

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur associé
Université Panthéon-Assas
(Paris II)
Avocat à la Cour



JULIETTE MOREL-MAROGER
Professeur
Université de Bourgogne
Franche-Comté, CREDIMI



JÉRÔME CHACORNAC
Maître de conférences
Université Panthéon-Assas
(Paris II)

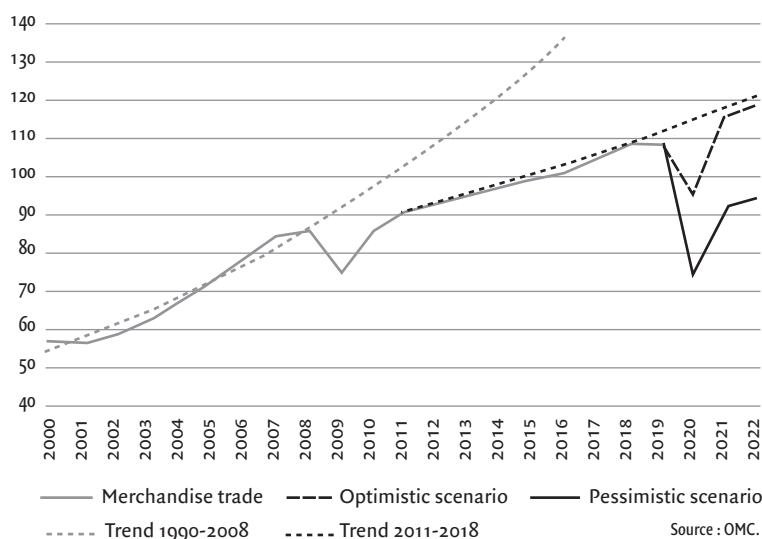
Les opérations internationales de banque au temps du Covid-19

Les mesures de restriction qui ont accompagné la pandémie ont diminué sensiblement les échanges commerciaux internationaux et, en corollaire, les financements bancaires qui leur sont dédiés. Elles soulèvent également des questions nouvelles sur le droit et les obligations des parties aux chaînes documentaires qui forment le substrat des crédits documentaires et des garanties autonomes régies par les règles de la Chambre de commerce internationale.

Celle-ci devait clarifier l'application de ses règles dans le contexte tendu des perturbations dans les chaînes d'approvisionnement. Sa note de politique générale sur l'impact du Covid-19 sur les opérations du commerce international est une excellente initiative, même si elle dut être corrigée par une note interprétative aussitôt après sa publication remédier à une erreur regrettable. Le dispositif est désormais complet.

Commentaire de Georges Affaki

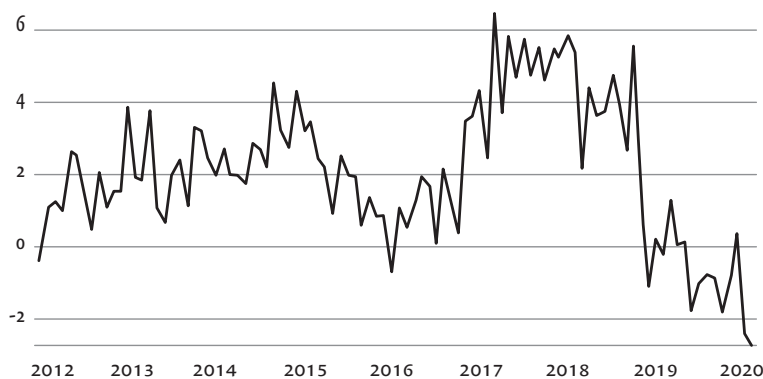
1. Commerce international et scénarios d'évolution



1. La pandémie et les mesures de confinement qui l'ont accompagnée à travers le monde ont eu un effet violent sur le commerce international, comme l'on pouvait s'y attendre. Les statistiques provisoires montrent une baisse de 2,6 % de l'échange des biens en février 2020 comparé au volume noté au même mois de l'année précédente, et de 1,5 % par rapport à janvier 2020. Extrapolée sur 2020, la diminution serait de l'ordre de 13 à 32 % selon les économistes de l'OMC.

2. Le coup est rude après l'effet tout aussi négatif sur le commerce international de la guerre commerciale entre les États-Unis et la Chine. Encore à finaliser à l'heure de la mise sous presse de cette chronique, les statistiques en Europe ne devraient pas être très différentes de celles qu'a publiées la Chine en janvier 2020 après son premier mois de confinement, avec une réduction des importations de 7,3 %, accrue de 3,2 % en février. Le Japon s'inscrit dans cette mouvance, avec une réduction de ses importations de 9 % en février par rapport à janvier 2020. Le même chiffre reflète la contraction de l'économie dans les marchés émergents en Asie. Chaque mois de confi-

2. Variation des volumes du commerce international (diff. 1 an, en %)



Source : CPB World Trade Monitor.

nement occasionne un déclin du PIB de l'ordre de 2 %¹. 20 à 30 % des transports maritimes par porte-conteneurs prévus en mai 2020 ont été annulés². L'effet de la pandémie sur l'économie et le commerce dépasse ainsi, et de loin, celui de la crise financière de 2008-2009.

3. Le tarissement du commerce international ne pouvait qu'affecter son financement par les banques. La Chambre de commerce internationale a estimé à USD 5 trillions le besoin en financement du commerce international pour permettre un retour au niveau des échanges de 2019³. Pour le moment, une méfiance générale montre que nous sommes loin de ce chiffre. La rupture des chaînes d'approvisionnement et la difficulté pour certains pays émergents d'accéder aux refinancements en dollars ont amené les banques à se montrer plus sélectives dans leurs crédits malgré les sûretés sur la marchandise et les assurances offertes, y compris par les organismes multilatéraux. Ceci a affecté à son tour les flux de trésorerie des entreprises et, en corollaire, le risque de crédit qu'elles représentent désormais.

4. C'est dans ce contexte que la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale (CCI) a publié une note de politique générale très attendue sur l'application de ses règles relatives aux crédits documentaires (RUU 600) et celles relatives aux garanties sur demande (RUGD 758) confrontées au contexte des perturbations induites par les mesures de confinement qui ont accompagné la pandémie⁴.

5. Note sur l'impact du Covid-19 sur les opérations du commerce international régies par les règles de la CCI. II

1. OECD Policy Responses to Coronavirus (Covid-19), « Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity », Introduction and key messages, en ligne sur www.oecd.org au 14 avril 2020; Conférence de presse du directeur général de l'OMC, Roberto Azevêdo, « Trade set to plunge as COVID-19 pandemic upends global economy », 8 avril 2020, sur www.wto.org.
2. Statistiques du Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis (au 17 mai 2020), cité dans le *Financial Times*, 25 avril 2020.
3. « Major interventions needed to backstop trade recovery, warns ICC », 20 mai 2020, tribune du Secrétaire général postée sur www.iccwbo.org.
4. La note de la CCI a un champ plus large et traite également des autres règles adoptées par la Commission bancaire, dont eUCP, URC, eURC, URR, URBPO, et ISPg8. Pour les besoins de cette Chronique, nous limitons nos développements aux seules RUU et RUGD.

nous faut d'abord rappeler les règles concernées. Dans les RUU 600, l'article 36 dispose :

« Force majeure

Une banque n'assume aucun engagement ni responsabilité pour les conséquences résultant de l'interruption de ses activités provoquée par tout cas de force majeure, émeutes, troubles civils, insurrections, guerres, actes de terrorisme, ou par toutes grèves ou "lock-out" ou toute autre cause indépendante de sa volonté.

À la reprise de ses activités, une banque n'honorera ou ne négociera pas un crédit venu à expiration pendant l'interruption de son activité. »

6. Dans les RUGD 758, l'extrait pertinent de l'article 26 dispose :

« Force majeure

Aux termes de cet article, la "force majeure" désigne les catastrophes naturelles, les émeutes, les manifestations civiles, les insurrections, les guerres, les actes de terrorisme et tout autre événement indépendant de la volonté du garant ou du contre-garant, ayant pour effet l'interruption des activités visées dans ces Règles. »

7. Si les deux dispositions diffèrent dans les conséquences que chacune attribue à la force majeure : les RUU libérant la banque de son engagement si le crédit expire pendant la durée de la force majeure, alors que les RUGD prorogent la garantie de 30 jours, elles partagent une approche commune consistant à ne pas définir la force majeure. Déterminer ce qui relève de la force majeure est a priori l'apanage du droit applicable et dépend de l'appréciation souveraine des faits par les tribunaux compétents. Dans ses règles, la CCI se limite à exiger la réunion du caractère extérieur (référence à la cause indépendante de la volonté du débiteur) et du caractère imprévisible (référence à l'interruption des activités provoquée par la force majeure). Pour le reste, les deux dispositions proposent une liste non exhaustive de cas répondant a priori à la force majeure, et se limitent à mettre les risques à la charge du créancier de l'engagement autonome.

8. Intégrées dans les RUGD depuis 30 ans, et dans les RUU depuis bientôt 90 ans, les dispositions sur la force majeure ont suscité peu de contentieux. La raison principale tient au fait que leur effet est confiné au cas où la force majeure entraînerait l'interruption de l'activité de la banque débitrice de l'engagement autonome. À titre d'exemple, l'on se souvient lors de l'éruption du volcan islandais en 2010 et de la perturbation consécutive dans les transports empêchant l'acheminement des documents d'expédition dans les délais aux banques, la Commission bancaire de la CCI avait pris position en indiquant que les règles sur la force majeure dans les RUU et les RUGD ne sauraient s'appliquer car les banques n'avaient pas interrompu leurs activités⁵. Partant, dans le cas où la force majeure empêcherait le bénéficiaire de présenter les documents requis dans les délais, mais sans interrompre l'activité de la banque, le bénéficiaire se tournera vers le droit commun pour arguer d'une éventuelle suspension de l'engagement et réclamer la prorogation du terme pour une période correspondante. Or, il est peu probable qu'un allongement lui soit accordé tant ses conséquences seraient intolérables pour la banque

5. « It must be noted that this is not an event that is covered by the force majeure rules of UCP 600 (article 36), URDG 458 (article 13) and URC 522 (article 15), (...) "The concerned banks, guarantors and instructing parties are still open for business; it is the documents that are being delayed in transit to them." » Volcanic eruption delaying delivery of documents under ICC rules, News, 21 avril 2010, www.iccwbo.org.

débitrice au regard du bouleversement qu'il induirait sur son risque de crédit et ses calculs prudentiels.

9. Deux systèmes normatifs potentiellement en conflit paraissent ainsi coexister : le droit applicable à l'engagement autonome qui caractérisera la force majeure et déterminera son effet suspensif ou libératoire sur l'obligation, et les règles de la CCI qui ne s'appliqueront que si la force majeure occasionne une interruption de l'activité de la banque débitrice de l'engagement. Or, les conditions et les effets de la force majeure peuvent être réaménagés par la volonté des parties⁶. Rendre l'effet libératoire de la force majeure plus strict en exigeant l'interruption de l'activité de la banque est précisément ce que les règles de la CCI font au titre de l'autonomie de la volonté. Le choix par les parties de faire régir leur crédit documentaire par les RUU ou leur garantie autonome par les RUGD doit dès lors être considéré comme emportant l'exclusion des dispositions du droit national quant à l'effet de la force majeure. L'on réservera cependant le cas où le tribunal compétent pourrait se référer au droit applicable s'il estime nécessaire d'interpréter la volonté des parties, par exemple en cas de conflit entre les RUU incorporées dans le crédit documentaire ou les RUGD dans la garantie et une autre clause stipulée dans l'engagement se rapportant à la répartition des risques⁷.

10. Les perturbations entraînées par les mesures de confinement qui ont accompagné la pandémie ont profondément perturbé l'activité bancaire. Si la majorité des banques ont maintenu leurs services virtuels par accès à distance, leurs guichets ont généralement été temporairement fermés suite aux mesures sanitaires édictées par les autorités. L'interruption d'activité conditionnant la force majeure dans les règles de la CCI est dès lors caractérisée.

11. Devant cet aléa, deux réactions peuvent être envisagées. D'abord l'anticipation. Les parties pourraient ainsi convenir d'amender le crédit documentaire ou la garantie pour proroger le délai de présentation ou, de manière plus limitée, le seul délai de 5 jours bancaires imparti à la banque émettrice ou confirmante, ou le garant ou le contre-garant, pour examiner la présentation et dénoncer toute irrégularité sous peine de forclusion⁸. Comme tout amendement contractuel, il suffit d'une réunion certaine

des volontés pour le rendre efficace. Le caractère irrévocable qui est de l'essence du crédit documentaire et de la garantie s'oppose toutefois à la présomption d'acceptation sauf rejet par le destinataire dans le temps imparti dans l'amendement⁹. Le donneur d'ordre devra également donner son accord. Il ne s'agit évidemment pas d'une condition de validité de l'amendement car le donneur d'ordre n'est pas partie au crédit ou à la garantie, mais pour éviter que la banque mette en risque son recours après-paiement pour variation unilatérale des instructions reçues.

12. Un autre amendement, moins sujet à controverse car ne touchant pas les dates limites imparties dans les règles, consisterait à parer l'aléa de l'acheminement des documents originaux requis dans le crédit ou la garantie en permettant la présentation de ces mêmes documents sous une forme électronique, que ce soit sous la forme d'une copie scannée à envoyer par e-mail, d'une télécopie, ou d'un message de données numériques dans l'un des formats SWIFT ou équivalent. Il faudrait pour cela amender l'article 7(c) des RUU pour convenir que la transmission électronique par la banque désignée des documents présentés pour le compte du bénéficiaire satisfait à la condition pour son remboursement¹⁰. Au besoin, l'amendement pourrait prévoir que la transmission électronique faite pour permettre l'examen des documents et, s'ils sont jugés conformes, le paiement, sera suivie d'une transmission des originaux en format papier dès que les conditions matérielles le permettront. Cet amendement peut se faire à titre ponctuel pour l'objet de la présentation précise, sans qu'il soit nécessaire d'adopter l'intégralité des e-RUU conçues pour l'émission des crédits documentaires dématérialisés et la présentation électronique de documents.

13. Si l'anticipation de l'aléa des mesures de confinement par le moyen d'un amendement consensuel au crédit documentaire ou à la garantie ne s'avère pas possible, la partie qui a l'obligation de présenter les documents convenus dans les délais impartis se trouvera exposée à la forclusion de ses droits au titre de l'engagement autonome. Or les règles de la CCI ne traitent pas de la même manière le bénéficiaire et les banques du circuit documentaire.

14. La situation du bénéficiaire à l'égard du débiteur de l'engagement autonome est régie par les articles 26 des RUGD et 36 des RUU sur la force majeure. Ces deux dispositions ont déjà été exposées¹¹. Mais lorsqu'il s'agit, non pas d'une présentation par le bénéficiaire (y compris par le garant de premier rang au titre de la contre-garantie), mais d'une transmission par la banque des documents qu'elle a honorés ou négociés, en vue de réclamer le remboursement à la banque ordonnatrice, c'est-à-dire la banque émettrice ou la banque confirmante, c'est la règle de l'exclusion de responsabilité à l'article 35 des RUU (et sa copie quasi identique à l'article 28(a) des RUGD) qui trouve à s'appliquer.

15. Dans sa partie pertinente, l'article 35 dispose :
« Contestation sur la Transmission et la Traduction

Une banque n'assume aucun engagement ni responsabilité pour les conséquences dues aux retards, aux pertes, à la mutilation ou aux autres erreurs survenant dans la transmission de tous messages

6. Com. 8 juillet 1981, 79-15.626; 11 octobre 2005, 03-10.975. Les clauses de force majeure sont quasi systématiques dans les contrats internationaux, notamment afin d'éviter l'aléa de la différence entre les régimes nationaux. Elles sont indispensables dans les opérations régies par des droits nationaux qui ne reconnaissent pas un régime général de la force majeure, ce qui contraint de le créer contractuellement. Pour le droit de l'état de New York, voir *Cablevision Consumer Litigation*, 864 F. Supp. 2d 258 (E.D.N.Y. 2012) et *Reade v. Stonybrook Realty, LLC*, 63 A.D.3d 433, 882 N.Y.S.2d 8 (1st Dep't 2009). Il en est de même en droit anglais, cf. *Classic Maritime Inc v. Limbungan Makmur SDN BHD* [2018] EWHC 2389 (la doctrine de *frustration of contract in common law* est souvent assimilée à la force majeure en droit civil, à tort). L'interprétation restrictive des clauses de force majeure prévaut dans la jurisprudence au titre de ces deux droits nationaux. D'où le détail excessif, mais nécessaire, dans la rédaction des clauses de force majeure.

7. Il va de soi que les attributs de l'autonomie interdisent l'opposabilité des clauses de force majeure dans le contrat sous-jacent aux parties au contrat de crédit documentaire ou de garantie autonome.

8. Article 14(b) RUU, article 15(a) RUGD. Les banques concernées se rappelleront utilement des Opinions Officielles de la Commission bancaire décidant qu'une demi-journée ouverte pour l'activité bancaire concernée, par exemple un samedi matin, compte pour un jour bancaire dans le calcul du délai des 5 jours bancaires dans les deux règles concernées, cf. Opinion R265 et Opinion R325, ICC Banking Commission Collected Opinions, ICC Publ. 632 (2002).

9. Article 10 RUU, article 11 RUGD.

10. Article 8(c) si le remboursement est dû par la banque confirmante.

11. Paragraphes 5 et 6 *supra*.

ou lors de la remise de lettres ou documents, lorsque ces messages, lettres ou documents sont transmis ou envoyés selon les conditions du crédit ou si, en l'absence d'instructions dans le crédit, la banque a pris l'initiative de choisir le service de livraison. [...] »

16. Que doit faire la banque désignée, ou la banque confirmante, si les documents qu'elle a transmis à la banque émettrice sont retardés, ou bloqués pendant leur acheminement à cause des perturbations dans les chaînes logistiques de transport liées aux mesures de confinement? Pire, que doit faire cette banque lorsqu'elle n'est pas en mesure de transmettre ces documents à cause de l'impossibilité de trouver un prestataire de services postaux ou de livraison expresse ouvert pour prendre livraison des documents, ou en mesure de les livrer à destination? L'on sait que les règles de la CCI restreignent la présentation, comme la transmission, à la seule adresse indiquée dans le crédit. La banque désignée ne saurait dès lors, par commodité, se débarrasser des documents en les acheminant à n'importe quelle banque, fût-elle contrôlée par la banque émettrice ou une succursale de celle-ci. D'ailleurs, une banque qui n'est pas désignée dans le crédit n'a aucune obligation de recevoir les documents qui lui sont présentés ou transmis¹².

17. Le bon sens voudrait qu'une banque qui sait que ses guichets sont fermés à cause des mesures sanitaires contacte sans retard la banque qui doit lui transmettre les documents pour mettre en place un mode différent de transmission des documents. De même, une banque qui s'apprête à transmettre à la banque ordonnatrice les documents dans les conditions exceptionnelles des perturbations liées au confinement devrait s'enquérir auprès du destinataire, avant envoi, pour déterminer la meilleure manière de lui faire parvenir ces documents. L'on pourrait ainsi envisager un amendement au crédit consistant à changer le lieu de réception des documents pour devenir celui d'une succursale ou une filiale de la banque émettrice dans un pays qui n'a pas fermé ses frontières aux livraisons en provenance du pays de la banque désignée¹³. L'examen des documents pourrait alors être délégué à la banque réceptionnaire, ou simplement lui confier la tâche de scanner les documents originaux reçus et les transmettre électroniquement à la banque émettrice pour procéder à l'examen.

18. À défaut d'amendement du crédit documentaire pour permettre la transmission des documents, la banque désignée devrait, au titre de l'article 35, pouvoir conserver son droit au remboursement malgré le fait que les documents qu'elle a transmis n'aient pas été remis à la banque émettrice. C'est ce rappel utile d'une solution classique codifiée dès les premières versions des RUU que nous offre la note de la CCI sur l'impact du COVID-19 sur les opérations du commerce international régies par les règles de la CCI, du 6 avril 2020.

12. Nos références à la banque désignée transmettant les documents à la banque émettrice s'appliquent *mutatis mutandis* à la banque désignée transmettant les documents à la banque confirmante, et à celle-ci transmettant les documents à la banque émettrice.

13. Les fameux « corridors sanitaires » ! En revanche, l'ancienne pratique consistant à émettre des crédits documentaires disponibles auprès de « toutes banques » est moins utilisée aujourd'hui pour des raisons réglementaires évidentes liées aux vérifications de conformité auxquelles les banques sont astreintes à l'égard de leurs contreparties, à quelque titre que ce soit.

19. L'arbitrage en faveur de la banque désignée, ou la banque confirmante, n'allait pas de soi. Le raisonnement sous-jacent fut le suivant : si la banque désignée, ou la banque confirmante qui a honoré ou négocié le crédit documentaire se retrouve dans cette situation inextricable, c'est parce que la partie ordonnatrice – la banque émettrice – a refusé d'amender le crédit pour permettre un moyen plus commode pour transmettre les originaux, y compris par voie électronique. De là à voir dans cette carence une tentative de l'importateur – client de la banque émettrice – de se libérer d'un marché devenu moins attractif après la chute des prix consécutive à la pandémie en refusant son consentement à l'amendement nécessaire, il n'y a qu'un pas que certains seraient tentés de franchir. Entre la banque émettrice qui prétend à la stricte conformité avec les termes du crédit et la banque désignée qui se trouve de fait privée de remboursement pour une cause en dehors de son contrôle, la Commission bancaire a tranché : ce sera la banque émettrice qui assumera les conséquences.

20. Cependant, la note de la CCI va au-delà et proroge la protection de la banque désignée à une situation qui, si elle s'impose par l'esprit du texte, semble *a priori* aller à l'encontre de sa lettre. En effet, la note surprend en accordant le bénéfice de l'article 35 à la banque désignée (et à la banque confirmante) qui aurait pu transmettre à la banque émettrice les documents, mais n'a pu le faire en l'absence de services postaux ou de transmission expresse de colis selon les stipulations du crédit, qui seraient fermés ou dans l'incapacité d'opérer à cause des mesures de confinement. À cet effet, la note indique :

« (iii) NB [nominated bank] is unable to hand over to any courier service as they are unable to deliver and will not accept any package for delivery.

NB is covered by UCP 600 article 35 as the documents could have been handed over to the courier, but the courier service cannot collect or deliver — it is not responsible for any delay in delivery¹⁴. »

21. Quand la créature échappe à son créateur... Sur le fond, la préconisation hardie de la Commission bancaire de la CCI est à approuver avec enthousiasme pour les raisons indiquées au paragraphe 19 de cette chronique. Encore faut-il que les termes de l'article 35 se prêtent à porter cette nouvelle jurisprudence. Or, celui-ci édicte l'exonération de la responsabilité de la banque désignée pour les retards et pertes dans la transmission des documents sur un fondement explicitement affirmé dans son premier paragraphe : « lorsque ces messages, lettres ou documents sont transmis ou envoyés... » Peut-on invoquer la même exonération lorsque les documents ne sont pas transmis ou envoyés, quelle que soit la cause?

22. Dans le passé, la Commission bancaire de la CCI a dû intervenir par des notes de prise de position pour clarifier la bonne interprétation de ses règles lorsqu'un développement inattendu l'imposait sans que l'on puisse attendre une révision des règles au terme du processus participatif qui exige le vote majoritaire des centaines de membres réunis dans plus de 90 comités nationaux. Ce fut le cas notamment lorsqu'il a fallu clarifier le concept

14. Note, p. 12.

de « document original », codifié à l'article 20(b) des RUU 500, mis à mal par deux décisions judiciaires britanniques à la fin du siècle dernier¹⁵. Cette note fut plus tard codifiée à l'article 17 des RUU 600 et aux paragraphes A27 à A31 des Pratiques bancaires internationales standards pour les RUU (ISBP). Les tribunaux judiciaires, et encore plus les tribunaux arbitraux, prennent en considération les notes d'interprétation de la Commission bancaire de la CCI portant sur ses règles objets du litige. Ainsi, lorsqu'une partie contesta l'autorité de la note de la CCI sur les Documents Originaux, le juge britannique répondit péremptoirement :

« a) UCP is a code produced and published by ICC ; b) it is entirely legitimate for the ICC to seek to resolve any ambiguities in, or difficulties of interpretation of the code in a field crying out for international consistency¹⁶. »

23. Sur saisine par le Comité français, la Commission bancaire de la CCI décida de corriger sa Note sur l'impact du COVID-19 par une note interprétative qui indique l'interprétation officielle de l'article 35 des RUU. Cherchant la légitimité dans l'histoire de l'évolution des règles, la CCI rappela que les dispositions d'exonération de responsabilité dans les versions qui ont précédé les RUU 600 ne comprenaient pas les termes « lorsque ces messages, lettres ou documents sont transmis ou envoyés selon les conditions du crédit » que l'on trouve aujourd'hui à l'article 35 des RUU 600¹⁷ :

UCP 82 (1933) - Article 12

Banks assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of cables or telegrams, letters and/or documents, or for delay, mutilation or other errors in the transmission of cables or telegrams, or for errors in translation or interpretation of technical terms, and Banks reserve the right to transmit credit terms without translating them.

UCP 151 (1951) - Article 12

Banks assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters and/or documents, or for delay, mutilation or other errors in the transmission of cables, telegrams, or other mechanically transmitted messages, or for errors in translation or interpretation of technical terms, and Banks reserve the right to transmit credit terms without translating them.

UCP 222 (1962) - Article 10

Banks assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters or documents, or for delay, mutilation or other errors arising in the transmission of cables, telegrams or telex, or for errors in translation or interpretation of technical terms, and banks reserve the right to transmit credit terms without translating them.

UCP 290 (1974) - Article 10

Banks assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters or documents, or for delay, mutilation or other errors arising in the transmission of cables, telegrams or telex. Banks assume no liability or responsibility for errors in translation or interpretation of technical terms, and reserve the right to transmit credit terms without translating them.

UCP 400 (1983) - Article 18

Banks assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters or documents, or for delay, mutilation or other errors arising in the transmission of any telecommunication. Banks assume no liability or responsibility for errors in translation or interpretation of technical terms, and reserve the right to transmit credit terms without translating them.

UCP 500 (1993) - Article 16

Banks assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any message(s), letter(s) or document(s), or for delay, mutilation or other error(s) arising in the transmission of any telecommunication. Banks assume no liability or responsibility for errors in translation and/or interpretation of technical terms, and reserve the right to transmit Credit terms without translating them.

24. Or, cet ajout dans la version 600 n'a jamais été entendu comme un changement radical du fondement sur lequel repose la règle d'exonération, et qui est resté le même tout au long des versions successives des RUU depuis 1933, à savoir protéger la banque transmettant les documents des aléas du transport¹⁸. Les nouveaux termes ajoutés en 2006 à l'article 35 visaient plutôt à refléter les modifications dans les nouvelles règles 600 des articles 7(c), 8(c) et 15 qui indiquent désormais qu'une banque qui a honoré ou négocié une présentation doit transmettre les documents à la banque ordonnatrice, tout en mettant fin à la pratique de certaines banques désignées qui prétendaient exiger d'abord d'être remboursées avant de transmettre les documents à la banque ordonnatrice¹⁹.

25. C'est sur cette base que la Commission bancaire de la CCI décida une note interprétative émise le 29 mai 2020 que l'article 35 des RUU 600 doit être lu comme accordant la même exonération de responsabilité à la banque confirmante ou la banque désignée qui n'a pu transmettre les documents originaux en format papier selon les termes du crédit documentaire lorsque :

- « – Les services postaux ou de livraison expresse désignés dans le crédit documentaire n'étaient pas en mesure de prendre livraison des documents ou les livrer à destination ; ou
- En l'absence de désignation d'un prestataire dans le crédit, aucun service postal ou de livraison expresse ne pouvait être trouvé pour

15. ICC Commission on Banking Technique and Practice, « The Determination of an "Original" Document in the Context of UCP 500 sub-Article 20(b) », 12 juillet 1999, en réponse aux deux arrêts suivants : *Glencore International AG v Bank of China* [1996] 1 Lloyd's Rep 135, et *Kredietbank Antwerp v Midland Bank plc* [1999] 1 All ER (Comm) 801.

16. *Credit Industriel et Commercial v China Merchants Bank* [2002] EWHC 973 (Comm), [2002] 2 All ER (Comm) 427, Steel J. Le Tribunal fédéral du Texas a également fait référence à cette note de la CCI dans son célèbre jugement *Voest-Alpine Trading Co. v. Bank of China*, 167 F. Supp. 2d 940 (S.D. Tex. 2000).

17. Avec regret, le temps limité entre le déconfinement et la mise sous presse de cette Chronique ne nous a pas permis de rassembler les versions françaises des RUU successives. Nous citons donc l'original anglais de ces versions. Pour un aperçu de l'évolution historique des RUU, voir G. Affaki, « Le nouveau droit des crédits documentaires : les règles et usances 600 », *Banque & Droit* n° 112, mars-avril 2007, p. 3.

18. La note cite le président du groupe de rédaction des RUU 600 comme suit : « Gary Collyer, as Chair of the UCP 600 Drafting Group, has reviewed his notes and comments made by National Committees at the time. It is clear that there was NO intent to change the scope of the application of this first paragraph of UCP 600 article 35. And, certainly, it would not have been envisaged during the UCP 600 drafting period that such an event as we are all experiencing today would arise. »

19. « The reference to the forwarding of documents was seen as a critical issue for a number of ICC national committees, who commented that nominated banks did not release the documents immediately, even in cases where the nominated bank had been reimbursed. » Commentary on UCP 600, 2007, ICC Publ. 680E, p. 70.

prendre livraison des documents ou les livrer à destination ; dès lors que, dans ces deux cas, la banque confirmante ou la banque désignée a fait de son mieux (reasonable efforts) pour (a) trouver un prestataire de transmission de documents qui pouvait accepter et livrer ces documents et (b) obtenir l'accord de la banque ordonnatrice sur ce changement du moyen de transmission. »

26. La note interprétative de la CCI s'applique immédiatement aux crédits documentaires en cours dès lors qu'elle ne modifie pas ces règles, mais se borne à indiquer la bonne interprétation des règles existantes. Comme pour le cas de la note précédente sur les Documents Originaux, cette nouvelle note interprétative devra à terme être codifiée dans la prochaine version de l'article 35 lorsque les RUU actuelles viendraient à être révisées. Le processus normatif peu orthodoxe qui a amené la CCI à donner le sens qui s'imposait à l'article 35 malgré l'apparence de conflit avec ses termes sera alors ratifié. Espérons toutefois que cette note n'aura pas à être utilisée, notamment si la banque émettrice réagit avec diligence aux perturbations dans les chaînes logistiques et dans ses propres activités en prenant l'initiative de modifier les termes de transmission pour assurer un acheminement matériellement possible, y compris par voie électronique.

27. **Réformes législatives nécessaires.** L'action de la CCI pour limiter les conflits susceptibles de geler les chaînes de transmission documentaire est utile, encore que sa portée normative pourrait prêter à question. Elle ne saurait toutefois dispenser d'une action concertée des gouvernements pour appuyer le financement bancaire du commerce international. De nombreux projets d'actions législatives ou réglementaires en discussion depuis des années doivent maintenant être décidés et mis en œuvre. Les bilans des banques doivent être allégés par un transfert, ou un refinancement par les banques centrales, du risque des créances liées au finan-

cement du commerce international. Il s'agit là d'un risque d'excellente qualité car lié à des opérations à court terme, garanti par des sûretés sur les biens vendus, et maîtrisé par un contrôle de la chaîne d'approvisionnement. Le traitement prudentiel de ce risque doit également être revu pour alléger le ratio de capital réglementaire exigé par les règles de Bâle. Enfin, il est temps de décréter, par une réforme législative mondiale, l'équivalence fonctionnelle entre les originaux en format papier et les versions numériques, y compris pour les effets de commerce et les connaissements maritimes qui représentent le titre sur la marchandise embarquée²⁰. La Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques (2017) offre aux législateurs nationaux le modèle à suivre²¹. Pour le moment, seul le Bahreïn a adopté une législation en ce sens²². Il est temps pour l'Union et le reste du monde de suivre l'exemple. ■

CRÉDIT DOCUMENTAIRE – GARANTIE AUTONOME – COMMISSION BANCAIRE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE – RÈGLES ET USANCE UNIFORMES RELATIVES AUX CRÉDITS DOCUMENTAIRES (RUU 600) – RÈGLES UNIFORMES RELATIVES AUX GARANTIES SUR DEMANDE (RUGD 758) – FORCE MAJEURE – COVID-19 – EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ – DOCUMENT ÉLECTRONIQUE.

20. Ce serait d'ailleurs particulièrement opportun pour le droit français afin de remédier à l'abrogation accidentelle de l'article L. 521-2 du Code de commerce (« Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture. ») à la faveur de l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Sur cette question, voir G. Affaki, « Regards croisés sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : La banque de financement », *Revue de droit bancaire et financier* n° 5, septembre-octobre 2018, p. 88, particulièrement au paragraphe 37 et s.

21. <https://uncitral.un.org/>.

22. Electronic Communications and Transactions Law (Legislative Decree No. 54 of 2018).

Florilège autour du champ d'application du dispositif européen en matière de services de paiement

Par cet arrêt du 2 avril 2020, la Cour de justice vient apporter de nombreuses précisions relatives au champ d'application matériel, spatial et personnel de la DSP 1.

CJUE 2 avril 2020, aff. C480/18, « PrivatBank » AS.

Commentaire de Jérôme Chacornac

La lecture *in extenso* de l'intégralité du tirage réalisé par les services de la Cour de Justice révèle assez l'étendue des questions soulevées par cet arrêt rendu le 2 avril 2020 en matière de services de paiement, à l'occasion du recours d'un établissement de crédit letton contre la décision rendue par le régulateur financier local (la Commission des marchés financiers et de capitaux) l'ayant condamné à une amende pour inexécution d'un ordre de paiement.

Si la décision est rendue sous l'empire de la « DSP 1 »¹, elle n'en comporte pas moins des enseignements applicables au dispositif le plus récent en matière de services de paiement².

Pour s'en tenir à un aperçu de cet arrêt très riche, l'affaire ayant conduit à son prononcé résulte en substance des conditions d'exécution par une banque lettone d'un ordre de paiement transmis en dollars américains par une société cliente vers le compte d'un tiers ouvert dans une banque lituanienne. Bien que transmis le jour de sa réception, les fonds demeurèrent bloqués sur le compte correspondant de la banque lettone auprès de la banque lituanienne en rai-

1. Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE (JO 2007, L 319, p. 1).

2. Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64 (JO 2015, L 337, p. 35), en vigueur depuis le 13 janvier 2018.

son du moratoire imposé à celle-ci le jour même, quelques minutes avant réception de l'ordre, par la banque centrale lituanienne. Il fut en conséquence impossible de débiter le compte correspondant de la banque lettone et de créditer en conséquence le compte du tiers bénéficiaire. S'ensuivit un contentieux fort complexe constitué par une succession d'instances, devant les autorités lettones puis un tribunal arbitral, relatives aux responsabilités de la banque émettrice à l'égard de son client. Admise par l'autorité administrative et en appel, la responsabilité de la banque fut écartée par le tribunal arbitral.

C'est dans ces circonstances complexes que l'Augstākā tiesa (Cour suprême, Lettonie), sur pourvoi de la banque, adressa à la Cour de Justice une série de quatre questions préjudicielles essentiellement relatives au champ d'application du dispositif européen en matière de services de paiement.

Relative au champ d'application matérielle de la directive, la première interrogation portait sur la conformité à la directive DSP 1 d'une loi de transposition reconnaissant compétence à une « Commission des marchés » pour connaître de réclamations d'utilisateurs de services de paiement au titre d'opérations réalisées dans une monnaie autre que l'euro ou une autre devise d'un des États membres. La Cour de Justice y répond affirmativement en observant, à la suite de son avocat général, que si l'article 2 § 2 de la DSP 1 restreint l'application de ses titres III et IV aux opérations réalisées en euro ou autre devise d'un État membre, à la condition prévue au § 1 que tant le prestataire de services de paiement du payeur que celui du bénéficiaire, ou l'unique prestataire de services de paiement intervenant dans l'opération de paiement, soient situés dans l'Union³, « s'agissant, en l'occurrence, d'un domaine de compétence partagée, au sens des dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 2, et de l'article 4, paragraphe 2, sous a), TFUE, et dans la mesure où l'Union n'a pas exercé, au moyen de la directive 2007/64, sa compétence législative pour harmoniser le domaine des services de paiement dans le marché intérieur fournis dans la devise d'un État tiers, il est loisible aux États membres de rendre applicables à cette dernière catégorie de services de paiement notamment les dispositions des titres III et IV de cette directive, que celle-ci a établies pour les services de paiement fournis en euros ou dans la devise d'un État membre en dehors de la zone euro » (pt. 49). Une interprétation libérale donc, au regard de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, qui vaut certainement pour le dispositif issu de la DSP 2 et qu'il faut sans doute approuver. Outre l'argument en termes de compétences, il est sans doute parfaitement opportun de ne pas démultiplier les dispositifs dans une matière aussi complexe que l'est celle du paiement international et l'on perçoit tout l'intérêt que peuvent avoir tant les États membres que les prestataires de services de paiement à une application du dispositif

européen à l'ensemble des services de paiement sans considération de la devise utilisée.

Miroir de la première, la deuxième question préjudicielle questionnait sur le terrain institutionnel la conformité de la loi de transposition aux articles 20, paragraphes 1 et 5, et 21, paragraphe 2, de la DSP 1 en ce qu'elle conférait un pouvoir de contrôle et de sanction aux autorités nationales au titre de services de paiement non fournis dans la devise de l'un des États membres. La Cour y apporte une réponse décalée, compte tenu des observations formulées par son avocat général en relation aux spécificités de l'espèce. En l'absence de distinction fondée sur la devise objet de l'opération dans le texte de la directive, il y avait lieu de questionner non le champ d'application matériel mais le champ d'application personnel de la compétence des autorités nationales au sens de l'article 20 de la DSP 1. Or, inscrit au chapitre Ier de la directive consacré aux établissements de paiement, le pouvoir de contrôle et de sanction des autorités reconnue par cette disposition ne saurait concerner un établissement qui, comme en l'espèce, était un établissement de crédit. Inopérante, la question soulevée ne reçoit en définitive pas de réponse mais est l'occasion de précisions exégétiques pour délimiter le champ d'application de la compétence *ratione personae* des autorités nationales dans le cadre des règles spécifiques aux établissements de paiement qui, là encore, sont reconductibles sous l'empire de la nouvelle DSP compte tenu de son plan.

La troisième question portait sur la compétence appartenant à l'autorité nationale sur le fondement de la directive DSP 1. En la circonstance, l'autorité lettone avait elle-même constaté la responsabilité de la banque au titre de la mauvaise exécution de l'ordre de virement, au regard de l'article 99 de la loi lettone. Imputer directement la responsabilité au titre d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution rentrait-il dans les pouvoirs susceptibles d'être attribués à une autorité dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de contrôle ou dans celui plus spécifique de la procédure de réclamation prévue par la directive? On sait en effet qu'au sein de la DSP, les articles 20 et 21 – correspondant après modifications aux articles 22 et 23 de la DSP 2 – identifient l'autorité compétente et sa mission de contrôle, tandis que les articles 80 à 82 traitent plus spécifiquement des procédures de réclamations « permettant aux utilisateurs de services de paiement et aux autres parties intéressées, y compris les associations de consommateurs, de soumettre des réclamations aux autorités compétentes en cas de violation alléguée, par des prestataires de services de paiement, des dispositions de droit national mettant en œuvre les dispositions de la présente directive », aux termes de l'article 80 § 1⁴.

Le sens de la question était finalement le suivant : pouvait-on faire coïncider en termes de qualification le travail de constat de méconnaissance des règles professionnelles applicables aux établissements de paiement ayant une portée collective avec celui d'une responsabilité de nature contractuelle envers le client? Il s'agissait, comme la question a déjà de nombreuses fois été soulevée en matière bancaire et financière, de faire le départ entre la dimension régulatrice de la règle et l'analyse des intérêts privés à l'occasion de sa

3. La disjonction dans deux paragraphes distincts du critère de rattachement et de la délimitation du dispositif applicable était peu lisible et sans doute le choix opéré de réunir les deux dans le nouvel article 2, § 2 – la rédaction du § 1 ayant été simplifiée par ailleurs – qui dispose désormais : « Les titres III et IV s'appliquent aux opérations de paiement dans la devise d'un État membre lorsque le prestataire de services de paiement du payeur et celui du bénéficiaire sont tous deux situés dans l'Union ou lorsque l'unique prestataire de services de paiement intervenant dans l'opération de paiement est situé dans l'Union. »

4. Procédure désormais régie aux articles 99 et 100 de la DSP 2.

concrétisation dans un cas d'espèce, pour déterminer si la mission de l'autorité compétente devait ou non se limiter à la première. Tandis que la compétence de l'autorité s'inscrit dans une logique de contrôle professionnel, la bonne exécution d'un ordre de paiement relève de l'article 75 de la directive⁵, au titre de la responsabilité du prestataire de services de paiement. La référence aux articles 20 et 21, spécifiques aux établissements de paiement et, comme tels inapplicables à l'établissement de crédit en cause, se trouve d'abord écartée comme dans la réponse à la deuxième question. En revanche, la conformité du droit letton à la procédure de réclamation fait l'objet d'un examen conduisant la Cour à une analyse qui emporte l'approbation en tout point, sauf dans sa formulation ultime. Par son objet, la procédure de réclamations ne saurait conduire l'autorité compétente à se prononcer sur le fond des responsabilités des prestataires de services de paiement. Tandis que celle-ci a pour objet d'assurer des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des prestataires de services de paiement, c'est l'objet d'une autre procédure, celle des recours extrajudiciaires, prévue à l'article 83, de déterminer les responsabilités résultant de l'exécution des obligations de la directive, dans le cadre des relations entre utilisateurs et prestataires de services de paiement. Si l'autorité compétente en vertu de ces deux procédures peut être la même, ainsi que l'admet la Cour au point 65, les deux procédures n'en conservent pas moins chacune un objet irréductiblement distinct.

Cette lecture systématique est parfaitement convaincante. On n'en soulignera pas moins que, en conclusion de celle-ci, c'est une réponse qui réduit finalement l'étendue de la question posée qui est donnée. Tandis que la juridiction de renvoi interrogeait la possibilité d'une détermination des responsabilités dans le cadre de la décision rendue par l'autorité compétente, la Cour de Justice se limite à exclure que cette autorité puisse « régler, en application des critères établis à l'article 75 de cette directive, les litiges nés d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution d'une opération de paiement qui opposent les utilisateurs aux prestataires de services de paiement ». Il n'apparaissait en effet nullement de la loi lettone dans les extraits reproduits par la Cour de Justice que l'autorité

lettone ait véritablement disposé d'un pouvoir de règlement du litige qui eût supposé entre ses mains un pouvoir indemnitaire, à tout le moins baroque. Ce n'est bien qu'une classique amende qu'avait prononcée l'autorité lettone. De sorte qu'exclure un pouvoir de règlement des litiges est finalement plus restrictif qu'exclure toute possible détermination des responsabilités, sens englobant et finalement plus conforme à la démonstration de l'autonomie des procédures conduite par la Cour. Sans doute suffit-il pour se convaincre de l'importance de l'observation de se rappeler que c'est dans le cadre d'une instance arbitrale que la société cliente avait entrepris le recouvrement du montant mis à la disposition de la banque pour l'exécution de l'ordre de paiement.

Observation qui conduit à la dernière question préjudicielle soulevée. L'autorité compétente au titre de son pouvoir général de contrôle comme de la procédure des réclamations doit-elle tenir compte d'une sentence arbitrale statuant sur un litige opposant un fournisseur de services de paiement à un utilisateur? Après la logique circonscription de la question à la seule procédure de réclamation, le prestataire de services de paiement en litige étant un établissement de crédit, la Cour s'en remet, sans surprise, à l'autonomie procédurale des États membres, à défaut de toute disposition spécifique relative à la valeur probatoire d'une sentence arbitrale dans le cadre des recours prévus par la DSP. Seule limite soulignée à cet égard : la préservation par les droits des États membres de l'effet utile du droit de l'Union, et donc des recours prévus par les textes européens eux-mêmes.

Cet arrêt affronte des questions nouvelles d'intérêt inégal mais qui, précisément à raison de leur diversité, permettent avec une grande transversalité de préciser les contours matériels et personnels de la procédure de réclamation. En outre, les questions posées trouvent des réponses qui, comme on l'a observé, pourront valoir pour l'interprétation de la DSP 2. ■

RENOI PRÉJUDICIEL – SERVICES DE PAIEMENT DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR – DIRECTIVE 2007/64/CE – CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL ET PERSONNEL – SERVICES DE PAIEMENT FOURNIS DANS UNE DEVISE AUTRE QUE L'EURO OU CELLE D'UN ÉTAT MEMBRE EN DEHORS DE LA ZONE EURO – SERVICES DE PAIEMENT FOURNIS PAR UN ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT – INEXÉCUTION OU MAUVAISE EXÉCUTION D'UN ORDRE DE PAIEMENT – RESPONSABLE – PROCÉDURE DE CONTRÔLE PRUDENTIEL – PROCÉDURES DE RÉCLAMATION – RECOURS EXTRAJUDICIAIRES – AUTORITÉS COMPÉTENTES

5. Article 89 de la DSP 2.

Les accords de fixation de commissions d'interchange au filtre de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles

La Cour de justice fait application des critères de sa jurisprudence en matière de restriction de concurrence aux accords de fixation des commissions d'interchange

CJUE 2 avril 2020, aff. C228/18, Gazdasági Versenyhivatal contre Budapest Bank Nyrt.

Commentaire par Jérôme Chacornac

Si cet arrêt fera certainement l'objet d'analyses approfondies par les spécialistes du droit des pratiques anticoncurrentielles, il mérite ici un bref signalement compte tenu du contexte bancaire dans lequel il s'inscrit. Cet arrêt vient en effet préciser les critères permettant d'établir le caractère anticoncurrentiel de la pratique si contestée des accords entre banques relatifs aux commissions d'interchange¹.

1. Sur les vicissitudes de la politique de concurrence au sujet du système de fixation établi par le GIE « carte bancaire », v. *Rép. Comm. Dalloz*, V° Carte de paiement, par D. Gibirila, n° 85-86.

Le montant de ces commissions – versées par la banque dite « acquéreuse » du commerçant qui lui a fourni le terminal de paiement à la banque émettrice de la carte de son client – présente un enjeu essentiel en termes de répartition des coûts associés aux paiements réalisés par carte en assurant une contribution des commerçants permettant une réduction éventuelle des cotisations versées par les porteurs. On se souvient que ces commissions font aujourd'hui l'objet d'un règlement européen², dont la méconnaissance entraîne en droit interne l'application des sanctions prévues aux articles L. 361-1 et L. 361-2 du Code monétaire et financier créés par la loi « Sapin 2 »³. Outre qu'il a en la matière fixé la terminologie par les définitions qu'ils renferment à son article 2, distinguant l'acquéreur, banque du commerçant et l'émetteur, banque du client⁴, le règlement a pour contenu essentiel de fixer à ses articles 3 et 4 un plafond à ces commissions à 0,2 et 0,3 % respectivement pour les cartes de débit et de crédit.

La question demeure alors de savoir à quelles conditions fixer ce taux, compte tenu du caractère au minimum quadripartite de l'opération de paiement par carte qui met en cause les intérêts des deux banques, du commerçant et de son client. Dans le prolongement d'autres illustrations dans le domaine de la coopération bancaire⁵, la fixation entre établissement du montant de la commission interchange est assurément expédiente et semble pouvoir s'appuyer sur la justification de fond à l'octroi d'une exemption en droit de l'Union fondée sur une contribution au progrès économique, au sens de l'article 101 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi qu'en avait décidé la Commission européenne pour une durée de 5 ans au début des années 2000⁶, bien que la pratique ait également par le passé fait l'objet de condamnation par application de la théorie dite « des restrictions accessoires »⁷.

Mais en amont, se pose la question de déterminer la réalité de la restriction de concurrence qui doit résulter de l'entente dénoncée et c'est sur ce point que l'arrêt signalé vient apporter des précisions. La Cour se refuse en effet ici à statuer sur le caractère anticoncurrentiel de l'entente motif pris de l'insuffisance des éléments produits dans le contexte suivant.

Deux producteurs de cartes de paiement – VISA et Mastercard – avaient permis, dans leurs règlements

internes respectifs, aux établissements « d'émission » et « d'acquisition » de définir entre eux le montant des commissions d'interchange pratiqué entre elles. Ce montant fit l'objet de négociations dans le cadre d'un forum réunissant plusieurs banques, qui aboutit à un accord dit « CMI » auquel furent partie jusqu'à 22 établissements.

Cet accord fit l'objet d'une condamnation par l'autorité hongroise de concurrence au titre d'une entente intervenue entre les producteurs de cartes, pour en avoir autorisé le principe, et sept des banques qui y étaient partie pour en avoir déterminé le contenu. Le raisonnement sous-jacent consistait à analyser l'intervention des producteurs de carte comme le cadre de conclusion de l'accord de fixation du niveau des commissions entre les banques. La décision fut réformée sur recours par une cour d'appel, selon un arrêt qui fut lui-même frappé d'un pourvoi par l'autorité de concurrence hongroise qui conduisit la Kúria (Cour suprême, Hongrie), à soulever un certain nombre de questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 101 TFUE.

Proprement concurrentialiste, la réponse à la première question n'est que rappelée ici. Selon les termes bien connus de l'article 101 § 1, sont incompatibles avec le marché intérieur les accords entre entreprises « qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ». La distinction de l'objet et de l'effet n'est cependant pas une pure alternative, les deux pouvant se cumuler, ainsi qu'en juge la Cour en énonçant que « l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un même comportement anticoncurrentiel soit considéré comme ayant à la fois pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition ». Rappelant sa jurisprudence de principe, permettant d'établir comme anticoncurrentielles *per se* les restrictions de concurrence par leur objet⁸ et ainsi de s'en tenir au seul examen de l'objet si celui-ci apparaît anticoncurrentiel⁹, la Cour de Justice vient ici préciser que cette primauté logique de l'examen de l'objet sur celui de l'effet ne saurait exclure toute possibilité pour une autorité nationale d'examiner l'effet de la collusion entre entreprises. Par cet arrêt, les autorités nationales sont en réalité invitées à pouvoir conforter par les effets produits l'analyse d'un accord dont l'objet apparaît intrinsèquement nocif à l'égard de la concurrence, dans le droit fil des analyses les plus récentes sur l'incertitude entourant la distinction entre restriction par l'objet et par l'effet¹⁰.

2. Règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte : JOUE L 123, 19.5.2015, pp. 1-15.

3. La recherche et la constatation des infractions à ce règlement relèvent des agents de la DGCCRF en vertu de l'article L. 511-7, 20° du Code de la consommation.

4. Points 1 et 2. La commission d'interchange est elle-même définie au 10 comme « une commission payée directement ou indirectement (à savoir par un tiers) pour chaque opération effectuée entre l'émetteur et l'acquéreur qui sont parties à une opération de paiement liée à une carte », commission qui inclut la compensation nette au sens du 11, ainsi que les autres rémunérations convenues.

5. Rép. Dt eur. Dalloz, V° Ententes, par J.-B. Blaise, n° 592.

6. Par exemple, 2002/914/CE : Décision de la Commission du 24 juillet 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/29.373 – Visa International – Commission multilatérale d'interchange).

7. Trib. UE 24 mai 2012, MasterCard, T-111/08 : Concurrences n° 3-2012. 90, obs. M. D. et F. de B. ; CCC 2012. comm. 180 G. Decocq ; Europe, 2012. comm. 281, L. Idot ; RTD Eur. 2012 p. 914, obs. J.-B. Blaise.

8. V. Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, 1.2.1., pt. 24 : « Les restrictions de la concurrence par objet sont celles qui, par nature, sont susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Il n'est pas nécessaire d'examiner les effets réels ou potentiels d'un accord sur le marché dès lors que son objet anticoncurrentiel a été établi. »

9. CJCE 30 juin 1966, Soc. technique minière [LTM] c/ Maschinenbau ULM GmbH [MBU], aff. 56/65, Rec. 337 ; Cah. dr. eur. 1966. 669, obs. B. Baardman ; D. 1966. 669, note J. Rideau ; Gaz. Pal. 1966. 2. 155 ; RTD eur. 1966. 535, concl. Roemer, obs. Focsanéanu ; RMC 1966. 862. – J. Boulouis et R.-M. Chevallier, par M. Blanquet et D. Fasuquelle, Grands Arrêts, t. 2, 5^e éd., 2002, n° 24, Dalloz. – F.-C. Jeantet, JCP 1966. I. 2029 et 1967. I. 2123. – J. Schapira, « L'article 81 du Traité de Rome devant la Cour de justice des Communautés », JDI 1967. 323

10. « Il est impossible (ou à tout le moins il m'est impossible) d'établir une distinction claire [...] »

C'est cependant la réponse à la deuxième question qui occupe le cœur de l'arrêt¹¹, afin de déterminer si l'accord conclu entre les différentes banques constituait une restriction de concurrence par son objet. L'interrogation de la juridiction de renvoi procédait, entre autres considérations, du fait qu'y étaient parties des banques opérant dans des situations opposées, comme banques émettrices et d'acquisition, ce qui rendait ainsi discutable le caractère horizontal de l'entente dénoncée. Son importance découlait finalement de la première question : à le supposer anticoncurrentiel par son objet, l'accord en cause n'appelait pas de manière nécessaire un examen au titre de ses effets.

Pour le déterminer, la Cour procède alors à une analyse détaillée des éléments de fait relatifs à l'accord qui lui étaient soumis pour conclure à leur insuffisance au regard des critères fixés dans sa jurisprudence et rappelés par les lignes directrices de la Commission¹², que la décision qu'elle rend se borne en définitive à rappeler : « un accord interbancaire qui fixe à un même montant la commission d'interchange revenant, lorsqu'une opération de paiement par carte est effectuée, aux banques d'émission de telles cartes proposées par les sociétés de services de paiement par carte actives sur le marché national concerné ne saurait être qualifié d'accord ayant "pour objet" d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition, à moins que cet accord, eu égard à ses termes, à ses objectifs et à son contexte, ne puisse être considéré comme présentant le degré de nocivité suffisant à l'égard de la concurrence pour être ainsi qualifié, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier ». Ce rappel est l'aboutissement d'une succession d'aporries, liées à l'insuffisance et au caractère incertain des éléments produits par la juridiction de renvoi et la Commission. S'appuyant sur les conclusions de son avocat général, la Cour retient d'abord que l'accord CMI ne constituait pas tant un accord de fixation des prix des services proposés par les banques qu'un accord uniformisant « un aspect du coût auquel font face les banques d'acquisition au profit des banques d'émission en contrepartie des services activés par l'utilisation en tant que moyen de paiement de cartes émises par ces dernières banques » (pt. 61). Cette analyse de la teneur de l'accord conduit alors à envisager qu'il constitue une fixation indirecte du montant des commissions de services pratiquées par les banques auprès de leurs clientèles respectives de commerçants et de consommateurs. La Cour l'exclut en retenant l'absence de caractère nocif avéré pour la concurrence de

la fixation du pourcentage du niveau des commissions d'interchange (pt. 65).

Procédant ensuite à l'analyse des objectifs de l'accord, qui appelle selon sa jurisprudence une pondération entre ceux qui apparaissent légitimes et ceux qui sont restrictifs de concurrence, la Cour de Justice aboutit à une nouvelle aporie : si le contexte de conclusion de l'accord CMI était bien celui d'une fixation plus générale entre banques du montant des commissions de services à acquitter par les commerçants, l'accord CMI n'y revenait nullement, se limitant à « assurer un certain équilibre entre les activités d'émission et celles d'acquisition au sein du système de paiement par carte en cause au principal » (pt. 71). De sorte que, en vérité, loin de constituer économiquement un simple plancher pouvant conduire au renchérissement du coût d'un service pour les utilisateurs finaux – à savoir les commerçants et leurs clients –, le niveau de commission ainsi fixé paraît n'avoir neutralisé la concurrence entre les deux systèmes de paiement par carte qu'au regard des relations entre les banques, et non à l'égard de leur clientèle (pt. 74). Face à cette incertitude sur le caractère effectivement restrictif de concurrence de l'accord CMI, la Cour de Justice forge alors la directive essentielle d'interprétation à suivre pour la juridiction de renvoi consistant à déterminer si, par la neutralisation de la concurrence sur le terrain de la fixation des commissions d'interchange, l'accord n'a pas en réalité stimulé la concurrence entre les systèmes de paiement sur le terrain de leurs autres « caractéristiques, conditions de transaction et prix de ces produits » (pt. 74, *in fine*).

Enfin, le contexte de l'accord ne conduit pas la Cour à être plus affirmative. Si elle observe que « ni la nature bilatérale de ces systèmes [de paiement par carte] en tant que telle, ni l'existence de relations verticales entre les différents types d'opérateurs économiques concernés ne sont, en elles-mêmes, susceptibles de faire obstacle à la qualification de restriction "par objet" de l'accord CMI » (pt. 80), les éléments produits n'emportent pas la conviction de la Cour quant à l'impact de l'accord sur la hausse des commissions d'interchange, la juridiction de renvoi étant, une fois encore, incitée à le vérifier, tout comme à prendre en compte comme « pertinente [...] la circonstance soulignée par la juridiction de renvoi que les banques qui étaient parties à cet accord comprenaient, sans distinction, les opérateurs directement concernés par les commissions d'interchange, à savoir aussi bien des banques d'émission que des banques d'acquisition, qualités qui coïncident souvent d'ailleurs ».

Le sentiment que l'on retire de cet examen minutieux est celui d'une indécision finalement commune de la Cour de Justice et de la juridiction de renvoi. L'une puis l'autre ont finalement patiemment établi l'absence de nocivité intrinsèque de l'accord sur la concurrence, sans aller jusqu'à l'affirmer pour une raison sans doute de défiance sociologique à l'égard des parties aux accords de commission d'interchange. Si la prudence s'imposait sans doute face à un accord conclu entre banques, sa nécessité aux fins de fonctionnement d'un marché

entre l'analyse de l'objet d'un comportement et l'analyse de ses effets. Dès lors, [...] il s'agit d'une différence davantage de degré que de nature » (Concl. Av. gén. M. Bobek, CJUE 5 sept. 2019, aff. C-228/18, pts 49-50).

11. La Cour de justice ayant jugé sans incidence sur la décision de la Cour suprême hongroise et, par suite, hypothétiques et irrecevables, les troisième et quatrième questions préjudicielles soulevées.

12. Lignes directrices, préc., pt. 25 : « Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, rien n'interdit à la Commission d'en tenir compte dans son analyse (29). Les lignes directrices générales apportent des indications supplémentaires concernant la notion de restrictions de la concurrence par objet. »

« intersystèmes »¹³, impliquant la présence de plusieurs concurrents en matière de systèmes de paiement, paraît

13. Pour reprendre l'analyse des marchés susceptibles d'être affectés qui s'évince du dossier examiné par la Cour, pt. 56 : « Il ressort du dossier soumis à la Cour que trois marchés distincts dans le domaine des systèmes de cartes bancaires ouverts peuvent être identifiés, à savoir, tout d'abord, le "marché intersystèmes", sur lequel les différents systèmes de cartes se font concurrence, ensuite, le "marché de l'émission", sur lequel les banques d'émission se font concurrence pour capter la clientèle des titulaires de cartes, et, enfin, le "marché de l'acquisition", sur lequel les banques d'acquisition se font concurrence pour capter la clientèle des commerçants. »

La supervision bancaire européenne et internationale à l'épreuve du Covid-19

Les très graves répercussions économiques de la crise sanitaire liée au coronavirus ont conduit tous les acteurs de la supervision bancaire européenne et internationale à prendre en urgence des mesures visant à assouplir les règles prudentielles et la surveillance imposée aux établissements de crédit et reporter l'entrée en vigueur de mesures visant à une régulation plus contraignante.

Banque centrale européenne, communiqué, 16 avril 2020 : <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ssm.pr200327~d4d8f81a53.en.html>.

Autorité bancaire européenne, déclaration du 12 mars 2020 : <https://eba.europa.eu/eba-statement-actions-mitigate-impact-covid-19-eu-banking-sector>.

Comité de Bâle, 27 mars 2020 : <https://www.bis.org/press/p200320.htm>.

Conseil de stabilité financière, 20 mars 2020 : <https://www.fsb.org/2020/03/fsb-coordinates-financial-sector-work-to-buttress-the-economy-in-response-to-covid-19/>.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. De manière plus rapide et brutale que nul ne pouvait anticiper, la crise du coronavirus va sans doute être l'occasion d'éprouver la solidité et l'efficacité du système de régulation et supervision bancaire mis en place à la suite de crise financière de 2008 au plan international et européen. Toutes les institutions européennes ou internationales ayant pris part à la recomposition de la supervision bancaire et financière se sont mobilisées pour tenter d'anticiper et amortir le choc économique consécutif à la crise sanitaire et aux mesures inédites de mise à l'arrêt de l'économie mondiale qu'elle a entraîné. Dans un contexte où le crédit bancaire, indispensable au soutien de l'économie, doit faire l'objet de mesures très exceptionnelles pour contenir la crise inédite qui en découlera, il s'agit de donner de la flexibilité aux établissements bancaires et financiers afin que ceux-ci participent au soutien massif dont l'économie réelle a besoin. Toutes les institutions européennes et internationales ont très rapidement adopté des recommandations qui vont toutes dans la même direction.

2. Les mesures adoptées dans le cadre de l'Union européenne visent à fois à alléger provisoirement la surveillance des établissements de crédit et assouplir les exi-

gences prudentielles. L'Autorité bancaire européenne (ABE), qui poursuit l'objectif de protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité du système financier a été la première à s'exprimer officiellement sur le sujet et alors même que la pandémie et les mesures de confinement n'en étaient qu'à leurs débuts. Par une déclaration publiée le 12 mars dernier, l'ABE a recommandé aux autorités de supervision de planifier leurs activités de surveillance de manière plus souple et pragmatique et leur recommande de faire preuve de flexibilité s'agissant des délais imposés aux établissements pour remplir leurs obligations de reporting. Elle a également décidé de reporter à 2021 les stress-tests qui devaient se dérouler cette année. Si l'action de la BCE a été essentiellement remarquée par des initiatives prises au titre de ses fonctions monétaires et de sa politique de soutien à l'économie¹, elle a aussi, en sa qualité de superviseur des banques de la zone euro, décidé par un communiqué du 16 avril 2020 d'abaisser temporairement les exigences en fonds propres des établissements et d'assouplir ainsi les règles prudentielles mises en place à la suite de la crise financière de 2008 pour une durée de six mois.

ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1, TFUE – SYSTÈMES DE PAIEMENT PAR CARTE – ACCORD INTERBANCAIRE FIXANT LE NIVEAU DES COMMISSIONS D'INTERCHANGE – ACCORD RESTRICTIF DE LA CONCURRENCE TANT PAR SON OBJET QUE PAR SON EFFET – NOTION DE RESTRICTION DE LA CONCURRENCE « PAR OBJET ».

3. Deux institutions qui jouent un rôle central dans la régulation bancaire internationale sont également intervenues très rapidement. Le Comité de Bâle, instance mondiale de la régulation dont on connaît l'importance des recommandations en matière prudentielle² a décidé le 27 mars 2020 de différer d'un an l'entrée en vigueur des réformes Bâle III³ dont l'objectif est de renforcer les fonds propres des établissements. La mise en œuvre de l'accord a été reportée au 1^{er} janvier 2023 et le délai accordé aux banques pour s'y conformer prolongé jusqu'au 1^{er} janvier 2028. Le Conseil de stabilité financière (CSF), dont la mission essentielle est de coordonner l'activité des instances internationales a publié un rapport le 20 mars

1. Voir J. Lasserre Capdeville, « Covid-19 : soutien et aides des banques en faveur des entreprises », *JCP E* 2020, 1165.

2. B. Bréhier, « Les nouveaux législateurs : OICV, Comité de Bâle, FSB, G20 », *RDBF* mai-juin 2015, 31 ; J. Morel-Maroger, « Réflexions autour des évolutions récentes de l'environnement normatif international des activités bancaires et financières », in *Mélanges J.-J. Daigre*, Lextenso 2017 p. 725.

3. Il s'agit en réalité de reporter les réformes souvent présentées sous le sigle de Bâle IV, les règles initiales de Bâle III ayant au plan européen déjà été adoptées dans le cadre du « paquet CRD V », publié au JOUE le 7 juin 2019. Sur le contenu de Bâle IV, voir « Bâle IV : de quoi parle-t-on ? », *Dossier Revue Banque*, mars 2016. Il était prévu avant la crise du Covid-19 de les intégrer dans un futur « paquet bancaire » européen applicable en 2022.

2020 pour définir les principes qui doivent gouverner la réponse rapide et coordonnée à cette nouvelle crise. Dans le prolongement des initiatives des autres institutions et afin de favoriser le soutien à l'économie réelle, le CSF se prononce en faveur d'une application flexible des normes bancaires et financières et d'une réduction temporaire des charges opérationnelles pesant sur les entreprises et les autorités du secteur bancaire.

4. L'efficacité et la cohérence de l'architecture mise en place à la suite de la crise financière soulevaient certaines interrogations, notamment en raison de la complexité du système mis en place⁴. La réaction des principaux acteurs de la supervision au plan mondial et européen a été rapide. Cette « véritable nébuleuse »⁵ a donné lieu à des réactions convergentes, toutes les institutions reprenant dans leurs communiqués les termes de « souplesse », de « flexibilité » comme consignes devant guider la supervision bancaire des autorités afin de ne pas entraver le financement bancaire, indispensable pour atténuer les effets de la crise économique, permettre la poursuite des activités des entreprises et la conservation des emplois. Mais pour l'heure, seuls des ajustements provisoires de la supervision bancaire ou le report de l'entrée en vigueur du dernier train de mesures adoptées en matière pruden-

tielle par le Comité de Bâle ont été engagés. Il est vrai que nul ne peut aujourd'hui prédire les conséquences économiques et financières à moyen ou long terme de cette crise inédite, ni dans quelle mesure elle fragilisera ou mettra en difficulté les établissements bancaires. Va-t-on assister à nouveau avec cette crise à une évolution substantielle de la régulation bancaire européenne et internationale, à « un véritable choc de la réglementation au plan international et européen »⁶ ou le modèle mis en place va-t-il au contraire faire la preuve de son efficacité et en sortir renforcé ? Il est évidemment encore bien trop tôt pour le mesurer, mais cette crise constitue sans nul doute un tel cataclysme que si l'organisation de la supervision bancaire mise en place à la suite de la crise de 2008, dont la complexité a souvent été dénoncée⁷, s'avère efficace et permet de contenir ses effets, elle renforcera sa légitimité⁸. ■

SUPERVISION BANCAIRE – RÈGLES PRUDENTIELLES – ASSOULPISSEMENT – BCE – ABE
– COMITÉ DE BÂLE – CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE.

4. Voir sur l'architecture internationale, R. Bismuth, « L'architecture financière internationale, une autre Sagrada Família », in J. Morel-Maroger, T. Kirat et C. Boiteau (dir.), *Droit et crise financière*, Bruylant 2015, p. 99 et s. ; T. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 4^e éd. 2018 ; « La coopération européenne et internationale des autorités de supervision en matière bancaire et financière », *Banque et Droit*, février 2020.

5. T. Bonneau, *op. cit.* n° 14.

6. Y. Paclot, « La réglementation du risque systémique dans l'Union européenne », in *Mélanges Jean-Jacques Daigre*, Lextenso 2017, p. 735.

7. Voir notamment, J. J. Daigre, « Propos conclusifs », in « La coopération européenne et internationale des autorités de supervision en matière bancaire et financière », *Banque et Droit*, février 2020, p. 77.

8. Voir notamment la contestation de la légitimité démocratique du système bancaire, T. Bonneau, « Démocratie et secteur financier », éditorial, *BJB* juillet-août 2012.