

# L'ANALYSE DE LA CONCURRENCE AU PLAN LOCAL DANS LE CADRE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS BANCAIRES



**OLIVIER BILLARD\***  
Avocat Associé  
Bredin Prat



**KARINE-AMÉLIE JOUVENSAL\***  
Avocat  
Bredin Prat

Dans le contexte de crise, le secteur bancaire est l'objet de toutes les attentions. Les restructurations se succèdent et les établissements bancaires français n'échappent pas au phénomène. L'occasion semble donc parfaite pour s'intéresser au contrôle des concentrations bancaires. D'autant que la récente décision d'autorisation du rapprochement des Banques Populaires et des Caisses d'Épargne par l'Autorité de la concurrence attire l'attention sur une spécificité française : l'analyse concurrentielle réalisée au niveau infranational.

**A**u terme de plusieurs mois caractérisés par de nombreux mouvements de restructuration au sein du secteur bancaire, et alors que les praticiens du droit de la concurrence se sont plus particulièrement concentrés sur les questions liées aux aides publiques au sauvetage ou à la restructuration des banques dans le contexte de la crise financière<sup>1</sup>, l'examen par la toute nouvelle Autorité de la concurrence française (« l'Autorité ») du premier rapprochement bancaire relevant de sa compétence<sup>2</sup> offre l'occasion de s'intéresser à

la manière dont le secteur bancaire est appréhendé par les autorités de concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations. Alors que depuis plusieurs décennies, le monde économique observe les phénomènes d'interpénétration et de mondialisation des marchés et activités financiers, il apparaît que certaines autorités de concurrence – et notamment les autorités de concurrence françaises – attachent une attention toute particulière aux variables locales qui caractérisent ces marchés. À cet égard, si l'examen de la pratique décisionnelle récente tend à montrer que les marchés bancaires ont été appréhendés, du point de vue de l'analyse concurrentielle, à différents niveaux géographiques, il apparaît très clairement que les opérations de concentrations bancaires sont – à tout le moins en France – susceptibles de faire l'objet d'une analyse concurrentielle approfondie à un niveau infranational.

## LES MARCHÉS DU SECTEUR BANCAIRE : QUELLE DIMENSION GÉOGRAPHIQUE ?

La pratique décisionnelle aussi bien communautaire que nationale segmente traditionnellement le secteur bancaire en trois grandes catégories d'activités :

– les activités de banque de détail<sup>3</sup> ;

1. « Communication de la Commission sur le retour à la viabilité et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'État », JOUE n° C. 195 du 19 août 2009, p. 9 ; « Communication de la Commission concernant le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de la Communauté », JOUE, n° C. 72 du 26 mars 2009, p. 1 ; « Communication de la Commission concernant la recapitalisation des établissements financiers dans le contexte de la crise financière actuelle : limitation de l'aide au minimum nécessaire et garde-fous contre les distorsions induites de concurrence », JOUE, n° C. 10 du 15 janvier 2009, p. 2 ; « Communication de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale », JOUE, n° C. 270 du 25 octobre 2008, p. 8.
2. Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.
3. Les activités de banque de détail recouvrent l'ensemble des produits et services bancaires habituellement offerts par les banques aux particuliers et aux ménages (incluant les entrepreneurs individuels) à savoir notamment les dépôts à vue ; l'épargne bancaire ; l'épargne hors-bilan ; le crédit immobilier ; le crédit à la consommation ; le crédit de restructuration d'endettement ; l'émission de cartes de paiement ; la banque privée ; la conservation de titres. Les autorités de concurrence ont considéré qu'il existait vraisemblablement au sein de la banque de détail autant de marchés que de catégories de produits ou services distincts mais ont cependant laissé la définition exacte de ces marchés ouverte. V. notamment Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, BOCCRF n° 7 bis du 15 septembre 2006 ; Comm. CE, 3 décembre 2008, BNP Paribas-Fortis, aff. COMP/M.5384, JOCE n° C. 7 du 13 janvier 2009, p. 4 ; Comm. CE, 17 décembre 2008, Santander-Bradford & Bingley Assets, aff. COMP/M.5363, JOCE n° C. 7 du 13 janvier 2009, p. 4 ; Comm. CE, 3 octobre 2007, Fortis-ABN AMRO Assets, aff. COMP/M.4844, JOCE n° C. 265 du 7 novembre 2007, p. 2 ; Comm. CE, 6 août 2007, Barclays-ABN AMRO, aff. COMP/M.4692, JOCE n° C. 157 du 10 juillet 2007, p. 16 ; Comm. CE, 28 mars 2006, BNP Paribas-BNL, aff. COMP/M.4155, JOCE n° C. 102 du 28 avril 2006, p. 11 ; Comm. CE, 18 octobre 2005, Unicredito-HVB, aff. COMP/M.3894, JOCE n° C. 278 du 11 novembre 2005, p. 17 ; Comm. CE, 2 juin 2005, Barclays Bank-FöreningsSparbanken, aff. COMP/M.3740, JOCE n° C. 156 du 28 juin 2005, p. 3 ; Comm. CE, 6 février 1998, Société Générale-Hambros Bank, aff. IV/M.1096, JOCE n° C. 097 du 31 mars 1998, p. 8.

\*L'auteur est intervenu, dans le cadre de sa pratique professionnelle, dans un certain nombre d'opérations de concentrations bancaires citées dans l'article et en particulier, dernièrement, à l'occasion du rapprochement Banque Populaire-Caisse d'Épargne.

Les opinions exprimées dans cet article sont purement personnelles et n'engagent en aucun cas le cabinet d'avocats dans lequel exerce l'auteur ni ses clients.

- les activités de banque commerciale<sup>4</sup> ;
- les activités de banque de financement et d'investissement<sup>5</sup>.

Du point de vue de l'analyse concurrentielle, chacun de ces trois pans du secteur bancaire connaît, aux termes de cette pratique, une délimitation géographique différente.

La zone géographique de référence aux fins de l'analyse concurrentielle d'une opération de concentration est, comme chacun sait, définie comme le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable<sup>6</sup>. S'il apparaît à cet égard que les marchés de la banque de détail ou de la banque commerciale<sup>7</sup> sont généralement considérés comme étant de dimension nationale, voire supranationale, certaines autorités de concurrence, notamment en France, prêtent néanmoins à ces marchés une forte dimension locale.

### Des marchés nationaux, voire supranationaux...

Les différents marchés de la banque de détail sont traditionnellement considérés comme étant de dimension nationale<sup>8</sup>. Les autorités de concurrence ont, en

effet, toujours considéré qu'en dépit d'une tendance à l'internationalisation, reflet de la libéralisation des marchés financiers, les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence restaient différentes d'un État membre à l'autre au sein de l'Union européenne. Ainsi, malgré l'introduction de la monnaie unique et le développement de nouvelles technologies telles que la banque par téléphone ou la banque en ligne sur Internet, qui pourraient conduire à un élargissement de la dimension géographique des marchés, il a toujours été admis par la Commission européenne et par les principales autorités nationales de concurrence de l'Union européenne que les marchés des produits et services bancaires de détail revêtaient une dimension nationale<sup>9</sup>.

En ce qui concerne les marchés de la banque commerciale, les marchés des produits et services bancaires à destination des petites et moyennes entreprises sont généralement considérés comme revêtant une dimension nationale, alors que pour l'essentiel les marchés des produits et services bancaires à destination des grandes entreprises sont traditionnellement admis comme étant de dimension mondiale<sup>10</sup>. En effet, pour beaucoup d'entreprises et tout particulièrement pour les grandes entreprises, la proximité de l'établissement bancaire n'est pas un élément prescripteur au moment du choix de l'offre. En revanche, certains marchés de services bancaires comportent une dimension géographique nationale, même pour les grandes entreprises, dans la mesure où les prestations sont offertes au niveau des agences nationales à des clients locaux<sup>11</sup>.

Dans sa récente décision rendue à l'occasion de l'examen du rapprochement des groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne<sup>12</sup>, sans pour autant se prononcer franchement sur la pertinence de ces délimitations, l'Autorité ne manque pas de se référer à ces classiques. Ceci étant, là où la plupart des autorités se limitent inlassablement à conclure que la question de la délimitation géographique des marchés peut être laissée ouverte dans la mesure où, quelle que soit la délimitation retenue, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeureront inchangées, l'Autorité consacre, à l'occasion de cette décision, de longs développements à la démonstration de l'importance des variables locales qui caractérisent les marchés bancaires.

4. Les activités de banque commerciale regroupent tous les produits et services bancaires à destination des entreprises, à savoir notamment les dépôts à vue; l'épargne; les crédits d'investissement; le crédit immobilier, le crédit-bail, les crédits aux collectivités locales et à leurs extensions naturelles; les crédits aux agriculteurs; le financement du commerce extérieur; le crédit documentaire; l'assurance-crédit; l'affacturage; les produits (financements) à court terme; les cartes de paiement; les paiements internationaux; les paiements locaux; la conservation globale; la sous-conservation; l'administration de fonds et l'émission de dettes. Les autorités de concurrence ont considéré qu'il existait vraisemblablement au sein de la banque commerciale autant de marchés que de catégories de produits ou services distincts et envisagé, plus fréquemment qu'en banque de détail, la possibilité de sous-segmenter certaines de ces catégories mais ont cependant laissé la définition exacte de ces marchés ouverte. V. notamment Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc. et aff. COMP/M.4844, préc.; Comm. CE, 14 juin 2005, Crédit Agricole-Caisse d'Épargne-JV, aff. COMP/M.3781, JOCE n° C. 158 du 29 juin 2005, p. 30; Comm. CE, 1<sup>er</sup> juillet 2002, Natixis Banques Populaires-Coface, aff. COMP/M.2805, JOCE n° C. 200 du 23 août 2002, p. 9; Comm. CE, 8 novembre 2001, Nordbanken-Postgirot, aff. COMP/M. 2567, JOCE n° C. 347 du 8 décembre 2001, p. 5.
5. Les activités de banque de financement et d'investissement concernent plus particulièrement les opérations sur marchés financiers. Ce secteur regroupe différentes activités comme par exemple la gestion d'actifs pour le compte des entreprises et des clients institutionnels, le conseil en fusions et acquisitions, les activités de placement et de prise ferme relatives à l'émission de titres de sociétés, les activités et transactions sur les marchés financiers, les activités sur les marchés monétaires, la titrisation et les financements structurés. Min. Éco, 18 décembre 2002, Banque Fédérale des Banques Populaires-Crédit Coopératif, BOCCRF n° 6 du 15 juin 2004; Comm. CE 15 septembre 2000, BCP-Interamerican-Novabank-JV, aff. COMP/M.2131, JOCE n° C. 29 du 30 janvier 2001, p. 9; Comm. CE, 28 juin 1995, Swiss Bank Corporation-S.G. Warburg, aff. IV/M.597, JOCE n° C. 227 du 6 août 1996, p. 10; Comm. CE, 28 février 2000, Citigroup-Schroders, aff. COMP/M.1856, JOCE n° C. 303 du 24 octobre 2000, p. 8; Comm. CE, 10 décembre 1997, Merita-Nordbanken, aff. IV/M.1029, JOCE n° C. 44 du 10 février 1998 p. 5; Aff. COMP/M.3781, préc.
6. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE n° C. 372 du 9 décembre 1997, p. 5.
7. Dans la mesure où les marchés de la banque de financement et d'investissement n'ont jamais, à notre connaissance, donné lieu à une analyse à un niveau infranational, ces marchés ne seront pas abordés plus avant dans le cadre du présent article.
8. Signalons, pour ce qui concerne plus particulièrement la France, que les départements et régions d'outre-mer sont traités comme des marchés géographiques distincts, ce traitement différencié étant justifié, notamment par l'important éloignement géographique par rapport à la métropole, l'insularité et

les coûts du crédit significativement plus élevés qu'en métropole.

9. V. en ce sens, notamment Min. Éco, 23 mai 2008, Banque Fédérale des Banques Populaires-HSBC, BOCCRF n° 6 bis du 24 juillet 2008; Min. Éco, 1<sup>er</sup> juillet 2005, BNP-Paribas-Galeries Lafayette, BOCCRF n° 1 du 27 février 2006; Min. Éco, 28 novembre 2003, Crédit foncier de France, BOCCRF n° 4 du 14 avril 2004; Min. Éco, 15 décembre 2005, Banque Populaire-Covéa, BOCCRF n° 6 du 21 juin 2006; Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc. V. également aff. COMP/M.5384, préc., § 71; Aff. COMP/M.5363, préc.; Comm. CE, 19 septembre 2007, RBS-ABN Amro Assets, aff. COMP/M.4843, JOCE n° C. 270 du 13 novembre 2007, p. 9, § 21; Aff. IV/M.1029, préc., § 11; Comm. CE, 24 juin 1996, Fortis AG-Generale Bank, aff. n° IV/M.1172, JOCE n° C. 253 du 12 août 1998, p. 3, § 16; Aff. COMP/M.3894, préc., § 41.
10. V. Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc. et Min. Éco, 13 juillet 2006, Caisse d'Épargne-BCP, BOCCRF n° 7 bis du 15 septembre 2006; Aff. COMP/M.4844 et aff. COMP/M.2567, préc.
11. C'est le cas par exemple des marchés relatifs à l'assurance-crédit, l'affacturage et le financement du commerce extérieur dont la dimension peut être considérée comme nationale dans la mesure où ces prestations sont offertes au niveau des agences nationales à des clients locaux. V. Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.
12. Décision n° 09-DCC-16, préc.

Si la prise en compte des aspects locaux des marchés de la banque de détail et de la banque commerciale n'est pas en soi une nouveauté<sup>13</sup>, l'importance des développements consacrés à cette question à l'occasion de cette affaire tranche avec la pratique décisionnelle française antérieure. Aussi, s'il n'y a, à première vue, pas de remise en cause frontale de la dimension géographique des marchés communément admise par les autorités de concurrence, il est patent, dans cette décision et dans l'analyse qui la sous-tend, que la dimension locale est prépondérante. Elle est même déterminante puisque c'est en réalité à ce niveau géographique que se décidera le sort réservé par l'Autorité au premier projet de rapprochement bancaire soumis à son appréciation. Il semble en effet que l'Autorité soit convaincue de ce que c'est au niveau local, bien plus que national, que s'exerce la concurrence entre les banques et, par conséquent, que c'est à ce niveau qu'il convient de s'arrêter pour évaluer les effets d'une concentration dans le secteur bancaire.

### ...à forte dimension locale

Il est vrai que les autorités de concurrence, aussi bien communautaires que françaises, ont déjà tenu compte par le passé des aspects locaux des marchés bancaires. Pour autant, ces autorités en ont tiré des conclusions différentes, sinon radicalement opposées.

### La pratique décisionnelle communautaire

De « l'effet de réseau » comme motif de l'analyse à un niveau infranational...

En dépit de ce qu'elle n'ait, semble-t-il, jamais envisagé formellement que la dimension géographique des marchés du secteur bancaire puisse être infranationale, la Commission a parfois, bien que très rarement, examiné les effets de concentrations bancaires à un niveau local. Cet examen à un niveau infranational semble avoir été systématiquement motivé par le fait que les activités bancaires sont toujours, sauf à de très rares exceptions, exploitées par l'intermédiaire d'un ensemble de points commerciaux communément appréhendés sous le nom de réseau.

Ainsi, la lecture de la décision d'autorisation de l'acquisition par le groupe Deutsche Bank de la banque Banco de Madrid, révèle une analyse au niveau local des effets de réseau induits par la concentration<sup>14</sup>. De même, à l'occasion de son examen du rapprochement de Banco Santander et de Banesto, la Commission s'était intéressée aux effets de réseau potentiellement induits à un niveau infranational en Espagne et au Portugal<sup>15</sup>. Les termes de la décision indiquent qu'une analyse a été conduite aussi bien au niveau de certaines régions qu'au

niveau de zones de population<sup>16</sup> définies en fonction du nombre d'habitants. Enfin, à l'occasion de l'acquisition par Fortis AG de Generale Bank, la Commission a examiné l'effet de réseau induit par la concentration au niveau de chaque province et de chaque région en Belgique<sup>17</sup>.

S'il résulte de ces quelques décisions que les aspects locaux des marchés du secteur bancaire n'ont pas été complètement laissés pour compte par la pratique décisionnelle communautaire, une étude des décisions plus récentes permet néanmoins de constater que cet angle d'analyse semble avoir été rapidement abandonné par la Commission. En effet, hormis ces quelques concentrations dans les années 1990, à notre connaissance, aucun rapprochement bancaire examiné par la Commission n'a, depuis, donné lieu à une analyse à un niveau géographique infranational.

...à « l'effet de réseau » comme motif de l'analyse au niveau national

La notion de réseau n'est pas pour autant totalement absente de la pratique décisionnelle communautaire plus récente. Cependant, il semble que les conséquences que tire la Commission de « l'effet de réseau » dans l'industrie bancaire aient quelque peu évoluées. Désormais, la référence à l'organisation en réseau n'introduit plus une analyse à un niveau infranational mais justifie, au contraire, de ce qu'en dépit de forts indices d'europanisation sinon de mondialisation des activités de banque de détail et de banque commerciale, ces marchés demeurent à ce jour de dimension nationale<sup>18</sup>. En d'autres termes, l'organisation en réseau conduit désormais la Commission à désigner la zone géographiquement pertinente à examiner comme étant l'État membre.

Ceci tient sans doute au fait que le réseau est désormais appréhendé comme un ensemble, comme un tout. Le fait est que, généralement, les principales banques de proximité actives dans un État membre le sont par l'intermédiaire d'un réseau d'agences couvrant de façon plus ou moins homogène l'ensemble du territoire national<sup>19</sup>.

Il apparaît, de ce point de vue, effectivement pertinent d'appréhender l'activité bancaire comme mettant en concurrence, non pas tant, au niveau local, telle agence de telle banque avec telle autre de telle autre banque, mais plus exactement plusieurs réseaux bancaires entre eux présents au plan national. En la matière, l'effet d'enseignement semble particulièrement important. Cette appréciation de l'organisation en réseau et les conséquences qu'en tire la Commission semblent par ailleurs tout à fait cohérentes avec la stratégie commerciale qu'a généralement vocation à servir ce type d'organisation. Les différents nœuds du maillage d'un réseau ne sont ainsi que les éléments émergés d'une organisation plus large

13. V. notamment Min. Éco, 28 novembre 2003, Crédit foncier de France, préc.; Min. Éco, 28 avril 2006, Boursorama-CaixaBank, BOCCRF n° 6 bis du 22 juin 2006; Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.; Min. Éco, 13 juillet 2006, Caisse d'Épargne-BCP, préc.; Min. Éco, 23 mai 2008, Banque Fédérale des Banques Populaires-HSBC, préc.

14. Comm. CE, 28 mai 1993, Deutsche Bank-Banco de Madrid, aff. IV/M.341, JOCE n° C. 175 du 26 juin 1993, p. 11, § 10.

15. Comm. CE, 13 juin 1994, Banco Santander-Banesto, aff. IV/M.455, JOCE n° C. 178 du 30 juin 1994, p. 16, § 16.

16. Núcleos de población.

17. Aff. IV/M.1172, préc., § 22.

18. Aff. COMP/M.4844, préc., §§ 76 et 86.

19. Aff. COMP/M.4844, préc.

qu'il convient d'apprécier dans son ensemble. Autrement dit, c'est au fonctionnement du réseau pris dans sa totalité, et donc à son maillage plus qu'à sa présence dans un endroit et à un moment donnés, qu'il convient de s'intéresser pour appréhender le pouvoir de marché d'une entreprise organisée selon ce mode. Corrélativement, si les nœuds du réseau servent bien d'interface entre l'offre et la demande, il n'en demeure pas moins que le client s'adresse avant tout à une organisation prise dans son ensemble, c'est-à-dire à une enseigne. Ainsi, si la proximité d'une agence bancaire constitue un critère de choix important notamment dans le domaine de la banque de détail, l'arbitrage fait par un consommateur dans une même zone de chalandise repose aussi en grande partie sur la capacité qu'une banque aura eue au niveau national à asseoir la qualité de ses produits et de ses services, en d'autres termes sa notoriété.

L'organisation en réseau n'induit donc pas nécessairement la dimension locale d'un marché. C'est cependant une conception du réseau radicalement inverse qui conduit les autorités françaises à en faire le principal motif de l'analyse au niveau infranational.

#### La pratique décisionnelle française : « systématisme » de l'analyse à un niveau infranational

L'approche retenue par les différentes autorités françaises successivement amenées à contrôler des concentrations bancaires se distingue de celle de la Commission par la « systématisme » de l'analyse à un niveau infranational, aussi bien en matière de banque de détail que de banque commerciale.

On relèvera, tout d'abord, l'analyse conduite par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) à l'occasion de l'examen du rapprochement du Crédit Lyonnais et du Crédit Agricole<sup>20</sup>. Bien que, compte tenu des suites réservées à celle-ci<sup>21</sup>, cette décision ne figure pas au rang des « précédents officiels » en matière de droit de la concurrence appli-

qué au secteur bancaire, elle n'en constitue pas moins le point d'origine de l'analyse concurrentielle « façon française » à un niveau infranational d'une concentration bancaire<sup>22</sup>.

Ainsi, selon le CECEI, en 2003, malgré le développement de la banque à distance, un examen au plan local s'imposait – en sus il est vrai d'un examen au plan national – dès lors « que les activités de banque de détail reposent sur une certaine relation de proximité entre le client et l'établissement de crédit teneur de comptes » et « qu'il convient donc d'apprécier l'effet des implantations du nouveau groupe à un niveau suffisamment pertinent pour prendre en compte la proximité avec la clientèle [...] »<sup>23</sup>. Cette analyse du CECEI s'appuyait notamment sur la pratique de l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italienne ayant délimité les marchés locaux pertinents par référence aux entités administratives que sont les régions et les provinces<sup>24</sup>, ainsi que sur la décision de la Commission dans l'affaire Fortis-Generale Bank<sup>25</sup> qui, on l'a vu, avait procédé à l'examen des implantations du nouvel ensemble au niveau des régions et des provinces belges. Le CECEI n'avait en revanche pas jugé nécessaire de procéder à une analyse à un niveau infranational concernant les marchés de la banque commerciale<sup>26</sup>.

Par la suite, si à l'occasion d'opérations de moyenne envergure le ministre de l'Économie (« le ministre ») a pu considérer qu'il n'était pas nécessaire de développer une analyse à un niveau infranational<sup>27</sup>, lors de l'examen de concentrations bancaires plus récentes et d'importance plus significative, les services d'instructions du ministre se sont systématiquement prêtés à l'exercice.

Ainsi, par exemple, à l'occasion de l'affaire Crédit Foncier-Entenial, le ministre a considéré que « s'agissant d'une activité de réseau, l'approche nationale [devait] être complétée par une approche locale »<sup>28</sup>. De même, dans les affaires Banque Populaire-HSBC, Caisse d'Épargne-BCP ou encore Natixis, la nécessité de procéder à une analyse au niveau local a été justifiée notamment par « l'importance du maillage

20. Décision du CECEI du 14 mars 2003 concernant la prise de contrôle du Crédit Lyonnais par le groupe Crédit Agricole, JO 72 du 26 mars 2003, p. 05383.

21. Rappels à cet égard que dans un arrêt d'Assemblée daté du 16 mai 2003, le Conseil d'État a annulé partiellement la décision du CECEI en ne laissant subsister que l'autorisation donnée par le CECEI à la fusion, au titre de ses prérogatives de gardien du secteur bancaire. Le Conseil d'État avait en effet considéré que les prérogatives du CECEI relatives au bon fonctionnement du système bancaire ne lui donnaient « pas compétence pour procéder à un contrôle d'une opération de concentration en assortissant sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence ». Partant, l'annulation partielle de la décision emportait avec elle l'annulation des obligations de cessions d'agences auxquelles le CECEI avait initialement conditionné l'autorisation de la transaction. La nécessité de procéder à ces cessions avait précisément été révélée par l'analyse au niveau local conduite par le CECEI. L'arrêt du Conseil d'État devait également révéler le vide juridique dont allait pouvoir bénéficier le rapprochement du Crédit Agricole et du Crédit Lyonnais, puisque si le CECEI n'était pas compétent, il apparaissait qu'aux termes des textes alors applicables les opérations de concentration portant sur des activités bancaires ne relevaient pas non plus de la compétence du ministre de l'Économie. Ainsi, alors que l'analyse concurrentielle menée au niveau infranational par le CECEI avait révélé la nécessité de procéder à la cession de pas moins de 85 agences sur le territoire métropolitain, le rapprochement des deux acteurs majeurs que représentaient le Crédit Agricole et le Crédit Lyonnais s'est réalisé, s'agissant des activités bancaires, affranchi de tout contrôle au titre du droit de la concurrence et de manière inconditionnelle (voir toutefois concernant les activités non bancaires : Min. Éco, 28 janvier 2003, Crédit Agricole-Crédit Lyonnais, BOCCRF n° 5 du 4 mai 2004).

22. Rappels également que rien ne permet d'exclure que le CECEI soit de nouveau amené à conduire une analyse concurrentielle dans le secteur bancaire dès lors qu'en application de l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier tel que modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, « lorsqu'une opération de concentration concernant, directement ou indirectement, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement fait l'objet d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence recueille, avant de se prononcer en application de l'article L. 430-7 du même code, l'avis du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ». Pour un exposé de la méthodologie d'analyse qui pourrait être développée par le CECEI dans l'hypothèse d'une saisine de cette autorité pour avis, v. « Le rôle du CECEI en cas d'OPA bancaire et le contrôle des concentrations », Christophe Arnaud, RTDF, n° 3, 2006 – Doctrine-Bourses, OPA et concurrence.

23. Décision du CECEI du 14 mars 2003, préc.

24. Pour une illustration de la pratique décisionnelle italienne, v. la décision de l'Autorità garante della concorrenza e del mercato C8027 – Banca Intesa-San Paolo Imi, en date du 20 décembre 2006.

25. Aff. IV/M.1172, préc.

26. Relevons toutefois que dans l'exposé de la méthodologie d'analyse développée par le CECEI proposé en 2006 par un membre du CECEI in « Le rôle du CECEI en cas d'OPA bancaire et le contrôle des concentrations » préc., l'échelon infranational (régional ou infra-régional) est envisagé pour la banque commerciale.

27. Min. Éco, 18 décembre 2002, Banque Fédérale des Banques Populaires-Crédit Coopératif, préc. Pour un exemple dans le secteur du crédit à la consommation, v. Min. Éco, 27 novembre 2002, Cofinoga-Galeries Lafayette, préc.

28. Min. Éco, 28 novembre 2003, Crédit foncier de France, préc.

du territoire national dans la stratégie d'implantation locale des agences bancaires en tant qu'activité de réseau »<sup>29</sup> et par le fait que « la proximité d'une agence bancaire constitue un critère de choix important dans le domaine de la banque de détail ainsi que dans le domaine de la banque commerciale pour les petites et très petites entreprises »<sup>30</sup>.

Sur le principe d'une analyse à un niveau infranational, l'Autorité s'inscrit avec la décision Banque Populaire-Caisse d'Épargne dans la continuité de la pratique décisionnelle française. Pour motiver ce choix, l'Autorité se réfère à la pratique décisionnelle passée de la Commission, mais aussi à la pratique décisionnelle d'autres autorités nationales de concurrence<sup>31</sup>. Ainsi, pour l'Autorité, en dépit du développement de la banque à distance, « la relation de proximité reste [donc] essentielle »<sup>32</sup> en matière bancaire. À l'appui de cette affirmation, sont invoqués des arguments de nature variée comme :

- la politique expansionniste des banques en matière de réseau, illustrée par la croissance du nombre d'agences en France au cours des dernières années ;
- la nécessité de la présence d'un conseiller de clientèle à proximité ;
- l'assez bonne corrélation entre, d'une part, la capacité des banques à collecter des dépôts et, d'autre part, la densité de leur réseau ;
- le fait que les décisions d'ouverture d'agence seraient prises à un échelon régional ;
- le défaut d'homogénéité des conditions de concurrence sur le territoire métropolitain, dû notamment à la structure organisationnelle des réseaux mutualistes et coopératifs caractérisée, d'après l'Autorité, par « une réelle autonomie en matière de politique commerciale au niveau régional dans un premier temps, puis au niveau de chaque agence, dans un second temps » et par la liberté en terme de politique tarifaire des banques régionales et des agences ;
- l'implantation suffisamment hétérogène sur le territoire des différents groupes bancaires rendant une analyse plus fine non redondante ;
- l'importance de la négociation *intuitu personae* sur la plupart des produits ayant pour effet de « nuancer l'homogénéité apparente des produits distribués »<sup>33</sup>.

Concernant plus particulièrement la banque commerciale, l'Autorité se réfère également à la pratique décisionnelle des autorités nationales de concurrence d'autres

États membres, ainsi qu'à la pratique communautaire, mais cette fois-ci pour s'en distancier expressément. En effet, contrairement à ces autorités qui estiment « qu'il n'y a pas lieu de mener l'analyse au niveau local »<sup>34</sup>, l'Autorité considère, pour sa part, qu'il est possible de transposer les constatations faites à cet égard relativement à la banque de détail. Il serait notamment tout particulièrement pertinent de reprendre les arguments développés quant à l'autonomie existant à un niveau infranational au sein des groupes bancaires dans la fixation des prix. L'Autorité retient donc qu'il convient également en matière de banque commerciale, « d'appréhender le pouvoir de marché des groupes bancaires à la fois au niveau national et à un niveau infranational tenant compte de l'importance de la relation de proximité »<sup>35</sup>.

En définitive, il résulte de la première décision rendue en matière bancaire par l'Autorité de la concurrence française nouvellement créée que, non seulement, comme son prédécesseur, l'Autorité examinera les opérations de concentration intervenant dans les secteurs de la banque de détail et de la banque commerciale à un niveau infranational mais que, de surcroît, celle-ci est particulièrement convaincue de ce que le jeu concurrentiel dans ce secteur s'exerce essentiellement à ce niveau.

En dépit de ce que cette approche ne soit pas fondamentalement nouvelle, il est permis de s'interroger sur la cohérence de celle-ci avec la position adoptée, à cet égard, depuis longue date par la Commission européenne. L'étude de la pratique décisionnelle communautaire met en évidence, on l'a vu, la conviction de cette autorité que les marchés bancaires ont vocation à s'europaniser, voire se mondialiser, et ne sont plus que pour quelque temps encore de dimension nationale. Or, n'est-il pas quelque peu troublant d'admettre que, là où la Commission hésite entre l'échelon national et l'échelon européen, voire mondial, la pratique décisionnelle française se concentre pour l'essentiel sur un niveau infranational ?

Au-delà de l'enjeu purement conceptuel, les conséquences pratiques pour le secteur bancaire sont de taille, puisqu'il pourrait en résulter certaines différences de traitement des concentrations bancaires selon qu'elles sont soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence en France ou à celui de la Commission européenne à Bruxelles. Ainsi, par exemple, alors que l'examen au seul niveau national par la Commission pourrait éventuellement permettre à certaines opérations de se réaliser sans engagements, une opération similaire examinée par l'Autorité pourrait ne pas être autorisée sans que des remèdes aient à être proposés pour régler des situations purement locales. Force est de constater que ce risque de « discrimination » est d'autant plus avéré que les indicateurs d'un éventuel pouvoir de marché et les seuils de sensibilité appliqués en matière d'analyse concurrentielle à un niveau infranational par les autorités de concurrence diffèrent sensiblement de ceux appliqués au niveau national.

29. Min. Éco, 23 mai 2008, Banque Fédérale des Banques Populaires, préc. et dans le même sens concernant la banque de détail v. Min Éco, 13 juillet 2006, Caisse d'Épargne-BCP, préc.

30. Min. Éco, 23 mai 2008, Banque Fédérale des Banques Populaires, préc. ; Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.

31. Au point 138 de la décision n° 09-DCC-16, l'Autorité se réfère au rapport de l'Office of Fair Trading britannique (« OFT ») sur l'acquisition par Lloyds TSB de HBOS plc et au rapport de l'OFT sur l'acquisition par Lloyds TSB plc de Abbey National plc, juillet 2001, ou encore à la décision de l'Autorité garante della concorrenza e del mercato C8027 – Banca Intesa-San Paolo Imi, en date du 20 décembre 2006. Il est permis toutefois de s'interroger sur la pertinence des références en question dès lors qu'elles concernent des secteurs bancaires dont la structure diffère à bien des égards de la structure du secteur bancaire français. C'est tout particulièrement le cas d'un pays comme l'Italie où les spécificités locales sont encore très fortes.

32. Pt 144 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

33. Pt 144 à 152 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

34. Pt 157 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

35. Pt 158 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

## QUELLE ANALYSE CONCURRENTIELLE AU NIVEAU INFRANATIONAL ?

D'un point de vue méthodologique, l'analyse menée au niveau infranational ne déroge pas aux principes élémentaires de l'analyse concurrentielle. Le marché de produits étant par hypothèse déjà défini<sup>36</sup>, il reste à délimiter le juste périmètre géographique sur lequel conduire l'analyse concurrentielle ainsi que les critères qui vont guider cet exercice. En d'autres termes, à quel échelon et sur la base de quels critères doit-on examiner les effets d'une opération de concentration bancaire sur la concurrence « locale » ? En réponse à ces interrogations, la récente concentration Banque Populaire-Caisse d'Épargne a donné l'occasion à l'Autorité de rompre à plusieurs titres avec la pratique décisionnelle passée.

### Quel échelon ?

Le CECEI est la première autorité française à avoir proposé et appliqué des critères d'analyse de l'activité bancaire à un niveau infranational. Ainsi, dans la décision rendue à l'occasion de l'examen du rapprochement du Crédit Agricole et du Crédit Lyonnais, le CECEI a consacré d'intéressants développements à la définition de l'échelon infranational pertinent à retenir dans la perspective d'une analyse concurrentielle des marchés du secteur bancaire<sup>37</sup>. Pour cette autorité, l'échelon adapté pour apprécier les effets de la concentration dans le secteur de la banque de détail était le département dès lors que les conditions de concurrence y apparaissaient suffisamment homogènes tant du point de vue de l'offre que de la demande. L'analyse menée au plan départemental avait également été complétée par une analyse de l'offre en termes de proximité, cette analyse ayant été conduite sur la base d'un découpage du territoire en zones isochrones, délimitées par un rayon correspondant autour des communes à un déplacement moyen de 10 minutes en voiture.

Dès cette époque, on pouvait légitimement s'étonner de ce qu'une circonscription purement administrative telle que le département, sans pertinence évidente, donc, d'un point de vue économique, soit retenue a priori comme la zone adéquate où s'exerce la concurrence (cf. *infra*). On observe néanmoins que, pour le CECEI, l'analyse nécessitait d'être complétée par un examen de plus grande proximité, plus cohérent avec l'approche économique classique de délimitation des marchés géographiques.

Par la suite, l'échelon infranational retenu par le ministre n'a jamais été le département. L'étude de la pratique décisionnelle du ministre met en effet en évidence une approche infranationale construite en deux étapes, et dont l'échelon de départ était la commune<sup>38</sup>. La focalisation intervenait ainsi successivement :

- dans un premier temps, au niveau de chaque commune où les parties à l'opération étaient simultanément présentes avec une ou plusieurs agences, de façon à identifier de manière classique des zones de chevauchement de leurs activités de banque de détail ou de banque commerciale ;
- puis, dans un second temps, lorsque les résultats d'une analyse préliminaire menée au niveau communal montraient des chevauchements suffisamment significatifs, sur une zone de chalandise plus large, délimitée par des cercles dont le rayon correspondait à un parcours d'une vingtaine de minutes en voiture autour de la commune en question.

Ce n'était donc que si, à l'issue d'une analyse concurrentielle préliminaire menée en application de critères exposés ci-après (cf. *infra*), tout risque d'atteinte à la concurrence ne pouvait être écarté au niveau des communes où la présence simultanée des parties à l'opération générait un chevauchement, que le ministre complétait son examen par une analyse plus approfondie à un échelon plus large et, à vrai dire, plus pertinent défini par des zones isochrones dites « élargies », « limitées par des cercles dont le rayon correspond à un parcours d'une vingtaine de minutes en voiture autour d'une commune » et censées représenter la zone pertinente de concurrence en matière d'accès aux services bancaires<sup>39</sup>.

Ce double échelon infranational avait été retenu, avec une certaine constance<sup>40</sup>, aussi bien pour conduire les analyses concurrentielles en matière de banque de détail qu'en matière de banque commerciale.

À l'occasion de l'examen du premier rapprochement bancaire relevant de sa compétence, dans l'affaire Banque Populaire-Caisse d'Épargne, l'Autorité engage une rupture évidente avec la pratique décisionnelle antérieure. L'échelon infranational défini pour conduire l'analyse concurrentielle n'échappe pas à ce mouvement. Premièrement, la banque de détail et la banque commerciale sont à présent traitées à des échelons différents. Ainsi, alors qu'aux termes de la pratique décisionnelle du ministre, une seule et même grille d'analyse était appliquée à ces deux secteurs, l'Autorité, à l'occasion de cette première affaire bancaire, vient de définir un cadre d'analyse propre à chaque secteur. Deuxièmement, surtout, l'Autorité rompt avec le principe d'une observation en deux temps de la structure concurrentielle.

Plus précisément, concernant tout d'abord la banque de détail, il apparaît que l'Autorité a purement et simplement abandonné le premier filtre que constituait l'analyse au niveau des communes. Cette étape qui permettait sur la base de seuils de parts de marché d'extraire du champ de l'analyse une première série de communes est dorénavant obsolète. Si le point de départ de l'analyse reste la commune en ce qu'il s'agit du périmètre où va être appréciée l'existence ou non d'une présence simultanée des parties à la concentration, les critères d'analyse ne

36. Notons que si les autorités de concurrence considèrent généralement qu'il existe dans le secteur bancaire autant de marchés que de catégories de produits ou de services distincts, l'analyse concurrentielle conduite au niveau infranational intervient pour l'essentiel de manière globale, la part de marché étant notamment en matière de banque de détail calculée sur la base du nombre d'agences.

37. Décision du CECEI du 14 mars 2003, préc.

38. Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.

39. Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.

40. Aussi bien dans l'affaire Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc., que dans l'affaire Min. Éco, 23 mai 2008, Banque Fédérale des Banques Populaires-HSBC, préc.

sont plus appliqués à cet échelon. Désormais, l'Autorité concentre son examen infranational de la banque de détail sur un seul et unique échelon, correspondant à la deuxième étape du test du ministre, c'est-à-dire au niveau de la zone de chalandise élargie à un rayon correspondant à une vingtaine de minutes en voiture autour d'une commune. Autrement dit, dès le départ, l'analyse infranationale est menée sur la base de zones de chalandise élargies, l'échelon communal ne servant plus qu'à identifier les chevauchements.

Concernant ensuite la banque commerciale, la rupture avec le test appliqué par le ministre est d'autant plus flagrante que l'échelon infranational retenu est nouveau. Là où le ministre s'intéressait, de manière similaire à ce qu'il faisait en analysant la banque de détail, à la commune d'une part et, le cas échéant, à la zone de chalandise élargie d'autre part, l'Autorité ne s'intéresse plus qu'au département. La délimitation plus large qu'en matière de banque de détail de l'échelon infranational est justifiée par la mobilité géographique des PME qui est plus importante que celle des particuliers<sup>41</sup>.

Si, dès lors que l'on admet la nécessité de l'approche à un niveau infranational des marchés bancaires, il est possible d'être relativement convaincu par l'argument selon lequel la banque de détail et la banque commerciale doivent faire l'objet d'analyses concurrentielles à des échelons différents, la pertinence du nouvel échelon précisément retenu pour la banque commerciale, à savoir le département, ne convainc pas pour autant. D'ailleurs, l'échelon départemental semble avoir été retenu par défaut plutôt qu'en raison d'arguments de nature à établir positivement sa pertinence<sup>42</sup>. On voit mal, en effet, en quoi le département qui correspond à une circonscription administrative représente un territoire pertinent lorsqu'il s'agit d'analyser le jeu concurrentiel en matière bancaire. S'agit-il véritablement, en matière de banque commerciale, de « l'espace dans lequel s'accomplit le processus concurrentiel »<sup>43</sup>? Il est permis d'en douter. En effet, du point de vue de l'offre, ce découpage ne correspond à aucune réalité de l'activité bancaire. Il ne reflète notamment, ni l'architecture des systèmes de planification stratégique, ni les modèles de politique organisationnelle caractérisant ce secteur, y compris d'ailleurs en ce qui concerne les banques mutualistes ou coopératives qui semblent plutôt organisées par régions. De même, du point de vue de la demande, pour la plupart des entreprises, les frontières départementales n'ont, le plus souvent, aucune signification d'ordre économique, commercial ou stratégique. L'« approvisionnement » en services bancaires ne présente à notre sens et de ce point de vue aucune spécificité. Dès lors, il nous semble que si l'échelon départemental présente de toute évidence l'avantage de préexister de manière objective et, de ce fait, d'offrir une grille d'analyse toute prête et parfois même des données disponibles à ce niveau, il

n'en demeure pas moins un échelon très artificiel et par conséquent, d'une très faible pertinence, pour apprécier la dynamique concurrentielle en matière bancaire.

### Quels critères ?

Les critères d'évaluation utilisés en matière de contrôle des concentrations peuvent s'étudier à la lumière de deux variables que sont, d'une part, l'indicateur d'un éventuel pouvoir de marché (par exemple une part de marché, exprimée en valeur ou en volume) et, d'autre part, le seuil de sensibilité (c'est-à-dire le niveau au-delà duquel l'indicateur peut révéler l'existence d'un problème de concurrence). Afin de faciliter la lecture de cet exposé, ces deux variables seront en l'espèce envisagées de manière indissociée.

En ce qui concerne tout d'abord la banque de détail, rappelons que le CECEI s'était intéressé à la moyenne de la part de marché du groupe résultant de l'opération sur les dépôts et les crédits en examinant, en premier lieu, la situation des départements dans lesquels cette moyenne était supérieure à 45 % et, en second lieu, la situation des départements où cette moyenne se situait entre 40 % et 45 %. Dans sa décision, le CECEI restitue le faisceau de critères appliqué pour analyser les effets concurrentiels de l'opération sur ces départements. Ces critères étaient relatifs à :

- l'accroissement de la part de marché des crédits ;
- l'évolution sur cinq ans de la part de marché en termes d'agences ;
- l'évolution de la part de marché des crédits ;
- l'évolution des encours de crédit par agence du nouveau groupe et de ses concurrents ;
- la prise en compte globale des concurrents détenant plus de 5 % de part de marché des crédits, y compris La Poste.

À cette analyse, s'ajoutait un contrôle de la diversité de l'offre effectué sur la base de zones isochrones correspondant à un temps de déplacement moyen de 10 minutes en voiture au sein desquelles le CECEI a estimé « qu'il fallait qu'il demeure une offre de deux concurrents en plus du nouveau groupe (hors La Poste) »<sup>44</sup>.

Par la suite, le ministre a utilisé comme indicateur la part de marché combinée des parties à l'opération, exprimée en nombre d'agences, et ce sur chacun des deux échelons infranationaux explicités au-dessus, à savoir, d'abord la commune et ensuite, le cas échéant, la zone de chalandise élargie<sup>45</sup>. Dans le cadre de cette « étude globale des implantations locales sur les marchés »<sup>46</sup> de la banque de détail et de la banque commerciale, le ministre mesurait également la diversité de l'offre exprimée en termes de nombre de groupes bancaires concurrents présents à l'issue de la transaction dans ces zones. En substance, pour chaque commune où l'opération envisagée entraînait un chevauchement :

41. Pt 243 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

42. Pt 159 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

43. Laïla Bidaud, « La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence », Litec, 2001.

44. Décision du CECEI du 14 mars 2003, préc.

45. Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.

46. Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.

- en deçà du seuil de part de marché cumulée de 40 %<sup>47</sup>, le ministre considérait que les rapprochements soumis à son appréciation n'étaient pas susceptibles de poser de problème de concurrence ;
- lorsque ce seuil était dépassé, il était procédé à un élargissement de la zone analysée, celle-ci correspondant à la zone de chalandise délimitée sur la base d'un rayon d'environ 20 minutes de trajet en voiture tracé autour de la commune en cause. Le ministre répliquait alors sur cette zone élargie le seuil des 40 % de part de marché combinée exprimée en termes de nombre d'agences et considérait que lorsque ce seuil n'était pas atteint, l'opération envisagée restait insusceptible de porter atteinte à la concurrence ;
- en revanche, dans l'hypothèse où ce seuil était dépassé, le ministre appliquait un critère supplémentaire destiné à mesurer la diversité de l'offre et visant à contrôler l'existence d'alternatives suffisantes et satisfaisantes pour les consommateurs. En application de ce critère de diversité, si au moins deux agences de groupes bancaires concurrents présents au niveau national étaient présentes dans la zone élargie dans laquelle les parties à la concentration avaient une part de marché supérieure à 40 %, il était considéré peu vraisemblable que l'opération porte atteinte à la concurrence dans cette zone<sup>48</sup>.

À l'occasion de l'examen de sa première concentration bancaire, l'Autorité a donc substantiellement révisé le test antérieurement appliqué par le ministre. L'Autorité a considéré que l'opération examinée nécessitait « une analyse plus approfondie des marchés locaux »<sup>49</sup>, ce principe « d'approfondissement » valant d'ailleurs aussi bien pour la banque de détail que pour la banque commerciale.

La rupture engagée par l'Autorité avec les critères antérieurement appliqués par le ministre est justifiée essentiellement, sinon exclusivement, par le fait que ces critères avaient été retenus par le ministre lors de l'examen de la création de Natixis et « qu'il s'agissait alors d'évaluer le risque de coordination des réseaux bancaires GCE et GBP liés à la création d'une entreprise commune »<sup>50</sup> alors que dans le cadre de l'affaire Banque Populaire-Caisse d'Épargne, non seulement « le risque de coordination doit, dans la présente analyse, être présumé du fait de la fusion, mais les conséquences de cette fusion pourraient à terme, aller au-delà d'une simple coordination des politiques commerciales (restructuration des réseaux, réallocation des clientèles, harmonisation des produits offerts et des conditions tarifaires) »<sup>51</sup>.

Cette justification ne paraît pas convaincante. Premièrement, rien n'indique dans la décision portant autorisation de la création de Natixis<sup>52</sup> que la méthode d'analyse alors retenue par le ministre pour appréhender les éventuels

effets de coordination ait été moins approfondie, ou plus légère, que dans l'hypothèse de l'examen d'un « véritable » rapprochement horizontal. Deuxièmement, il n'est, en tout état de cause, pas correct de circonscrire le recours aux dits critères à l'étude des risques de coordination de sociétés mères dans le cas de la création d'une entreprise commune puisque ces mêmes critères ont également été appliqués par le ministre dans le cadre de son examen de l'acquisition par le groupe Banque Populaire d'un certain nombre de banques régionales du réseau HSBC<sup>53</sup>. Or cette opération consistait bien en une concentration purement horizontale.

Quoi qu'il en soit, le test appliqué par l'Autorité aux nouveaux échelons de référence, à savoir la zone de chalandise élargie pour la banque de détail et le département pour la banque commerciale, diffère sensiblement de celui retenu par le ministre. À la combinaison élaborée par le ministre (seuil de part de marché de 40 % et variété de l'offre caractérisée par la présence d'au moins deux groupes concurrents), l'Autorité substitue une série de critères qu'elle qualifie de « renforcés »<sup>54</sup>. Ainsi, désormais, l'Autorité procède successivement :

- à la mesure du niveau de concentration du marché au sein de chaque zone locale, exprimé par l'indice HHI calculé en nombre d'agences ;
- à l'identification des zones dans lesquelles la part de marché combinée des parties à l'opération, exprimée en nombre d'agences, excéderait 30 % et où, de surcroît, l'écart avec la part de marché du concurrent le plus proche serait égal ou supérieure à 10 points ;
- à la prise en compte de la diversité de l'offre en examinant le nombre de concurrents présents dans la zone considérée postérieurement à la fusion (présence d'au moins 5 groupes concurrents)<sup>55</sup>.

Ainsi, le niveau de part de marché combinée à partir duquel le territoire examiné retient l'attention de l'Autorité n'est plus de 40 % (seuil de sensibilité précédemment appliqué par le ministre) mais désormais de 30 %. Tout en abaissant ce seuil, l'Autorité introduit un deuxième critère de nature à nuancer les effets du passage de 40 % à 30 %. Il faut désormais combiner la première mesure avec celle de l'écart entre, d'un côté, la part de marché du groupe résultant de l'opération et, de l'autre, celle du concurrent le plus proche. À cet égard, le seuil de sensibilité est fixé à 10 points d'écart. Aussi, si à première vue le passage d'un seuil de part de marché combinée de 40 % à 30 % peut apparaître comme un abaissement du seuil de sensibilité – et corrélativement s'analyser en un renforcement des critères d'analyses –, ce n'est pas forcément le cas, en définitive, si l'on considère le critère d'écart de 10 points qui vient pondérer ledit abaissement et, ce faisant, potentiellement conduire à écarter du champ

47. On peut observer que ce seuil de 40 % n'est pas éloigné de celui qu'avait utilisé le CECEI à l'occasion du rapprochement Crédit Agricole-Crédit Lyonnais (cf. *supra*).

48. On peut observer ici encore que ce critère de diversité n'est pas éloigné de celui retenu par le CECEI à l'occasion du rapprochement Crédit Agricole-Crédit Lyonnais (cf. *supra*).

49. Pt 242 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

50. Pt 242 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

51. Pt 242 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

52. Min. Éco, 10 août 2006, Natixis, préc.

53. Min. Éco, 23 mai 2008, Banque Fédérale des Banques Populaires, préc.

54. Pt 246 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

55. Sur un marché bancaire français comptant avant la fusion Banque Populaire-Caisse d'Épargne sept groupes bancaires principaux présents à l'échelle nationale (Crédit Agricole/LCL, BNP Paribas, Société Générale, Banque Populaire, Caisse d'Épargne, Crédit Mutuel-CIC et La Banque Postale), ce critère revient à exiger un niveau de diversité maximal en termes de groupes concurrents présents dans la zone considérée.

de l'analyse un certain nombre de territoires. On peut se demander, par exemple, comment seraient traitées des zones dans lesquelles la concentration conduirait à une situation de duopole à 50/50.

Signalons par ailleurs que l'Autorité ne concède à la Banque Postale qu'un rôle en demi-teinte dans le secteur de la banque de détail. Ainsi, dans l'affaire Banque Populaire-Caisse d'Épargne, les parts de marché ont été calculées pour la banque de détail sur la base d'une taille de marché ne prenant en compte que les bureaux de Poste disposant d'un conseiller financier. Or, comme l'avaient fait valoir les parties notifiantes, « même lorsqu'un bureau de Poste ne possède pas de conseiller financier à proprement parler, les agents postaux assurent les opérations de banques élémentaires et peuvent jouer un rôle de prescripteur de services bancaires vis-à-vis des clients du bureau, en les orientant vers le bureau postal doté d'un conseiller financier le plus proche, en organisant un rendez-vous avec ce conseiller financier ou bien tout simplement en leur communiquant de l'information sur les services bancaires offerts par la Banque Postale et leurs conditions générales »<sup>56</sup>. N'accueillant pas ces arguments, il semble que l'Autorité refuse de tenir compte de ce qui représente pourtant précisément pour la Banque Postale un avantage concurrentiel indéniable à ce stade de son développement commercial : la densité de son réseau.

Pour ce qui concerne la banque commerciale, alors qu'il résultait, on l'a vu, de la pratique décisionnelle du ministre une identité des critères appliqués à ce secteur avec ceux utilisés pour l'analyse au niveau infranational de la banque de détail, l'Autorité propose sur la base

de l'échelon retenu (départemental) une combinaison de critères un peu différente. Ainsi, l'Autorité mesure désormais l'impact de l'opération au niveau départemental selon, d'une part, les trois critères déjà exposés pour la banque de détail, mais également, d'autre part, les parts de marché combinées des parties à l'opération exprimées en termes d'encours de crédits aux entreprises et de dépôts.

À cet égard, les parties notifiantes faisaient valoir que « la mesure des parts de marché dans les encours des dépôts ne serait pas significative » pour des raisons tenant notamment au périmètre des données d'encours utilisées et communiquées par la Banque de France<sup>57</sup>. Mais d'autres raisons autorisent à questionner la pertinence d'un tel indicateur. Partant du principe que l'élément prescripteur pour une entreprise en termes de produits ou services bancaires est sans conteste le crédit, c'est la capacité d'une banque à offrir les meilleures conditions de crédit qui déterminera principalement le choix d'une entreprise. Or, la capacité à offrir les meilleures conditions de crédit dans un département n'a pas de corrélation directe avec l'encours de dépôts dans ce même département. En effet, la capacité de financement d'une banque s'apprécie au niveau national, car c'est à ce niveau que s'effectue la balance entre dépôts et crédits déterminant les conditions auxquelles un groupe bancaire peut accorder des crédits. De plus, les règles élémentaires de finance d'entreprise conduisent la plupart des entreprises à limiter au maximum le montant de leurs dépôts. Par conséquent, ce produit bancaire est également très accessoire d'un

56. Pt 252 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

57. Pt 286 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

## POINT ANNUEL POUR LES JURISTES DE BANQUE

SÉMINAIRE D'ACTUALITÉ

### POINTS CLÉS DU PROGRAMME :

1. Actualités législatives
2. Actualités de la Jurisprudence
3. Textes Européens

A Paris, les **21 & 22 janvier 2010** de **9h à 17h30**

### SÉMINAIRE ANIMÉ PAR :

- **M. Jean-Louis GUILLOT**,  
Directeur des Affaires Juridiques – Groupe BNP PARIBAS

Tél : 01.44.94.58.43 - banques@demos.fr - 20 rue de l'Arcade 75378 Paris Cedex 08 - www.demos.fr



point de vue de la demande, rendant ainsi, à notre sens, l'indicateur basé sur l'encours des dépôts impropre à mesurer le pouvoir d'un groupe bancaire sur le territoire de référence arrêté.

Signalons enfin que selon l'Autorité, la Banque Postale ne joue, en matière de banque commerciale, qu'un rôle suffisamment marginal pour qu'il soit justifié, à ce stade de son développement commercial, de ne pas la prendre en compte au titre des forces concurrentielles en présence. Ainsi, considérant que « la Banque Postale n'est que très faiblement active auprès des PME dans la mesure où elle ne dispose pas de l'autorisation de leur fournir des crédits »<sup>58</sup>, l'Autorité a conduit son analyse sans prendre en compte les agences et les dépôts revenant à cette entité. De même, l'Autorité n'a pas pris en compte la Banque Postale pour mesurer les parts de marchés en nombre d'agences. Là encore, n'est-il pas quelque peu radical d'exclure aussi franchement la Banque Postale du marché de la banque commerciale alors même que cette dernière déclare dans son rapport annuel pour l'année 2008 accueillir et accompagner plus de 480 000 entreprises, collectivités et associations<sup>59</sup>? Certes, cet établissement n'est pas encore habilité à octroyer des crédits aux entreprises, mais il n'en propose pas moins une offre de services bancaires relativement élargie à destination des entreprises et institutionnels (dépôts, tenues de comptes, épargne, placements, moyens de paiements, transferts internationaux, etc.), ce qui peut laisser penser que la pression concurrentielle qu'il exerce d'ores et déjà sur les autres banques n'est pas totalement inexistante.

### Conclusion

Au terme de cette étude, il apparaît donc plus que jamais que tout nouveau projet de rapprochement bancaire relevant de la compétence de l'Autorité de la concurrence française induira vraisemblablement un examen de son impact à un niveau infranational. À cet égard, l'objectif de l'Autorité est clairement énoncé : introduire des critères « renforcés »<sup>60</sup> permettant de conduire une analyse « plus approfondie »<sup>61</sup>. On l'a vu, le renforcement des critères prend pour l'essentiel la forme d'une réduction du seuil de sensibilité de plusieurs indicateurs<sup>62</sup>. Ceci étant, rien ne permet d'affirmer que ces nouveaux critères conduiront automatiquement à l'identification d'un nombre plus important de zones infranationales potentiellement problématiques et qu'ils seraient dès lors moins favora-

bles aux rapprochements bancaires que ceux résultant de la pratique décisionnelle antérieure. En effet, à la modification des seuils de sensibilité, il faut ajouter l'introduction de nouvelles combinaisons de critères, le choix de nouveaux échelons et la possibilité pour l'Autorité de considérer qu'il existe au-delà desdits critères des arguments de nature à écarter tout risque de dégradation de la concurrence. Toutes ces variables rendent très aléatoire une évaluation dans l'absolu de la portée du test de l'Autorité, celle-ci ne pouvant vraisemblablement être appréciée qu'au cas par cas. Autrement dit, si nous sommes incontestablement en présence d'un approfondissement de l'analyse au niveau infranational, il n'est pas pour autant possible de conclure à un contrôle plus strict des concentrations bancaires. Néanmoins, les établissements bancaires et leurs conseils doivent se préparer à des procédures de notification complexes (tant en raison de la qualité que de la quantité des informations désormais requises), techniques et fortement teintées d'analyse économique. Plus généralement, cette première concentration d'envergure révèle une autorité ambitieuse qui n'hésitera pas, lorsqu'elle l'estime nécessaire, à se départir de la pratique antérieure pour envisager plus en détail les opérations qui lui sont soumises. On saluera dès lors, l'accueil réservé par celle-ci aux engagements originaux<sup>63</sup> proposés afin de remédier aux problèmes de concurrence identifiés sur certains marchés affectés qui indique une autorité pragmatique sur les conséquences à tirer du contrôle qu'elle exerce et ouverte à l'innovation en la matière. ■

58. Pt 243 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

59. Rapport annuel 2008 de la Banque Postale, notamment p. 17.

60. Pt 246 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

61. Pt 241 de la décision n° 09-DCC-16, préc.

62. À cet égard, relevons l'augmentation sensible du critère de diversité passé de 2 à 5 groupes concurrents.

63. *Concurrences*, EU Competition laws e-bulletin, août 2009, n° 28035 : « The French competition authority specifies under which conditions a merger is likely to affect competition in local markets and validates behavioural commitments due to the economic crisis » ; *Concurrences*, EU Competition laws e-bulletin, 2009, n° 28307 : « The French National Competition Authority clears in Phase I a merger in the banking sector with behavioural remedies aiming at ensuring that local conditions of competition in the Réunion island will be maintained (Groupe Banque Populaire Groupe Caisse d'Épargne) ».