoritairement tirées et banques majoritairement remettantes a bien un lien avec la gratuité du chèque ; que, dans ces conditions, les requérantes ne peuvent être désavouées lorsqu'elles font valoir que, lors du passage à l'EIC, le transfert du float des banques majoritairement tirées aux banques majoritairement remettantes avait bien alors une incidence directe sur la répartition des coûts du système chèque «entre les deux côtés du système» et qu'une partie des revenus que les banques majoritairement tirées percevaient en compensation de la charge liée à la gratuité du chèque allait être transférée aux banques majoritairement remettantes ; que dès lors, il ne peut être affirmé avec certitude que la préservation des équilibres de trésorerie, qui a constitué un élément essentiel des négociations ayant abouti à l'accord transitoire, engendrait une hausse de revenu artificielle pour les banques tirées et contribuait à figer le marché du chèque dans des conditions permettant de retenir assurément la qualification de restriction par objet ; qu'au delà du but compensatoire objectif de la CEIC, il est établi qu'en pratique, en raison de la complexité certaine du processus de décision touchant au passage à l'EIC qui concernait plusieurs dizaines d'établissements ainsi que des enjeux comme des divergences majeures d'intérêt entre les principaux établissements bancaires concernés - banques majoritairement remettantes et banques majoritairement tirées pour l'essentiel- et des oppositions frontales qui en ont découlé, la mise en oeuvre du nouveau système de compensation au moyen d'une multitude d'accords bilatéraux était pratiquement impossible et que, dans ces conditions, les modalités transitoires de passage à l'EIC, dont la CEIC et les CSC constituaient un accessoire, n'ont pu être décidées concrètement que dans un cadre multilatéral, par surcroît sous l'égide et avec la participation active de l'autorité de tutelle des banques qui a proposé un compromis ; qu'a fortiori, dans le contexte économique et juridique particulier constitué par le passage à l'EIC, de tels éléments ne permettent pas non plus d'opposer véritablement

aux mises en cause (point 383 de la Décision) que chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement via une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques ; que, concernant plus particulièrement les CSC, la Décision retient que l'accord ayant consisté à fixer ces commissions à un niveau uniforme comporte un objet restrictif de concurrence en ce que leur création a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe, de sorte que l'accord multilatéral en cause a 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 ; qu'il suffit, sur ce point, de se référer aux développements qui précèdent sur la nécessité, qui vient d'être vérifiée de manière concrète, de recourir à un accord multilatéral dans le cadre du passage à l'EIC, ce qui, par surcroît, ne permet pas de se référer utilement aux décisions citées par l'Autorité (point de la Décision) au titre de la recherche d'une restriction par objet ; que, pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées à propos de la CEIC, la décision de la Commission du 8 septembre 1999 qui est intervenue dans l'affaire qui est citée par l'Autorité (point 388 de la Décision) ne pourrait être utilement invoquée au titre d'une pratique décisionnelle dont les éléments d'analyse seraient, à un titre quelconque, applicables ou transposables aux CSC, dès lors, non seulement, que la commission en cause ne poursuivait pas les mêmes objectifs que les CSC, mais encore, et surtout, que la Commission a considéré que la commission interbancaire en cause avait un effet restrictif de la concurrence dès lors qu'elle servait en fait de «plancher» pour l'établissement des tarifs applicables aux clients, ce qui n'est pas le cas pour les CSC ; que, par surcroît, comme le soulignent les requérantes qui ne peuvent être utilement démenties sur ce point : - les services auxquels correspondent les CSC, qui ont essentiellement pour objet le défraiement des coûts administratifs nouveaux résultant de la mise en place de l'EIC ne sont pas des services proposés à la clientèle et, qu'au demeurant, il n'existe pas non plus à proprement parler de lien entre les services que ces commissions ont pour objet de rémunérer et les services rendus par les banques à leurs clients; - les commissions connexes, payées par les banques tirées aux banques renettantes, ont à tout le moins été compensées par la réduction de coûts relatifs au traitement de chèques, du fait du transfert de certaines tâches initialement effectuées par les banques tirées vers les banques remettantes ; - les écarts de coût mis en exergue par la Décision à la date de conclusion de l'accord ne constituent qu'une hypothèse et, qu'en tout état de cause, ils ne peuvent être présumés ; qu'il résulte de ce qui précède que l'analyse conduite par la Décision de l'accord qui a instauré les commissions incriminées par la notification de griefs ne permet pas d'affirmer qu'au regard de sa teneur appréciée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence en l'assimilant assurément,

conformément aux exigences de la jurisprudence communautaire, à des formes de collusion entre entreprises pouvant être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence, dans des conditions telles qu'il serait inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1 du traité, de démontrer que cet accord a eu des effets concrets sur le marché ; que, dès lors, faute d'établir l'existence de restrictions de concurrence inhérentes à l'accord incriminé qui a institué les commissions en cause, une restriction par objet n'apparaît pas démontrée au cas d'espèce et que, dans ces conditions, l'Autorité ne pouvait se dispenser d'examiner les effets de l'accord et pour, le cas échéant, le sanctionner, de réunir des éléments établissant que le jeu de la concurrence avait été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible ; qu'il s'ensuit que les griefs d'entente imputés aux requérantes ne peuvent être retenus et que ces dernières doivent, en conséquence, être mises hors de cause ;

1° ALORS QUE sont prohibés les accords susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ; que sont interdits notamment les accords consistant à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ; qu'il suffit, pour caractériser l'objet anticoncurrentiel d'un tel accord, de s'assurer, au regard de sa teneur, des buts objectifs qu'il vise à atteindre ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel il s'insère, qu'il est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché intérieur, en substituant sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence auquel est soumis tout opérateur déterminant de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché ; qu'il n'est pas nécessaire de démontrer en sus que la concurrence a été empêchée, restreinte ou faussée par l'accord ni, par conséquent, d'en examiner les effets concrets pour asseoir une telle conclusion ; que, en particulier, l'article 101 du TFUE visant à protéger, non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais également, dans l'intérêt général, la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée ni à l'existence d'un lien direct de celui-ci avec les prix à la consommation ni, plus largement, au fait qu'il prive les consommateurs finals des avantages d'une concurrence efficace en termes de prix ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté que l'un des deux objectifs exprès de l'accord en cause était, par l'instauration des CEIC, de « compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques » liée à sa dématérialisation (arrêt, p. 62 § 2) et, par la mise en place des CSC, de compenser l'apparition de nouvelles charges et de nouveaux coûts (arrêt, p. 63 § 2) ; qu'elle a aussi constaté que son autre objectif était « de ne pas rendre le chèque, 'instrument papier' plus attractif que d'autres moyens de paiement moins

coûteux » (arrêt, p. 62, § 3) ; qu'elle n'a enfin pas nié le caractère « finalement vraisemblable ou plausible » d'une répercussion de la CEIC sur les clients des banques ; qu'en décidant, alors même que la CEIC et les CSC introduisaient un élément de coût uniforme, et donc potentiellement quoiqu'indirectement de prix, et qu'il n'était pas contesté qu'elles puissent se répercuter sur les prix aux clients, qu'il n'était pas établi à suffisance de droit que ces commissions constituent une restriction de la concurrence par objet, (arrêt, pp. 66-69), la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce ;

2° ALORS QUE les effets concrets d'un accord ayant pour objet de restreindre la concurrence n'ont pas à être pris en considération, et encore moins démontrés avec certitude ni quantifiés ; que l'absence ou l'insuffisance d'une telle démonstration n'est dès lors pas susceptible de faire obstacle à la qualification de restriction de la concurrence par objet ou de la remettre en cause ; que la constatation d'un tel objet ne saurait, en particulier, être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés des avantages d'une concurrence efficace en termes de prix ou que les prix finaux soient affectés par l'accord ; que, en l'espèce, l'Autorité de la concurrence avait relevé que les CEIC avaient pour objet de restreindre la concurrence en ce qu'elles étaient de nature à permettre une limitation de l'offre et à influencer sur les prix sur le marché de la remise de chèques ; que, sans contester le caractère « vraisemblable » ou « plausible » de la répercussion de la CEIC sur les clients, mais en estimant qu'il ne pouvait suffire à caractériser l'existence d'un objet anticoncurrentiel, que l'ampleur de cette possible répercussion sur les prix finaux était subordonnée à de nombreux facteurs et que la création, par la CEIC, d'un élément de coût uniforme devait au cas d'espèce être rapportée à l'objectif « compensatoire » de cette commission (arrêt, p. 66 dernier § et 67), de sorte qu'il n'était pas permis d'affirmer avec « suffisamment de certitude » qu'en raison d'une influence « potentielle » sur le niveau des prix finaux découlant de façon « indubitable » de la CEIC, celle-ci ait par nature la capacité de restreindre la concurrence tarifaire (arrêt, p. 67), la Cour d'appel a violé les articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce ;

3° ALORS QU'en retenant de même, pour juger que ces commissions ne restreignaient pas la concurrence sur le marché de l'émission de chèque par leur objet, qu'il ne peut être affirmé avec « certitude » que la préservation des équilibres de trésorerie engendre une hausse de revenu artificielle pour les banques tirées et contribue à figer le marché dans des conditions permettant de retenir « assurément » cette qualification (arrêt, p. 68 § 1), alors que la restriction par objet était caractérisée dès lors que les accords litigieux étaient susceptibles de conduire à une telle hausse et de figer le marché, la Cour d'appel a violé les articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce ;

4° ALORS QU'en se référant aux mêmes motifs pour conclure que les CSC ne restreignaient pas davantage la concurrence par leur objet, tout en notant de surcroît qu'elles ne correspondaient pas à des services proposés à la clientèle ni n'étaient liés à de tels services, qu'elles avaient à tout le moins été compensées par la réduction de coûts relatifs au traitement des chèques et que les écarts de coûts correspondants ne pouvaient en tout état de cause être « présumés » (arrêt, p. 68 et 69), sans cependant en tirer aucune conclusion, la Cour d'appel n' a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposaient au regard des articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce ;

5° ALORS QUE la poursuite d'objectifs économiques donnés, voire d'objectifs d'intérêt général, seraient-ils légitimes, n'est pas de nature à faire obstacle à la qualification de restriction de la concurrence par objet, et ne peut être prise en considération que dans le cadre de l'examen de l'exemption possible d'un accord au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce, lorsque les parties démontrent que les conditions d'application de ces dispositions sont réunies ; que le rôle joué par les pouvoirs publics n' est pas davantage de nature à influencer sur l'examen d'une restriction de la concurrence par objet ; qu'en l'espèce, en se fondant, pour exclure l'existence d'une restriction de la concurrence par objet, sur le fait que les accords litigieux tendaient à compenser les coûts et les pertes résultant de la dématérialisation du traitement des chèques et à maintenir la cohérence entre les différents moyens de paiement (arrêt, p. 61 et 62), qu'ils « s'inscrivaient indiscutablement dans le cadre de la négociation d'un projet d'intérêt général activement soutenu par l'autorité de tutelle des banques qui a exercé un important rôle d'influence » et qu'ils poursuivaient « un objectif économique légitime » (arrêt, pp. 61, 62 et 64), la Cour d'appel a violé les articles 81, § 1, CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce ;

6° ALORS QUE la prise en considération de la teneur de l'accord ne peut conduire à ce que des éléments sans incidence sur l'existence d'un objet anticoncurrentiel puissent être invoqués pour remettre en cause l'existence d'une restriction de la concurrence par objet ; que ni le caractère limité dans le temps d'un accord, ni les faits qu'il ne constitue pas un cartel secret, qu'il soit limité aux relations interbancaires, qu'il ne porte pas sur les prix finals ou ne porte pas préjudice aux consommateurs finals, ne sont susceptibles de remettre en cause l'existence d'une restriction de la concurrence par objet ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que les parties à l'accord, qui devaient se réunir pour fixer les conditions applicables à l'issue de celui-ci, ne l'avaient pas fait, la Cour s'est fondée sur cet ensemble d'éléments mis en lumière par son examen de la teneur de l'accord pour conclure au caractère « incontestablement inédit » et « spécifique » de celui-ci (arrêt, p. 62-64) ; que c'est ensuite en se référant spécialement à la teneur de l'accord qu'elle a jugé que son objet anticoncurrentiel était insuffisamment démontré (arrêt, p.

69) ; qu'en se déterminant ainsi, la Cour d'appel a violé les articles 81, paragraphe 1, CE, devenue 101, paragraphe 1, du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Sur la notion de restriction accessoire

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR réformé la décision n°10–D–28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et, statuant à nouveau, d'AVOIR dit qu'il n'était pas établi que les sociétés BPCE, LA BANQUE POSTALE, BNP-PARIBAS, LA CONFÉDÉRATION NATIONALE DU CRÉDIT MUTUEL, LE CRÉDIT AGRICOLE, LE CRÉDIT DU NORD, LE CRÉDIT INDUSTRIEL ET COMMERCIAL, LCL, HSBC FRANCE et SOCIÉTÉ GÉNÉRALE ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE ;

AUX MOTIFS QU'il importe de rappeler ensuite avec précision les objectifs de l'accord ayant institué les commissions incriminées, ainsi replacé dans le contexte dans lequel il s'inscrit, ainsi que sa teneur ; que, concernant les stipulations de l'accord incriminé et les objectifs poursuivis, il ressort des éléments du dossier ci-dessus rappelés, que les stipulations de cet accord, qui portent sur les conditions interbancaires du passage à l'EIC, constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables; que la CEIC et les CSC étaient ainsi directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange des chèques, projet d'intérêt général neutre au regard du droit de la concurrence et par surcroît constitutif d'un indéniable progrès technique et économique pour tous les opérateurs et acteurs concernés, et cela dès le déploiement du nouveau système EIC, le 1^{er} janvier 2002 ; qu'en effet, l'adoption d'un système de compensation dématérialisé entraînait une amélioration de l'efficacité des circuits de recouvrement et une accélération des délais d'encaissement des chèques, ce que la Commission bancaire a elle-même confirmé dans son avis du 22 mai 2008, en soulignant que cette accélération «recherchée et obtenue par la mise en place de l'EIC, s'accompagne d'une meilleure efficacité globale de la fonction d'encaissement et d'une réduction de ses coûts due à la réduction des manipulations nécessaires, dont bénéficie l'ensemble des clients du système bancaire, et l'apurement plus rapide des comptes de passage. Cela est une source d'importantes économies pour l'ensemble des acteurs économiques et permet une gestion plus active de la trésorerie des entreprises» ; que l'accélération des délais d'encaissement des chèques résulte, d'une part, de la mise en place d'une chambre de compensation dématérialisée unique et donc de la disparition de la catégorie des chèques « hors place », dont le délai de règlement interbancaire était de trois jours ouvrés après la date d'échange, soit deux jours de plus que celui des chèques « surplace », et, d'autre part, du choix des banques de fixer l'heure

d'arrêté de la journée d'échange (HAJE) à 18 h avec une date de règlement interbancaire à J+1, ce qui a permis de réduire l'écart entre la date de remise des chèques à la banque et la date de leur échange ; que lors des négociations de la CIR, les banques ont considéré que l'accélération du délai de règlement interbancaire serait comprise entre 1,1 et 1,6 jour ouvré, et retenu une estimation moyenne de 1,4 jour ouvré ; que si la Banque de France et les banques étaient en droit d'en attendre, globalement, une réduction de leurs coûts, les clients remettants étaient également appelés à bénéficier d'une économie de coûts du fait de la simplification de l'opération de remise de chèques de même que le passage à l'EIC s'est accompagné d'une amélioration des services pour les clients; qu'ainsi que le souligne la Commission bancaire dans son avis précité, le développement de l'EIC a permis d'assurer une plus grande sécurité pour les établissements de crédit et leur clientèle, la fin de la circulation des chèques supprimant une grande partie des risques de perte ou de vol, ainsi qu'une plus grande efficacité de la lutte anti-blanchiment, leur numérisation ayant facilité le contrôle a posteriori des chèques ; qu'il n'est ni contesté ni contestable que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC modifiait de manière très substantielle les équilibres de trésorerie qui existaient jusqu'alors entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières et que l'institution d'une commission interbancaire telle que la CEIC était précisément destinée, en l'état des données dont les parties à l'accord et l'autorité de tutelle disposaient alors, à compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques ; que s'il résulte des différents documents de travail de la CIR que les banques ont envisagé un délai de règlement interbancaire allongé comme solution alternative à l'instauration de la CEIC, les banques ne peuvent pour autant être sérieusement contredites lorsqu'elles affirment qu'un délai de règlement interbancaire à J+2 était difficilement acceptable, vis-à-vis notamment de leurs clients, dans la mesure où, à la différence de la solution retenue prévoyant la création de la CEIC, il aurait privé les utilisateurs du système du chèque de l'accélération techniquement permise par la dématérialisation des échanges ; que concernant l'autre enjeu économique du passage à l'EIC constitué par la recherche de la cohérence entre les différents moyens de paiements, il est constant que la légitime préoccupation de ne pas rendre le chèque, «instrument papier» plus attractif que d'autres moyens paiement automatisés moins coûteux a été également prise en compte par le groupe de travail restreint de la CIR au soutien du principe de création d'une commission interbancaire ; que l'accord interbancaire conclu au sein de la CIR révèle que l'instauration des commissions critiquées par la notification des griefs poursuivait alors, en 1999 et 2000, un objectif économique légitime, d'ailleurs consacré comme tel par la Banque de France et par la Commission bancaire ; que, concernant spécialement les modalités concrètes de détermination du montant de la CEIC, il est établi par le dossier que cette commission interbancaire multilatérale qui poursuivait un objectif

compensatoire et qui est le fruit d'un compromis, ne reposait pas exclusivement sur des calculs précis et définitifs; qu'à cet égard, ainsi que la décision le relève elle-même dans des développements consacrés au bilan économique du passage à l'EIC qui, s'ils sont intervenus dans le cadre de l'examen de l'exemption, ne relatent pas moins des circonstances objectives qui peuvent entrer en ligne de compte pour l'analyse des stipulations critiquées de l'accord en ce qui concerne les commissions et en particulier la CEIC que, lorsqu'elles ont pris part aux réunions de la CIR, les banques n'ont probablement pas réalisé, à titre individuel, un bilan reposant sur des hypothèses économiques aussi précises que celles qui ont été recueillies au cours de l'instruction du dossier et que, nuanciant ses conclusions sur ce bilan (point 521 de la décision) en ce qui concerne les gains et les pertes des banques majoritairement tirées en volume, d'une part, et les banques majoritairement remettantes, d'autre part, l'Autorité estime qu'à la date à laquelle elles ont décidé de la création de l'EIC, les banques étaient placées dans une situation d'incertitude concernant les conséquences précises, pour elles ou pour leurs concurrentes, du passage à l'EIC ; qu'au surplus, la décision constate, à juste titre, que les incidences de la réforme au niveau interne de chaque banque, telles que les gains de productivité permis par le système, ne relevaient pas de la mission de la CIR, et ne pouvaient être pris en compte sans procéder à l'échange d'informations sensibles entre concurrents; que, dans ces conditions les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment que le caractère compensatoire de la CEIC et son caractère temporaire expliquent le montant forfaitaire de cette commission, fruit d'un compromis et non résultat d'un calcul arithmétique ; que les CSC, qui sont également des commissions interbancaires multilatérales, sont destinées à rémunérer un service nouvellement rendu par une catégorie de banques à une autre et à assurer la compensation d'un transfert de charges; qu'il suffit de rappeler : - que la dématérialisation du système de compensation supposait, afin de réduire le coût de traitement des chèques, d'arrêter la circulation physique des chèques le plus tôt possible, en l'occurrence au niveau de la banque remettante; que, dès lors, certaines charges, telles que l'archivage des chèques, auparavant assumées par les banques tirées étaient transférées aux banques remettantes, les CSC ayant précisément pour objet de compenser ce transfert de charges ; que, par ailleurs, la dématérialisation des chèques entraînait la création de nouvelles charges pour les banques, telles que le traitement des rejets d'images-chèques et des demandes de télécopie adressées par le banquier tiré au banquier remettant, ou encore le traitement des annulations d'opérations compensées à tort via le SIT ; qu'afin d'assurer le bon fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre ; - que les CSC ont pour objet de compenser les coûts engagés par une banque à raison d'une opération initiée par un autre établissement bancaire ou par son client, et donc de

transférer la charge financière d'une opération aux personnes à l'origine de la transaction en cause; qu'une telle allocation permet notamment d'inciter les acteurs du système de paiement par chèque à éliminer les erreurs ou les incidents de paiement dont ils sont à l'origine, puisqu'ils doivent en assumer la charge financière, et, partant, à encourager une utilisation efficiente de ce moyen de paiement (arrêt pages 61 à 63).....et qu'au delà du but compensatoire objectif de la CEIC, il est établi qu'en pratique, en raison de la complexité certaine du processus de décision touchant au passage à l'EIC qui concernait plusieurs dizaines d'établissements ainsi que des enjeux comme des divergences majeures d'intérêt entre les principaux établissements bancaires concernés - banques majoritairement remettantes et banques majoritairement tirées pour l'essentiel- et des oppositions frontales qui en ont découlé, la mise en oeuvre du nouveau système de compensation au moyen d'une multitude d'accords bilatéraux était pratiquement impossible et que, dans ces conditions, les modalités transitoires de passage à l'EIC, dont la CEIC et les CSC constituaient un accessoire, n'ont pu être décidées concrètement que dans un cadre multilatéral, par surcroît sous l'égide et avec la participation active de l'autorité de tutelle des banques qui a proposé un compromis ; qu'a fortiori, dans le contexte économique et juridique particulier constitué par le passage à l'EIC, de tels éléments ne permettent pas non plus d'opposer véritablement aux mises en cause (point 383 de la Décision) que chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement via une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques ; que, concernant plus particulièrement les CSC, la Décision retient que l'accord ayant consisté à fixer ces commissions à un niveau uniforme comporte un objet restrictif de concurrence en ce que leur création a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe, de sorte que l'accord multilatéral en cause a 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 (arrêt, p. 68 § 1 et 2) ;

ALORS QUE pour échapper à un examen autonome au regard de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles énoncée par le TFUE, une restriction ne peut être considérée comme étant l'accessoire d'une opération plus large qu'à des conditions strictes ; qu'il appartient à cet effet aux parties de démontrer que cette restriction est, premièrement, subordonnée en importance et directement liée à l'opération principale, deuxièmement, objectivement nécessaire à sa réalisation et, troisièmement, proportionnée par rapport à celle-ci ; que le caractère objectivement nécessaire d'une restriction accessoire ne peut s'apprécier qu'au regard de circonstances objectives extérieures aux entreprises concernées, leurs intérêts subjectifs n'étant pas déterminants, à supposer qu'ils puissent être pris en

considération ; que, si l'ensemble de ces conditions sont réunies, l'opération plus large doit elle-même être appréciée au regard de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles ; que, à l'inverse, si l'une des conditions requises pour considérer une restriction comme accessoire fait défaut, son prétendu lien avec une opération plus large ne saurait faire échec à sa qualification de restriction de la concurrence par objet ni la remettre en cause ; qu'en l'espèce, pour conclure que ces commissions n'avaient pas pour objet de restreindre la concurrence, la Cour a considéré qu'elle constituait un « accessoire » « indissociable » du passage à l'EIC et qu'elles étaient « nécessaires » pour que les banques l'acceptent, sans rechercher si les parties avaient démontré que la CEIC et les CSC répondaient à l'ensemble des conditions permettant de les considérer comme des restrictions accessoires au sens du TFUE ; qu'ainsi la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles 81, paragraphe 1, CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Sur la violation de l'articulation des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce, d'une part et 101, paragraphe 3, du TFUE et L. 420-4 du Code de commerce, d'autre part

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR réformé la décision n°10-D-28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et, statuant à nouveau, d'AVOIR dit qu'il n'était pas établi que les sociétés BPCE, LA BANQUE POSTALE, BNP-PARIBAS, LA CONFÉDÉRATION NATIONALE DU CRÉDIT MUTUEL, LE CRÉDIT AGRICOLE, LE CRÉDIT DU NORD, LE CRÉDIT INDUSTRIEL ET COMMERCIAL, LCL, HSBC FRANCE et SOCIÉTÉ GÉNÉRALE ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE ;

AUX MOTIFS QU'il importe de rappeler ensuite avec précision les objectifs de l'accord ayant institué les commissions incriminées, ainsi replacé dans le contexte dans lequel il s'inscrit, ainsi que sa teneur ; que, concernant les stipulations de l'accord incriminé et les objectifs poursuivis, il ressort des éléments du dossier ci-dessus rappelés, que les stipulations de cet accord, qui portent sur les conditions interbancaires du passage à l'EIC, constituent une composante de l'accord global relatif au passage à l'EIC dont elles sont indissociables; que la CEIC et les CSC étaient ainsi directement liées au nouveau système dématérialisé d'échange des chèques, projet d'intérêt général neutre au regard du droit de la concurrence et par surcroît constitutif d'un indéniable progrès technique et économique pour tous les opérateurs et acteurs concernés, et cela dès le déploiement du nouveau système EIC, le 1^{er} janvier 2002 ; qu'en effet, l'adoption d'un système de compensation dématérialisé entraînait une amélioration de l'efficacité des circuits de

recouvrement et une accélération des délais d'encaissement des chèques, ce que la Commission bancaire a elle-même confirmé dans son avis du 22 mai 2008, en soulignant que cette accélération «recherchée et obtenue par la mise en place de l'EIC, s'accompagne d'une meilleure efficacité globale de la fonction d'encaissement et d'une réduction de ses coûts due à la réduction des manipulations nécessaires, dont bénéficie l'ensemble des clients du système bancaire, et l'apurement plus rapide des comptes de passage. Cela est une source d'importantes économies pour l'ensemble des acteurs économiques et permet une gestion plus active de la trésorerie des entreprises» ; que l'accélération des délais d'encaissement des chèques résulte, d'une part, de la mise en place d'une chambre de compensation dématérialisée unique et donc de la disparition de la catégorie des chèques « hors place », dont le délai de règlement interbancaire était de trois jours ouvrés après la date d'échange, soit deux jours de plus que celui des chèques « surplace », et, d'autre part, du choix des banques de fixer l'heure d'arrêt de la journée d'échange (HAJE) à 18 h avec une date de règlement interbancaire à J+ 1, ce qui a permis de réduire l'écart entre la date de remise des chèques à la banque et la date de leur échange ; que lors des négociations de la CIR, les banques ont considéré que l'accélération du délai de règlement interbancaire serait comprise entre 1,1 et 1,6 jour ouvré, et retenu une estimation moyenne de 1,4 jour ouvré ; que si la Banque de France et les banques étaient en droit d'en attendre, globalement, une réduction de leurs coûts, les clients remettants étaient également appelés à bénéficier d'une économie de coûts du fait de la simplification de l'opération de remise de chèques de même que le passage à l'EIC s'est accompagné d'une amélioration des services pour les clients; qu'ainsi que le souligne la Commission bancaire dans son avis précité, le développement de l'EIC a permis d'assurer une plus grande sécurité pour les établissements de crédit et leur clientèle, la fin de la circulation des chèques supprimant une grande partie des risques de perte ou de vol, ainsi qu'une plus grande efficacité de la lutte anti-blanchiment, leur numérisation ayant facilité le contrôle a posteriori des chèques ; qu'il n'est ni contesté ni contestable que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC modifiait de manière très substantielle les équilibres de trésorerie qui existaient jusqu'alors entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières et que l'institution d'une commission interbancaire telle que la CEIC était précisément destinée, en l'état des données dont les parties à l'accord et l'autorité de tutelle disposaient alors, à compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques ; que s'il résulte des différents documents de travail de la CIR que les banques ont envisagé un délai de règlement interbancaire allongé comme solution alternative à l'instauration de la CEIC, les banques ne peuvent pour autant être sérieusement contredites lorsqu'elles affirment qu'un délai de règlement interbancaire à J+2 était difficilement acceptable, vis-à-vis notamment de leurs clients, dans la mesure où, à la différence de la solution retenue prévoyant la création de

la CEIC, il aurait privé les utilisateurs du système du chèque de l'accélération techniquement permise par la dématérialisation des échanges ; que concernant l'autre enjeu économique du passage à l'EIC constitué par la recherche de la cohérence entre les différents moyens de paiements, il est constant que la légitime préoccupation de ne pas rendre le chèque, «instrument papier» plus attractif que d'autres moyens paiement automatisés moins coûteux a été également prise en compte par le groupe de travail restreint de la CIR au soutien du principe de création d'une commission interbancaire ; que l'accord interbancaire conclu au sein de la CIR révèle que l'instauration des commissions critiquées par la notification des griefs poursuivait alors, en 1999 et 2000, un objectif économique légitime, d'ailleurs consacré comme tel par la Banque de France et par la Commission bancaire ; que, concernant spécialement les modalités concrètes de détermination du montant de la CEIC, il est établi par le dossier que cette commission interbancaire multilatérale qui poursuivait un objectif compensatoire et qui est le fruit d'un compromis, ne reposait pas exclusivement sur des calculs précis et définitifs; qu'à cet égard, ainsi que la décision le relève elle-même dans des développements consacrés au bilan économique du passage à l'EIC qui, s'ils sont intervenus dans le cadre de l'examen de l'exemption, ne relatent pas moins des circonstances objectives qui peuvent entrer en ligne de compte pour l'analyse des stipulations critiquées de l'accord en ce qui concerne les commissions et en particulier la CEIC que, lorsqu'elles ont pris part aux réunions de la CIR, les banques n'ont probablement pas réalisé, à titre individuel, un bilan reposant sur des hypothèses économiques aussi précises que celles qui ont été recueillies au cours de l'instruction du dossier et que, nuanciant ses conclusions sur ce bilan (point 521 de la décision) en ce qui concerne les gains et les pertes des banques majoritairement tirées en volume, d'une part, et les banques majoritairement remettantes, d'autre part, l'Autorité estime qu'à la date à laquelle elles ont décidé de la création de l'EIC, les banques étaient placées dans une situation d'incertitude concernant les conséquences précises, pour elles ou pour leurs concurrentes, du passage à l'EIC ; qu'au surplus, la décision constate, à juste titre, que les incidences de la réforme au niveau interne de chaque banque, telles que les gains de productivité permis par le système, ne relevaient pas de la mission de la CIR, et ne pouvaient être pris en compte sans procéder à l'échange d'informations sensibles entre concurrents; que, dans ces conditions les banques ne peuvent être utilement contredites lorsqu'elles affirment que le caractère compensatoire de la CEIC et son caractère temporaire expliquent le montant forfaitaire de cette commission, fruit d'un compromis et non résultat d'un calcul arithmétique ; que les CSC, qui sont également des commissions interbancaires multilatérales, sont destinées à rémunérer un service nouvellement rendu par une catégorie de banques à une autre et à assurer la compensation d'un transfert de charges; qu'il suffit de rappeler : - que la dématérialisation du système de compensation supposait, afin de réduire le coût de traitement des chèques, d'arrêter la circulation physique des chèques le plus tôt

possible, en l'occurrence au niveau de la banque remettante; que, dès lors, certaines charges, telles que l'archivage des chèques, auparavant assumées par les banques tirées étaient transférées aux banques remettantes, les CSC ayant précisément pour objet de compenser ce transfert de charges ; que, par ailleurs, la dématérialisation des chèques entraînait la création de nouvelles charges pour les banques, telles que le traitement des rejets d'images-chèques et des demandes de télécopie adressées par le banquier tiré au banquier remettant, ou encore le traitement des annulations d'opérations compensées à tort via le SIT ; qu'afin d'assurer le bon fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre ; - que les CSC ont pour objet de compenser les coûts engagés par une banque à raison d'une opération initiée par un autre établissement bancaire ou par son client, et donc de transférer la charge financière d'une opération aux personnes à l'origine de la transaction en cause; qu'une telle allocation permet notamment d'inciter les acteurs du système de paiement par chèque à éliminer les erreurs ou les incidents de paiement dont ils sont à l'origine, puisqu'ils doivent en assumer la charge financière, et, partant, à encourager une utilisation efficiente de ce moyen de paiement (arrêt, p. 61 à 63) ; ... que l'appréciation économique de l'accord au regard de l'introduction, du fait de la création de la CEIC, d'une hausse artificielle du coût de revient du traitement des remises de chèques pour les banques remettantes dès lors que la commission a introduit un élément de coût uniforme (point 366 de la Décision) qui n'existait pas dans l'ancien système de compensation des chèques interbancaires doit, au cas d'espèce, être rapportée à l'objectif poursuivi par l'accord incriminé, qui a institué une commission à finalité compensatoire précisément destinée à remédier, à titre transitoire, comme cela sera encore analysé ci-après, en raison de l'accélération de l'échange des chèques dans le cadre du nouveau système de paiement avec l'EIC, au coût résultant de la perte de trésorerie, intervenant au détriment des banques tirées avec, de manière symétrique, un gain pour les banques remettantes (arrêt, p. 67, § 2) ; ... et qu'au delà du but compensatoire objectif de la CEIC, il est établi qu'en pratique, en raison de la complexité certaine du processus de décision touchant au passage à l'EIC qui concernait plusieurs dizaines d'établissements ainsi que des enjeux comme des divergences majeures d'intérêt entre les principaux établissements bancaires concernés - banques majoritairement remettantes et banques majoritairement tirées pour l'essentiel- et des oppositions frontales qui en ont découlé, la mise en oeuvre du nouveau système de compensation au moyen d'une multitude d'accords bilatéraux était pratiquement impossible et que, dans ces conditions, les modalités transitoires de passage à l'EIC, dont la CEIC et les CSC constituaient un accessoire, n'ont pu être décidées concrètement que dans un cadre multilatéral, par surcroît sous l'égide et avec la participation active de l'autorité de tutelle des banques qui a proposé un compromis ; qu'a fortiori,

dans le contexte économique et juridique particulier constitué par le passage à l'EIC, de tels éléments ne permettent pas non plus d'opposer véritablement aux mises en cause (point 383 de la Décision) que chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement via une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques ; que, concernant plus particulièrement les CSC, la Décision retient que l'accord ayant consisté à fixer ces commissions à un niveau uniforme comporte un objet restrictif de concurrence en ce que leur création a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe, de sorte que l'accord multilatéral en cause a 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 (arrêt, p. 68 § 1 et 2) ; ... qu'il résulte de ce qui précède que l'analyse conduite par la Décision de l'accord qui a instauré les commissions incriminées par la notification de griefs ne permet pas d'affirmer qu'au regard de sa teneur appréciée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence en l'assimilant assurément, conformément aux exigences de la jurisprudence communautaire, à des formes de collusion entre entreprises pouvant être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence, dans des conditions telles qu'il serait inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1 du traité, de démontrer que cet accord a eu des effets concrets sur le marché (arrêt, p. 69 § 2) ;

ALORS QUE l'examen de la teneur d'un accord et la prise en considération de ses objectifs ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrit ne peut, sous peine de méconnaître l'économie même de l'article 101 du TFUE et des dispositions correspondantes du code de commerce, conduire à écarter la qualification de restriction de la concurrence par objet au motif que cet accord engendrerait des avantages économiques ou que son bilan économique serait positif ; que cette question relève seulement de l'examen de l'accord au regard du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a considéré que l'analyse de la teneur de l'accord, de ses objectifs et de son contexte économique et juridique devait tenir compte du « bilan économique » de cet accord, du « progrès économique et technique (en découlant) pour tous les acteurs et opérateurs concernés » et des « bénéfices » attendus pour les clients sous la forme d'une « économie de coût » et d'une « amélioration des services » (arrêt, p. 61-62) ; que c'est à l'issue de cette analyse, et en se référant spécifiquement à ces éléments, qu'elle a conclu au caractère insuffisamment démontré de l'existence d'une restriction de la concurrence par objet en l'espèce (arrêt, p. 69) ; qu'en se déterminant ainsi, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles 81, paragraphe 1, CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE, L. 420-1 du

Code de commerce, et, par fausse application, les articles 81, paragraphe 3, CE, devenu 101, paragraphe 3, du TFUE, et L. 420-4 du Code de commerce.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Sur l'office du juge

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR réformé la décision n°10-D-28 rendue par l'Autorité de la concurrence le 28 septembre 2010 et, statuant à nouveau, d'AVOIR dit qu'il n'était pas établi que les sociétés BPCE, LA BANQUE POSTALE, BNP-PARIBAS, LA CONFÉDÉRATION NATIONALE DU CRÉDIT MUTUEL, LE CRÉDIT AGRICOLE, LE CRÉDIT DU NORD, LE CRÉDIT INDUSTRIEL ET COMMERCIAL, LCL, HSBC FRANCE et SOCIÉTÉ GÉNÉRALE ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 CE, devenu 101 du TFUE ;

AUX MOTIFS QU'il résulte de ce qui précède que l'analyse conduite par la décision de l'accord qui a instauré les commissions incriminées par la notification de griefs ne permet pas d'affirmer qu'au regard de sa teneur appréciée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence en l'assimilant assurément, conformément aux exigences de la jurisprudence communautaire, à des formes de collusion entre entreprises pouvant être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence, dans des conditions telles qu'il serait inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, de démontrer que cet accord a eu des effets concrets sur le marché ; que, dès lors, faute d'établir l'existence de restrictions de concurrence inhérentes à l'accord incriminé qui a institué les commissions en cause, une restriction par objet n'apparaît pas démontrée au cas d'espèce et que, dans ces conditions, l'Autorité ne pouvait se dispenser d'examiner les effets de l'accord et, pour, le cas échéant, le sanctionner, réunir des éléments établissant que le jeu de la concurrence avait été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible ; qu'il s'ensuit que les griefs d'entente imputés aux requérantes ne peuvent être retenus et que ces dernières doivent, en conséquence, être mises hors de cause ; qu'en cet état, il suffit seulement de constater que, par suite de la réformation de la décision déférée qui découle de cette mise hors de cause, les interventions de l'association UFC QUE CHOISIR, de la Fédération des Entreprises de Commerce et de la distribution et de l'Association pour la Défense des Moyens de paiement européens (ADUMPE), à les supposer toutes recevables, sont en tout état de cause sans objet ; qu'elles ne peuvent qu'être déboutées de leurs demandes (arrêt, p. 69) ;

1° ALORS QUE dans l'exercice de son pouvoir de réformation d'une décision de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel est investie du pouvoir de substituer ses propres motifs à ceux de la décision qui lui est déférée ; qu'en jugeant qu'il n'est pas établi que les banques avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81, paragraphe 1, CE, devenu 101, paragraphe 1, du TFUE, sans rechercher si les éléments du dossier, au nombre desquels les interventions volontaires des associations qu'elle n'a pas examinées, lui permettaient d'établir que les commissions litigieuses constituaient une restriction de la concurrence en raison de leurs effets actuels ou potentiels, un tel grief ayant notifié aux banques par le rapporteur général du Conseil de la concurrence le 14 mai 2008, la Cour d'appel a méconnu son office en violation de l'article L. 464-8 du Code de commerce ;

2° ALORS QUE lorsqu'elle réforme une décision, la Cour doit prendre en considération l'ensemble des éléments du dossier qui lui est soumis ; qu'en déclarant sans objet les interventions volontaires des associations venues au soutien de la décision de l'Autorité et établissant tant l'objet que les effets anticoncurrentiels de la création des commissions et le préjudice au moins potentiel ainsi causé à leurs adhérents, la Cour d'appel a encore méconnu son office en violation de l'article L. 464-8 du Code de commerce ;

3° ALORS QU'en tout état de cause, la Cour d'appel devait renvoyer l'instruction à l'Autorité de la concurrence dont elle avait constaté qu'elle ne pouvait se dispenser d'examiner les effets actuels ou potentiels de l'accord pour le qualifier au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81, paragraphe 1, CE, devenue 101, paragraphe 1, du TFUE, et le cas échéant le sanctionner ; qu'en mettant un terme définitif au litige, la Cour d'appel a de plus fort méconnu son office et violé l'article L. 464-8 du Code de commerce.