

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER  
présentées le 15 janvier 1998 \*

1. La présente affaire a pour origine deux litiges pendants devant le Tribunal di Genova au cours desquels s'est posée la question de la compatibilité avec les articles 85 et 86 du traité CE de certaines conditions générales, appelées conditions bancaires uniformes (ci-après les « CBU ») que l'Associazione Bancaria Italiana (ci-après l'« ABI ») impose à ses membres lorsque ceux-ci concluent avec leurs clients des contrats d'ouverture de crédit en compte courant et des contrats de cautionnement général (fideiussione omnibus) destinés à garantir l'ouverture de crédits.

Le litige au principal

2. Les demandeurs au principal, M. Carlo Bagnasco, en tant que débiteur principal, et ses cautions, en tant que débiteurs solidaires, se sont pourvus devant le Tribunal di Genova contre deux injonctions à payer, exécutoires par provision, que son président leur avait adressées le 18 juin 1992.

3. Dans le litige qui est à l'origine de l'affaire C-215/96, l'injonction présidentielle faisait

ordre à M. Bagnasco et à ses cautions de payer à la Banca Popolare di Novara (ci-après la « BPN ») la somme de 222 440 332 LIT pour les motifs suivants:

— 170 440 332 LIT au titre du solde débiteur du compte courant n° 1360/320/30 ouvert au nom de M. Bagnasco par contrat du 8 octobre 1991, somme majorée d'intérêts à partir du 1<sup>er</sup> avril 1992 au taux de 17 %;

— 9 400 000 LIT, solde débiteur du compte courant n° 14336/33E/30 ouvert au nom de M. Bagnasco par contrat du 27 décembre 1991, somme majorée d'intérêts à partir du 1<sup>er</sup> avril 1992 au taux de 17,50 %;

— 21 600 000 LIT, correspondant au montant de quatre billets à ordre, escomptés à l'époque par la banque et émis par l'entreprise individuelle Fidaurum, de M. Bagnasco, pour lesquels les autres demandeurs ont donné, le 22 janvier 1992, leur aval pour un montant de 5 400 000 LIT, chacun, le total devant être majoré d'intérêts à partir du 22 mai 1992 au taux légal de 10 %, et

\* Langue originale: l'espagnol.

— 21 000 000 LIT pour des effets à charge de M<sup>me</sup> Sbardella, escomptés et crédités au compte courant, « sous réserve de paiement par le débiteur principal », comme cela résulte des bordereaux signés par M. Bagnasco, et pour la constitution, à titre de gage, toujours à charge de M<sup>me</sup> Sbardella, d'effets escomptés par M. Bagnasco. Ce montant doit lui aussi être majoré d'intérêts au taux de 15 % à partir de la date de l'ordonnance en injonction de paiement.

4. Dans le litige qui est à l'origine de l'affaire C-216/96, l'injonction présidentielle faisait ordre à M. Bagnasco et à ses cautions de payer à la Cassa di Risparmio di Genova e Imperia (Carige) Spa (ci-après la « Carige ») la somme de 124 119 497 LIT pour les motifs suivants:

— 48 798 664 LIT, solde débiteur du compte n° 14445/20/106 ouvert au nom de M. Bagnasco par contrat du 28 août 1989, somme majorée d'intérêts à partir du 11 juin 1992 au taux de 17,50 %;

— 75 320 833 LIT au titre d'une « avance bancaire » de 95 000 000 LIT pour laquelle M. Bagnasco avait émis dix-neuf billets à ordre, somme majorée d'intérêts à partir du 11 juin 1992 au taux de 15 %.

5. Les injonctions à payer étaient également adressées aux cautions de M. Bagnasco, en leur qualité de débiteurs solidaires, en raison

de l'aval qu'ils avaient donné pour les billets à ordre impayés et du cautionnement général auquel ils avaient souscrit le 7 février 1990 jusqu'à un montant maximum de 300 000 000 LIT (affaire C-215/96) et le 28 novembre 1989 jusqu'à un montant maximum de 195 000 000 LIT (affaire C-216/96).

6. M. Bagnasco et ses cautions ont fait opposition aux injonctions de paiement et demandé à la juridiction de déclarer que les CBU appliquées par les banques italiennes aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général sont incompatibles avec les articles 85 et 86 du traité.

7. Le Tribunale di Genova n'a pas estimé nécessaire d'interroger la Cour sur l'effet direct des articles 85 et 86 ni de lui demander si les CBU constituent une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 85. Il est manifeste, en effet, que la réponse est affirmative dans les deux cas. Néanmoins, la juridiction de renvoi conçoit des doutes quant à la compatibilité avec les articles 85 et 86 de certaines clauses des CBU applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général.

8. En ce qui concerne les contrats d'ouverture de crédit en compte courant, le Tribunale di Genova estime que seul importe le mécanisme de fixation du taux d'intérêt, taux qui représente le prix du service fourni.

M. Bagnasco considère, quant à lui, que le prix du crédit (c'est-à-dire de l'accès aux facilités de caisse) est fixé selon une procédure qui ne laisse au client aucune marge raisonnable de prévisibilité.

La juridiction nationale a constaté que l'article 2 des contrats que M. Bagnasco a conclus avec la BPN prévoit l'application d'un intérêt annuel de 17 % et de 17,5 % respectivement, intérêts auxquels s'ajoute une commission de  $\frac{1}{8}$  % sur le solde débiteur maximum pour chaque trimestre ou fraction de trimestre écoulés. Le contrat qu'il a conclu avec la Carige prévoit, quant à lui, un taux d'intérêt annuel de 14 %, auquel s'ajoute une commission de  $\frac{1}{8}$  % sur le solde débiteur maximum par trimestre. L'une et l'autre banque ont stipulé que les intérêts pourraient être augmentés ou diminués en fonction des variations intervenues sur le marché monétaire. L'article 12 du contrat de la BPN dispose en outre que « les banques ont la faculté de changer les taux d'intérêt à tout moment ... moyennant une communication affichée dans leurs locaux ou de la manière qu'elles considéreront la plus adéquate ».

Selon la juridiction italienne, parmi les éléments qui précèdent, seule la détermination initiale du taux débiteur et de la commission à verser sur le solde débiteur maximum est le fruit d'une négociation directe entre les parties. Or, cet élément du contrat voit sa portée largement restreinte par les CBU qui confèrent à la banque le droit d'augmenter les intérêts (à tout moment, la chose étant portée à la connaissance des clients au moyen d'une communication affichée dans leurs agences « ou de la manière qu'elles considéreront la

plus adéquate »), « en raison des variations intervenues sur le marché monétaire », c'est-à-dire selon des taux de variation qui ne peuvent pas, ou du moins pas aisément, être prévus par le client moyen. L'article 1284 du code civil italien (ci-après le « CC ») fixe à 10 % annuels le taux d'intérêt légal et exige que les taux supérieurs au taux légal soient « stipulés par écrit », à peine d'être remplacés par le taux d'intérêt légal. Ainsi donc, seule la forme écrite garantit la détermination et la quantification concrètes du taux convenu, même si cela ne se traduit pas nécessairement par une indication chiffrée du taux sur lequel les parties se sont mises d'accord, mais intervient éventuellement par un calcul automatique qui devra se faire sur la base de données objectives et accessibles. Or, en l'espèce, ce taux n'a été désigné que par une référence générale aux « variations intervenues sur le marché monétaire » et à un mécanisme qui a pour conséquence de renforcer le pouvoir de la banque de décider du moment où s'effectuent les variations ainsi que des modalités de leur communication au client.

9. En ce qui concerne les contrats de cautionnement général auxquels les clients doivent souscrire lorsqu'ils veulent obtenir l'ouverture d'un crédit, la juridiction nationale estime que les clauses pertinentes des CBU et des contrats qu'elle a examinés dans le cadre des deux litiges pendants devant elle sont celles qui portent sur les points suivants:

— l'engagement à fournir une caution « au taux d'intérêt prévu pour l'opération garantie et, en toute hypothèse, à un taux non inférieur au taux bancaire courant », « pour satisfaire à toute obligation envers

la banque, pour toutes opérations bancaires, quelle que soit leur nature, que le débiteur (ou quiconque lui serait subrogé) y ait déjà été autorisé ou doive l'être par la suite », opérations dont la liste est énoncée ensuite; le cautionnement garantit, par ailleurs, « toute autre obligation que le débiteur principal se trouve avoir, à un quelconque moment, envers la banque en raison de garanties qu'il lui a déjà fournies dans l'intérêt des tiers ou qu'il devra lui fournir à l'avenir » (clause qui amorce ainsi un « cautionnement du cautionnement » qui est susceptible d'être étendu, en ce qui concerne les personnes concernées, de manière pratiquement illimitée et incontrôlable);

disposition précitée « même si la banque n'a pas introduit d'action contre le débiteur et les co-débiteurs éventuels et n'a pas poursuivi cette action avec diligence », la caution demeurant ainsi tenue solidairement « jusqu'à l'extinction totale de la dette, sans limite de temps ni autre condition »;

- l'obligation de la caution de « payer immédiatement à la banque, sur simple demande, ce qui lui est dû en capital, intérêts, frais, impôts, taxes et autres accessoires, nonobstant toute opposition formée par le débiteur principal »;

- l'obligation pour la caution de se tenir au courant de la situation patrimoniale du débiteur et, notamment, de s'informer auprès de celui-ci de l'évolution de ses rapports avec la banque, qui est dispensée de demander à celui qui se porte caution l'autorisation spéciale prévue par l'article 1956 du CC<sup>1</sup>;

- la déclaration aux termes de laquelle « pour la détermination de la dette garantie, les écritures comptables de la banque font foi vis-à-vis de la caution, de ses héritiers, successeurs et ayants droit, la banque n'étant pas tenue, cependant, de communiquer de sa propre initiative à la caution des informations générales sur la situation des comptes et, de manière générale, sur ses rapports avec le débiteur »;

- l'exonération de l'obligation d'agir dans le délai prévu par l'article 1957 du CC<sup>2</sup> que la caution accorde à la banque de manière à demeurer tenue par dérogation à la

- la dérogation à l'article 1939 du CC<sup>3</sup>, dérogation qui a pour conséquence que « l'obligation de la caution conserve tous ses effets même si l'obligation principale est invalide pour un motif ou un autre,

1 — Le texte de l'article 1956 est le suivant: « La caution est libérée de ses obligations futures si le créancier a fait crédit à un tiers sans avoir obtenu d'elle une autorisation spécifique alors qu'il savait que la situation financière de cette personne avait évolué de manière à rendre notablement plus difficile le remboursement du crédit en cause ». La loi n° 154/92, du 17 février 1992 (*GURI* n° 45, du 24 février 1992) sur la « transparence bancaire » a ajouté un second alinéa conformément auquel toute « renonciation préventive au droit de se prévaloir de l'exemption » est nulle et non avenue.

2 — Conformément à cette disposition, « La caution reste tenue, même après extinction de l'obligation principale, dès lors que le créancier a introduit une action contre le débiteur dans un délai de six mois et a poursuivi cette action avec diligence ».

3 — Conformément à l'article 1939 du CC, « l'invalidité de l'obligation principale entraîne celle du cautionnement, sauf si celui-ci a été consenti pour une obligation contractée par un incapable ».

étant entendu qu'en cas d'annulation de l'obligation principale, la caution demeure tenue comme si cette obligation avait été contractée par elle-même ».

10. Pour résoudre les litiges qui opposent M. Bagnasco et ses cautions à la BPN et à la Carige, le Tribunale di Genova a jugé nécessaire d'adresser les questions suivantes à la Cour:

- « 1) Les conditions bancaires uniformes (norme bancaire uniforme), imposées par l'ABI à ses associés, en ce qui concerne les contrats relatifs à l'ouverture d'un crédit en compte courant, en ce qu'elles sont édictées et appliquées de manière uniforme et contraignante par les banques associées au sein de l'ABI, sont-elles compatibles, dans la mesure où elles soumettent l'ouverture d'un crédit à un régime de détermination des taux d'intérêts qui n'est pas fixé à l'avance et que le client ne peut pas déterminer, avec les dispositions visées à l'article 85 du traité, en ce qu'elles sont de nature à porter atteinte au commerce entre États membres et qu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de limiter ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun;
- 2) quels effets la reconnaissance éventuelle de l'incompatibilité visée sous 1) peut-elle produire sur les clauses correspondantes des contrats d'ouverture d'un crédit en compte courant, conclus avec leurs clients par les banques membres de l'ABI, sur la base des contrats types, étant donné que l'ensemble des banques associées au sein de l'ABI doit être considéré, en vertu et pour les effets de l'article 86 du traité, comme détenant une position dominante collective sur le marché national du crédit dont l'application concrète des règles en cause (en ce qui concerne la détermination du taux d'intérêts débiteurs) se présente comme un exercice abusif;
- 3) les conditions bancaires uniformes imposées par l'ABI à ses membres, en ce qui concerne le contrat de 'cautionnement général' pour garantir l'ouverture d'un crédit — dans la mesure où ces règles sont imposées et appliquées de manière uniforme et contraignante par les banques membres de l'association — sont-elles, compatibles en ce qui concerne les différentes clauses visées dans les motifs de la présente ordonnance et dans leur ensemble, avec les règles visées à l'article 85 du traité, en ce qu'elles sont de nature à affecter le commerce entre États membres et qu'elles ont pour objet et pour effet d'empêcher, limiter ou fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun;
- 4) quels effets le fait d'admettre éventuellement l'incompatibilité prévue sous 3) peut-il avoir sur les clauses correspondantes du contrat de cautionnement 'général' et sur les contrats eux-mêmes, conclus sur la base des contrats types par les différentes banques, étant donné que

la totalité des banques associées au sein de l'ABI peut être considérée, en vertu et pour les effets de l'article 86 du traité, comme titulaire d'une position dominante collective sur le marché national du crédit dont l'application concrète de la règle en cause se présente comme un exercice abusif? »

11. Avant de proposer une réponse à ces questions, il est nécessaire d'analyser les problèmes juridiques que les CBU de l'ABI soulèvent dans l'ordre juridique italien et d'analyser la manière dont les institutions communautaires ont, jusqu'à ce jour, appliqué les règles de la concurrence au secteur bancaire.

#### Les CBU au regard du droit interne italien

12. Depuis les faits qui ont donné naissance aux deux litiges dont le Tribunale di Genova a été saisi, la République italienne a connu certaines modifications législatives et interventions administratives qui ont influencé les conditions générales appliquées par les banques à leurs contrats d'ouverture de crédit et de cautionnement général.

13. La loi n° 154/92<sup>4</sup> sur la transparence bancaire a modifié le régime applicable aux contrats de cautionnement général, qui doivent désormais stipuler d'emblée le montant maximum garanti.

14. Par lettre du 22 février 1993, l'ABI a notifié ses CBU à la Commission en vue d'obtenir une attestation négative ou une exemption individuelle en application de l'article 85, paragraphe 3 du traité. Elle les a également notifiées à la Banca d'Italia puisque, conformément à la loi n° 287/90<sup>5</sup>, c'est elle qui est l'autorité nationale compétente pour l'application au secteur bancaire de la réglementation en matière de protection de la concurrence et du marché.

15. Par lettre du 7 juillet 1993, la Commission a informé la Banca d'Italia qu'elle avait décidé d'examiner seulement trois des vingt-six accords qui lui avaient été notifiés par l'ABI, à savoir les accords relatifs aux conditions des comptes courants en devises, des services de recouvrement et d'acceptation des effets, documents ou titres de crédit payables en Italie et à l'étranger ainsi que les accords relatifs aux conditions de financement en devises. Quant aux vingt-trois autres accords qui lui avaient été notifiés, accords au nombre desquels figurent les accords relatifs aux conditions des contrats d'ouverture de crédit en compte courant et des contrats de cautionnement général, la Commission, sans se prononcer sur leurs éventuels effets restrictifs de la concurrence, a jugé qu'ils n'affectaient pas de manière

4 — Déjà citée à la note 1.

5 — Loi du 10 octobre 1990 (*GURI* n° 240, du 13 octobre 1990).

sensible les échanges entre les États membres et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu de leur appliquer l'article 85 du traité. La Commission a précisé que ces services bancaires étaient circonscrits au territoire national et concernaient des activités économiques qui, par leur nature même ou en raison de stipulations contractuelles, s'exercent essentiellement sur le territoire italien ou ont une influence extrêmement restreinte sur les échanges intracommunautaires, la participation des filiales ou succursales d'établissements financiers non italiens à ce type de service étant, de surcroît, limitée.

16. Le 23 novembre 1993, la Banca d'Italia a engagé une procédure afin d'analyser la compatibilité avec la loi n° 287/90 des vingt-trois accords que la Commission n'avait pas examinés. Au terme de cette procédure, elle a adopté la décision n° 12, du 3 décembre 1994<sup>6</sup>, dans laquelle elle a déclaré que plusieurs CBU, et notamment certaines de celles qui sont en litige dans la présente affaire, affectaient le jeu de la concurrence et étaient incompatibles avec l'article 2 de la loi n° 287/90, qui interdit les accords restrictifs de la concurrence dans des termes similaires à ceux de l'article 85 du traité. Par cette décision, elle a invité l'ABI à modifier ses CBU sur différents points et à communiquer ces modifications à ses membres tout en attirant leur attention sur le caractère strictement indicatif des CBU. Se conformant à la décision de la Banca d'Italia, l'ABI a modifié ses CBU. Ces modifications sont, cependant, dépourvues d'effet rétroactif et n'ont dès lors aucune incidence sur les litiges pendants devant le Tribunale di Genova.

## L'application du droit communautaire de la concurrence au secteur bancaire

17. Les activités du secteur bancaire étant étroitement liées à la politique économique et monétaire des États membres, il n'était pas certain, au départ, que les règles communautaires de la concurrence pouvaient lui être appliquées. La situation particulière de ce secteur était susceptible de le faire bénéficier des dispositions de l'article 90, paragraphe 2, et de l'article 104 du traité et de soustraire ses activités à l'application des articles 85 et 86.

18. Par l'arrêt Züchner<sup>7</sup> qu'elle a rendu en 1981, la Cour a totalement dissipé les doutes entourant cette question. Elle a déclaré dans son arrêt que le secteur bancaire est soumis aux règles de la concurrence, sauf pour les activités qu'il exerce en exécution d'un acte des pouvoirs publics, lesquelles sont soumises à l'article 90, paragraphe 2, du traité.

19. C'est à partir de ce moment-là que la Commission a abandonné les doutes qu'elle avait initialement conçus à ce sujet et qu'elle a commencé à examiner les accords interban-

6 — *Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, du 19 décembre 1994, année IV, n° 48, p. 75.

7 — Arrêt du 14 juillet 1981 (172/80, Rec. p. 2021, points 7 et 8).

caires qui lui étaient notifiés<sup>8</sup>. La première décision que la Commission a adoptée à propos du secteur bancaire date de 1984<sup>9</sup>. Par la suite, elle n'a plus adopté qu'un nombre restreint de décisions, dans lesquelles elle a souligné que les banques et les autres établissements de crédit sont des entreprises au sens de l'article 85 dès lors qu'il s'agit d'entités qui exercent des activités économiques. La Commission a, néanmoins, toujours adopté une attitude relativement « tolérante » à l'égard des accords interbancaires et n'a d'ailleurs imposé une amende à une entreprise bancaire que dans un seul cas. Il s'agit de la décision Eurochèque: accord d'Helsinki<sup>10</sup>, décision qui a fait l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal de première instance, lequel, dans l'arrêt CB et Europay/Commission<sup>11</sup>, l'a annulée partiellement et a réduit le montant de l'amende.

20. Pour répondre aux questions préjudicielles qui ont été posées à la Cour en l'espèce, il est intéressant de tenir compte des règles que la Commission a appliquées dans ses

décisions lorsqu'elle a analysé la compatibilité des accords interbancaires avec l'article 85<sup>12</sup>. A cette fin, il convient de faire une différence entre les accords relatifs à des services entre les banques, les accords relatifs aux services des banques à leurs clients, les accords sur la détermination des taux d'intérêt débiteur et créateur et, enfin, les autres types d'accords interbancaires.

21. La Commission a considéré que les accords interbancaires multilatéraux entre banques d'un même État et les décisions d'associations bancaires nationales relatives au paiement de commissions uniformes pour certains services que les banques se rendent mutuellement étaient contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Néanmoins, elle leur a accordé des exemptions individuelles en application du paragraphe 3 de l'article 85. La même solution a été appliquée récemment à un accord bilatéral de coopération générale qui avait été conclu par deux banques appartenant à deux États membres différents<sup>13</sup>. Il s'agit d'accords qui portent sur le prix des services que les banques se fournissent entre elles et qui ont pour effet de supprimer la concurrence parce qu'ils ont été adoptés multilatéralement. La Commission a accordé des exemptions en faveur de ces accords parce qu'ils facilitent la normalisation et le développement des activités bancaires et évitent une multiplicité de négociations bancaires bilatérales qui ralentiraient le service et en augmen-

8 — Pour une analyse de la pratique de la Commission dans ce domaine, voir Bellis, J. F.: « La banque et le droit communautaire de la concurrence », *Mélanges Jean Pardon*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 1; Biancarelli, J.: « L'application du droit communautaire de la concurrence au secteur financier (banque et assurance) », *Gazette du Palais*, 1991, p. 247; Ehlermann, C. D.: « L'huile et le sel: le secteur bancaire et le droit européen de la concurrence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, p. 457; Greaves, R.: *EC Competition Law: Banking and Insurance Services*, Chancery Law Publishing, Londres, 1992; Gyselen, L.: « EU Antitrust Law in the Area of Financial Services — Capita Selecta for the Cautious Shaping of a Policy », *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1996, p. 329 et suiv.; Sousi-Roubi, B.: *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995, p. 333 à 378.

9 — Décision 85/777/CEE de la Commission, du 10 décembre 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.717 — Eurochèques uniformes) (JO 1985, L 35, p. 43).

10 — Décision 92/212/CEE de la Commission, du 25 mars 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.717-A — Eurochèque: accord d'Helsinki) (JO L 95, p. 50).

11 — Arrêt du Tribunal de première instance du 23 février 1994 (T-39/92 et T-40/92, Rec. p. II-49).

12 — Voir Sousi-Roubi, B., op. cit., p. 346 et suiv.; Dasse, S., et Penn, G.: *EC Banking Law*, Lloyd's of London Press Ltd, Londres, 1994, p. 273 et suiv.; Waelbroeck, M., et Frignagni, A.: *Concurrence. Commentaire J. Mégret. Le droit de la C.E.*, volume 4, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 74 à 79.

13 — Décision 96/454/CE de la Commission, du 24 juin 1996, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (IV/34.607 — Banque nationale de Paris — Dresdner Bank) (JO L 188, p. 37).

teraient le prix <sup>14</sup>. Parmi les accords interbancaires de ce type pour lesquels la Commission a accordé une exemption figurent les accords suivants:

- L'accord du système Eurochèque, conformément auquel la commission perçue sur tout eurochèque tiré à l'étranger en monnaie locale ne peut excéder 1,25 % du montant du chèque; la commission est supportée par la banque tirée et par la banque preneuse et ne peut être répercutée sur les clients (décision Eurochèques uniformes).
- L'accord par lequel les banques belges ont déterminé le montant maximum de la commission de paiement qui peut être perçu entre banques pour toute opération de paiement international en devises provenant de l'étranger (décision Association belge des banques) <sup>15</sup>.
- Les accords sur les commissions exigibles pour l'encaissement ou l'acceptation

d'effets, de documents, de chèques bancaires et d'autres titres de crédit payables en Italie (décision ABI) <sup>16</sup>.

22. La Commission s'est montrée plus stricte, en particulier depuis l'arrêt Züchner, à l'égard des accords interbancaires fixant les commissions qui peuvent être exigées de clients pour certains services bancaires déterminés. Elle a considéré que ces accords empêchent les banques de fixer en toute liberté le prix des services qu'elles offrent à la clientèle et qu'ils constituent une violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité, d'une telle gravité qu'ils ne peuvent faire l'objet d'exemptions. Dans la décision Eurochèque: accord d'Helsinki, la Commission a condamné l'accord par lequel les banques françaises associées au sein du groupement des cartes bancaires « CB » avaient décidé d'imposer une commission aux commerçants affiliés lorsqu'ils présentaient à l'encaissement des eurochèques tirés sur une banque étrangère, commission qui s'ajoutait à celle que les banques françaises recevaient des banques étrangères par le biais du système Eurochèque <sup>17</sup>.

23. En ce qui concerne les accords interbancaires relatifs à la détermination des taux d'intérêt débiteur et créateur, la Commission n'a pas tiré de conséquences de l'arrêt Züchner et ne s'est prononcée sur cette question ni dans la décision ABI ni dans la décision Asso-

14 — Sousi-Roubi considère que la Commission n'a pas abordé le problème de manière adéquate. Selon lui, il est inexact de parler de marché lorsqu'on se trouve en présence de ce type d'accords interbancaires parce que les banques des clients débiteurs et créateurs entrent en contact de manière indirecte et involontaire grâce aux opérations réalisées par leurs clients. Comme il n'existe pas de marché au sens strict, il ne saurait être question d'une restriction de la concurrence (Sousi-Roubi, B., op. cit., p. 355 à 357). La même opinion est défendue par Pombo, F.: « EU Antitrust Law in the Area of Financial Services », *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1996, p. 397 et 398. La Commission commence à se montrer perméable à cet argument et s'en fait l'écho dans sa communication 95/C 251/03 relative à l'application des règles de concurrence de la Communauté européenne aux systèmes de virement transfrontaliers (JO 1995, C 251, p. 3).

15 — Décision 87/13/CEE de la Commission, du 11 décembre 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/261-A — Association belge des banques) (JO 1987, L 7, p. 27).

16 — Décision 87/103/CEE de la Commission, du 12 décembre 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.356 — ABI) (JO 1987, L 43, p. 51).

17 — Ce point de la décision a été confirmé par le Tribunal de première instance dans l'arrêt CB et Europay/Commission, déjà cité.

ciation belge des banques. Dans l'arrêt Van Eycke <sup>18</sup>, cependant, la Cour a confirmé que les règles communautaires de concurrence étaient applicables à ces accords interbancaires sur les taux d'intérêt débiteur et créateur. Il résulte de cet arrêt qu'une réglementation nationale qui réserve le bénéfice d'une exonération fiscale, prévue, en matière d'impôt sur le revenu, en faveur de la rémunération tirée d'une certaine catégorie de dépôts d'épargne, aux seuls dépôts pour lesquels sont respectés les taux d'intérêt et les primes maximaux fixés par voie réglementaire est incompatible avec les dispositions combinées de l'article 3, sous g), de l'article 5 et de l'article 85 du traité lorsqu'elles entérinent un accord interbancaire préexistant. Se fondant sur cet arrêt, la Commission s'est mise à examiner les accords relatifs à la détermination des taux d'intérêt qui lui avaient été notifiés, mais elle a clôturé son enquête sans adopter aucune décision répressive.

24. Enfin, la Commission a considéré que certains accords interbancaires qui lui avaient été notifiés n'étaient pas incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1, du traité parce qu'ils ne restreignaient pas de manière sensible le jeu de la concurrence <sup>19</sup> ou parce qu'ils n'affectaient pas le commerce entre les États membres.

25. En ce qui concerne la condition qui veut que les échanges intracommunautaires soient affectés, les critères appliqués par la Commission pour déterminer si tel est le cas ou non ne me paraissent pas excessivement cohérents <sup>20</sup>.

D'une part, le fait que les accords aient un champ d'application limité au territoire d'un seul État membre n'a pas empêché la Commission de constater que ces accords affectaient les échanges intracommunautaires. Pour aboutir à une telle conclusion, la Commission a tenu compte de la participation de succursales et de filiales de banques d'autres États membres ainsi que de filiales étrangères de banques nationales dans les associations bancaires qui avaient élaboré les accords <sup>21</sup>. Elle a également fait valoir que « des accords nationaux de prix s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre peuvent avoir pour effet de consolider un cloisonnement de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité » <sup>22</sup>.

D'autre part, la Commission a tenu compte de la nature du service bancaire objet de l'accord pour déterminer si une telle prestation engendrait ou non des opérations bancaires « transfrontalières ». Si tel était le cas (paiements internationaux, encaissement ou acceptation de titres de crédit étrangers, opé-

18 — Arrêt du 21 septembre 1988 (267/86, Rec. p. 4769).

19 — Concrètement, la Commission a estimé que les accords passés entre les banques d'un même État membre relativement aux horaires d'ouverture des agences, à un système de compensation bancaire, à un système commun de compensation permettant aux banques de prélever directement sur les comptes de leurs clients les sommes que ceux-ci leur devaient ne restreignaient pas la concurrence [décision 86/507/CEE de la Commission, du 30 septembre 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.362 — Irish Banks' Standing Committee) (JO L 295, p. 28)], pas davantage que les accords que les banques d'un même État membre passent entre elles relativement à la fabrication exclusive des eurochèques par des entreprises accréditées par les participants au système Eurochèque (décision Eurochèques uniformes) ou que l'accord sur les opérations en devises étrangères ou en liras italiennes sur des comptes étrangers (décision ABI).

20 — Voir, également, les critiques formulées par Dassesse, M., Isaacs, S., et Penn, G., op. cit., p. 273 à 277.

21 — Décision ABI, déjà citée, point 46, à propos des accords que l'ABI avait mis au point pour un nouveau type uniforme de chèque touristique en liras italiennes et pour le service d'encaissement ou d'acceptation d'effets, de documents, de chèques bancaires ou autres titres de crédit payables en Italie.

22 — Décision Association belge des banques, déjà citée, point 39.

rations en devises, etc.), la Commission a considéré qu'il y avait une incidence défavorable sur le commerce entre États membres. Lorsque le service bancaire avait un caractère « interne » par l'effet de dispositions contractuelles ou pour des raisons techniques, la Commission a estimé qu'il n'affectait pas les échanges intracommunautaires de manière sensible. Dans la décision ABI, elle a considéré que les services sur lesquels portait l'accord interbancaire Bancomat relatif aux distributeurs automatiques, le service des coffres-forts<sup>23</sup>, le service de conservation des valeurs et le service de domiciliation des factures d'eau, de gaz et de téléphone étaient des services bancaires à caractère « interne ».

26. J'estime, quant à moi, que les critères que la Commission a appliqués dans ses décisions relatives à des accords interbancaires pour déterminer si ceux-ci affectaient les échanges intracommunautaires doivent être révisés en profondeur afin de renforcer l'application des articles 85 et 86 qui doit être faite au secteur bancaire. En effet, la distinction entre les services bancaires à caractère transfrontalier et les services bancaires de nature purement interne ou nationale ne peut être maintenue aujourd'hui pour un certain nombre de raisons que je vais m'employer à exposer en détail.

23 — Au point 58 de la décision 89/512/CEE de la Commission, du 19 juillet 1989, relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE (IV/31.499 — Banques néerlandaises), la Commission a également estimé que les services de location de coffres-forts étaient des services de nature « interne » et n'affectaient pas les échanges intracommunautaires de manière sensible.

En premier lieu, le développement technologique est en train de révolutionner l'activité bancaire et permet la prestation de services bancaires dans d'autres États membres que l'État d'origine de la banque. Comme la Commission l'a elle-même admis, les nouvelles technologies appliquées à l'activité bancaire (les guichets électroniques, le téléphone et l'ordinateur; ce qu'il est convenu d'appeler le « home banking ») vont également faciliter la distribution de services bancaires en dehors du marché national<sup>24</sup>.

En deuxième lieu, la libéralisation des mouvements de capitaux dans la Communauté et dans le monde entier stimule l'internationalisation de toutes les activités bancaires. Ce phénomène est favorisé par la globalisation de l'économie mondiale.

Enfin, la directive 89/646/CEE<sup>25</sup>, qui devait être transposée dans les ordres juridiques internes des États membres avant le 1<sup>er</sup> janvier 1993, a rendu plus facile l'accès des banques européennes aux marchés bancaires des États membres autres que leur État d'origine grâce à l'introduction de l'autorisation bancaire unique<sup>26</sup>. Cette deuxième directive d'harmonisation bancaire contient les trois piliers sur lesquels le marché unique bancaire de la Communauté est en train de se construire. Ces trois piliers sont l'harmonisation

24 — Décision BNP — Dresdner Bank, déjà citée, point 15.

25 — Deuxième directive du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JO L 386, p. 1).

26 — Selon Bertolotti, A.: « Le norme bancaria uniforme (NBU) e la regole anti-trust: una questione ancora aperta », *Giurisprudenza Italiana*, 1997, n° 3 mars, p. 170.

minimum des conditions d'exercice de l'activité bancaire, la reconnaissance mutuelle des autorisations d'exercice de l'activité bancaire qui sont délivrées par les États membres aux établissements de crédit et, enfin, le contrôle de ceux-ci par le seul État membre d'origine (home country control). Lorsque la troisième phase de l'Union économique et monétaire sera engagée conformément à l'article 109 J, paragraphe 4, du traité, l'introduction de la monnaie unique favorisera la consolidation de ce marché bancaire unique. Encourager la libre concurrence entre les banques des États membres est un élément important du bon fonctionnement de ce marché bancaire unique. Cette libre concurrence doit s'étendre à tous les services offerts par les banques. Il semble dès lors inacceptable de considérer que certains de ces services doivent continuer à être commercialisés dans le cadre de marchés nationaux limités au territoire de chacun des États membres.

27. C'est cette réflexion générale qui me servira de fil conducteur pour les réponses que je vais à présent proposer à la Cour de donner aux questions préjudicielles qui lui ont été déférées.

### Les questions préjudicielles

28. Par les quatre questions préjudicielles qu'il lui a posées, le Tribunale di Genova entend amener la Cour à se prononcer sur la compatibilité, avec l'article 85 (première et troisième questions) et avec l'article 86 (deuxième

et quatrième questions), de certaines clauses figurant parmi les CBU de l'ABI qui sont applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant ainsi qu'aux contrats de cautionnement général auxquels doivent souscrire les clients qui souhaitent obtenir un tel crédit. La juridiction nationale demande également à la Cour de lui préciser les conséquences qu'aurait, pour les contrats individuels que les banques ont conclus avec leurs clients, un arrêt dans lequel elle déclarerait que ces CBU sont incompatibles avec le droit communautaire (deuxième et quatrième questions).

### *Sur l'application de l'article 85*

29. L'article 85, paragraphe 1, est applicable lorsqu'est démontrée l'existence d'un accord entre entreprises, d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

30. Dans les affaires en cause, le Tribunale di Genova considère que les conditions générales applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général en vertu des CBU de l'ABI constituent incontestablement une décision d'association d'entreprises au sens du paragraphe 1 de l'article 85. C'est la raison pour laquelle il ne demande pas à la Cour de

se prononcer sur ce point. Je partage, pour ma part, l'appréciation qu'a portée la juridiction italienne, appréciation que corrobore la jurisprudence de la Cour relative à l'existence de décisions d'associations d'entreprises<sup>27</sup>, jurisprudence dont la Commission a fait application dans sa décision ABI tout comme la Banca d'Italia dans sa décision n° 12/94.

31. Les doutes que le Tribunale di Genova exprime dans les première et troisième questions préjudicielles qu'il a adressées à la Cour portent sur la réunion, dans les affaires en cause, des deux autres conditions nécessaires pour que l'article 85, paragraphe 1, puisse s'appliquer, à savoir la restriction de la concurrence et l'incidence défavorable sur les échanges intracommunautaires.

#### La restriction de la concurrence

32. Pour qu'une décision d'association d'entreprises soit contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité, il faut qu'elle ait « ... pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ... ». Conformément à la jurisprudence de la Cour, il y a restriction de la concurrence au sens du paragraphe 1 de l'article 85 lorsque les opérateurs économiques cessent de déterminer

leur stratégie commerciale de manière autonome. Cette exigence d'autonomie ne les empêche cependant pas de s'adapter intelligemment au comportement de leurs concurrents, mais elle est, en revanche, incompatible avec toute prise de contact directe ou indirecte entre les opérateurs économiques, ayant pour objet ou pour effet de modifier les conditions normales de la concurrence sur le marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du marché<sup>28</sup>.

33. Conformément à la jurisprudence de la Cour<sup>29</sup>, il faut tout d'abord vérifier si la décision d'association d'entreprises a pour objet de restreindre la concurrence. Si tel est le cas, la condition énoncée à l'article 85, paragraphe 1, est remplie et il n'est pas nécessaire d'analyser les effets de la décision. En revanche, si elle n'a pas pour objet de restreindre la concurrence, il y a lieu d'en analyser les effets afin de déterminer si elle l'a restreinte ou non<sup>30</sup>.

27 — Voir, notamment, les arrêts du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission (affaires jointes 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125), et du 27 janvier 1987, Verband der Sachversicherer/Commission (45/85, Rec. p. 405).

28 — Arrêts du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, points 173 et 174), et Züchner, déjà cité, points 13 et 14.

29 — Voir, en particulier, les arrêts du 30 juin 1966, Société technique minière (56/65, Rec. p. 337 et suiv., en particulier p. 359); du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission (56/64 et 58/64, Rec. p. 429); du 11 décembre 1980, L'Oréal (31/80, Rec. p. 3775, point 19); du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission (42/84, Rec. p. 2545, point 18); Verband der Sachversicherer/Commission, déjà cité, point 39, et du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission (142/84 et 156/84, Rec. p. 4487).

30 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Tesouro sous l'arrêt du 15 décembre 1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641, points 15 et 16).

Les effets d'une décision d'association d'entreprises doivent être jugés en fonction de la concurrence que connaîtrait le marché en l'absence de cette décision. C'est pourquoi, la Cour estime que, pour examiner ces pratiques restrictives de la concurrence, la Commission « ... doit se fonder sur une appréciation des accords dans leur ensemble ... », examen qui exige d'elle qu'elle tienne compte aussi bien des effets réels que des effets potentiels que ces décisions d'association d'entreprises ont ou peuvent avoir sur la concurrence<sup>31</sup>, et qu'elle tienne également compte du contexte économique global dans lequel s'exercerait le jeu de la concurrence en l'absence de pareilles décisions<sup>32</sup>. Il faut de surcroît que la décision ait un effet sensible sur la concurrence<sup>33</sup>.

34. En ce qui concerne les clauses controversées que contiennent les CBU de l'ABI en matière de contrats d'ouverture de crédit en compte courant et les contrats de cautionnement général dont sont assortis les premiers, elles n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence mais, en revanche, elles produisent, à mon avis, un effet clairement restrictif de la concurrence.

35. Les clauses des CBU conformément auxquelles le taux d'intérêt est déterminé lors de l'ouverture d'un crédit limitent l'autonomie des banques membres de l'ABI et leur liberté de définir leur stratégie commerciale dans le

domaine de ce type de service financier. En effet, les CBU les obligent à inclure dans les contrats d'ouverture de crédit des clauses les autorisant à augmenter le taux d'intérêt en fonction des variations du marché monétaire sans qu'elles soient tenues d'en aviser préalablement les clients ni d'obtenir leur consentement puisqu'il leur suffit, conformément aux CBU, d'afficher un avis dans leurs agences, ou d'avertir leur clientèle de la manière qu'elles considéreront la plus adéquate. Bien que les CBU ne fixent pas directement le taux d'intérêt que la banque percevra pour la prestation du service qu'elle fournit, taux qui peut faire l'objet de négociations avec le client, elles empêchent la banque de lui proposer des conditions plus avantageuses lors de l'ouverture d'un crédit, comme un taux d'intérêt fixe ou variable, assorti de l'obligation, pour la banque, d'aviser préalablement son client des modifications à intervenir dans le taux de rémunération du service.

36. Les clauses des CBU de l'ABI applicables aux contrats de cautionnement général produisent également un effet restrictif de la concurrence en matière de prestation du service financier d'ouverture de crédit. Ces clauses dérogent aux règles du CC italien et ménagent aux banques qui concluent des contrats de cautionnement général des conditions qui, à la fois, leur sont très favorables et leur confèrent les meilleures garanties<sup>34</sup>. L'existence de ces CBU empêche les banques d'offrir à leurs clients qui sollicitent un service d'ouverture de crédit des conditions plus favorables pour le contrat connexe de cautionnement général. Le client trouvera d'autant plus facilement des cautions que les conditions du cautionnement général seront moins sévères.

31 — Arrêts BAT et Reynolds/Commission, déjà cité, points 54 et 61, et du 27 février 1992, Vichy/Commission (T-19/91, Rec. p. II-415, point 59).

32 — Arrêt du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a. (C-399/93, Rec. p. I-4515, point 10).

33 — Arrêt du 9 juillet 1969, Völk (5/69, Rec. p. 295).

34 — Voir le point 9 *supra*.

Ces conditions constituent ainsi un élément décisif lorsqu'il s'agit de passer un contrat d'ouverture de crédit avec une banque.

37. Les conditions générales que contiennent les CBU influencent donc les possibilités qu'ont les banques membres de l'ABI de décider des conditions qu'elles souhaitent réserver à leurs clients en fonction de leur situation interne de rentabilité, de leur spécialisation et de leur politique commerciale. Comme l'immense majorité des banques italiennes sont membres de l'ABI, les clients voient leurs possibilités de choix considérablement réduites lorsqu'ils souhaitent passer un contrat d'ouverture de crédit en compte courant et doivent souscrire un contrat de cautionnement général puisque les CBU restreignent la concurrence entre les banques. Ces clients ne peuvent donc espérer obtenir des avantages en s'adressant à une banque plutôt qu'à une autre pour obtenir une prestation de service sous forme d'ouverture de crédit. Les conditions des CBU qui ont trait à la détermination du taux d'intérêt sont une composante du prix final que le client devra payer à la banque pour le service d'ouverture de crédit et elles constituent donc un élément fondamental de la concurrence, qui affecte directement les relations entre les établissements bancaires et leur clientèle. La même réflexion s'impose en ce qui concerne les conditions du contrat de cautionnement général, qui affectent la relation entre la banque et son client bien qu'elles ne soient pas directement liées au prix du service d'ouverture de crédit.

38. Pour le surplus, les CBU relatives à l'ouverture de crédit et au cautionnement

général produisent un effet restrictif de la concurrence non négligeable puisque la marge de manœuvre des banques, lorsqu'elles négocient initialement le taux d'intérêt et les autres conditions de l'ouverture de crédit avec le client, est réduite dès l'instant où ce taux d'intérêt est, dans une large mesure, déterminé par le niveau des taux d'intérêt en vigueur sur le marché des capitaux.

L'incidence sur le commerce intracommunautaire

39. Selon une jurisprudence constante de la Cour, « pour qu'une décision, un accord ou une entente soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres, ils doivent, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres »<sup>35</sup>. De surcroît, pour que le commerce entre les États membres soit affecté au sens de l'article 85, paragraphe 1, il faut que l'incidence que les pratiques restrictives de la concurrence ont sur lui soit sensible<sup>36</sup>.

35 — Arrêts du 17 juillet 1997, Ferriere Nord/Commission (C-219/95 P, Rec. p. I-4411, point 20); Van Landewyck/Commission, déjà cité, point 170, et Société technique minière, déjà cité. Voir, également, l'arrêt du Tribunal de première instance du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission (T-213/95 et T-18/96, Rec. p. I-1739, point 175).

36 — Arrêts du 25 novembre 1971, Béguelin (22/71, Rec. p. 949, point 16), et du 1<sup>er</sup> février 1978, Miller/Commission (19/77, Rec. p. 131, point 15).

La Cour a également déclaré qu'« en interdisant les accords ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres, l'article 85, paragraphe 1, du traité n'exige pas qu'il soit établi que de tels accords ont, en effet, sensiblement affecté ces échanges, preuve qui, dans la plupart des cas, ne saurait d'ailleurs que difficilement être administrée à suffisance de droit, mais demande qu'il soit établi que ces accords sont de nature à avoir un tel effet »<sup>37</sup>. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de démontrer effectivement que le commerce intracommunautaire est affecté par les accords en cause; il suffit de démontrer l'existence d'une probabilité suffisante que l'accord ait actuellement ou potentiellement une incidence sur les échanges entre États membres<sup>38</sup>.

les échanges intracommunautaires. Dans ces arrêts, elle a tenu compte des moyens dont les parties à l'accord litigieux disposaient pour assurer que leur clientèle leur soit fidèle, de l'importance relative de l'accord sur le marché en cause et du contexte économique dans lequel l'accord devait s'appliquer<sup>40</sup>. Il existe donc une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un État membre affecte les échanges intracommunautaires. Cette présomption ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire.

40. En ce qui concerne les pratiques restrictives de la concurrence qui s'étendent à l'ensemble du territoire d'un État membre, la Cour a dit pour droit qu'elles affectent le commerce intracommunautaire parce que, par leur nature même, de telles pratiques ont pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité et assurant une protection à la production nationale<sup>39</sup>. Dans d'autres arrêts, la Cour a relativisé le caractère automatique de l'incidence défavorable que les pratiques restrictives de la concurrence qui s'étendent à l'ensemble du territoire d'un État membre peuvent avoir sur

41. Dans les observations qu'elle a présentées dans les affaires en cause, la Commission a déclaré que les CBU applicables aux contrats de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général n'affectent pas les échanges intracommunautaires et que, par tant, l'article 85 ne leur était pas applicable, sans préjudice de l'application éventuelle du droit italien de la concurrence. La Commission fonde sa conclusion sur deux raisons, à savoir que les contrats en cause concernent des services bancaires qui n'ont pas un caractère essentiellement transfrontalier et que la prestation de ce type de service n'est pas un élément déterminant pour l'entrée sur le marché financier italien de banques originaires d'autres États membres.

37 — Arrêts Ferriere Nord/Commission, déjà cité, point 19, et Miller/Commission, déjà cité, point 15.

38 — Voir Waelbroeck, M. et Frignani, A., *op. cit.*, p. 206 et 207.

39 — Arrêts du 17 octobre 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Commission (8/72, Rec. p. 977, point 29), et Remia c.a./Commission, déjà cité, point 22. Voir, également, les arrêts du Tribunal de première instance du 21 février 1995, SPO c.a./Commission (T-29/92, Rec. p. II-289, point 229), et SCK et FNK/Commission, déjà cité, point 179.

40 — Arrêt du 26 novembre 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique c.a./Commission (73/74, Rec. p. 1491, point 27).

42. J'estime, quant à moi, que l'argumentation de la Commission n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour puisque les CBU applicables aux contrats d'ouverture de crédit et aux contrats de cautionnement général affectent de manière sensible le commerce intracommunautaire. Je me fonde en cela sur différentes raisons.

En premier lieu, l'ouverture de crédit en compte courant est un service financier qui peut être fourni selon toutes les modalités que connaît le droit communautaire et qui, par conséquent, peut avoir un caractère transfrontalier. La mondialisation des activités bancaires, l'utilisation des nouvelles technologies dans la prestation des services financiers et l'implantation du marché bancaire unique facilitent la réalisation des opérations bancaires entre États membres, y compris l'ouverture de crédit et le cautionnement général. On peut ainsi parfaitement imaginer qu'un client italien s'adresse à une banque établie dans un autre État membre pour conclure avec elle un contrat d'ouverture de crédit en compte courant si les conditions offertes par cette banque lui paraissent plus favorables que les conditions appliquées par les banques établies en Italie. De la même manière, une banque d'un autre État membre peut souhaiter fournir des services d'ouverture de crédit en compte courant en Italie au départ de son État d'origine ou par le truchement de filiales ou de succursales qu'elle ouvrirait en Italie. La réalisation complète du marché intérieur favorise la « communautarisation » de tous les services financiers. J'estime donc que la distinction que la Commission a faite dans ses décisions entre les services financiers à caractère national et les services financiers à caractère transfrontalier n'est pas pertinente.

En deuxième lieu, les CBU que l'ABI fait appliquer par tous ses membres, qui représentent la quasi-totalité des banques qui opèrent en Italie, provoquent une compartimentation du marché italien des services financiers d'ouverture de crédit, compartimentation qui entrave la mise en place d'un marché unique de ce type de services dans tous les États membres et l'interpénétration économique qui est un des objectifs du traité.

En troisième lieu, il existe un nombre important d'établissements bancaires italiens qui sont des filiales ou des succursales de banques d'autres États membres et qui se voient « forcés » d'appliquer les CBU relatives aux services d'ouverture de crédit en raison des avantages que l'appartenance à l'ABI représente pour elles.

En quatrième lieu, les CBU constituent une décision d'association d'entreprises qui s'applique à l'ensemble du territoire d'un État membre et qui affecte la quasi-totalité des opérations bancaires, y compris les opérations d'ouverture de crédit et de cautionnement général. Le contexte économique dans lequel les CBU s'insèrent n'offre, selon moi, aucun élément susceptible d'écarter la présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence qui présente ces caractéristiques et qui s'applique à l'ensemble de l'Italie affecte le commerce entre les États membres.

Enfin, l'ouverture de crédit en compte courant est le principal contrat bancaire actif,

contrat grâce auquel les banques assurent un service financier d'une importance capitale pour les entreprises <sup>41</sup>. Si l'on considère que le marché en cause dans les présentes affaires est constitué par ce service d'ouverture de crédit en compte courant, service fourni moyennant une garantie sous forme d'un cautionnement général, il est incontestable que les CBU de l'ABI entravent le commerce intracommunautaire de manière très sensible puisque la quasi-totalité des banques qui opèrent en Italie les appliquent et puisqu'elles réduisent considérablement la concurrence entre les fournisseurs de ces services. Même si l'on admet que le marché en cause est constitué par l'ensemble des services bancaires offerts en Italie, l'importance du service d'ouverture de crédit et de son pendant, le cautionnement général, implique que les CBU de l'ABI applicables à ces opérations ont une incidence sensible et significative sur le commerce intracommunautaire.

43. Les raisons que je viens d'exposer démontrent l'existence d'une probabilité suffisante que les CBU affectent de manière sensible le commerce entre les États membres, aussi bien dans le moment présent qu'à l'avenir.

44. Par conséquent, je considère que des conditions générales qui présentent les caractéristiques que nous avons relevées dans les

CBU de l'ABI applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général sont incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1, du traité.

#### *Sur l'application de l'article 86*

45. L'article 86 interdit, « dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

46. Le Tribunale di Genova souhaite que la Cour lui dise si les banques regroupées au sein de l'ABI occupent une position dominante collective et, en cas de réponse affirmative, si l'application des CBU aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général que ces banques concluent avec leurs clients constitue une exploitation abusive de cette position dominante, incompatible avec l'article 86.

47. Dans ses observations, la Commission a souligné que le seul fait que l'ABI regroupe la presque totalité des banques italiennes ne paraît pas suffisant pour conclure que ses

41 — Sánchez Miguel, M. A.: « Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito », dans García Villaverde, R. (dir.): *Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 160, affirme que l'ouverture de crédit est le prototype des opérations bancaires actives et qu'il s'agit « ... du contrat le plus utilisé par les entreprises et qui rapporte de grands bénéfices aux banques puisque ce service est grevé de charges économiques d'un volume considérable ... ».

membres détiennent ensemble une position dominante collective sur le marché bancaire italien. Je partage pleinement l'opinion de la Commission, qui est d'ailleurs clairement corroborée par la jurisprudence de la Cour.

48. En effet, la Cour et le Tribunal ont admis que l'article 86 pouvait s'appliquer à ce qu'il est convenu d'appeler une position dominante collective, signalant qu'on ne peut exclure que, sur un marché concret, deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient unies par des liens économiques tels qu'elles se trouvent ainsi conjointement dans une position dominante par rapport aux autres opérateurs du même marché<sup>42</sup>. Selon la Cour, « ... pour conclure à l'existence d'une position dominante collective, il faudrait que les entreprises en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché »<sup>43</sup>.

Selon le Tribunal, pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, « il ne suffit pas de 'recycler' les faits constitutifs d'une infraction à l'article 85 en tirant de la constatation que les parties à un accord ou à une pratique illicite détiennent ensemble une

part de marché importante, que de ce seul fait elles détiennent une position dominante collective et que leur comportement illicite constitue l'abus de celle-ci »<sup>44</sup>.

49. Selon moi, les banques groupées au sein de l'ABI n'occupent pas une position dominante collective sur le marché bancaire italien parce que l'appartenance à cette association ne crée pas, entre les différents établissements bancaires, des liens économiques tellement étroits qu'ils leur feraient adopter une même stratégie commerciale.

50. L'appartenance à l'ABI n'empêche pas les banques membres de cette association de se comporter de manière individuelle sur le marché. Les membres de l'ABI se présentent sur le marché comme des entreprises pourvues de stratégies économiques autonomes. Leurs stratégies ne coïncident que pour les services à propos desquels l'ABI a adopté une décision restrictive de la concurrence, décision que tous les membres appliquent et qui tombe dans le champ d'application de l'article 85.

51. S'il fallait considérer que les membres de l'ABI occupent une position dominante collective, il faudrait appliquer le même jugement à toutes les associations professionnelles

42 — Arrêts du 27 avril 1994, *Almelo e.a.* (C-393/92, Rec. p. I-1477, point 42); du 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto* (C-96/94, Rec. p. I-2883, points 32 et 33), et du 17 octobre 1995, *DIP e.a.* (C-140/94, C-141/94 et C-142/94, Rec. p. I-3257, points 25 et 26). Voir également les arrêts du Tribunal de première instance du 10 mars 1992, *SIV e.a./Commission* (T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, point 358), et du 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission* (T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, Rec. p. II-1201, point 60).

43 — Arrêts *DIP e.a.*, déjà cité, point 26, et *Almelo e.a.*, déjà cité, point 42.

44 — Arrêts du Tribunal de première instance *SIV e.a./Commission*, déjà cité, point 360, et *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*, déjà cité, point 67.

qui regroupent la majeure partie des entreprises d'un secteur économique déterminé et les décisions de ces associations pourraient dans tous les cas être soumises à un contrôle au regard de l'article 86. A procéder de la sorte, on « recyclerait » systématiquement les éléments constitutifs d'une infraction à l'article 85 pour pouvoir, le cas échéant, appliquer l'article 86 par le biais de la notion de position dominante collective.

tiques de l'ABI n'occupent pas une position dominante collective sur le marché qui puisse justifier l'application de l'article 86 à leurs pratiques commerciales uniformes.

*Sur les effets de la déclaration d'incompatibilité des CBU avec les articles 85 ou 86 sur les contrats que les banques passent avec leurs clients*

J'estime à cet égard qu'il existe une nette différence entre le degré d'intégration des entreprises groupées dans une association professionnelle telle que l'ABI et le degré d'intégration des entreprises constituant une conférence maritime. Il résulte de la jurisprudence communautaire<sup>45</sup> que les entreprises membres d'une conférence maritime peuvent occuper une position dominante parce que, vis-à-vis des clients, elles se présentent sur le marché comme une seule et même entité. Les entreprises regroupées au sein d'une association professionnelle, en revanche, ne se comportent pas sur le marché comme une entité intégrée.

53. Par ses deuxième et quatrième questions préjudicielles, le Tribunale di Genova entend amener la Cour à lui préciser les conséquences qu'une déclaration d'incompatibilité avec les articles 85 ou 86 des CBU applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général aurait sur les contrats individuels conclus entre les banques et leurs clients qui contiennent les conditions générales établies par les CBU.

52. J'estime en conséquence que les entreprises regroupées au sein d'une association professionnelle qui présente les caractéris-

54. Le paragraphe 2 de l'article 85 frappe de nullité de plein droit les accords ou décisions qui enfreignent le paragraphe 1 de cet article. Selon la jurisprudence de la Cour, cette nullité frappe l'accord ou la décision d'association d'entreprises dans son ensemble lorsque les éléments qui violent spécifiquement le paragraphe 1 de l'article 85 ne peuvent être dissociés de l'ensemble de l'accord ou de la décision. En outre, les juridictions nationales sont compétentes, en vertu de l'effet direct de

45 — Arrêts du Tribunal de première instance SIV c.a./Commission, déjà cité, point 359, et Compagnie maritime belge transports c.a./Commission, déjà cité, point 65.

l'article 85, à constater la nullité prévue par le paragraphe 2 de l'article 85 <sup>46</sup>.

d'une décision d'association d'entreprises lorsque ces conditions générales sont incompatibles avec le paragraphe 1 de l'article 85.

En ce qui concerne les conséquences de la déclaration de la nullité de plein droit, il existe une jurisprudence constante de la Cour conformément à laquelle « ... les conséquences de la nullité de plein droit des clauses contractuelles incompatibles avec l'article 85, paragraphe 1, pour tous les autres éléments de l'accord ou pour d'autres obligations qui en découlent, ne relèvent pas du droit communautaire. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier, en vertu du droit national applicable, la portée et les conséquences, pour l'ensemble des relations contractuelles, d'une éventuelle nullité de certaines clauses contractuelles en vertu de l'article 85, paragraphe 2. C'est en vertu du droit national qu'il y a, notamment, lieu d'apprécier si une telle incompatibilité peut avoir pour conséquence d'obliger les parties contractantes à adapter le contenu de leur contrat afin de le faire échapper à la nullité ... » <sup>47</sup>.

La question posée par le Tribunale di Genova est néanmoins différente. En effet, cette juridiction s'interroge sur les conséquences que la nullité des CBU de l'ABI aurait sur les contrats d'ouverture de crédit et de cautionnement général que les banques ont conclus avec leurs clients et qui appliquent les conditions générales incompatibles avec le paragraphe 1 de l'article 85.

56. Bien que la question soit différente, la jurisprudence de la Cour à laquelle je viens de me référer permet, comme la Commission l'a indiqué dans ses observations, une réponse foncièrement identique.

55. Selon cette jurisprudence, la juridiction nationale doit appliquer son droit interne pour déterminer les conséquences que l'application de l'article 85, paragraphe 2, à des conditions générales telles que les CBU de l'ABI applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général peuvent avoir sur la totalité

Si les conséquences que la nullité de certaines clauses d'une décision d'association d'entreprises peut avoir sur les autres éléments de la décision sont régies par les règles du droit national, *a fortiori* les conséquences de cette nullité sur les contrats qui ont été conclus en application de cette décision doivent être déterminées à la lumière des règles du droit interne applicable en matière de nullité des contrats. A cet effet, les règles nationales les plus particulièrement pertinentes seront celles qui ont trait aux vices du consentement et à la licéité de l'objet ou de la cause des contrats.

46 — Arrêt du 6 février 1973, Brasserie de Haecht (48/72, Rec. p. 77, point 4).

47 — Arrêts du 18 décembre 1986, VAG France (10/86, Rec. p. 4071, points 14 et 15); du 14 décembre 1983, Société de vente de ciments et bétons de l'Est (319/82, Rec. 4173, points 11 et 12), et Société technique minière, déjà citée, Rec. p. 337.

La juridiction nationale n'est pas tenue de déduire automatiquement de la nullité des éléments de la décision d'association d'entreprises déclarés nuls par application du paragraphe 2 de l'article 85 que les contrats individuels conclus en application de cette décision sont nuls également. Elle pourra appliquer d'autres sanctions prévues par son droit interne en matière de contrats, telles que l'annulabilité, l'inopposabilité de certaines clauses, la réparation du préjudice ou la répétition de l'indû, si elle juge ces sanctions plus adéquates pour résoudre le cas dont elle est saisie.

57. La liberté qu'a la juridiction nationale d'appliquer son droit interne pour déterminer les conséquences de la nullité sur les contrats individuels conclus sur la base d'éléments d'une décision d'association d'entreprises incompatibles avec l'article 85 est soumise à une restriction importante par la jurisprudence générale que la Cour a dégagée en matière de protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent des dispositions du droit communautaire<sup>48</sup>. Cette jurisprudence exige qu'il y ait une équivalence, tant au niveau de la procédure que du fond, entre la protection des droits des particuliers qui ont été lésés par la violation d'une règle de droit communautaire et la protection des droits des particuliers qui ont été lésés par la violation d'une règle de droit similaire de droit interne.

Le droit italien comporte une règle pratiquement identique à l'article 85. C'est pourquoi,

dans les affaires qui nous occupent aujourd'hui, les conséquences que la nullité de certaines conditions générales des CBU de l'ABI pour violation de l'article 85 aura sur les contrats individuels que les banques ont conclus avec leurs clients doivent être comparables aux conséquences qui résulteraient de la violation de la règle équivalant à cet article que contient la loi n° 287/90.

58. Je considère que les banques regroupées au sein de l'ABI n'occupent pas une position dominante collective et que, partant, les CBU n'enfreignent pas l'article 86. Néanmoins, si la Cour devait retenir une telle infraction, ses conséquences sur les contrats individuels conclus entre les banques et leurs clients en application des CBU devraient être déterminées au moyen des règles du droit interne<sup>49</sup>. Cette solution s'impose de manière encore plus catégorique lorsqu'il s'agit d'une violation de l'article 86 parce qu'il ne contient aucune disposition comparable au paragraphe 2 de l'article 85.

59. Par conséquent, les effets que l'incompatibilité avec l'article 85 de conditions générales telles que celles qui figurent dans les CBU de l'ABI applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général auront sur les contrats individuels conclus par les banques avec leurs clients doivent être déterminés par les juridictions nationales conformément aux règles pertinentes de leur droit interne.

48 — Voir, notamment, les arrêts du 17 juillet 1997, *Haar Petroleum* (C-90/94, p. I-4085, point 46); du 17 juillet 1997, *GT-Link* (C-242/95, Rec. p. I-4449, point 27); du 27 février 1997, *Ebony Maritime et Loten Navigation* (C-177/95, Rec. p. I-1111, point 35); du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame* (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 90), et du 14 décembre 1995, *Peterbroeck* (C-312/93, Rec. p. I-4599, point 12).

49 — Arrêt du 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro* (66/86, Rec. p. 803, point 45).

## Conclusion

Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles qui lui ont été posées par le Tribunale di Genova:

- « 1) Des conditions générales qui présentent les caractéristiques des clauses des CBU de l'ABI applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général sont contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité.
  
- 2) Les entreprises regroupées au sein d'une association professionnelle qui présente les caractéristiques de l'ABI n'occupent pas une position dominante collective sur le marché qui puisse justifier l'application de l'article 86 à leurs pratiques commerciales uniformes.
  
- 3) Les effets que l'incompatibilité avec l'article 85 de conditions générales telles que celles qui figurent dans les CBU de l'ABI applicables aux contrats d'ouverture de crédit en compte courant et aux contrats de cautionnement général auront sur les contrats individuels conclus par les banques avec leurs clients doivent être déterminés par les juridictions nationales conformément aux règles pertinentes de leur droit interne. »