

# Chronique de *Droit Bancaire*



**THIERRY BONNEAU**  
Agrégé des facultés de droit  
Professeur  
**Université Panthéon-Assas (Paris 2)**

## **Concentration bancaire. Droit de la concurrence. Contrôle des concentrations. Compétence du CECEI. Agrément. Condition visant à préserver le bon fonctionnement du système bancaire.**

CE, *Assemblée du contentieux*, 16 mai 2003, n° 255482, *Fédération des employés et cadres CGT-FO, JCP 2003, éd. G, II, 10 127, note Ch. Touboul*; D. 2003, *Act. Jurisp.* 1433.

- Les opérations de concentration portant sur des activités bancaires ne sont pas soumises aux dispositions du Code de commerce relatives au contrôle des concentrations et donc « à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie, donnée le cas échéant après avis du Conseil de la concurrence ».
- L'habilitation permettant au CECEI de subordonner l'agrément à des conditions particulières visant à préserver le bon fonctionnement du système bancaire « ne lui donne 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 ».

Le secteur bancaire est-il soumis au contrôle des concentrations tel qu'il est prévu par le Code de commerce <sup>1</sup>? Cette question est importante car si elle appelle une réponse positive, le ministre chargé de l'Économie doit alors être saisi de l'opération <sup>2</sup>, sa réalisation effective étant subordonnée à son accord <sup>3</sup>. Or une telle réponse paraît s'imposer au regard des dispositions de ce Code : aucune d'elles n'exclut, en effet, les entreprises bancaires du domaine de ce contrôle. Cette réponse ne s'impose toutefois que si aucune autre disposition légale n'exclut les entreprises bancaires du contrôle prévu par le Code de commerce.

A - Le Code monétaire et financier ne procédait à aucune exclusion expresse. Mais celle-ci se déduisait, jusqu'à présent, de son article L 511-4 qui règle la situa-

tion des établissements de crédit au regard du droit de la concurrence : alors que l'article L 511-4 prévoyait, pour les activités non bancaires, l'application de l'ensemble du droit de la concurrence tel qu'il est prévu par le Code de commerce <sup>4</sup>, il décidait, en ce qui concerne les opérations de banque et les opérations connexes, l'application des seules dispositions relatives aux ententes et aux abus de position dominante ou de dépendance économique <sup>5</sup>. Aussi était-il logique, comme le Conseil d'État l'a fait dans sa décision du 16 mai 2003, d'en déduire la non-application du contrôle des concentrations pour les restructurations portant sur les opérations de banque et les opérations connexes <sup>6</sup> de sorte que la décision du CECEI, en date du 14 mars 2003, qui a autorisé l'acquisition du contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, n'était pas intervenue en méconnaissance de la compétence du ministre chargé de l'Économie en matière de contrôle des concentrations.

Cette déduction est conforme à l'approche du droit de la concurrence selon lequel le contrôle des concentrations s'apprécie au regard d'un produit déterminé <sup>7</sup> : un tel contrôle peut être exclu pour les opérations de banque et les opérations connexes, alors qu'il est imposé pour les activités non bancaires, encore que cette application est plus théorique que pratique en raison des limitations dont sont assorties ces activités <sup>8</sup>. Cette exclusion du contrôle des concentrations n'est d'ailleurs pas, selon certains auteurs <sup>9</sup>, illogique, puisque les prises de participations dans les établissements de crédit sont déjà soumises aux dispositions du règlement CRBF n° 96-16 du 20 décembre 1996 relatif aux modifications de situation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille. Mais comme ce règlement <sup>10</sup> soumet à autorisation préalable du CECEI les opérations de prise ou de cession de participation ayant une incidence sur le contrôle des établissements de crédit, on peut alors se demander si le CECEI n'est pas investi du contrôle des concentrations.

1 Art. L 430-1 et s., Code de commerce. Voir not. E. Didier et F. Ninane, « Le contrôle des concentrations applicable au secteur bancaire », *Banquemagazine* n° 647, mai 2003. 42.

2 Art. L 430-3, Code préc.

3 Art. L 430-4.

4 Art. L 511-4, al. 1, Code monétaire et financier : « Le livre IV du Code de commerce s'applique aux établissements de crédit pour ce qui est de leurs activités délimitées à l'article L 511-3 ».

5 Art. L 511-4, al. 2, Code préc. : « Les articles L 420-1 à L 420-4 du Code de commerce s'appliquent aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L 311-2 ».

6 Sur cette solution qui est controversée en doctrine, v. Th. Bonneau,

« Droit bancaire », Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd. 2001, n° 221 p. 132 et note 357 p. 133.

7 V. G. Ripert et R. Roblot, « Traité de droit commercial », T1, Vol. 1, 18<sup>e</sup> éd. 2001, par L. Vogel, LGDJ, n° 1048 p. 854 et s.

8 Cf. Règlement CRBF n° 90-06 relatif aux participations dans le capital des entreprises : v. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit. n° 78 p. 53.

9 E. Baudry et Th. Samin, « À propos de la non-soumission des établissements de crédit au contrôle interne des concentrations », *Bull. d'inf. ANJB* n° 23, 4<sup>e</sup> trim. 2001. 5, spéc. p. 6.

10 Art. 2, Règlement CRBF n° 96-16 du 20 décembre 1996 relatif aux modifications de situation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille.

Le Conseil d'État a donné, dans sa décision du 16 mai 2003, une réponse négative que l'on doit approuver. En effet, le règlement du 20 décembre 1996 a une finalité principalement prudentielle<sup>11</sup> : la preuve en est que les modifications soumises à autorisation ou à déclaration concernent les éléments pris en considération lors de l'agrément dont les conditions visent à assurer la stabilité de l'établissement et celle du système bancaire<sup>12</sup>. Aussi n'est-il pas étonnant qu'à propos de l'article L 511-10, alinéa 6, du Code monétaire et financier, selon lequel « le comité peut assortir l'agrément délivré de conditions particulières visant à préserver l'équilibre de la structure financière de l'établissement et le bon fonctionnement du système bancaire », le Conseil d'État ait indiqué que « l'habilitation ainsi donnée par le législateur au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement pour préserver le bon fonctionnement du système bancaire, en l'absence de règles de fond et de procédures édictées par le législateur et qui se substitueraient à celles écartées par l'article L 511-4 du Code monétaire et financier, ne lui donne 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 ».

Le CECEI étant incompétent pour exercer un contrôle au titre de la concurrence, et donc pour autoriser ou condamner une concentration, sa décision d'autorisation concernant le rapprochement du Crédit agricole et du Crédit lyonnais ne peut pas être considérée comme une décision autorisant le rapprochement au titre de la concurrence ; elle est seulement une décision d'autorisation au titre de la tutelle bancaire. On doit toutefois remarquer que l'incompétence du CECEI en matière de concurrence n'est pas totale puisque le Conseil d'État considère, « qu'ainsi que le fait valoir le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, il appartient à celui-ci – comme à toute autorité administrative détenant des pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution et de services – de rechercher, dans l'exercice des pouvoirs d'agrément que lui confère le Code monétaire et financier, si une opération soumise à son autorisation conduit nécessairement à l'exploitation abusive d'une position dominante, prohibée par l'article L 420-2 du Code de commerce, et, dans l'affirmative, d'interdire cette opération ». On peut toutefois ne pas être convaincu par cette motivation. Car le Code de commerce condamne une exploitation abusive, et non la position dominante elle-même<sup>13</sup>. Aussi, comme le CECEI est saisi d'un projet de prise de participation qu'il doit autoriser, ne voit-on pas comment le Conseil peut constater une exploitation abusive, sauf à émettre des conjectures ! On doit cependant approuver le Conseil d'État

lorsqu'il indique que l'obligation imposée au CECEI au titre de l'abus de la position dominante « ne l'investit pas d'une compétence générale pour contrôler à titre préventif les opérations de concentration, lesquelles ne sont pas prohibées, et les soumettre à des conditions fondées sur une appréciation des risques pour la concurrence qui n'est prévue par aucun texte » : incompétent pour autoriser une concentration au titre de la concurrence, le CECEI est logiquement inapte à imposer des conditions à ce titre. Mais comme il peut en imposer au titre de la préservation du bon fonctionnement du système bancaire, il est alors nécessaire de distinguer les deux types de conditions.

Cette distinction paraît a priori délicate, encore que l'on doit souligner que le bon fonctionnement du système bancaire implique que la restructuration ne nuise pas au fonctionnement des organismes interbancaires, nécessaires aux activités bancaires<sup>14</sup>, et relevant de ce fait de l'intérêt commun des établissements de crédit, de l'intérêt du système bancaire, et plus globalement de l'intérêt général, alors qu'une appréciation en termes de concurrence implique en particulier de mesurer « la part de marché de l'ensemble constitué à l'occasion de la concentration » et « les parts de marché des autres opérateurs »<sup>15</sup>. Le Conseil d'État le confirme en condamnant les conditions consistant dans la cession d'agences bancaires et l'obligation pour le groupe de ne pas augmenter le nombre des agences pendant une durée de deux ans, ces conditions étant fondées sur une appréciation des risques pour la concurrence, et en validant la condition résidant dans l'adoption, par le Crédit agricole, des « mesures nécessaires pour limiter l'exercice de ses droits de vote en deçà de la minorité de blocage dans le Groupement d'intérêt économique Cartes bancaires, le groupement pour un système interbancaire de télécompensation, le fonds de garantie des dépôts et la société Crédit logement », cette condition se rattachant « directement au bon fonctionnement du système bancaire ». Toutefois, la décision commentée n'étant pas plus explicite sur le contenu de cette condition, on ne peut que prendre acte de cette appréciation sans pouvoir en contrôler la pertinence !

**B -** L'arrêt du 16 mai 2003 a suscité une réaction rapide du législateur. Alors que le projet de loi de sécurité financière ne prévoyait aucune disposition relative aux concentrations bancaires, il a été inséré, lors de la seconde lecture au Sénat<sup>16</sup>, une disposition destinée à soumettre les concentrations bancaires au dispositif du Code de commerce, et donc au contrôle du ministre de l'Économie. Le premier alinéa de l'article L 511-4 du Code monétaire et financier dispose désormais, depuis la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière<sup>17</sup>, que « lorsque le Conseil de la concurrence est saisi, en application de l'article L 430-5 du Code de commerce, de concentrations

11 Baudry et Samin, art. préc. p. 6.

12 Bonneau, « Droit bancaire », op. cit. n° 190 p. 117. On doit toutefois rappeler que l'appréciation portée par le CECEI lors de l'agrément n'est pas uniquement d'ordre financier. En effet, « pour fixer les conditions de son agrément, le CECEI peut prendre en compte la spécificité de certains établissements de crédit appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire. Il apprécie notamment l'intérêt de leur action au regard des missions d'intérêt général relevant de la lutte contre les exclusions ou de la reconnaissance effective d'un droit au crédit » (art. L 511-10, al. 4, Code monétaire et financier). Cet élément d'appréciation a été introduit en 2001 afin de permettre le développement des établissements qui ont vocation à répondre aux besoins des personnes les plus défavorisées, v.

Th. Bonneau, « Les aspects financiers de la NRE (loi n° 2002-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques) », Rev. dr. bancaire et financier n° 5, septembre-octobre 2001, p. 305, spéc. n° 9 p. 306).

13 Ripert et Roblot, op. cit. n° 882 et s. p. 727.

14 Sur les relations interbancaires, v. Bonneau, Droit bancaire, op. cit. n° 793 et s. p. 539.

15 Ripert et Roblot, op. cit. n° 1048 p. 854.

16 Projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture, de sécurité financière, Document Sénat n° 119 : art. 21 ter.

17 Art. 24 de la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière.

*ou de projets de concentration concernant, directement ou indirectement, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement, il recueille l'avis du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Le Conseil de la concurrence communique, à cet effet, au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement toute saisine relative à de telles opérations. Le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement transmet son avis au Conseil de la concurrence dans le délai d'un mois suivant la réception de cette communication. L'avis du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement est rendu public dans les conditions fixées par l'article L 430-10 du Code de commerce ».* Cette disposition, qui consacre le droit commun – rappelons que l'article L 430-5 du Code de commerce vise la décision du ministre chargé de l'Économie et l'éventuelle saisine du Conseil de la concurrence – tout en reconnaissant un certain rôle au CECEI, remet ainsi en cause la solution retenue par le Conseil d'État en ce qui concerne les règles de concurrence ; mais l'arrêt du 16 mai 2003 conserve tout son intérêt en ce qui concerne les conditions que le CECEI peut imposer au titre du bon fonctionnement du système bancaire.