

Fusions-acquisitions

Le contrôle des concentrations applicable au secteur bancaire

Les autorités compétentes pour contrôler les opérations de concentrations réalisées par les établissements de crédit en France diffèrent selon la nature des activités et la dimension des groupes considérés.

LA PRISE DE CONTRÔLE DU CRÉDIT lyonnais par le Crédit agricole a relancé, en France, un débat ancien concernant les règles de contrôle applicables aux opérations de concentration réalisées par les établissements de crédit. Les questions soulevées à l'occasion de cette

transaction (mais également à l'occasion de quelques autres transactions de taille plus modeste) s'expliquent en grande partie par l'adoption, en France, de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et l'entrée en vigueur des nouvelles règles françaises de contrôle des concentrations résultant de l'adoption du décret d'application du 30 avril 2002. En effet, alors que la réglementation française de contrôle des concentrations antérieurement en vigueur¹ ne prévoyait qu'un système de notification facultative, le nouveau dispositif a rendu obligatoire la notification des opérations de concentrations entrant dans les seuils français de notification.

Si des acquisitions réalisées par

des établissements de crédit depuis l'entrée en vigueur des nouvelles règles françaises de contrôle des concentrations ont bien été notifiées au ministre de l'Economie, le périmètre précis du champ d'intervention du ministre au titre de ces opérations est demeuré relativement flou jusqu'à ce qu'intervienne la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole. Cette acquisition, de par son ampleur, a en effet relancé avec force le débat sur l'applicabilité du droit commun du contrôle des concentrations aux établissements de crédit, conduisant le ministre de l'Economie et des finances² à rendre un arbitrage de répartition des compétences en la matière entre les autorités de tutelle bancaire et les autorités de droit commun de contrôle des concentrations.

Pour autant, un certain nombre de questions demeurent en suspens quant aux règles précises applicables au secteur bancaire en matière de contrôle des concentrations, en particulier s'agissant de la nature des services sur lesquels les autorités de tutelle bancaire exercent un contrôle, et des règles qu'il incombe à ces autorités d'appliquer.

Le projet de lignes directrices de la DGCCRF relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôles, lesquelles se bornent

simplement, en la matière, à énoncer en guise de préambule que « Les règles de concurrence ne peuvent véritablement être efficaces que si elles s'appliquent à l'ensemble des secteurs économiques », ne permettent pas de répondre à ces questions. Nul doute, dans ces conditions, que l'arbitrage rendu en janvier dernier par le ministre de l'Economie et des Finances n'aura pas clos définitivement le débat.

L'ARTICLE L. 511-4 DU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Le Code monétaire et financier, et plus spécifiquement l'article L. 511-4 de ce Code, comporte des dispositions spécifiques concernant l'applicabilité des règles françaises de concurrence aux établissements de crédit – et non les entreprises d'investissement – sont visés par ces dispositions spécifiques, et uniquement pour ce qui concerne certaines de leurs activités. L'article L. 511-4 du Code monétaire et financier dispose que les règles françaises de concurrence visées par le Code de commerce, incluant les règles de contrôle des concentrations, s'appliquent aux établissements de crédit pour ce qui concerne leurs activités définies à l'article L. 511-3, à savoir leurs activités autres que les opérations de banque, les opérations connexes aux opérations de banque, et les prises et détentions de participations dans des entreprises existantes ou en création.



ÉDOUARD DIDIER

Managing partner, associé



FLORENCE NINANE

Avocat

Département Corporate Droit de la concurrence

Allen & Overy

Par une lecture a contrario de cet article, les opérations de banque, les opérations connexes aux opérations de banque, et les détentions et prises de participations des établissements de crédit ne devraient donc pas être soumises aux articles du Code de commerce relatifs au contrôle français des concentrations. Ces dispositions pourraient, dès lors, s'interpréter comme excluant, d'une manière générale, l'applicabilité des règles françaises de contrôle des concentrations à toute opération de concentration réalisée par un établissement de crédit par prise de participation au capital d'une autre entreprise, quelles que soient les activités considérées. On ne saurait pour autant en déduire que ces opérations échappent à tout contrôle sur le plan concurrentiel.

Retenant une interprétation plus restrictive des dispositions du Code monétaire et financier, le 8 janvier 2003, le ministre de l'Économie, dans un courrier adressé au gouverneur de la Banque de France, président du CECEI³, a précisé que le CECEI « dispose d'une compétence exclusive pour examiner, au titre du bon fonctionnement du système bancaire, l'ensemble des aspects des opérations de concentrations entre entreprises dont l'activité se compose uniquement d'opérations bancaires ou connexes au sens du Code monétaire et financier (art. L. 311-1 et L. 311-2). Lorsque les entreprises concernées exercent également

dans d'autres secteurs de l'économie, ou lorsqu'en application des articles 21 et 22 du Règlement (CE) n° 4064/89 du Conseil, la Commission européenne dispose d'une compétence exclusive pour examiner l'opération, la concentration doit faire l'objet d'une notification aux autorités de concurrence de droit commun, étant entendu par ailleurs que le Code de commerce ne s'applique pas aux activités bancaires et connexes ».

Il ressort des termes de cet arbitrage que les autorités compétentes, pour examiner les aspects concurrentiels des concentrations réalisées par les établissements de crédit en France, diffèrent selon la nature des activités considérées et la dimension des groupes concernés. Pour autant, le même objectif devrait être poursuivi par les autorités compétentes, à savoir examiner l'impact concurrentiel de l'opération, considéré par le CECEI comme faisant partie intégrante du contrôle qu'il opère quant au bon fonctionnement du système bancaire.

LE CONTRÔLE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

Indépendamment des règles françaises applicables aux établissements de crédit, toute opération de concentration, lorsque le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées atteint les seuils fixés à l'article premier du Règlement communautaire n° 4064/89 du 21 décembre 1989 (relatif au

contrôle des opérations de concentrations entre entreprises), doit être notifiée à la Commission européenne et autorisée avant de pouvoir être mise en œuvre.

Le droit communautaire, contrairement au droit français, n'opère pas de distinction selon le statut ou les activités des parties à l'opération. Le Règlement met toutefois en place des règles spécifiques de calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées, lorsque ces dernières sont des établissements de crédit ou autres établissements financiers. La Commission européenne a d'ailleurs rendu un grand nombre de décisions concernant des opérations de concentrations impliquant des établissements de crédit.

LE CONTRÔLE DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE

Les concentrations qui ne sont pas de dimension communautaire relèvent du contrôle du ministre de l'Économie pour ce qui concerne l'analyse de leur impact concurrentiel sur les secteurs d'activités autres que les opérations de banques et opérations connexes.

S'agissant des secteurs d'activités autres que les opérations bancaires et connexes des établissements de crédit, c'est-à-dire, essentiellement, les participations industrielles, l'assurance et l'immobilier, un certain nombre de décisions ont été rendues par le ministre de l'Économie au titre du contrôle des concentrations. On peut citer, notamment, l'acquisition, par la société Axa Banque, filiale du groupe Axa, du contrôle de la société Banque directe⁴, la création de la filiale commune Pétrofigaz par les sociétés Cofinoga et Gaz de France⁵, la prise de contrôle du Crédit coopératif par la Banque populaire⁶, la prise de contrôle de la société Finaref par le Crédit agricole⁷, la prise de contrôle de la société Selftrade par la société Boursorama, filiale de la Société générale⁸, et, bien entendu, la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le

Crédit agricole⁹. À l'occasion de cette dernière acquisition en particulier, le ministre de l'Economie a centré son analyse sur la location de coffres-forts, l'affacturage, le financement du commerce extérieur, l'assurance-crédit, l'assurance-vie et l'assurance-dommages. En revanche, le ministre n'a pas procédé à l'analyse concurrentielle de l'impact de cette acquisition sur les opérations de banques et opérations connexes des deux groupes, au titre des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce, renvoyant cette analyse à la seule compétence du CECEI.

LES CONCENTRATIONS SOUMISES AU CONTRÔLE DU CECEI

Quelles que soient les activités en cause et la dimension de l'opération (communautaire ou non), le CECEI est compétent pour approuver une opération de concentration impliquant un établissement de crédit au regard des impératifs de bon fonctionnement du marché bancaire. En pratique toutefois, la portée de ce contrôle du CECEI va-

C'est ainsi que le CECEI, dans son Rapport annuel 2001, a expressément précisé que la préservation de la concurrence figure parmi les critères retenus pour apprécier une opération de restructuration de grande ampleur¹⁰. Le CECEI fonde cette compétence sur une interprétation extensive de l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier¹¹, aux termes duquel le CECEI apprécie la compatibilité d'une opération avec le bon fonctionnement du système bancaire. Cette interprétation du CECEI n'a toutefois pas manqué de soulever des objections, comme en témoigne le recours présenté par le syndicat Force ouvrière devant le Conseil d'Etat à l'encontre de la décision du CECEI du 14 mars 2003 autorisant la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole.

À supposer que, le 16 mai prochain, le Conseil d'Etat valide l'interprétation du CECEI quant à la portée du contrôle opéré par cette autorité au titre du « *bon fonctionnement du système bancaire* », on peut penser que l'autorité de tutelle

bancaire sera amenée à développer dans ses décisions à venir une grille d'analyse similaire à celle qu'applique, ministre de l'Economie, pour apprécier si l'opération est ou non susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés. Dans son Rapport annuel 2001, le CECEI a d'ailleurs précisé qu'« *il peut, dans certains cas, être nécessaire de fournir des indications sur les incidences de l'opération de concentration, notamment les conséquences sur chacun de ses principaux marchés sur lesquels le nouveau groupe opérera. De manière générale, il doit être établi, d'une part, des calculs de parts de marché global et par zone géographique, et d'autre part, par ligne de métiers (dépôts, crédits, financements spécialisés, financement des PME, gestion d'actifs...).* Par ailleurs, il doit être communiqué au Comité les formalités à ac-

complir auprès des autorités de régulation de la concurrence, qu'elles soient nationales, communautaires ou d'autres pays. »

On voit se dessiner, à la lecture de ces quelques lignes, une approche de définition de marché des opérations de concentration du secteur bancaire par le CECEI. Bien entendu, l'approche précise de définition de marché que retiendra le CECEI au cas par cas dépendra des activités des parties en cause, et l'on peut supposer que le CECEI, pour son analyse, s'inspirera des décisions rendues en la matière par la Commission européenne. Si tel était le cas, les segmentations que le CECEI présente dans son Rapport annuel devront faire l'objet de subdivisions complémentaires pour distinguer, en particulier, les services offerts aux particuliers de ceux offerts aux entreprises.

C'est ainsi que, dans sa décision récente du 13 mars 2003 autorisant, sous conditions, la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, le CECEI a défini, notamment, un marché pertinent de la banque de détail, de dimension départementale. On relèvera d'ailleurs qu'en délimitant le marché au niveau départemental, le CECEI a choisi de ne pas suivre l'analyse qu'avait retenue le ministre de l'Economie dans cette affaire pour ce qui concerne les services de location de coffres-forts des parties, examinés quant à eux à l'échelle de « *micro-zones* » définies comme étant des « *bassins de vie regroupant des communes liées entre elles par une attraction forte, du point de vue des services ou du travail* »¹².

Sur le plan de la procédure, de la même façon que les autorités de concurrence de droit commun invitent les tiers intéressés à leur faire parvenir leurs commentaires sur toute opération de concentration notifiée, le CECEI, à l'occasion de la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, a entendu procéder de la même manière. Ainsi, le 10 janvier 2003, l'autorité

“ Le droit communautaire, contrairement au droit français, n'opère pas de distinction selon le statut ou les activités des parties à l'opération. ”

rie selon la dimension de l'opération et la nature des activités concernées. En effet, ce n'est que lorsque l'opération de concentration n'entre pas dans les seuils communautaires que la portée du contrôle doit être considérée, selon le CECEI, comme recouvrant, au-delà du contrôle des règles prudentielles, une appréciation de l'impact concurrentiel de l'opération pour ce qui concerne les opérations de banque et opérations connexes aux opérations de banque des établissements de crédit en cause.

de tutelle bancaire a publié, sur le site internet de la Banque de France, un communiqué de presse invitant les tiers intéressés à lui transmettre leurs observations éventuelles, accompagnées de toutes données chiffrées ou tous éléments objectifs en leur possession jugés éclairants pour l'appréciation de l'impact de l'opération en cause en matière de concurrence.

Quant à l'issue de la procédure de contrôle, les autorités de concurrence de droit commun peuvent autoriser l'opération, le cas échéant sous condition du respect d'engagements pris par les parties, ou au contraire l'interdire. De ce point de vue également, on peut constater que le CECEI dispose de pouvoirs de la même nature. En effet, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a prévu que le CECEI peut assortir sa décision de conditions particulières visant en particulier à préserver le bon fonctionnement du système bancaire¹³. Il peut aussi subordonner l'octroi de l'agrément au respect d'engagements souscrits par l'établissement de crédit acquéreur. C'est d'ailleurs sur cette base que le CECEI, le 13 mars 2003, a subordonné l'autorisation de la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole à la cession de 85 agences bancaires et à l'obligation de ne pas ouvrir de nouvelles agences dans 32 départements, pendant deux années.

Par ailleurs, le CECEI, tout comme la Commission européenne (art. 8.5 du Règlement n° 4064/89) et le ministre de l'Economie, après avis du Conseil de la concurrence (art. L. 430-8, IV du Code de commerce) dans leur domaine respectif de compétence, peut ultérieurement retirer l'agrément délivré si

l'établissement de crédit ne remplit plus les engagements souscrits à l'occasion de l'acquisition, sans préjudice des sanctions susceptibles d'être prononcées par la Commission bancaire au titre de l'article L. 613-21 du Code monétaire et financier.

Bien entendu, on ne saurait déduire de ces quelques exemples que le contrôle opéré par le CECEI en matière concurrentielle est identique en tout point à celui opéré depuis de nombreuses années déjà par les autorités de contrôle de droit commun. À ce titre, on relèvera qu'à l'occasion de l'acquisition, par le Crédit agricole, du contrôle du Crédit lyonnais, l'analyse concurrentielle à laquelle a procédé le CECEI sur les marchés concernés par les opérations bancaires et connexes des deux groupes en cause peut sembler s'être essentiellement fondée sur les parts de marchés cumulées des deux groupes à l'issue de l'opération. Cette approche très mathématique des conséquences de l'opération sur le plan concurrentiel aurait sans doute pu être agrémentée d'une analyse plus détaillée, au cas par cas, des conditions réelles de concurrence en vigueur, indépendamment même des parts de marchés détenues par les parties.

LA PUBLICATION DES DÉCISIONS DU CECEI

On ne saurait davantage nier que la pratique du CECEI en la matière, à supposer que le Conseil d'Etat ne remette pas en cause prochainement sa compétence, sera nécessairement appelée à se développer avec le temps, en espérant que tous les moyens nécessaires seront mis à la disposition de cette autorité, afin d'éviter tout risque de

divergence de traitement. On peut d'ailleurs espérer que la publication des décisions du CECEI soit généralisée, afin de renforcer la transparence d'une procédure demeurée opaque, contrairement à la procédure de droit commun, jusqu'à la décision récente d'autorisation de la prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, publiée sur le site internet de la Banque de France.

Mais au-delà des aménagements nécessaires au système, que l'on peut appeler de nos vœux, la parfaite connaissance que le CECEI a pu acquérir du marché bancaire devrait lui permettre d'appréhender, dans de bonnes conditions, les caractéristiques du secteur et les conditions nécessaires à la protection des intérêts des consommateurs et à la préservation de la concurrence. ■

1 Dans sa rédaction issue de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

2 Courrier du 8 janvier 2003 adressé au gouverneur de la Banque de France, président du CECEI, non publié, cité dans la décision du ministre de l'Economie autorisant la transaction, en date du 28 janvier 2003.

3 Courrier non publié, cité dans la décision du ministre de l'Economie autorisant la transaction, en date du 28 janvier 2003.

4 Lettre du ministre du 16 juillet 2002, autorisant l'acquisition.

5 Décision du ministre autorisant la transaction le 27 novembre, 2002, non publiée à ce jour.

6 Décision du ministre autorisant la transaction le 18 décembre 2002, non publiée à ce jour.

7 Décision du ministre autorisant la transaction le 28 janvier 2003, non publiée à ce jour.

8 Autorisation tacite le 14 février 2003.

9 Décision du ministre autorisant la transaction le 28 janvier 2003, non publiée à ce jour.

10 Point 5.5.2.7 du Rapport annuel 2001 du CECEI.

11 Auquel renvoie l'article L. 511-12-1 du Code monétaire et financier.

12 Lettre du ministre de l'Economie du 28 janvier 2003, autorisant le projet d'offre publique du Crédit agricole sur le Crédit lyonnais, non publiée à ce jour.

13 Article L. 511-10 du Code monétaire et financier, auquel renvoie l'article L. 511-12-1 du même Code.