

Concurrence - Consommation

Fasc. 130

## **Application du droit de la concurrence aux banques**

### **Cas particulier des concentrations en droit français et communautaire**

Grégory Damy

Docteur en droit

Avocat

Professeur associé à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

CREDECO/CNRS

POINTS-CLÉS

1. - Une concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs sociétés antérieurement indépendantes fusionnent ; lorsqu'une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. L'article L. 430-1, II, du Code de commerce précise que constitue également une opération de concentration la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (V. n° 2 et n° 16 à 20).

2. - La définition générale de la concentration est transposable aux concentrations bancaires. Néanmoins, sont qualifiées ainsi, les seules opérations qui concernent des établissements de crédit ou des établissements financiers (V. n° 2).

3. - Il existe des règles de contrôles spécifiques aux concentrations bancaires. Ces dispositions spécifiques sont justifiées par la protection du système bancaire et financier (V. n° 2 à 4).

4. - Le droit de la concurrence a pour but premier de sauvegarder la concurrence et non de protéger le système bancaire. Le droit commun de la concurrence doit donc s'appliquer aux banques (V. n° 58 à 198, n° 242 et 332).

5. - Au niveau européen, à l'origine, il fut considéré que l'activité bancaire ne devait pas être soumise au droit de la concurrence. En effet, il était considéré que participant de la politique monétaire du pays, elle répondait à une mission de service public. La Cour de justice des Communautés européennes a mis fin à cette controverse en refusant de retenir que les banques géraient un service d'intérêt économique général en vertu d'un acte de la puissance publique. Par conséquent, l'application du droit de la concurrence s'est peu à peu affirmée (V. n° 4).

6. - Le règlement CEE n° 4064/89 du 21 décembre 1989 a instauré un contrôle des concentrations de dimension communautaire. Il a expressément prévu son application aux établissements de crédit. Néanmoins, la spécificité du contrôle des concentrations bancaires s'est exprimée à plusieurs reprises. Par exemple, le règlement CEE de 1989 ne faisait pas référence, dans la définition des seuils de compétence communautaire, pour les établissements de crédit, au chiffre d'affaires. Cette spécificité bancaire a été vigoureusement critiquée par la doctrine car elle créait des ambiguïtés. Le règlement CE n° 1310/97 du 30 juin 1997 a supprimé cette spécificité incohérente. Désormais, la dimension communautaire se calcule à partir du produit bancaire. En outre, deux règles spécifiques ont été prévues dès l'origine par le règlement sur les concentrations parce qu'il apparaissait nécessaire d'adapter le contrôle au particularisme du secteur bancaire. Cette conception n'est cohérente que lorsqu'il s'agit intrinsèquement d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement du système bancaire et financier. Ainsi, la "clause bancaire" a été inappliquée, tandis que la protection des "intérêts légitimes" nationaux a été appréciée limitativement par la Commission (V. n° 4 à 198).

7. - En droit français, la loi de sécurité financière du 1er août 2003 a mis fin à la controverse en soumettant les

concentrations bancaires au droit de la concurrence (V. n° 242 à 245).

## SOMMAIRE ANALYTIQUE

### INDEX ALPHABÉTIQUE

Abus de position dominante, n° 9, 202, 205.  
Acquisition de contrôle, n° 3, 17, 71, 116, 118, 120, 143, 239, 254, 257, 280.  
Agrément des autorités de la concurrence, n° 116, 188, 210.  
Analyse concurrentielle, n° 137, 233, 319.  
Arbitrage, n° 185.  
Assurance, n° 65, 68, 113, 120, 193, 239.  
Avis du Conseil de la concurrence, n° 244, 276, 287, 290, 293, 302, 322.  
Banque populaire, n° 1.  
Bilan concurrentiel, n° 317.  
- économique, n° 317, 325.  
CECEI, n° 218, 230, 240, 243.  
Conseil d'État, n° 201, 210, 224, 292, 295, 298, 303, 309, 316.  
Conseil de la concurrence, n° 244, 247, 276, 285, 291, 298, 301, 305, 312, 317, 321, 325.  
Consommateurs, n° 55, 78, 109, 128, 134, 140, 148, 154, 198, 319.  
Contrôle  
*V. Acquisition de contrôle.*  
Cour de justice des Communautés européennes, n° 4, 9, 11, 39, 67, 72, 74, 89, 172, 176.  
Crédit agricole, n° 1, 57, 101, 204, 207, 210, 223, 232, 242.  
- coopératif, n° 1, 207.  
- mutuel, n° 1, 222.  
Définition de l'établissement de crédit, n° 1, 28.  
Dimension communautaire, n° 4, 10, 14, 21, 25, 39, 45, 54, 62, 69, 71, 116, 120, 207, 240, 247, 278, 331.  
Effets des concentrations, n° 3, 59, 131, 137, 139, 144, 151, 160, 184, 194, 322.  
Effets unilatéraux, n° 161.  
Engagements, n° 115, 123, 125, 135, 166, 247, 278, 281, 289, 312, 322, 331.  
Entreprise commune, n° 112, 254, 280.  
Excès de pouvoir, n° 285, 292.  
Fusion, n° 1, 3, 37, 116, 130, 133, 231, 254, 280.  
Intérêt légitime, n° 25, 40, 58, 61, 289, 331.  
Liberté d'établissement, n° 71.  
Libre circulation des capitaux, n° 71.  
Marché bancaire, n° 4, 6, 26, 28, 33, 35, 42, 71, 88, 103, 108, 130, 136.  
- de la banque à distance, n° 92.  
- de la banque traditionnelle, n° 92.  
- de produits, n° 81, 84, 101, 111, 319.  
- des banques universelles, n° 92, 94.  
- des établissements spécialisés, n° 92, 94, 110.  
- géographique, n° 100.  
Ministre de l'Économie, n° 204, 207, 215, 254, 277, 286, 302, 323.  
Motivation, n° 278, 298.  
Part de marché, n° 3, 13, 37, 79, 81, 101, 113, 134, 136, 139, 142, 147, 155, 158, 196, 222, 233, 260, 265.  
Position dominante, n° 3, 9, 14, 37, 52, 64, 71, 77, 85, 101, 133, 140, 181, 193, 201, 207, 229, 257, 266, 318.  
- collective, n° 151.  
- individuelle, n° 142.  
Prise de participation temporaire, n° 25, 34, 59.  
Progrès économique, n° 309, 312, 317, 325.  
- social, n° 328.  
Puissance de marché, n° 138.  
Sanctions, n° 7, 124, 132, 170, 174, 177, 182, 201, 205, 207, 215, 247, 291, 301.  
Seuils de compétence communautaire, n° 6, 21, 44, 46, 50.  
- de compétence nationale, n° 46.  
- de dominance, n° 141, 331.  
Subsidiarité, n° 14.

Substituabilité, n° 81, 84, 87, 90, 319.  
Suspension des droits de vote, n° 70.  
Traité de Rome, n° 9.  
Transparence, n° 153, 244, 247.

## Introduction

1. - L'article L. 511-1 du Code monétaire et financier (*L. n° 84-46, 24 janv. 1984, art. 1er ancien*) définit la notion d'établissement de crédit : " *Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque* ". Elles " *comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* " (*C. monét. fin., art. L. 311-1*). Il convient d'ores et déjà de préciser que cette définition n'est pas parfaitement harmonisée avec le droit communautaire (V. pour une étude détaillée, *G. Damy, Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes : Litec, 2005, n° 411*).

L'article L. 511-9 du Code monétaire et financier (*L. 24 janv. 1984, art. 18*) définit cinq catégories d'établissements de crédit :

- les banques : elles peuvent réaliser toutes les opérations ;

- les banques mutualistes ou coopératives : elles comprennent les Banques populaires (il convient de préciser que le Crédit coopératif a adopté la forme juridique de société coopérative anonyme de banque populaire et a été affilié en qualité de société mère), le Crédit agricole, le Crédit mutuel et les Caisses d'épargne. Ces dernières ont constitué à l'origine une catégorie indépendante. En 1999, elles ont été intégrées dans le secteur mutualiste (*L. 24 janv. 1984, art. 3* soumet les Caisses d'épargne aux dispositions de *L. n° 47-1775, 10 sept. 1947* portant statut de la coopération et à celles de *L. n° 66-537, 24 juill. 1966*). Le législateur leur a donc conféré une situation hybride. En effet, cet ensemble est composé d'un actionnariat public et mutualiste. Par ailleurs, la perte du but non lucratif des caisses entraîne une conséquence importante. Ces dernières peuvent acquérir des banques commerciales ou d'autres établissements à but lucratif. Subséquemment, quelques semaines après la réforme législative, en août 1999, le groupe des caisses d'épargne a acquis le Crédit foncier de France (l'opération s'est réalisée pour 4,6 milliards de francs soit 701,265 millions d'euros) ;

- les caisses de crédit municipal : si elles ont aujourd'hui le monopole des prêts sur gages, cette activité est devenue marginale au profit d'autres formes de prêts à la consommation qu'elles réalisent.

Ces trois catégories d'établissements " *peuvent effectuer toutes les opérations de banque dans le respect des limitations qui résultent des textes législatifs et réglementaires qui les régissent* " (*C. monét. fin., art. L. 511-9*).

La loi est encore plus restrictive pour la quatrième et la cinquième catégorie. Elles ne peuvent pas recevoir du public des dépôts à vue ou à moins de deux ans de terme :

- les sociétés financières ne peuvent effectuer que les opérations de banque résultant soit de la décision d'agrément qui les concerne, soit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont propres (*C. monét. fin., art. L. 515-1. - L. n° 84-46, 24 janv. 1984, ancien art. 18, al. 6*). Elles rassemblent un vaste ensemble d'établissements au sein duquel figurent les sociétés de crédit immobilier et les sociétés de crédit-bail. Ces dernières accordent une forme particulière de crédit, appelée crédit-bail ou *leasing*, en achetant des biens "loués" ensuite aux clients pour une durée déterminée, ceux-ci ayant en fin de contrat la possibilité d'acheter les biens à leur valeur résiduelle ;

- les institutions financières spécialisées sont des organismes spécialisés auxquels l'État a confié une mission particulière d'intérêt public. Leurs opérations doivent être afférentes à cette mission (*C. monét. fin., art. L. 516-1. - L. n° 84-46, 24 janv. 1984, ancien art. 18, al. 8*). Elles comprennent notamment le Crédit foncier de France (spécialisé dans l'aide à l'habitat). Celles-ci englobent aussi la Société des bourses françaises qui gère le marché français des valeurs mobilières (précisons que MATIF SA organisant le fonctionnement du marché à terme international de France a été absorbé par la SBF en 1999).

Elles ont accueilli la Banque du développement des petites et moyennes entreprises (BDPME), issue du rapprochement entre le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (CEPME). Il est issu d'une fusion intervenue en 1981 entre la Caisse de crédit hôtelier, industriel et commercial (CCHIC), la Caisse nationale des marchés de l'État (CNME), un établissement financier de la Confédération générale des PME et le

Groupement d'intérêt économique des PME (GIPME) et la Société française pour l'assurance du capital-risque des PME (SOFARIS). Celle-ci a pour mission de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux financements bancaires et de les aider à renforcer leur structure financière. En outre, elles comptent les Sociétés de développement régional (SDR), qui ont vocation à favoriser, par des prises de participation, le développement des entreprises moyennes (sur le statut des SDR, V. D. n° 55-876, 30 juin 1955, plusieurs fois modifié, notamment par L. fin. n° 56-1357, 29 déc. 1956, art. 78 [D. 1957, 13], L. fin. rectificative n° 60-859, 13 août 1960, art. 7 [D. 1960, 308], D. n° 81-140 et n° 81-141, 13 févr. 1981, art. 94, IX de la loi bancaire).

Aujourd'hui, pour une grande majorité, libérées de la tutelle de l'État, les banques doivent trouver un équilibre dans un marché international concurrentiel. Ici se trouve la controverse, car s'il existe une libre concurrence au niveau international, il semble que les banques soient aspirées dans une logique de concentration. Or, ces opérations se font de plus en plus entre des colosses, et les petites entités risquent d'être emportées dans la tourmente.

2. - Dans le langage commun, le terme "concentration" est défini comme étant l'action qui consiste à converger, à se rassembler ou encore à se réunir dans un même lieu (*Le Petit Larousse illustré*, 2002, p. 244). Cette définition générale peut être rapprochée de la conception des économistes et des juristes. Au sens large, la concentration y est définie comme toute opération juridique tendant à créer une unité de décision entre des entreprises, dans le but d'en accroître la puissance économique. Au sens strict, il s'agit d'opérations juridiques tendant à créer une unité de décision entre des entreprises soit par la création de liens structurels qui modifient l'identité juridique des entreprises intéressées, soit par la création de liens financiers laissant subsister l'indépendance juridique des entreprises en cause.

Ces définitions sont applicables aux concentrations bancaires. Néanmoins, seules les opérations concernant des établissements de crédit sont ainsi qualifiées. L'article L. 511-1 du Code monétaire et financier définit la notion d'établissement de crédit : " *Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque* ". Elles " *comprennent la réception des fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* ". Il convient de préciser que cette définition n'est pas parfaitement harmonisée avec le droit communautaire (V. sur ce point *infra* n° 28 à 33) ou des établissements financiers. Selon l'article L. 511-21, 4°, du Code monétaire et financier (L. 24 janv. 1984, ancien art. 71-4) l'établissement financier est une entreprise qui ne relève pas de l'agrément en qualité d'établissement de crédit. Elle doit exercer une ou plusieurs des activités suivantes : les opérations de change ; le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tous produits financiers ; le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ; le conseil et l'assistance en matière de gestion financière. Elle prend des participations dans des entreprises qui, à titre de profession habituelle, effectuent des opérations de banque, ou exercent l'une des activités susmentionnées.

Si celles-ci présentent des similitudes avec les concentrations réalisées dans les autres secteurs de l'économie, les obstacles à l'accomplissement de telles opérations sont beaucoup plus nombreux et complexes. Incontestablement, elles soulèvent des problèmes spécifiques liés à leurs conditions institutionnelles, à leurs interactions avec les enjeux de politique monétaire, aux exigences prudentielles liées notamment à l'existence d'un risque systémique (le risque systémique correspond à la paralysie du système financier. Selon certains économistes comme les monétaristes, il provient de crises bancaires en chaîne provoquant une contraction de la liquidité. Il engendre des difficultés qui mettent en cause le fonctionnement de l'ensemble du système bancaire, voire qui affectent les conditions générales de financement de l'économie. V. P.-H. Cassou, *La réglementation bancaire : Sefi, coll. Banque et Stratégie, Les classiques*, 1997, p. 176). La raison essentielle de cette situation réside dans le fait que le système bancaire est spécifique. En effet, les banques drainent l'épargne et allouent les crédits selon des choix ou critères d'appréciation déterminants pour l'orientation de l'économie. Dans la mesure où celles-ci sont dépositaires des fonds appartenant à autrui, le système bancaire est non seulement le principal détenteur de liquidités mais aussi le principal prestataire de services de paiement (chèques et, de plus en plus, paiements électroniques). Par conséquent, il constitue un élément vital de la plupart des transactions économiques. Celui-ci imprègne tellement l'économie qu'il influe sur son fonctionnement de telle sorte qu'aucune autre branche d'activité ne pourrait l'égaliser. Il est ainsi traditionnellement considéré par l'État français comme stratégique (ainsi, le système bancaire est historiquement un secteur fermé. On peut d'abord noter que la loi *Le Chapelier* de 1791 qui a posé le principe de liberté du commerce et de l'industrie ne s'applique pas à l'activité bancaire. En outre, au début du XXe siècle, la place essentielle qu'occupe la monnaie fiduciaire engendre une dépendance particulièrement aiguë des établissements envers la banque centrale. V. P.-H. Cassou, *La réglementation bancaire : Sefi, coll. Banque et stratégie, Les classiques, 1re éd.*, 1997, p. 151). Il est donc soumis à un droit professionnel spécifique organisant son bon fonctionnement (A. Couret, *Le droit bancaire : PUF, coll. Que sais-je ?*, 1994, p. 5).

3. - Il est important de préciser que l'augmentation des parts de marché qui résultent des fusions et des prises de contrôle au sein d'un même marché, est susceptible de faire naître une position dominante d'abord sur un marché local, puis national voire européen. Ainsi, la fusion Banca Intesa et Comit en Italie a été autorisée au mois de décembre 1999, mais sous conditions. La concentration a été acceptée sous réserve que Banca Intesa se défasse dans un délai d'un an de 45 guichets sur les plus de 3 800 de son réseau. Il a donc été évité, dans certaines zones territoriales, la constitution de positions dominantes dans la collecte et la distribution de fonds ainsi que dans la gestion de patrimoine.

Effectivement, en cas de positions dominantes de banques sur des marchés concentrés, une fusion peut renforcer cette position et entraîner un comportement préjudiciable à la concurrence. La fixation de prix défavorables à la clientèle et les restrictions quantitatives ou qualitatives des services offerts au public peuvent en constituer une illustration. L'application de cette analyse aux banques de dépôt laisse entendre que plus la part de marché de la banque sur les dépôts et les prêts est grande, plus la marge d'intermédiation (c'est-à-dire, la différence entre les taux auxquels la banque se rémunère et celui auquel elle se refinance) est élevée. Plus précisément, cela signifie que dans une situation de faible concurrence, chaque banque aura tendance à utiliser son pouvoir de marché pour augmenter les taux sur les prêts et diminuer les taux sur les emprunts.

Par conséquent, le contrôle concurrentiel des concentrations bancaires est nécessaire car le renforcement du phénomène de concentration peut entraîner des atteintes à la concurrence. Ce contrôle vise à empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante (il convient de préciser qu'en droit français, l'article L. 430-6 du Code de commerce n'a pas fait de la création ou du renforcement de la position dominante le critère unique d'appréciation de la concentration. Tous ses effets sur la concurrence peuvent être considérés. Ainsi, la création d'une dépendance économique entre, notamment, dans le contrôle des concentrations depuis l'entrée en vigueur de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, *L. n° 2001-420, 15 mai 2001 : JO 16 mai 2001*). Ainsi, il est délicat à mettre en œuvre car l'évaluation de la position dominante se projette dans l'avenir. L'autorité de contrôle doit estimer les effets probables de la concentration sur le marché en cause dans un délai de deux à trois ans. Le temps pertinent est donc le futur, ce qui implique une anticipation des effets d'une opération sur le marché.

4. - En Europe, à l'origine, il fut considéré que l'activité bancaire ne devait pas être soumise au droit de la concurrence. En effet, il était affirmé que participant à la politique monétaire du pays, elle répondait à une mission de service public. L'arrêt *Zuchner (CJCE, 14 juill. 1981, aff. 127/80 : Rec. CJCE 1981, p. 2021 ; D. 1982, inf. rap. p. 122, obs. M. Vasseur ; RTDE 1982, p. 740, obs. C. Gavalda)* mit fin à cette controverse en refusant de retenir que les banques géraient un service d'intérêt économique général en vertu d'un acte de la puissance publique. Par conséquent, l'application du droit de la concurrence s'est peu à peu affirmée (la Commission européenne a régulièrement réaffirmé l'application du droit de la concurrence aux banques. *V. Comm. CE, déc. n° IV/30/717, 10 févr. 1984, Eurochèques uniformes : JOCE n° L 35, 7 févr. 1985, p. 43. - Comm. CE, déc. 30 sept. 1986 : JOCE n° L 295, 18 sept. 1986, relative aux banques irlandaises. - Comm. CE, déc. n° IV/261-A, 11 déc. 1986, Association belge des banques : JOCE n° L 7, 9 janv. 1987, p. 27. - Comm. CE, déc. n° IV/31/356, 11 déc. 1986, Association des banques italiennes : JOCE n° L 43, 13 févr. 1987, p. 5. - Comm. CE, déc. 19 déc. 1988, Eurochèques uniformes : JOCE n° L 36, 8 févr. 1989 : XVIIIe rapp. sur la politique de la concurrence, 1989, p. 65. - Comm. CE, déc. n° IV/31/499, 19 juill. 1989, Association des banques néerlandaises : JOCE n° L 253, 30 août 1989, p. 1, commentée dans le XIXe Rapport sur la politique de la concurrence, 1990, p. 72. - Pour une étude détaillée de ces décisions, J. Biancarelli, *L'application du droit communautaire de la concurrence au secteur financier (banque et assurance) : Gaz. Pal. 1991, 1, doctr. p. 250*). Progressivement, la concentration est devenue importante car la création d'un marché bancaire unique a engendré une libre concurrence sur l'ensemble du territoire européen (de plus en plus d'appels d'offres se font au niveau européen, et les banques, si elles veulent pouvoir participer à la compétition, n'ont pas d'autre choix que d'avoir une dimension communautaire).*

5. - Le règlement CEE n° 4064/89 de 1989 (*Comm. CEE, règl. n° 4064/89, 21 déc. 1989 : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 1*) remplacé par le règlement CE n° 139/2004 de 2004 (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1 ; D. 2004, p. 258 ; P. Arhel, *Le nouveau règlement "concentration" européen : JCP E 2004, act. 246 à 248*) a donc instauré un contrôle des concentrations de dimension communautaire. Il a expressément prévu son application aux établissements de crédit.*

6. - La spécificité du contrôle des concentrations bancaires s'est exprimée à plusieurs reprises dans le texte du règlement CEE du 21 décembre 1989. Par exemple, le règlement ne faisait pas référence, dans la définition des seuils de compétence communautaire, pour les établissements de crédit, au chiffre d'affaires. Cette spécificité

bancaire a été vigoureusement critiquée par la doctrine car elle créait des ambiguïtés. Le règlement CEE n° 1310/97 de 1997 (*Comm. CEE, régl. n° 1310/97, 30 juin 1997 : JOCE n° L 180, 9 juill. 1997, p. 1*) a supprimé cette spécificité incohérente. Désormais, la dimension communautaire se calcule à partir du produit bancaire, mais certaines questions fondamentales se posent encore. L'atomisation passée du marché bancaire a eu pour conséquence que la Commission n'a pas pris le soin de délimiter les marchés bancaires de référence dans ses premières décisions. Cette attitude pouvait laisser penser qu'il s'agissait d'une spécificité propre au contrôle des concentrations bancaires. Cependant, suite au vaste mouvement de concentration de cette fin de millénaire, la Commission délimite désormais les marchés de référence avec une précision de plus en plus affinée, de manière analogue aux autres secteurs de l'économie.

7. - En France, les règles du titre III du livre IV du Code de commerce, " *De la concentration économique* " (*C. com., art. L. 430-1 à L. 430-10. – L. n° 2001-420, 15 mai 2001, art. 91 modifié Ord. n° 2008-1161, 13 nov. 2008, relative à la liberté des prix et de la concurrence*) ont vocation à s'appliquer en matière de contrôle des concentrations, pour l'ensemble des produits et services. Pour le secteur bancaire, la question de l'applicabilité des règles de droit commun du contrôle des concentrations a longtemps été controversée. En effet, antérieurement à l'adoption de la loi de sécurité financière (*L. sécurité fin. n° 2003-706, 1er août 2003 : JO 2 août 2003, p. 13220*), l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier, se contentait d'affirmer que la sanction des comportements anticoncurrentiels s'appliquait aux établissements de crédit. Désormais, les dispositions du droit commun de la concurrence s'appliquent sans aucune ambiguïté aux concentrations bancaires.

8. - Par conséquent, le contrôle concurrentiel de la puissance économique des opérateurs a présenté des spécificités propres aux concentrations bancaires. Néanmoins, un recul progressif de l'originalité du contrôle semble pouvoir être constaté en droit communautaire de la concurrence (I) mais aussi en droit interne de la concurrence (II).

#### I. - Droit communautaire de la concurrence

9. - Au niveau communautaire, le règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises était annoncé comme l'instrument qui devait compléter le dispositif du Traité relatif à la concurrence. En effet, les articles 85 et 86 (*Traité Rome, art. 85 et 86, devenus respectivement articles 81 et 82 suite à la modification de la numérotation dans le cadre du Traité d'Amsterdam*) ne visaient que les pratiques restrictives et abusives. Ainsi, lorsqu'une opération de concentration était de nature à affecter la concurrence entre les États membres, elle était jugée à l'aune de l'article 85 du Traité de Rome relatif aux ententes ou à celle de l'article 86 relatif aux abus de position dominante, au motif que l'opération était de nature à supprimer toute concurrence sur un marché donné (la Cour de justice des Communautés européennes a procédé à une interprétation extensive des règles communautaires, notamment des articles 85 et 86, en 1973 dans l'arrêt *Continental Can*, en se fondant sur l'article 3 g du Traité CEE). Cela ne paraissait pas suffisant. Ainsi, il a été envisagé de donner pouvoir à la Commission européenne de contrôler les opérations de concentration projetées par les entreprises. Après de difficiles négociations, le règlement fut enfin adopté sous présidence française.

10. - Il est instauré un contrôle *a priori*. Le règlement contient les règles relatives à l'organisation et à la procédure de contrôle (*R. Daout, L'application du règlement sur le contrôle des concentrations dans la Communauté européenne : Banque et droit 1994, n° 33, p. 42*). Chaque projet de concentration ayant une dimension communautaire (*Comm. CE, régl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 1er : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 6*) doit être notifié à la Commission afin qu'elle rende une décision sur " *la compatibilité de l'opération avec le marché commun* " (*Comm. CE, régl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 6 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 10*). L'opération envisagée par les entreprises ne peut pas être réalisée avant cette notification. Une décision favorable doit intervenir dès qu'il n'y a plus de doute sérieux sur la compatibilité de l'opération. Cette formule signifie que des tractations vont avoir lieu avec les opérateurs, jusqu'au moment où la Commission pourra affirmer qu'il n'y a plus de doutes sérieux. Ainsi, son contrôle est négocié.

11. - Néanmoins, les décisions rendues par la Commission peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de première instance, puis devant la Cour de justice des Communautés européennes. En pratique, jusqu'en 2002, les recours devant le Tribunal de première instance ou devant la Cour de justice des Communautés européennes ont été insignifiants. Le délai de la procédure contentieuse était jugé trop long au regard de la pratique des concentrations (en effet, une opération de concentration ayant un effet bénéfique pour une entreprise à un moment donné n'a peut-être plus le même intérêt plusieurs années plus tard. Ainsi, la modification du règlement de procédure du Tribunal de première instance et de la Cour de justice des Communautés européennes : *COM 2000, 399 final, point 15 de l'annexe : JOCE n° L 322, 19 déc. 2000, p. 1*, était considérée comme une condition nécessaire à l'exercice des recours. Cette modification, instituant une procédure accélérée, était sollicitée par le

monde des affaires). Par conséquent, le 1er février 2001, une procédure accélérée a été mise en place par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (à notre avis, sa mise en place constitue un progrès. Toutefois, il conviendrait de renforcer les moyens du Tribunal de première instance afin qu'il soit institué une chambre spécialisée dans les questions relevant du contrôle des concentrations. Il s'agirait d'une formation restreinte adjointe au Tribunal de première instance. Les magistrats spécialisés la composant prendraient ainsi rapidement des décisions. Enfin, il conviendrait d'instaurer un mécanisme tel qu'un référé permettant de suspendre les effets d'une décision de la Commission. Ceci permettrait, par exemple, d'éviter les conséquences d'une décision d'interdiction non fondée). Cette dernière a permis la mise en œuvre d'un contrôle juridictionnel plus rapide et donc plus efficace des décisions de la Commission (toutefois, la procédure contentieuse constitue toujours un pari extrêmement dangereux. Outre l'issue incertaine d'une procédure, l'engagement d'un recours ne peut que nuire aux futures négociations que ces entreprises peuvent être amenées à poursuivre avec la Commission). A titre d'exemple, la Commission a récemment retenu, dans une affaire concernant un abus de position dominante de la firme Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH (C 385-07, 16 juillet 2009), que la durée de la procédure devant le Tribunal de première instance avait été si longue qu'il y avait eu violation du droit à un délai raisonnable de jugement (*article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*). Cette irrégularité n'a pas eu d'incidence sur la procédure mais elle prouve une nouvelle fois, que la procédure devant le Tribunal d'instance est beaucoup trop longue.

12. - Les questions institutionnelles qui ont été soulevées par le règlement communautaire du contrôle des concentrations ont concerné principalement la procédure, la collaboration avec les États membres et son champ d'application.

13. - La **procédure de notification**, pour sa part, soulève un problème important : la trop grande complexité des questionnaires (dans le cas d'opérations ne soulevant pas de problèmes majeurs). Ainsi, la Commission a souhaité résoudre cette difficulté en adoptant une procédure simplifiée de traitement pour certaines opérations de concentration. Une communication de la Commission publiée le 5 mars 2005 (COM n° 2005/C56/04 : JOUE n° C 56, 5 mars 2005, p. 32) prévoit une procédure simplifiée de traitement pour les opérations de concentration qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence. Sont visées les entreprises communes qui n'ont pas ou peu d'activités dans l'Espace économique européen et les concentrations entre parties qui ne sont pas présentes sur les mêmes marchés ni sur des marchés situés en amont ou en aval des marchés sur lesquels les autres parties sont actives. En outre, sont concernées les concentrations entre parties dont les marchés ne se chevauchent que faiblement (part de marché cumulée inférieure à 15 %) ou entre lesquelles existe une relation amont-aval limitée (part de marché cumulée inférieure à 25 %). Il convient de préciser que la communication prévoit que la Commission peut toujours renoncer à la procédure simplifiée. Ceci est possible notamment si elle estime que le projet de concentration est susceptible de soulever des questions de concurrence. Ce peut être le cas lorsqu'un problème de coordination du comportement entre les parties à la concentration se pose, ou encore dans l'hypothèse où un État membre soulèverait des doutes motivés sur la concentration. Dans de telles hypothèses, le projet de concentration peut être approuvé par une décision formelle, ou encore donner lieu à l'ouverture d'une phase d'examen approfondi.

En revanche, la Communication ne modifie ni les délais applicables ni le volume d'informations à fournir dans la notification. Il s'agit donc essentiellement d'une mesure destinée à alléger la charge administrative de la Commission.

14. - Pour ce qui est de la **collaboration avec les autorités nationales**, celle-ci semble avoir, en général, fonctionné de manière satisfaisante. Cependant, il convient d'observer que la Commission avait opté, en matière de renvoi aux autorités nationales, pour une politique plutôt restrictive qui limitait cette possibilité aux seuls cas où un marché distinct, affecté par une opération notifiée au niveau communautaire, était de dimension nettement "infranationale". Cela semblait logique car la Commission avait eu des difficultés pour obtenir la création d'un règlement sur le contrôle des concentrations. Ainsi, l'article 9 du règlement version 1989 (cet article est connu sous le nom de "la clause allemande") prévoyait, sous certaines conditions, le renvoi de l'appréciation d'une opération de dimension communautaire à l'autorité d'un État membre. Cela était possible lorsque la concentration menaçait de créer ou de renforcer une position dominante sur un marché distinct à l'intérieur de cet État membre. Le règlement version 2004 (Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1. - COM n° 2005/C56/02 : JOUE n° C 56, 5 mars 2005, p. 2) élargit les possibilités de renvoi lorsque le marché national affecté par l'opération de concentration ne représente pas une partie substantielle du marché commun. Dans ce cas, il n'est même plus nécessaire que l'État démontre, dans la demande de renvoi, que la concentration en cause menace de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché concerné. Il lui suffit d'établir que la concurrence est affectée. Cette disposition a entraîné une recrudescence des cas où une autorité nationale

est habilitée à obtenir le renvoi d'une opération de concentration. Selon Monsieur Lopez Madrugá (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madrugá, membre de la Commission européenne à la Merger Task Force, 150 avenue de Cortenbergh, 1000 Bruxelles - adresse officielle : 200 rue de la Loi, 1049 Bruxelles*), cette règle a été adoptée en vertu du principe de subsidiarité.

15. - Concernant le **champ d'application du règlement**, une de ses caractéristiques essentielles est qu'il s'applique à toute opération de concentration de dimension communautaire de manière exclusive. Il s'agit du principe du "guichet unique" (*A. Tercinet, Droit européen de la concurrence opportunités et menaces : Monchrestien, 2000, p. 341*). Cette règle est un facteur important de simplification administrative et de sécurité juridique. Effectivement, le dépôt d'une seule notification auprès de la Commission permet de vérifier la légalité d'une opération qui pourrait être, en l'absence d'un tel système, soumise à la censure de plusieurs autorités nationales. Ainsi, cet unique dépôt entraîne une relative brièveté des délais. Ceci constitue l'un des principaux avantages du système communautaire de contrôle des concentrations. Par conséquent, les grandes entreprises ont réservé un accueil relativement favorable au règlement.

16. - Les concepts de concentration et de dimension communautaire permettent donc de délimiter la compétence de la Commission. Cependant, il s'agit de notions complexes. Celles-ci ont été en partie clarifiées (par la doctrine et la pratique décisionnelle) dans le sens d'une application pragmatique et étendue du règlement.

17. - Il y a concentration, au sens de l'article 3 du règlement CE n° 139/2004 du 20 janvier 2004, lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement (par prise de participation au capital, achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen) le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. Le contrôle est défini à l'article 3, § 2, de manière extensive comme la possibilité d'exercer en droit ou en fait une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise. La notion d'acquisition d'une "influence déterminante" est incontestablement privilégiée, mais ses contours incertains soulèvent des problèmes d'application.

18. - L'opération de concentration est donc définie, non sur la base de critères juridiques restrictifs, mais à partir d'une approche factuelle et réaliste qui favorise, au travers du critère d'"influence déterminante", la finalité concrète de l'opération. Ainsi, la prise de contrôle, définie à l'article 3, consiste en l'acquisition d'un contrôle économique qui peut résulter d'éléments aussi bien juridiques qu'extra-juridiques.

19. - Une approche qui privilégie l'appréciation *in concreto* était probablement inévitable au regard des divergences importantes qui opposent les droits des sociétés des différents États membres. Cependant, une telle méthode, qui nécessite souvent une appréciation complexe de nombreux éléments, soulève en pratique certains problèmes d'application.

20. - Ainsi, la Commission considère qu'une participation minoritaire peut être constitutive d'un contrôle de fait si elle permet à son détenteur de contrôler les organes de direction d'une société (par exemple, désignation de la majorité des membres du conseil d'administration par un actionnaire minoritaire en capital, mais *de facto* majoritaire en droits de vote dans les assemblées annuelles. - *Comm. CEE, 11 janv. 1993, M.296, Crédit Lyonnais / BFG Bank : JOCE n° C 45, 17 févr. 1993*). Il est donc examiné la structure du capital, les règles relatives à la composition des organes de direction et à leurs délibérations ainsi que l'historique des participations aux assemblées. Dans l'hypothèse d'une prise de participation minoritaire, dans une société cotée, il est réalisé une appréciation du caractère plus ou moins dispersé du capital et du nombre d'actionnaires présents ou représentés, lors des assemblées tenues au cours des cinq dernières années. La question est alors de savoir si l'acquéreur de la participation minoritaire détient ou non, en pratique, la majorité des droits de vote dans les assemblées d'actionnaires.

21. - Par ailleurs, la notion de dimension communautaire de l'opération de concentration renvoie aux seuils fixés par le règlement. Ce dernier prévoit une notification obligatoire des concentrations de dimension communautaire. Celles-ci doivent engager des entreprises réalisant un chiffre d'affaires de 5 milliards d'euros au niveau mondial et deux des entreprises concernées doivent réaliser individuellement 250 millions d'euros de chiffre d'affaires au niveau communautaire. Enfin, chacune des entreprises concernées ne doit pas réaliser les deux tiers de son chiffre d'affaires dans un seul et même État membre. La Commission a estimé que ces seuils ont permis à un nombre important d'opérations d'échapper à son contrôle. La question de la réduction des seuils de contrôle en matière de concentration était depuis longtemps à l'ordre du jour (en réalité, depuis l'adoption du règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989). Un Livre vert prônait une révision à la baisse (*Livre vert de la Commission, 31 janv. 1996, spécialement points 22 à 58*). Le Parlement européen, le Comité économique et social, les États et les entreprises ont été associés aux négociations. Il en a résulté un règlement modificatif n°

1310/97 du 30 juin 1997. Celui-ci n'a pas abaissé les seuils originellement prévus, mais en a adjoint de nouveaux. Depuis le 1er mars 1998, un chiffre d'affaires total mondial de 2,5 milliards d'euros et un chiffre d'affaires communautaire réalisé individuellement par au moins deux entreprises de 100 millions d'euros suffisent à déclencher le contrôle communautaire à condition que dans au moins trois États membres, le chiffre d'affaires des entreprises concernées soit supérieur à 100 millions d'euros et que deux d'entre elles réalisent individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 25 millions d'euros (*L. Vogel, Élargissement du champ d'application du règlement du 21 décembre 1989 sur le contrôle des concentrations : Contrats, conc. consom. 1997, comm. 132, p. 8*).

En exigeant que l'opération de concentration de dimension communautaire ait un impact significatif dans trois États membres au moins, la Commission contourne l'opposition de certains États. Ces derniers étaient hostiles à un abaissement des seuils dans le souci de préserver leur sphère de pouvoir. La réforme peut être présentée comme ayant essentiellement pour objet d'améliorer l'efficacité du contrôle en renforçant le système de "guichet unique" destiné à éviter les pluri-notifications (*G. Ripert, R. Roblot et L. Vogel, Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1 : LGDJ, 18e éd., 2001, spécialement n° 1025, p. 832*) L'article 1, § 4, du règlement, tel que modifié par le règlement de 1997, précisait que la Commission devait faire rapport au Conseil sur la mise en œuvre de deux séries de seuils. Ce rapport a été réalisé (*Comm. CE, rapp. 28 juin 2000*, sur l'application des seuils de compétence communautaire). Il s'est attaché principalement à évaluer l'impact de la nouvelle série de seuils. La Commission a confirmé qu'elle lui a permis de traiter des affaires qui étaient effectivement de dimension communautaire. Ceci étant, le faible nombre des affaires concernées ainsi que les informations communiquées par les autorités nationales ont démontré que la nouvelle série de seuils n'a pas permis d'appréhender la plupart des concentrations de dimension communautaire.

22. - Ainsi, la Commission a demandé qu'une analyse plus approfondie du mécanisme de compétence communautaire soit engagée en liaison avec les États membres et les parties intéressées (*RD aff. int. 2000, p. 885*). Dans le Livre vert sur la révision du règlement concentration (ce Livre vert a été publié le 11 décembre 2001. - *S. Dominguez et A. Wachsmann, Contrôle des concentrations : le Livre vert de la Commission européenne : Les Échos, 14 et 15 déc. 2001, p. 59 ; N. Jalabert-Doury, Révision du règlement communautaire sur les concentrations : les silences du Livre vert appellent une réaction forte des entreprises : RD aff. int. 2002, p. 127 à 154 ; L. Vogel et J. Vogel, La réforme du contrôle communautaire des concentrations : le débat est lancé : JCP E 2002, 271, p. 262*), la Commission a donc proposé d'élargir sa compétence aux projets de concentrations qui ne franchissent pas le seuil principal mais produisent des effets dans au moins trois États membres. Néanmoins, cette proposition, ayant soulevé de nombreuses critiques, a été abandonnée (*L. Nouvel, Contrôle communautaire des concentrations : l'arrivée d'une réforme décisive : RD aff. int. 2003, p. 319*). Aussi, la Commission a utilisé une autre méthode pour accroître son champ de compétence. Le règlement CE n° 139/2004 de 2004 (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1*) remplaçant le règlement n° 4064/89 prévoit que les parties peuvent informer la Commission, par un mémoire motivé, que la concentration a des effets transfrontaliers significatifs afin que celle-ci examine l'opération. La Commission transmet ce mémoire à tous les États membres. Tout État membre concerné pour examiner la concentration en vertu de son droit national de la concurrence peut, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire motivé, exprimer son désaccord sur la demande de renvoi. Lorsque aucun des États membres n'a exprimé son désaccord, l'affaire est renvoyée à la Commission européenne (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 4, § 5 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 8*).

23. - Par conséquent, le règlement sur les concentrations soulève un certain nombre de difficultés. C'est notamment le cas pour le contrôle des concentrations bancaires à cause du traitement spécifique réservé aux établissements de crédit. Cependant, un recul de l'originalité interne du règlement peut être constatée (A). Il en est de même concernant l'originalité dans l'application du règlement (B).

A. - Recul de l'originalité interne du règlement

24. - Une précision sur l'expression "concentration bancaire" au sens du règlement s'impose. Sont ainsi qualifiées, les opérations de concentration qui concernent des établissements de crédit ou des établissements financiers. L'expression n'en est pas moins utile même si elle recouvre plusieurs situations : concentrations purement bancaires (entre établissements de crédit), concentrations financières (entre établissements financiers) concentrations bancaires et financières (entre établissements de crédit et établissements financiers), mais aussi concentrations principalement bancaires ou financières (lorsque d'autres entreprises parties à l'opération appartiennent à un autre secteur économique). Il est évident que lorsque la concentration est principalement réalisée par des entreprises industrielles même si une des entreprises est un établissement de crédit ou financier, il ne s'agit pas d'une concentration bancaire.

25. - La spécificité des concentrations bancaires s'exprime à trois reprises dans le texte du règlement CEE n° 4064/89 du 21 décembre 1989. En effet, il est prévu des dispositions particulières pour les établissements de crédit et les établissements financiers :

- lors de la définition des seuils de compétence communautaire (*Règl. n° 4064/89, art. 5, § 3*) : pour les entreprises en général, ils sont calculés à partir du chiffre d'affaires mais pour " *les établissements de crédit et autres établissements financiers* ", ils le sont à partir du total du bilan ;

- lors de la définition de l'opération de concentration : les prises de participation temporaires n'entrent pas dans cette définition lorsqu'elles sont le fait " *d'établissements de crédit et autres établissements financiers* " dans le cadre de leur activité (*Règl. préc., art. 3, § 5*) ;

- et enfin, lorsqu'il est question des intérêts légitimes pouvant justifier que les États membres appliquent des mesures nationales à une opération de concentration ayant pourtant une dimension communautaire : les règles prudentielles relèvent de cet intérêt légitime (*Règl. préc., art. 21, § 3*).

Cette originalité est très marquée dans les termes du règlement CEE n° 4064/89 version 1989, parce qu'il est apparu nécessaire d'adapter le contrôle au particularisme du secteur bancaire. Celle-ci a créé des imprécisions dans les termes du règlement qui mériteraient, sans doute, d'être supprimées (1°). En outre, cette originalité n'est cohérente que lorsqu'il s'agit intrinsèquement d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement du système bancaire et financier. S'il est incontestable que le droit de la concurrence a aussi une vocation protectrice, les objectifs en sont différents car ce contrôle vise uniquement à empêcher la création ou le renforcement d'entraves à une libre concurrence sur un marché. Dans ce cadre, il est délicat de justifier de manière convaincante l'existence de spécificités dans le traitement concurrentiel des établissements de crédit. C'est pour cette raison que la suppression de certaines ambiguïtés substantielles a été concrétisée par la remise en cause de l'originalité bancaire (2°).

1° Suppression souhaitée des imprécisions textuelles liées à l'originalité du contrôle

26. - Les termes du règlement, déterminant le champ de la spécificité des concentrations bancaires, présentent des imprécisions (ces imprécisions trouvent leur origine dès les propositions de règlement sur le contrôle des concentrations. Selon les versions, il est fait référence aux " *institutions bancaires* " (*Comm. CEE, proposition règl. sur le contrôle des concentrations, 20 juill. 1973, art. 5, § 2 : JOCE n° 92, 31 oct. 1973, p. 1. - Proposition modifiée règl. sur le contrôle des opérations de concentrations entre entreprises, art. 5, § 4, a : JOCE n° C 130, 19 mai 1988, p. 6*), aux " *banques* " (*proposition modifiée règl. CE sur le contrôle des opérations de concentrations entre entreprises, préc., art. 3, § 5*), ou aux établissements de crédit (*Règl. n° 4064/89, 21 déc. 1989, art. 3, § 5, a*). En effet, ils manquent de cohérence par rapport aux notions et principes résultant des directives de coordination bancaire, dont chaque pièce s'emboîte avec précision dans un ensemble cohérent.

Ainsi, la terminologie du règlement ne s'inscrit pas harmonieusement dans le système du marché bancaire unique. Ce manque de rigueur dans la forme crée quelques imprécisions qui peuvent fragiliser la réglementation bancaire communautaire.

Ces imprécisions, dans le cadre des concentrations bancaires, peuvent être supprimées d'une part dans les notions (a), d'autre part dans les principes (b).

a) Suppression des imprécisions dans les notions

27. - L'imprécision existe dans les définitions d'établissements de crédit et d'établissements financiers (1) ainsi que dans la notion d'activité bancaire (2).

1) Imprécision dans les définitions d'établissements de crédit et d'établissements financiers

28. - Le règlement prévoit en ses articles 3, § 5, a) et 5, § 3, a) des dispositions spécifiques pour les " *établissements de crédit et autres établissements financiers* ". Ces notions ont une signification très précise dans les directives qui réalisent le marché bancaire unique. Il conviendrait qu'elles aient le même sens dans le règlement parce que le contrôle des concentrations bancaires participe à la réalisation du marché bancaire unique, système dont le fonctionnement exige cohérence. Mais rien ne permet de l'affirmer. En effet, le règlement, qui ne donne aucune définition des établissements de crédit et des établissements financiers qu'il vise,

ne renvoie aucunement à celles figurant dans ces directives. Ainsi, aucune précision, aucune référence, ne rattache les notions " *d'établissements de crédit et autres établissements financiers* " à des définitions déjà données dans d'autres textes communautaires. Cela est surprenant car les directives bancaires effectuent ces rattachements avec soin (B. Sousi-Roubi, *Droit bancaire européen : Précis Dalloz*, 1995, n° 773, p. 381).

29. - Aux termes de l'article 1er de la première directive de coordination bancaire, un établissement de crédit est défini comme " *une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte* " (Cons. UE, dir. n° 77/780/CEE, 12 déc. 1977, art. 1er : JOCE n° L 322, 17 déc. 1977, p. 30, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice). C'est à cette définition que renvoie expressément la deuxième directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989 (Cons. UE, dir. n° 89/646/CEE, 15 déc. 1989, art. 1er), visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive n° 77/780 (Cons. UE, dir. n° 77/780/CEE : JOCE n° L 386, 30 déc. 1989, p. 1). Les définitions contenues dans ces directives sont aujourd'hui rassemblées dans un Code bancaire européen (PE et Cons. UE, dir. 2000/12/ CE, 20 mars 2000 : JOCE n° L 126, 26 mai 2000, p. 1, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice). Par ailleurs, aux termes de l'article 1er de cette deuxième directive, un établissement financier est défini comme " *une entreprise, autre qu'un établissement de crédit, dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs activités visées au point 2 à 12 de la liste figurant à l'annexe* " (Cons. UE, dir. n° 89/646/CEE, 15 déc. 1989, art. 1er : JOCE n° L 386, 30 déc. 1989, p. 1, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive n° 77/780/CEE).

30. - Il pourrait être considéré que ce défaut de renvoi s'explique dans le cas des établissements financiers, puisque la deuxième directive les définissant n'est antérieure que de quelques jours au règlement. Un tel argument ne pourrait pas prospérer. D'une part, il était facile de prévoir une harmonisation des définitions lors de la préparation des deux textes. D'autre part, le règlement ne fait pas non plus de renvoi à la définition qu'en a donnée la directive du 13 juin 1983 (Cons. UE, dir. n° 83/350/CEE, 13 juin 1983 : JOCE n° L 193, 18 juill. 1983, p. 18) relative à la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée, qui lui est pourtant antérieure de plus de 6 ans. L'établissement financier y est défini comme " *une entreprise, autre qu'un établissement de crédit, dont l'activité principale consiste à accorder des facilités de crédit, y compris des garanties, à prendre des participations ou à effectuer des placements* ". Il est remarquable que la définition de l'établissement financier issue de la deuxième directive n'est pas la même que celle issue de la directive de 1983. Cependant, la directive du 6 avril 1992 (Cons. UE, dir. n° 92/30/CEE, 6 avr. 1992 : JOCE n° L 110, 28 avr. 1992, p. 52), également sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée, s'est entièrement substituée à celle de 1983. Elle est le signe d'un souci de cohérence de ses rédacteurs car elle reprend désormais la définition de l'établissement financier, telle qu'elle résulte de la deuxième directive (B. Sousi-Roubi et J. Zachmann, *Le contrôle communautaire des concentrations bancaires : la spécificité en question : RD bancaire et bourse* 1993, p. 79).

31. - L'ambiguïté demeure car chaque définition, celle de l'établissement de crédit comme celle de l'établissement financier, est expressément donnée dans le cadre des directives qui les contiennent : " *aux fins de la présente directive (...)* ". Concernant le règlement, il est donc légitime de se demander s'il faut reprendre les mêmes définitions que celles adoptées par les directives évoquées. Cela paraît souhaitable. Toutefois, juridiquement rien ne l'exige et les difficultés d'interprétation sont évidentes. D'autres définitions pourraient même être retenues pour son application.

32. - Dans le silence du règlement, les définitions à retenir pour son application peuvent être celles des autres instruments juridiques communautaires, parmi lesquelles celles des droits nationaux. Mais alors, dans l'hypothèse où plusieurs droits nationaux seraient concernés, quelle définition faudrait-il choisir ? Textuellement, aucune ne s'impose. La lettre du règlement ne donne aucune indication et permet toute interprétation.

33. - La cohérence et la rigueur nécessaires au bon fonctionnement du marché bancaire unique commandent d'adopter, pour tous les textes, les mêmes définitions. Ainsi, la Commission a souhaité éclaircir ce point et dans une Communication (Doc. COM n° 98/C66/04 : JOCE n° C 66, 2 mars 1998, p. 25, pt 51), elle explique, que dans sa pratique décisionnelle, elle a toujours entendu adopter les définitions figurant dans les directives bancaires. Cette affirmation n'a qu'une valeur indicative. Une suppression textuelle de cette imprécision est donc souhaitable. Il en est de même pour la notion de domaine bancaire.

2) Imprécision dans la notion d'activité bancaire

34. - Le règlement contient une imprécision dans la notion d'activité bancaire. Les prises de participations temporaires, selon l'article 3, § 5, a), ne constituent pas des opérations de concentration. Par conséquent, elles échappent au contrôle prévu par le règlement, si elles sont réalisées par des établissements de crédit ou d'autres établissements financiers " dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour propre compte ou pour compte d'autrui ". Deux conditions doivent être réunies : non exercice par ces établissements des droits de vote attachés aux dites participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de l'entreprise et réalisation dans le délai d'un an à compter de l'acquisition.

35. - Paradoxalement, c'est par excès de précision que ce texte crée une imprécision dans la notion d'activité bancaire telle que prévue par les directives. En effet, en indiquant " dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres ", il apporte une précision qui peut susciter un doute sur le sens de l'activité normale. Il peut s'agir de l'activité statutaire ou de l'activité régulière. En outre, cela est d'autant plus confus que la définition communautaire des établissements de crédit n'inclut pas ce type d'activités. Un établissement de crédit au sens communautaire (un établissement de crédit au sens communautaire réceptionne des dépôts et octroie des crédits) n'a pas toujours une activité sur les titres même si son agrément le lui permettrait. Dès lors, un tel établissement qui souhaiterait prendre une participation temporaire, qui ferait occasionnellement des portages, ne répondrait pas au scénario précis de l'article 3, § 5, a), faute d'inclure dans son activité normale la transaction et la négociation de titres. La lettre trop précise du texte crée un doute : faut-il dans ce cas considérer qu'il s'agit d'une opération de concentration pouvant relever du contrôle communautaire ? En se référant à la précision de la rédaction, la réponse est positive, mais elle est négative eu égard à l'esprit du texte. À notre avis, il n'est pas souhaitable que les prises de participations temporaires de certains établissements de crédit soient soumises au contrôle des concentrations tandis que d'autres en sont exemptes. Ceci est contraire à la cohérence du marché bancaire unique. Il conviendrait donc qu'à la lecture du règlement, il se dégage une notion précise des prises de participations temporaires n'entrant pas dans la définition d'une opération de concentration.

Ainsi, le contrôle communautaire des concentrations bancaires fait apparaître des ambiguïtés dans les notions utilisées, mais aussi dans les principes.

#### b) Suppression des imprécisions dans les principes

36. - Il y a une articulation évidente entre les impératifs du contrôle des concentrations et ceux du contrôle prudentiel.

37. - Le contrôle des concentrations organisé par le règlement a pour objectif, notamment, d'empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante, lorsque des entreprises réalisent certaines opérations notamment des fusions ou des prises de contrôle. L'appréciation que doit faire la Commission lorsqu'un projet lui est notifié, porte sur l'incidence de l'opération envisagée sur le marché. Quelle serait la position de l'entreprise, après la réalisation de l'opération, et plus précisément entraverait-elle de manière significative une concurrence effective, notamment, par création ou renforcement d'une position dominante sur le marché concerné ? Dans l'affirmative, l'opération ne peut avoir lieu. Ce n'est pas le pourcentage d'une prise de participation qui importe, mais son impact sur la situation de l'entreprise par rapport au marché en cause. Cela est vrai pour toute concentration projetée, qu'il s'agisse d'entreprises commerciales, industrielles, d'établissements de crédit ou d'établissements financiers. À cet égard, il n'y a pas de spécificité des concentrations bancaires : le contrôle communautaire s'exerce en considération des parts de marché.

38. - Le contrôle prudentiel organisé par les directives a pour objectif de veiller à la situation financière de l'établissement de crédit : des ratios, des limites, des seuils sont harmonisés. Ce sont les autorités compétentes de l'État membre d'origine qui contrôlent l'activité de l'établissement et de toutes ses succursales. En outre, l'appréciation du respect des règles prudentielles doit se faire, le cas échéant, sur la base d'une situation consolidée. S'agissant plus particulièrement de prises de participations d'un établissement de crédit dans des entreprises industrielles, l'article 12 de la deuxième directive limite chaque participation qualifiée à 15 % des fonds propres de l'établissement de crédit et leur montant total à 60 % desdits fonds propres. Ici, peu importe l'impact sur le marché géographique ou sur le marché des produits : seule est requise une vérification de non dépassement des seuils.

39. - Ces deux contrôles n'ont donc pas la même finalité, ni le même objet : ils n'en sont pas moins obligatoires l'un et l'autre. Or, lorsque l'opération envisagée est de dimension communautaire au sens de l'article 1er du règlement, la Commission sous réserve du contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes a une compétence exclusive pour apprécier le projet (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 21, § 2 : JOUE*

n° L 24, 29 janv. 2004, p. 17). Par conséquent, comment concilier cette compétence exclusive avec la compétence des autorités de contrôle prudentiel de l'État membre d'origine ?

40. - Après avoir affirmé la compétence exclusive de la Commission pour rendre une décision en application du règlement, l'article 21 précise en son paragraphe 4 que " *les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement* ". Il précise que parmi ces intérêts légitimes, il faut entendre " *les règles prudentielles* ". En vertu de ce texte, les États membres sont donc autorisés à s'opposer à une concentration bancaire que la Commission juge pourtant compatible avec le marché commun. Les règles prudentielles qui justifient une telle opposition sont explicitées dans les commentaires annexés au règlement : " *elles concernent par exemple l'honorabilité des personnes, la régularité des opérations et les conditions de solvabilité* ". Ce ne sont que des exemples et il est évident que toutes les règles prudentielles applicables à un établissement de crédit entrent dans les prévisions de l'article 21, § 4. Ces règles sont, pour la plupart, harmonisées ; s'agissant d'une harmonisation minimale, chaque État membre peut en prévoir de plus exigeantes mais peut seulement les appliquer aux établissements de crédit agréés sur son territoire.

41. - La répartition des compétences telle que prévue par l'article 21, § 4 semble claire. La Commission est compétente pour apprécier une opération de concentration au regard de la position qu'elle crée pour l'entreprise sur le marché en cause. Or, au regard des exigences prudentielles, ce sont les autorités de l'État membre d'origine qui apprécient le projet. Toutefois, la rédaction de l'article 21, § 4 peut susciter des interprétations différentes quant à la nature même de ces compétences.

42. - Le texte indique que les États membres " *peuvent* " prendre les mesures... Cela suggère qu'ils ont le droit et la faculté d'empêcher un projet de concentration pour assurer la protection d'intérêts légitimes. Or, s'agissant des règles prudentielles, il conviendrait de rappeler qu'ils en ont l'obligation et que s'ils constatent que les exigences prudentielles ne sont pas remplies, ils ont en quelque sorte une compétence liée pour prendre les mesures qui s'imposent. En effet, la Commission peut rendre une décision de compatibilité avec le marché commun sur un projet de concentration dans lequel au moins l'une des entreprises est un établissement de crédit et autoriser ainsi la réalisation de l'opération. Les autorités de contrôle de l'État membre d'origine de l'établissement de crédit doivent alors l'interdire en l'état, s'il apparaît que les règles prudentielles ne sont pas respectées. Le texte pourrait laisser penser que les autorités de contrôle de l'État membre concerné ont une compétence discrétionnaire. Il ne doit pas en être ainsi sous peine de contredire les principes qui fondent tout le système du contrôle prudentiel des établissements de crédit tel que conçu pour la réalisation du marché bancaire unique.

43. - Or, l'imprécision du texte sur cette compétence pourrait être un argument pour contester une prise de position de ces autorités ou au contraire pour justifier leur non opposition à un projet de concentration contraire aux exigences prudentielles. Il faudrait donc supprimer cette imprécision car laisser la place au moindre doute risque de rompre l'équilibre du marché bancaire unique.

44. - Afin que la lettre du texte de l'article 21, § 4 soit conforme à son esprit, il conviendrait d'indiquer que les décisions de la Commission ne préjugent pas de l'application, par chaque État membre, des dispositions concernant les exigences du contrôle prudentiel. Ainsi, pour respecter les principes du marché bancaire unique, la jonction doit se faire entre le contrôle des concentrations relevant de la compétence communautaire et le contrôle prudentiel relevant de la compétence des États membres.

Par conséquent, nous avons démontré que plusieurs notions et principes spécifiques créent des imprécisions. Celles-ci pourraient être supprimées, grâce à une amélioration de la rédaction du règlement. Il est donc souhaitable que le droit communautaire soit amélioré formellement. Par ailleurs, il convient de préciser que la suppression de certaines ambiguïtés substantielles a déjà été concrétisée par la remise en cause de l'originalité bancaire.

## 2° Concrétisation de la suppression des imprécisions substantielles

45. - La spécificité du calcul de la dimension communautaire des établissements de crédit a fait l'objet d'une réforme (a). En outre, les deux dernières règles spécifiques au secteur bancaire, contenues dans le texte du règlement, ont été largement cantonnées (b).

### a) Réforme des règles de calcul de la dimension communautaire des établissements de crédit

46. - La spécificité du contrôle des concentrations bancaires par rapport au régime général s'exprimait

notamment lorsqu'il fallait calculer les seuils à partir desquels le contrôle relève de la compétence communautaire et échappe ainsi à la compétence nationale. Les concentrations bancaires étaient soumises à un régime très critiqué, qui a suscité de nombreuses réflexions (1). C'est pour cette raison que le règlement CE n° 1310/97 a révisé la méthode de calcul de la dimension communautaire de la concentration bancaire (2).

1) Critique de la méthode de calcul de la dimension communautaire des établissements de crédit dans le règlement CEE n° 4064/89 du 21 décembre 1989

47. - Il a déjà été précisé qu'aux termes de l'article 1er du règlement, le contrôle communautaire concerne les concentrations qui sont " *de dimension communautaire* ", les autres relevant de la compétence des autorités nationales. L'article 1er, § 2 du règlement explique ce qu'il faut entendre par dimension communautaire. Les conditions sont cumulatives et concernent le chiffre d'affaires total mondial, le chiffre d'affaires individuel dans la Communauté et le chiffre d'affaires total dans un seul et même État membre. Une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées est supérieur à 5 milliards d'euros et le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 250 millions d'euros, sauf si les entreprises concernées réalisent plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires total dans la Communauté dans un seul et même État membre.

48. - S'agissant de l'appréciation de la dimension communautaire d'une opération de concentration bancaire, ce n'est pas le chiffre d'affaires qui a d'abord servi de base de calcul de ces seuils mais un autre critère : le dixième du total des bilans (*J.-P. Gunther et J. Poyer, Les appréciations des opérations de concentration dans le secteur bancaire et financier à travers l'affaire Crédit Lyonnais / BFG Bank : Act. communautaires, n° 285, 1993, p. 7*). L'article 5, § 3, a) disposait, avant sa modification dans le cadre du règlement CE n° 1310/97 du 30 juin 1997, que pour les établissements de crédit et autres établissements financiers, le chiffre d'affaires total mondial (prévu par *Règl. préc., art. 1er, § 2*) était remplacé par le dixième du total des bilans.

Pour le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans la Communauté, il était remplacé par " *le dixième du total des bilans multiplié par le rapport entre les créances sur les établissements de crédit et sur la clientèle, résultant d'opérations avec des résidents de la Communauté, et le montant total de ces créances* ".

Pour le chiffre d'affaires total réalisé dans un seul et même État membre, il était remplacé par " *le dixième du total des bilans multiplié par le rapport entre les créances sur les établissements de crédit et sur la clientèle, résultant d'opérations avec des résidents de cet État membre, et le montant total de ces créances* ".

Le règlement contenait fort heureusement une note explicative de l'article 5, § 3, a) sous forme d'un exemple chiffré. Il en ressortait qu'il fallait isoler dans le bilan de l'établissement de crédit ou de l'établissement financier soumis au calcul, ses créances sur les établissements de crédit situés dans la Communauté. De plus, il fallait distinguer les créances sur les établissements de crédit situés dans un seul et même État membre.

49. - Ce n'était pas tant la complexité du calcul que la base du calcul qui était contestable. Il était étonnant de constater que pour toutes les entreprises, l'appréciation de la dimension communautaire se faisait à partir du chiffre d'affaires. Or, pour les établissements de crédit et les établissements financiers, elle se faisait à partir du dixième du bilan. Il était difficile de comprendre pourquoi le critère du chiffre d'affaires n'avait pas été retenu pour ces établissements comme pour toute autre entreprise. Certains avaient expliqué que c'était parce que ces établissements n'ont pas de chiffre d'affaires. Fort heureusement, ils en ont un, comme quiconque d'ailleurs exerce une activité : le chiffre d'affaires n'est que la conséquence de cette activité. La terminologie peut varier : revenu, résultat d'exploitation ou encore produit d'exploitation, mais l'idée demeure. Même si d'autres termes sont utilisés, il s'agit toujours du chiffre d'affaires.

50. - Incontestablement, pour les établissements de crédit ou les établissements financiers, on n'emploie pas l'expression chiffre d'affaires mais généralement celle de produit bancaire d'exploitation. Néanmoins, il était facile pour les rédacteurs du règlement d'indiquer que pour ces établissements, le chiffre d'affaires doit s'entendre du produit bancaire. Certes en 1989, si l'on avait appliqué à cette notion de produit bancaire les seuils prévus pour les entreprises en général, cela aurait conduit, dans la plupart des cas, à exclure les opérations de concentration bancaire de la compétence communautaire. Il s'agissait là de la question du montant du seuil à retenir pour qu'il soit significatif, mais ceci ne remettait pas en cause la base de calcul. En effet, les rédacteurs du règlement pouvaient abaisser le seuil de la dimension communautaire des concentrations bancaires. Ils ne l'avaient pas fait et avaient préféré changer de critère en adoptant celui du dixième du total des bilans.

51. - Selon Monsieur Lopez Madruga (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, cité supra n° 14*), ce critère avait été choisi rationnellement. Effectivement, les prix des services bancaires et notamment les taux d'intérêts faisaient l'objet d'une grande disparité dans les différents États membres, au moment de l'adoption du règlement sur les concentrations. Par exemple, à la fin des années 1980, l'écart entre les taux d'intérêts allemands et les taux d'intérêts italiens ou espagnols était très significatif. En effet, l'inflation dans ces deux derniers États était très importante. Ainsi, le critère du chiffre d'affaires ne pouvait pas donner une dimension exacte de la banque.

52. - Cependant, il faut constater que les notions de chiffre d'affaires et de bilan sont distinctes : le chiffre d'affaires reflète l'activité d'une entreprise, le bilan est l'état de son patrimoine et ne correspond en rien à une notion de recettes. Calculer la dimension communautaire d'une concentration bancaire sur la base de l'état du patrimoine des établissements concernés restait contestable, malgré l'argument invoqué plus haut. Il y avait là, non seulement une différence de traitement, qui ne se justifiait pas pleinement, mais aussi une incohérence qui créait des difficultés d'appréciation. En effet, il est évident que la présence d'une entreprise sur un marché s'exprime par son activité et que c'est son chiffre d'affaires qui en est la mesure. Le bilan n'a pas cette fonction. Quel que soit son montant, élevé ou bas, il ne fournit pas d'indication permettant de comparer la place que tient l'entreprise sur le marché considéré par rapport à d'autres concurrents. Malgré un bilan important, l'entreprise peut avoir une faible activité et à l'inverse, avec un bilan peu élevé, elle peut avoir une forte présence sur un marché. Dès lors, il paraissait paradoxal que dans le contrôle, visant à empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante sur un marché, la répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales se fasse en fonction d'un critère inapte à refléter l'activité des établissements en cause.

53. - Les commentaires, officiellement annexés au texte du règlement, indiquaient clairement qu'une révision était envisagée, dès l'origine. Assurément, les rédacteurs étaient conscients de l'imperfection du critère qu'ils adoptaient. " *Le Conseil et la Commission considèrent qu'il conviendra de substituer au critère défini en fonction du bilan un concept de produit d'exploitation tel qu'il figure dans la directive n° 86/635 [Cons. UE, dir. n° 86/635/CEE, 8 déc. 1986 : JOCE n° L 372, 31 déc. 1986, p.1] concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, soit lors de l'entrée en vigueur effective des dispositions pertinentes de cette directive, soit lors de la révision des seuils visés à l'article 1 du présent règlement et à la lumière de l'expérience acquise* ".

Par conséquent, les arguments en faveur de l'adoption du chiffre d'affaires comme critère de détermination de la dimension communautaire d'une concentration, fut-elle bancaire, ont engendré une réforme.

2) Révision de la méthode de calcul de la dimension communautaire dans le règlement CEE n° 1310/97 du 30 juin 1997

54. - À la suite de nombreux débats, le règlement CEE n° 4064/89 a été modifié par le règlement CE n° 1310/97 du 30 juin 1997. Ce dernier n'a pas réussi à imposer une réforme profonde des seuils en général, mais a opéré la modification voulue pour les établissements de crédit (*J.-B. Blaise, L. Idot, G. Le Tallec et J. Schapira, Droit européen des affaires, t. 2 : PUF, coll. Thémis, 5e éd., 1999, p. 720*).

Le critère du dixième du total du bilan, qui avait été retenu comme critère de substitution, est ainsi remplacé par celui du produit bancaire car il reflète mieux la réalité économique (*Cons. UE, règl. n° 1310/97/CEE, 30 juin 1997, consid. 6 : JOCE n° L 180, 9 juill. 1997, p. 2. - L. Vogel, Contrôle des concentrations : adoption d'une nouvelle méthode de calcul des seuils de contrôle pour les établissements de crédit : Contrats, conc. consom. 1997, comm. 133, p. 9*). À notre avis, le critère se présente comme une autre manière d'exprimer le chiffre d'affaires. En effet, l'article 5, § 3, a) *in fine* dispose que " *le chiffre d'affaires d'un établissement de crédit (...) comprend les postes de produits suivants (...)* ". En outre, le règlement n° 1310/97 précise qu'" *aux fins du calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit (...), le produit bancaire constitue un meilleur critère (...)* ". Enfin, la communication sur le calcul du chiffre d'affaires consacre une section au calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit (*Doc. COM n° 98/C66/04 : JOCE n° C 66, 2 mars 1998, p. 25, pt 53*). Substantiellement, le critère est donc le chiffre d'affaires.

55. - Le nouveau régime modifie la base de calcul. Les chiffres d'affaires mondiaux et communautaires sont déterminés sur la base des recettes générées par ces institutions. Il s'agit des intérêts et produits assimilés, des revenus de titres (revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable, revenus de participation, revenus de parts dans des entreprises liées), des commissions, des bénéfices nets provenant d'opérations financières ainsi que d'autres produits d'exploitation (*J.-M. Coumes et J. Ratliff, Contrôle communautaire des concentrations : nouveaux seuils et nouvelles règles sur les entreprises communes : RMCUE 1997, p. 613. - M. Djazayeri, Le*

*contrôle juridique effectué dans le cadre européen en matière d'opérations de rapprochement d'entreprises : Thèse, Nice, 2002, § 370, p. 123).*

Selon l'article 5, le calcul du chiffre d'affaires total visé à l'article 1, § 2 comprend les montants résultant de la vente de produits et de services fournis à des entreprises ou des consommateurs soit dans la Communauté, soit dans l'État membre en question. Ils sont réalisés par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondent à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires.

Le calcul de la dimension communautaire, dans le règlement, version 1989, soulevait aussi des difficultés d'application, dans la mesure où il privilégiait pour l'allocation géographique, le lieu de résidence des clients. Or, le lieu de résidence d'un emprunteur est délicat à déterminer (pour des exemples de ces difficultés d'application avant mars 1998, V. *Comm. CE, déc. M.1037, 17 nov. 1997, Nomura / Blueslate, pts 11 à 16*. - *Comm. CE, déc. M.1068, 19 déc. 1997, Crédit Suisse / First Boston/Barclays, pt 6*) et peut varier pendant la durée du prêt. Ce critère constituait donc une lourde charge pour les banques (*Livre Vert CE* concernant la révision du règlement sur les concentrations, *Doc. COM (96) 19 final, 31 déc. 1996, pt 141 : XXVIIe Rapp. sur la politique de la concurrence (1997), p. 53*). Depuis 1998, le critère retenu est celui de la résidence de la succursale ou de la division qui accorde le prêt ou fournit le service (V. la communication sur le calcul du chiffre d'affaires conformément au règlement : *JOCE n° C 66, 2 mars 1998, p. 25, spécialement III. Établissements de crédit et autres établissements financiers...* - L. Idot, *Le contrôle des concentrations, version 1998 : Europe 1997, chron. 8, p. 5*. - R. Blasselle, *Traité de droit européen de la concurrence t. 1 : Publisud, 2002, p. 347*).

56. - Ce régime simplifie donc les modes de calcul et les établissements sont en mesure de déterminer plus aisément que par le passé si leur transaction est de dimension communautaire. Les nouveaux critères ont également entraîné une recrudescence du nombre de notifications. En effet, ils ont pour vocation de s'appliquer à des transactions qui étaient jusqu'alors exclues. Il s'agit principalement des concentrations conclues par les établissements de crédit à faibles bilans mais qui ont des revenus importants.

57. - Cependant, il convient de noter que cette nouvelle règle d'affectation géographique du chiffre d'affaires fondée sur le lieu de prestation a eu pour effet de "concentrer" le chiffre d'affaires des établissements de crédit dans le pays de leur siège social. C'est ainsi que des opérations telles que les offres publiques BNP / Paribas et Crédit agricole / Crédit Lyonnais se sont avérées dépourvues de dimension communautaire, ces banques réalisant plus des deux tiers de leur activité communautaire en France. Ainsi, de nombreuses concentrations européennes ont échappé au contrôle de la Commission et ont été traitées par les autorités nationales (pour d'autres exemples, V. la transaction Banco de Santander / Central Hispano, *Competition policy and financial services - European Banking, M. Monti, European Banking Congress 1999 : Francfort, 19 nov. 1999*. - L'affaire Banco Bilbao Vizcaya / Argentaria, la concentration italienne Intesa / Comit mais aussi les concentrations portugaises Banco Commercial Portugues / Banco Mello et Banco Espirito Santo / Banco Portugues di Investimento qui ont été examinées par les autorités nationales et non au niveau communautaire).

Nous avons donc démontré que le règlement CE n° 1310/97 a supprimé la spécificité du calcul de la dimension communautaire propre au contrôle des concentrations bancaires. Enfin, concernant les autres spécificités bancaires, elles ont été largement cantonnées.

#### b) Cantonnement des spécificités bancaires textuelles

58. - Deux règles spécifiques ont été adoptées dès l'origine par le règlement sur les concentrations parce qu'il apparaissait nécessaire d'adapter le contrôle au particularisme du secteur bancaire. Cette conception n'est cohérente que lorsqu'il s'agit intrinsèquement d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement du système bancaire et financier. Ainsi, la "clause bancaire" a été inappliquée (1), tandis que la protection des "intérêts légitimes" nationaux a été appréciée limitativement par la Commission (2).

##### 1) Inapplication de la "clause bancaire"

59. - Il existe une disposition du règlement, dénommée "clause bancaire", qui constitue, pour les établissements de crédit, une exception à l'application des règles traditionnelles en matière de contrôle des concentrations.

Selon l'article 3, § 5 du règlement, il n'y a pas concentration, lorsque des établissements de crédit ou des établissements financiers, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une

entreprise en vue de leur revente (cette disposition est en conformité avec la philosophie du règlement qui s'attache à faire porter le contrôle sur les modifications de structure des entreprises. Au regard de ses effets structurels, la prise de participation est censée être neutre. Toute autre solution aurait créé un double contrôle, l'un lors de l'acquisition temporaire, l'autre lors de sa revente).

60. - Pour bénéficier de cette disposition et ainsi éviter la notification de ce type de transaction, l'acquisition doit s'effectuer dans le cadre de cette "activité normale" et la détention de ces titres doit présenter un "caractère temporaire". Dans une communication sur la notion de concentration (*Doc. COM n° 98/C 66/02 : JOCE n° C 66, 2 mars 1998, p. 5, pts 41 et 42, spécialement IV. Exceptions*, concernant la notion de concentration au sens du règlement), la Commission a précisé les conditions qui doivent être satisfaites :

- l'entreprise en cause doit être un établissement de crédit ou un établissement financier, dont les activités normales consistent à réaliser ce type d'opérations ;

- les titres doivent être acquis en vue de leur revente ;

- l'entreprise acquérant les titres ne doit pas exercer les droits de vote attachés à cette acquisition en vue de déterminer la stratégie commerciale de l'entreprise cible (il faut noter que cette vision restrictive de la manière de déterminer le comportement concurrentiel, cantonnée à l'exercice des droits de vote, est critiquable car le règlement lui-même prévoit d'autres possibilités, *Cons. UE, règl. n° 4064/89, 21 déc. 1989, art. 3, § 3*) ou bien ne doit les exercer qu'en vue de préparer la vente de sa participation ;

- enfin, l'entreprise qui procède à l'acquisition doit réaliser sa participation dans un délai d'un an à compter de la date de cette acquisition. Une prorogation est prévue, lorsque l'entreprise justifie que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti (*R. Blasselle, cité supra n° 55, p. 314*).

61. - Cependant, il faut constater que cette "clause bancaire" n'a pratiquement jamais été utilisée jusqu'à aujourd'hui (c'est exceptionnellement que cet article 3, § 5 a été invoqué. Citons, notamment, l'opération Kelt / American Express, *Comm. CE, déc. M.116, 20 août 1991 : JOCE n° C 223, 28 août 1991, p. 38*. Dans cette affaire, American Express, pilote d'un *consortium* de huit banques, acquérait une entreprise en banqueroute, dans le cadre d'une opération de sauvetage. La Commission estimait que les différentes banques étaient conduites à exercer une influence déterminante sur l'activité de cette entreprise et que cette opération s'inscrivait dans une durée supérieure à un an. Elle qualifia donc l'opération de concentration et n'accepta pas la mise en œuvre de la "clause bancaire". Par conséquent, cet exemple illustre bien l'interprétation restrictive de cette disposition textuelle par la Commission européenne. - V. J. Zachmann, *Le contrôle communautaire des concentrations : LGDJ, 1994, n° 1269, p. 76*). Cet article a une approche purement académique selon Monsieur Lopez Madrugá (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madrugá, cité supra n° 14*). En effet, lorsqu'une banque prend une participation dans un établissement de crédit, elle ne connaît pas la date exacte à laquelle elle va la revendre. Par conséquent, elle va notifier l'opération de concentration. En outre, cette différence de traitement concurrentiel ne se justifie pas vraiment car elle n'a pas pour objectif de protéger le système bancaire et financier.

Cette exception à l'obligation de notification ne constitue donc qu'en théorie, une spécificité propre au secteur bancaire, il en est de même en ce qui concerne la protection des intérêts légitimes nationaux.

## 2) Limitation de la protection des intérêts légitimes nationaux

62. - La Commission dispose d'une compétence exclusive pour examiner les concentrations de dimension communautaire (*V. supra n° 39*), ce qui signifie qu'un État membre ne peut pas appliquer sa législation nationale de concurrence à une transaction entrant dans le champ d'application du règlement.

63. - Toutefois, selon l'article 21, § 4 du règlement, les États membres peuvent déroger, sous certaines conditions, à cette compétence exclusive de la Commission. Ces derniers "peuvent" en effet prendre les "mesures appropriées" pour assurer la protection d'"intérêts légitimes" nationaux, tels que le respect des règles prudentielles. Ces "intérêts légitimes" sont différents de ceux qui sont pris en considération par le règlement n° 139/2004 et compatibles avec les principes généraux ainsi que les autres dispositions du droit communautaire (*G. Parléani, Concentration bancaire : RD bancaire et fin. 2000, p. 109*). Une telle disposition est susceptible de permettre à un État de bloquer une opération de dimension communautaire.

64. - Cependant, celui-ci ne peut jamais autoriser une opération interdite car "l'article 21 ne crée pas de droits

nouveaux dans le chef des États comme celui d'autoriser une concentration interdite " (Règl. initial 1989, ann. Commentaires officiels du règlement CEE n° 4064/89 du Conseil (article 21) : Bull. CE, suppl. févr. 90, p. 24). Cette interprétation confirme notre argumentation. Il existe bien une différence primordiale entre le contrôle prudentiel et le contrôle concurrentiel. Le premier contrôle a pour vocation de protéger le système bancaire tandis que le second vise à maintenir la concurrence sur un marché. Ainsi, il est inconcevable qu'un État autorise une concentration sur le fondement des règles prudentielles alors que la Commission l'avait interdite car cette dernière créait ou renforçait une position dominante.

65. - S'agissant de ces "intérêts légitimes", la Commission avait précisé en 1989 (Bull. CE, suppl. févr. 90, préc., p. 25) que " peuvent être légitimement invoquées les règles prudentielles " existant dans les États membres. Celles-ci sont, notamment, relatives aux prestations de services financiers, dont l'application est généralement confiée aux organes nationaux de contrôle des banques, sociétés de bourses et assurances. Elles concernent, par exemple, " l'honorabilité des personnes, la régularité des opérations et les conditions de solvabilité ". Il est logique que cette spécificité existe lorsqu'elle concerne directement la protection du système bancaire et financier mais dans le cas contraire, elle n'a plus de justification et la Commission refuse d'accepter son application.

66. - Cette disposition qui n'avait pas été invoquée jusqu'en 1999 par un État membre, a donné lieu à un refus d'application par la Commission, à l'occasion de la transaction entre le groupe Champalimaud et la banque espagnole BSCH.

67. - Cette affaire fut interprétée comme une manifestation de "nationalisme" bancaire et fut portée par la Commission européenne ainsi que par le gouvernement portugais devant la Cour de justice des Communautés européennes.

68. - En l'espèce BSCH notifia le 30 juin 1999 à la Commission au titre du règlement communautaire sur les concentrations, des accords d'échanges d'actions. Selon ces derniers, la banque espagnole, déjà présente au Portugal dans le secteur bancaire, obtenait 40 % des sociétés du groupe portugais Champalimaud. Ce groupe était notamment composé de la compagnie d'assurance portugaise Mundial confiança et d'un certain nombre de banques portugaises dont la banque Pinto & Sotto-Mayor. Les accords en cause aboutissaient au contrôle conjoint de BSCH et de Monsieur A. Champalimaud sur ce groupe d'établissements financiers (Comm. CE, déc. IP/99/533, 20 juill. 1999).

69. - Il n'y avait pas de doute sur l'existence d'une concentration de dimension communautaire, au sens du règlement. La Commission avait donc en principe compétence exclusive pour apprécier sa compatibilité avec le marché commun.

70. - Mais les autorités portugaises, hostiles au projet, prirent les devants. Dès le 18 juin 1999, le ministre des Finances, relayé par l'Instituto de Seguros, s'opposa à la concentration, en invoquant les règles prudentielles qu'ils devaient faire respecter. Ainsi, par un arrêté du 18 juin 1999, le ministre des Finances portugais s'opposa à cette opération et procéda notamment à la suspension des droits de vote de BSCH et de Monsieur Champalimaud dans Mundial confiança.

71. - La Commission refusa l'application de l'article 21, § 3 du règlement (il convient de préciser que dans la nouvelle numérotation du règlement, il s'agit de l'article 21, § 4), par une décision adoptée le 20 juillet 1999, considérant que les trois motifs invoqués par le Portugal, ne pouvaient constituer des intérêts légitimes au sens du règlement. La Commission rejeta les arguments relatifs à la protection d'intérêts nationaux et de secteurs stratégiques pour l'économie nationale. En effet, ces mesures ne pouvaient être invoquées au titre des " intérêts légitimes " car le principe de non-discrimination à raison de la nationalité (ce principe est inscrit à l'article 12 du Traité) ainsi que les principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux furent violés. Plus précisément, les différents motifs d'ordre prudentiel invoqués par le gouvernement portugais furent également rejetés (Comm. CE, déc. 20 juill. 1999, cité supra n° 69, pts 34 à 67), en raison des doutes sérieux de la Commission sur leur réalité. En l'espèce, la Commission constata que les mesures portugaises tendaient à protéger des intérêts purement nationaux et stratégiques donc non prudentiels.

Le 20 juillet 1999, la Commission adopta une décision provisoire. Elle demanda la suspension de la décision des autorités portugaises en déclarant celle-ci incompatible avec le règlement. Par conséquent, la Commission exigea que les mesures adoptées au plan national, afin d'empêcher la réalisation de la transaction entre BSCH et Champalimaud soient paralysées. Pour la première fois, elle s'opposa ainsi à une décision d'un État membre invoquant des " intérêts légitimes " pour bloquer une concentration bancaire de dimension communautaire (à

noter que la décision du ministère des Finances portugais a parallèlement fait l'objet d'une procédure d'infraction sur la base de l'article 226 du Traité, l'article 169 dans l'ancienne numérotation, pour violation des règles communautaires en matière de libre circulation des capitaux et liberté d'établissement, V. *Comm. CE, déc. IP/99/551, 20 juill. 1999, préc.*).

Le 3 août 1999, elle autorisa donc formellement la concentration notifiée au titre du règlement (*Comm. CE, déc. M.1616, 3 août 1999, BSCH / Champalimaud*, en l'espèce, les deux entreprises BSCH et Champalimaud ne détenaient pas une part supérieure à 20 % du marché bancaire et du marché des assurances au Portugal. L'opération ne créait pas de position dominante compte tenu de la puissance des concurrents et du caractère limité des barrières à l'entrée), qui ne put toutefois être mis en œuvre, compte tenu du non-respect de la décision du 20 juillet 1999 par les autorités portugaises. Ces dernières maintinrent leur veto. Une offre publique d'achat fut même annoncée par une banque portugaise, la Banco comercial português, avec l'objectif d'empêcher la prise de contrôle du groupe Champalimaud par le BSCH.

72. - En l'absence de suspension des mesures nationales, la Commission décida alors d'ouvrir, dès le mois de septembre, une procédure d'infraction accélérée contre le Portugal pour violation du droit communautaire (la Commission a ainsi adressé une lettre de mise en demeure le 8 septembre 1999, première phase de la procédure d'infraction prévue à l'article 226 du Traité, article 169 dans l'ancienne numérotation, et un avis motivé le 13 octobre 1999, seconde phase de la procédure).

La Commission adopta, le 20 octobre 1999, une décision finale déclarant l'arrêté incompatible avec le règlement sur les concentrations et elle prit la décision formelle d'engager la procédure accélérée en manquement contre le Portugal en raison de la non suspension du veto. Ceci aboutit au mois de novembre 1999 à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes (avec demande de mesures provisoires afin d'ordonner la suspension au niveau national de toutes les mesures prises à l'encontre de l'opération entre BSCH et Champalimaud, et notamment la décision du Gouvernement portugais du 18 juin 1999 (*V. supra n° 70. - Déc. IP/99/749, 13 oct. 1999*). À chaque stade, le Portugal saisit la Cour de justice des Communautés européennes (Recours du Portugal contre la décision du 20 juillet 1999 faisant injonction aux autorités portugaises de suspendre leur veto, *CJCE, déc. C.99.2406 final, aff. C-391/99, Portugal / Commission*. - Recours du Portugal contre la décision du 20 octobre 1999 d'engager une procédure accélérée en manquement en raison de la non suspension du veto, *CJCE, déc. C.99.3370 final, aff. C-509/99, Portugal / Commission*).

73. - Ce n'est qu'aux termes de négociations entre la Commission, le Gouvernement portugais et les parties concernées qu'un accord intervint à la fin du mois de novembre 1999. BSCH s'engagea à céder une partie des actifs bancaires du groupe Champalimaud à la première institution financière portugaise, la Caixa Geral de depositos (en dépit des prétentions de Banco comercial português (*Les Échos, 23 nov. 1999*). Cet accord fut autorisé par la Commission le 12 janvier 2000 (*Comm. CE, déc. IP/00/21, 12 janv. 2000 : JOCE n° C 355, 8 déc. 1999, p. 7, COMP/M.1799, BSCH/AC/CGD/Totta/PPP*, acquisition par BSCH du contrôle de Banco Totta & Acores et de Crédito Predial Português). Dès lors, à la suite de l'annulation par le gouvernement portugais des mesures évoquées plus haut, par décret du 25 novembre 1999, la Commission annonça le retrait de son recours.

74. - Ainsi, il est démontré les limites des arguments liés à la protection des "intérêts légitimes" nationaux, notamment en ce qui concerne les règles prudentielles. La Commission semble vouloir requalifier *proprio motu* les mesures nationales invoquant l'article 21, § 4 du règlement lorsque celles-ci s'expliquent par des intérêts stratégiques nationaux non légitimes au regard de cet article (cette affaire aurait pu permettre à la Cour de justice d'apprécier la validité d'une décision de la Commission suspendant, avant tout recours en manquement, et avant l'issue de ce recours, une mesure nationale d'opposition à une concentration justifiée, en apparence, par la défense des règles prudentielles. L'issue finalement trouvée n'a pas permis à la Cour de justice de fixer le droit. Le juriste ne peut que le regretter). Cette affaire ne constitue pas seulement un premier cas d'application de la règle de l'article 21, § 4 du règlement mais aussi un point de référence quant aux intérêts susceptibles de justifier l'intervention des États membres.

75. - Cette affaire est significative des résistances qui peuvent se manifester à l'occasion de concentrations bancaires transfrontières et de la volonté des gouvernements de préserver des "champions nationaux". La Commission a démontré que les dispositions réservées aux banques doivent être interprétées de façon restrictive. Ceci engendre un cantonnement des spécificités textuelles du règlement. Corrélativement, un recul de l'originalité dans l'application du règlement est ainsi perceptible.

B. - Recul de l'originalité dans l'application du règlement

76. - Dans ses premières décisions, la Commission ne s'est pas livrée à une définition des marchés bancaires de référence (les développements consacrés à la définition des marchés pertinents dans le secteur bancaire se fondent exclusivement sur les décisions adoptées par la *Merger Task Force*, direction en charge du contrôle des concentrations à la Commission européenne, disponibles sur le site Internet *Europa* : <http://www.europa.eu.int/celex>. Cette étude s'appuie également sur les précisions apportées par un expert de la Commission européenne à la *Merger Task Force*, Monsieur J. Lopez Madruga). Cette spécificité du contrôle des concentrations bancaires a été niée, ce qui a permis de résoudre certaines ambiguïtés (1°). En outre, l'analyse des décisions de la Commission en matière de concentration bancaire, permet de constater un cantonnement de la spécificité du contrôle. Celle-ci ne semble subsister que dans les aspects les plus techniques propres au secteur bancaire (2°).

#### 1° Négation de la spécificité du contrôle concernant les marchés bancaires de référence

77. - Le nombre d'opérations de concentrations dans le secteur bancaire s'est accru (*Comm. CE, XXIe Rapp. sur la politique de la concurrence, ann. IV, concentration dans le secteur des services*, le rapport recense pour les années 1987 à 1991 un total de 349 concentrations bancaires, avec un nombre de 78 concentrations sur la période 1987-1988 et un nombre de 113 concentrations sur la période 1990-1991. Cette évolution rapide des concentrations bancaires a donc commencé vers la fin des années 1980). Le risque de position dominante devenant concevable, il est donc apparu nécessaire de définir les marchés bancaires de référence (a). En outre, les règles que la Commission a dégagées, pour la délimitation de tout autre marché pertinent, ont été appliquées (b).

##### a) Remise en cause de l'absence de définition des marchés bancaires de référence

78. - Lorsqu'il faut apprécier si une entreprise quelconque est ou risque d'être en position dominante sur un marché, la démarche logique et classique consiste à définir ce marché, c'est-à-dire le cadre dans lequel est effectué cette appréciation. Le marché est un lieu de confrontation d'une offre et d'une demande de biens ou de services substituables, c'est-à-dire aptes à satisfaire également les besoins et préférences des consommateurs. Il a deux dimensions. La première s'exprime en termes de produits ou de services. La seconde concerne l'espace géographique. Cette définition constitue une étape nécessaire et déterminante dans le raisonnement qui conduit à dire s'il y a ou non une position dominante. En effet, il faut prendre conscience des enjeux en cause. Le risque d'occuper une position dominante pour une entreprise est d'autant plus grand que le marché de référence est étroit. Dès lors, ceux qui souhaitent obtenir une décision de compatibilité doivent trouver des arguments allant dans le sens d'une définition large du marché. La Commission qui doit veiller au respect de la libre concurrence, est soucieuse de retenir la définition la plus exacte possible. Or, en matière de concentration bancaire, cette définition a longtemps fait défaut.

79. - À la lecture des premières décisions rendues en matière de concentration bancaire, il peut être constaté que, contrairement à la démarche classique, la Commission n'a pas procédé à la définition des marchés de référence.

Jusqu'en 1993, elle a toujours estimé que cette définition n'était pas indispensable. En raison des très faibles parts de marché détenues, les établissements concernés ne présentaient aucun risque d'être en position dominante, et c'est délibérément qu'elle a laissé ouverte la question de la définition des marchés.

Ainsi, dans la décision *BNP / Dresdner Bank (CS)* (*Comm. CE, déc. M.124, 31 août 1991, BNP / Dresdner Bank (CS) : JOCE n° C 34, 7 févr. 1991*), cela est clairement expliqué : " dans le cas d'espèce, on peut laisser ouverte la question des marchés géographiques concernés. Même si l'on retenait une définition étroite de ces marchés, on constate que sur leurs marchés nationaux, la BNP et la Dresdner Bank détiennent respectivement moins de 10 % et moins de 6 % des parts de marché ". Dans les autres marchés communautaires, leurs parts de marché représentent moins de 4 %. " En outre, les faibles parts détenues par les deux banques qui figurent parmi les principales dans leurs pays respectifs, soulignent suffisamment la dispersion du marché sans qu'il soit nécessaire de définir plus précisément les marchés de services bancaires concernés ".

Sans être toujours aussi explicites, jusqu'en 1993, les décisions concernant les établissements de crédit contenaient généralement cette affirmation selon laquelle la question de la définition des marchés était laissée ouverte, c'est-à-dire qu'elle n'était pas traitée. La Commission avait agi avec "pragmatisme", selon Monsieur Lopez Madruga (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, cité supra n° 14*, les propos de Monsieur J. Lopez Madruga sont reproduits fidèlement entre guillemets et restitués par un enregistrement sur dictaphone) : " en effet, il n'était pas utile de consacrer une définition des marchés, qui aurait créé une certaine lourdeur administrative, tant il était évident que l'opération de concentration ne pouvait pas créer ou renforcer une position dominante ". L'atomisation du secteur bancaire était telle que ce risque n'existait pas. Plus

récemment, la Commission européenne a décidé de laisser ouverte les définitions exactes des marchés en cause dans la mesure où l'opération de concentration n'entravait pas de manière significative la concurrence effective (*Comm. CE., M.5222, Sofinco / Banco popolare / Ducato / Agos, 17 déc. 2008*).

80. - Cependant, le contexte a beaucoup évolué car le secteur bancaire européen s'est concentré. Ainsi, il semble que depuis 1993, la Commission ait commencé à se livrer à une définition des marchés bancaires de référence.

81. - Cette amorce a eu lieu avec la décision du 3 août 1993 dans l'affaire *Société générale de Belgique / Générale de banque* (*Comm. CE, déc. M.343, 3 août 1993, Sté Générale de Belgique / Générale de Banque : JOCE n° C 225, 20 août 1993, p. 2 ; Act. communautaires, 1993, n° 290, p. 21*). La Commission a apprécié les parts de marchés des établissements concernés sur les trois marchés de produits qu'elle avait auparavant délimités : le marché du crédit acheteur en Belgique, le marché de primary dealer en Belgique et le marché mondial des swaps d'intérêts en francs belges. Cette fois, le cheminement du raisonnement a retrouvé la logique d'une définition préalable des marchés de produits et des marchés géographiques. De même, la décision du 15 novembre 1993, dans l'affaire *Fortis / CGER* (*Comm. CE, déc. M.342, 15 nov. 1993, Fortis / CGER*), a démontré que la Commission ne fait plus l'économie de la définition des marchés. En effet, elle évoque le degré de substituabilité entre les différents produits bancaires. Or, il s'agit d'une notion essentielle pour la définition d'un marché de produits. C'est la première fois qu'elle se réfère, à propos de produits bancaires, au concept de substituabilité ou d'interchangeabilité. Certes, elle précise aussitôt que l'appréciation est difficile pour les produits bancaires, mais elle a utilisé cette notion sur laquelle doit reposer la définition d'un marché de produits. Récemment, la Commission européenne a également procédé à une analyse des parts de marchés lors de l'acquisition d'Alliance & Leicester par Banco Santander (*Comm. CE, M.5293, Banco Santander / Alliance & Leicester, 15 sept. 2008*). Cette opération conférait à la nouvelle entité une part de marché ne dépassant pas 15% sur l'ensemble des marchés concernés (il s'agissait des marchés de la banque de détail, des services bancaires aux PME et des cartes de paiement) ce qui ne constituait pas, selon la Commission européenne, une atteinte à la concurrence.

La Commission européenne a également conclu que l'opération intervenue entre le Crédit Mutuel et Cofidis (*Comm. CE, M.5432, 24 fév. 2009, Crédit Mutuel / Cofidis : JOCE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1*), en 2009 ne soulevait pas de problèmes sérieux de concurrence suite à une analyse des relations horizontales et verticales en termes de parts de marchés des établissements concernés, ces derniers n'excédant pas plus de 20% des marchés du crédit à la consommation et de l'assurance.

Ce changement est fondamental, car il est le signe que la spécificité du contrôle des concentrations bancaires, concernant l'absence de définition des marchés de référence, a été remise en cause. En outre, la Commission délimite désormais les marchés bancaires de référence de façon comparable aux autres secteurs économiques.

#### b) Absence de spécificité dans la délimitation des marchés bancaires de référence

82. - Il est primordial de savoir si dans la délimitation des marchés bancaires, une spécificité doit exister. Une réponse négative s'impose, d'abord parce que le règlement ne la prévoit pas, mais aussi parce que le traitement spécifique des concentrations bancaires est en lui-même contestable dans le cadre du droit de la concurrence. Ainsi, lorsqu'il s'agit de délimiter les marchés bancaires de référence, il suffit de s'inspirer des règles dégagées par la Commission dans d'autres secteurs de l'économie et de les adapter aux activités bancaires. Cette délimitation a manqué de précision dans un premier temps (1). Cependant, la Commission a développé sa réflexion en la matière pour certaines activités bancaires et financières (2).

##### 1) Définition imprécise des marchés bancaires de référence

83. - Les marchés bancaires, comme tout marché pertinent, comportent deux aspects. Il est primordial de distinguer les marchés de produits, des marchés géographiques.

84. - **Marchés de produits bancaires.** - La notion essentielle pour délimiter un quelconque marché de produits est la substituabilité. Ceci apparaît très nettement dans la définition du marché de produits donnée par le règlement d'application n° 802/2004 du 7 avril 2004 (*Comm. CE, règl. n° 802/2004, 7 avr. 2004 : JOUE n° L 133, 30 avr. 2004, p. 15*, ces dispositions abrogent celles du *règl. n° 447/98, 1er mars 1998*). Le marché de produits en cause comprend " tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ".

Il faut se placer du point de vue du consommateur et envisager "les solutions de rechange raisonnables" (*Comm.*

*CE, déc. M.068, 22 juill. 1991, Tetrapak / Alfa Laval*) dont il dispose, selon les termes de la Commission. Il convient de rechercher si tel produit proposé, par une entreprise est irremplaçable pour le consommateur ou peut être suppléé. L'ensemble des produits ainsi substituables pour le consommateur, constitue un marché de produits. Or, puisque c'est dans le cadre du marché ainsi défini que la position d'une entreprise candidate à une concentration est appréciée, celle-ci a tout intérêt à plaider pour un marché le plus étendu possible.

85. - En prenant parti pour un contrôle efficace des concentrations, il convient de proposer une définition étroite des marchés de référence. En effet, une position dominante sera plus aisée à apporter.

86. - Aussi, lorsqu'une concentration lui est notifiée, la Commission doit définir avec minutie le marché de produits concerné par cette opération et pour cela il lui faut décrire les caractéristiques des produits en cause. Ainsi, elle utilise toute une série de critères : les qualités techniques ou physiques des produits, leur prix, les conditions de concurrence (ceci nécessite une analyse de l'organisation de la demande et de l'offre).

87. - Il paraît assez simple de transposer au secteur bancaire cette analyse des caractéristiques d'un produit. Supposons que les produits en cause soient des OPCVM (Organisme de placement collectif en valeurs mobilières). Une comparaison permet à l'épargnant de mesurer la substituabilité de telles SICAV (Société d'investissement à capital variable) à telles autres : même type de composition du portefeuille (obligations ou actions, valeurs régionales, nationales ou internationales, valeurs à haut risque ou pas, etc.), mêmes conditions pour l'achat et pour la vente, et mêmes conditions fiscales (capitalisation ou non). Ainsi, une appréciation dans le présent permet de dire s'il y a substituabilité ou pas, donc de définir le marché de produits, pour ensuite apprécier la position de l'établissement concerné. Conformément à notre argumentation antérieure, plus ce marché est large, plus les risques d'être en position dominante sont faibles. Les établissements de crédit concernés plaident donc en faveur de la substituabilité des OPCVM.

Mais, si l'analyse des caractéristiques d'une SICAV conduit à lui reconnaître une originalité qu'aucune autre actuellement offerte aux épargnants, ne présente, ceci pourrait amener la Commission à conclure à un marché distinct. Celui-ci étant étroit, le risque d'être en position dominante augmente donc pour les établissements qui distribuent ce produit.

88. - Les banques peuvent trouver une parade dans une approche évolutive, dynamique, de l'analyse du marché : l'établissement de crédit qui offre un produit original ne restera pas longtemps dans cette position dominante lui permettant de fixer librement le prix. En effet, l'observation du marché bancaire offre en permanence le spectacle de l'entrée très rapide d'un concurrent sur le marché d'un produit imaginé par tel ou tel établissement.

Dès lors, même si dans une approche statique, un produit bancaire quelconque (crédit, produit d'épargne, compte spécial, etc.) est unique (celui-ci est donc non substituable du point de vue du consommateur), il perdra vite ce caractère en raison de la mise sur le marché par les concurrents et dans un délai souvent bref, d'un produit aux caractéristiques similaires. Il convient donc de ne pas négliger cette possibilité d'entrée rapide sur le marché. Les établissements de crédit sauront sans doute utiliser cette argumentation pour sauver une concentration d'une décision d'incompatibilité avec le marché commun.

89. - Dans plusieurs affaires, la Commission a délimité les marchés en fonction des conditions de concurrence qui leur étaient spécifiques (la Commission s'est située dans la continuité de la jurisprudence *CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, Michelin / Commission : Rec. CJCE 1983, p. 3461*, la définition du marché doit " ne pas se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des produits en cause, mais prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché "). Cela suppose une analyse de l'organisation de la demande et de l'offre.

Concernant l'organisation de la demande, la Commission a posé des critères permettant d'apprécier les conditions de concurrence façonnées par des modes d'organisation spécifiques au marché tels que la spécificité de la clientèle. Dans sa décision *Accor / Wagons-Lits*, elle a considéré que seuls les usagers d'autoroutes peuvent avoir accès à la restauration autoroutière et sont ainsi captifs. En effet, pour la majorité d'entre eux, ils ne sortent pas de l'autoroute quand ils souhaitent prendre un repas (*Comm. CE, déc. M.126, 28 avr. 1992, Accor / Wagons-Lits : JOCE n° L 204, 21 juill. 1992, p. 1*).

90. - Cette méthode d'analyse est transposable au secteur bancaire. En effet, la substituabilité d'un produit justifiée par ses seules caractéristiques peut être contestée au regard de l'organisation de sa demande. Le marché du crédit en offre de multiples illustrations. Certains crédits sont distribués en fonction de l'appartenance à un réseau international de cartes de crédit, d'autres le sont par l'intermédiaire d'un réseau de mutuelles ou de

coopératives. En conséquence, tel crédit offert par un établissement indépendant de tout réseau pourrait donc constituer un produit distinct de tel autre crédit identique, mais distribué selon une organisation de la demande différente. Si cette analyse est primordiale, il en est de même pour l'organisation de l'offre.

91. - Dans le domaine de la distribution, la Commission n'a pas fondé sa délimitation des marchés en fonction de la nature différente des produits (alimentaires, non alimentaires, etc.), mais par rapport au type d'assortiment offert et à l'organisation de l'offre. Ainsi, dans plusieurs décisions (notamment *Comm. CE, déc. M.027, 17 déc. 1990, Promodes / Dirsa*. - *Comm. CE, déc. M.24, 13 juill. 1992, Promodes / BRMC*), une distinction est faite entre les offres des petits commerces spécialisés, des petites surfaces de proximité et enfin des moyennes et grandes surfaces. C'est donc le type d'assortiment qui caractérise chaque marché ainsi que la politique de prix et de services propres à chacun de ces différents commerces.

92. - Cette logique peut s'appliquer au secteur bancaire. Certains établissements de crédit spécialisés offrent une gamme très étroite de services alors que d'autres à vocation universelle, ont une large gamme de services : crédits, dépôts, gestion de moyens de paiement, ingénierie financière, placement de valeurs mobilières, etc. Supposons une banque spécialisée dans les opérations de haut de bilan qui propose à une clientèle ciblée, des produits très sophistiqués, et une banque universelle qui offre, elle aussi, ces mêmes produits. Dans une telle hypothèse, la Commission pourrait considérer que le marché des établissements spécialisés est distinct du marché des banques universelles, même s'il existe certains produits identiques dans les deux types d'établissement. De même, il pourrait être distingué le marché de la banque traditionnelle de la banque à distance (l'essor de la banque à distance s'est réalisé notamment grâce au développement d'Internet) en raison du mode d'organisation de l'offre et de la politique commerciale qui modèlent des relations particulières avec la demande.

93. - Les établissements soucieux d'éviter une délimitation étroite du marché, sont sans doute tentés de répondre à une telle analyse en invoquant la faculté de réaction de la concurrence. En effet, il peut être soutenu que dans une perspective dynamique, la banque spécialisée peut entrer sur le marché de la banque universelle. Il n'est pas sûr que cette argumentation puisse être retenue, dans ce cas, parce que l'implantation de la banque spécialisée sur le marché de la banque universelle présente de tels coûts qu'il est improbable qu'elle se fasse rapidement.

94. - Le contrôle des concentrations bancaires implique donc la nécessité de définir le marché de produits. Cela se fera en fonction des différents types d'établissements et de l'organisation de leur offre : marché des banques à réseau/marché des banques sans réseau, marché des banques universelles/marché des banques spécialisées et les sous-distinctions peuvent être multipliées.

95. - La Commission s'est engagée dans cette voie de définition des marchés de produits bancaires à partir de 1993. Le nombre important des opérations notifiées dans le secteur bancaire permet de relever jusqu'en 1997 un triptyque dans chacune des décisions de la Commission. Depuis l'opération *Bank Austria / Creditanstalt* de 1997 (*Comm. CE, déc. M.873, 11 mars 1997, Bank Austria / Creditanstalt : JOCE n° C 160, 27 mai 1997 ; Jusletter 1997, n° 11, p. 1*), certaines décisions (V., notamment, *Comm. CE, déc. M.1108, 4 mars 1998, SBG / SBV : JOCE n° C 149, 15 mai 1998*) isolent un quatrième secteur distinct des activités générales de services bancaires aux entreprises, celui de la banque d'investissement.

Ainsi, la Commission a confirmé à l'occasion de l'acquisition de *Bankers Trust* par *Deutsche Bank*, que le secteur bancaire couvrait les services aux particuliers, les services financiers aux entreprises, la banque d'investissement, et les opérations sur les marchés monétaires ainsi que les autres instruments financiers (*Comm. CE, déc. M.1384, 22 avr. 1999, Deutsche Bank / Bankers Trust : JOCE n° C 149, 15 mai 1999*).

Lorsque les transactions notifiées ne soulèvent pas de difficultés concurrentielles, la Commission se contente de cette division sectorielle et s'abstient, sauf exceptions, d'adopter une position plus précise sur les marchés bancaires.

96. - Selon elle, le secteur de la banque de détail regroupe les services à l'attention des particuliers et des ménages (*A. Choffel, S. Hautbourg, S. Vacher et D. Voillemot, Secteur bancaire : concentration au niveau communautaire : Décideurs juridiques et financiers, 2001, n° 25, p. 36, 37*). Sont intégrées les activités liées aux systèmes de paiement (comptes à vue) et les services connexes, les comptes courants, les comptes de dépôt, l'épargne (comptes à vue, bons de caisse, livrets et comptes à terme), l'épargne hors bilan (sicav, fonds commun de placement et fonds de pension), les crédits aux particuliers (les prêts à la consommation et les prêts hypothécaires) ainsi que le *private banking* (*Comm. CE, déc. M.1096, 6 févr. 1998, Sté Générale / Hambros Bank, pt 9 : JOCE n° C 10, 15 janv. 1998, p. 4*). Cette liste d'activités est évolutive et non limitative. L'analyse de la Commission européenne concernant le secteur des services bancaires de détail a été reprise plusieurs fois,

notamment très récemment en 2009, lors du projet de concentration entre le Crédit Mutuel et Cofidis (*Comm. CE, M.5432, 24 fév. 2009, Crédit Mutuel / Cofidis, pt 10 : JOCE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1*).

97. - Concernant les services bancaires fournis aux entreprises, les définitions proposées par la Commission connaissent des variantes plus importantes, selon les décisions, que pour les services bancaires de détail. Dans la décision *Société Générale / Hambros Bank* du 6 février 1998, elle a ainsi considéré que le secteur des services bancaires aux entreprises se divise " en divers produits tels que les crédits d'investissements, les produits à court terme, les dépôts, le leasing, les émissions de dettes " (*Comm. CE, déc. Sté Générale / Hambros Bank, citée supra n° 96, pt 9*). C'est probablement dans la décision *Bank Austria / Creditanstalt* (*Comm. CE, déc. Bank Austria / Creditanstalt, citée supra n° 95*) que la Commission a décrit le plus précisément les activités bancaires à destination des entreprises. Concernant les activités de crédit, la Commission a distingué les segments des crédits à court terme et à long terme (*Comm. CE, déc. Bank Austria / Creditanstalt, préc., pt 17*).

98. - En outre, selon la Commission, la banque d'investissement comporte les segments de produits suivants : le conseil en fusions et acquisitions, l'introduction en bourse d'entreprises, de même que les émissions de titres de sociétés et d'emprunts. L'activité d'émissions d'emprunts peut elle-même être divisée en différents segments : les émissions d'emprunts publics, les émissions d'entreprises et les émissions propres des banques.

99. - Enfin, dans la décision *Bank Austria / Creditanstalt* (*Comm. CE, déc. Bank Austria / Creditanstalt, citée supra n° 95, pt 19*), la Commission a apporté des indications sur la composition du secteur des opérations de marchés monétaires et d'instruments financiers. Celui-ci regroupe le négoce des actions et des emprunts, des opérations de produits dérivés de même que des opérations de devises et de change et autres instruments financiers.

Nous avons donc démontré que les critères dégagés par la Commission, dans sa pratique décisionnelle générale, ont été facilement transposables aux produits bancaires. Il en est de même pour la notion de marché géographique.

100. - **Marchés géographiques bancaires.** - C'est l'autre dimension nécessaire à la définition du marché de référence. Il s'agit de délimiter l'espace dans lequel les entreprises concernées sont en concurrence. Selon l'article 9, § 7 du règlement : " le marché géographique de référence est constitué par un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles prévalant sur ces territoires " (*Comm. CE, règl. n° 802/2004, 7 avr. 2004 : JOUE n° L 133, 30 avr. 2004, p. 15*, ce règlement d'application retient une définition analogue).

101. - Prenons l'exemple du Crédit agricole pour souligner l'importance de l'aire de référence. Celui-ci détient toutes activités confondues 20 % du marché français, 3 % du marché européen et 0,3 % du marché mondial (*C. de Boissieu, La restructuration bancaire : quels défis ? quelles réponses : Rev. pol. et parl. 1999, p. 9*, il convient de préciser qu'en 2003, le Crédit agricole a pris le contrôle du Crédit Lyonnais. Cette concentration a sensiblement augmenté ses parts de marché au niveau national et européen. Néanmoins, il est actuellement délicat de formuler de manière précise les parts de marché qu'il détient). Selon les activités considérées, l'aire de référence doit être locale, régionale, nationale, européenne ou bien mondiale. Comme pour le marché de produits, plus l'espace est important, plus le risque est faible pour une entreprise d'être en position dominante. Ces dernières ont donc tendance à plaider qu'elles sont sur un marché géographique le plus vaste possible, c'est la raison pour laquelle la Commission doit veiller à l'exactitude de leur affirmation.

102. - La Commission a recherché à délimiter les marchés en fonction de l'homogénéité des conditions de concurrence. Elle examine donc divers critères, notamment la structure de l'offre et celle de la demande : l'entreprise exerce-t-elle dans un environnement de proximité ou pas, et lequel ? Par exemple, la distribution de produits en gros n'opère pas sur le même espace que la distribution des mêmes produits au détail. Comme pour la définition du marché de produits, il se pose la question de savoir si cette pratique est transposable aux concentrations bancaires. La réponse est, là encore, affirmative. En effet, certaines activités bancaires sont essentiellement des activités de proximité (le développement de la banque à domicile pouvant d'ailleurs repousser les frontières de la proximité), d'autres s'inscrivent dans un espace beaucoup plus vaste, voire mondial pour les activités sur les marchés internationaux.

103. - Il est nécessaire d'effectuer une lecture conjuguée du règlement et des directives assurant la réalisation du marché unique de la banque et de la bourse. En effet, désormais, par principe, l'espace bancaire est la

Communauté. Cela ne signifie pourtant pas que la Commission est liée par le concept de marché bancaire unique. Car si en vertu des directives de coordination bancaire, les barrières législatives, réglementaires ou administratives entre les États membres ont été levées, cela n'a pas fait disparaître aussitôt les caractéristiques de l'offre et de la demande de produits bancaires. Les établissements de crédit n'ont pas tous ouvert des succursales dans tous les États membres et les clients n'ont pas modifié leurs habitudes de proximité, ni leur préférence pour leur culture bancaire nationale. À cet égard, la Commission dans son appréciation des marchés géographiques bancaires de référence doit tenir compte de la levée des obstacles juridiques à l'entrée des marchés des États membres. Néanmoins, c'est toujours sur les éléments classiques de la structure réelle de l'offre et des caractéristiques exactes de la demande qu'elle fonde son analyse. Ainsi, dans la décision *Société Générale de Belgique / Générale de banque* du 3 août 1993, s'agissant du financement du commerce extérieur en Belgique, la Commission relève, que ce marché est ouvert et compétitif. Il n'existe donc pas de barrières à l'entrée. Les banques établies dans le reste du marché commun commencent à concurrencer les banques belges. En outre, ce type de crédits commence même à subir la concurrence des financements complexes d'actifs, dont le marché géographique est mondial (*Comm. CE, déc. M.343, 3 août 1993, Sté Générale de Belgique / Générale de banque, pt 19 : JOCE n° C 225, 20 août 1993, p. 2 ; Act. communautaires, 1993, n° 290, p. 21*). Au contraire, dans la décision *Fortis / CGER* (*Comm. CE, déc. M.342, 15 nov. 1993, Fortis / CGER*), la Commission relève, mais à propos de l'activité de banque commerciale, que malgré une internationalisation croissante du secteur bancaire, cette activité s'exercera encore pour un certain temps dans le cadre national.

104. - La pratique de la Commission en matière de définition de marchés géographiques est désormais presque constante. Il est donc possible de dresser une synthèse des marchés que la Commission considère comme nationaux et ceux qu'elle considère comme internationaux.

105. - Traditionnellement, la Commission considère les marchés de services bancaires de détail comme de dimension nationale (V. par exemple, *Comm. CE, déc. 10 déc. 1997, Merita / Nordbanken : JOCE n° C 44, 10 févr. 1998. - Comm. CE, déc. M.1172, 24 juin 1998, Fortis / Generale Bank : JOCE n° C 336, 4 nov. 1998, p. 11*). Cette analyse repose sur les différences de conditions concurrentielles qui persistent dans les États membres en dépit de la tendance croissante à l'internationalisation. Interviennent également des facteurs tels que les différences de langues, les préférences des clients pour les prestataires locaux, l'importance du réseau d'agences, les coûts de transactions ou encore la faible activité transfrontalière des banques en Europe. La situation actuelle pourrait cependant évoluer grâce aux nouvelles technologies (généralisation de l'informatique, essor d'Internet et des services de la banque par téléphone) et à l'euro. Par ailleurs, cette conception peut être discutée car, " si en Europe, la banque de détail est considérée comme un marché national, cela n'est pas le cas aux USA et au Canada où ce marché est considéré comme local " (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, cité supra n° 14, ses propos sont reproduits fidèlement au moyen d'un enregistrement sur dictaphone*).

106. - La dimension géographique des services bancaires aux entreprises est plus délicate à déterminer et l'analyse de la Commission plus nuancée. Certains revêtent un caractère international. Cependant, la dimension géographique des services bancaires aux entreprises peut dans certains cas être limitée à un niveau encore national du fait que les prestations sont souvent offertes au niveau des agences nationales à des clients locaux (*Comm. CE, déc. M.983, 22 sept. 1997, Bacob Bank / Banque Paribas Belgique, pt 10 : JOCE n° C 342, 12 nov. 1997. - Comm. CE, déc. M.1089, 26 janv. 1998, Paribas Belgique / Paribas Nederland, pt 8. - Comm. CE, déc. M.1096, 7 janv. 1998, Sté Générale / Hambros Bank, pt 13 : JOCE n° C 10, 15 janv. 1998, p. 4*). Dans une autre décision (*Comm. CE, déc. Fortis / Générale Bank, citée supra n° 105, pt 17*), la Commission a considéré le marché géographique comme étant de dimension nationale pour les PME clientes, mais de dimension internationale pour les grandes entreprises.

107. - Pour les activités sur les marchés financiers, la dimension internationale, sinon au moins européenne du marché géographique est clairement établie (*Comm. CE, déc. Deutsche Bank / Bankers Trust, citée supra n° 95, pt 8*).

108. - Enfin, en ce qui concerne la banque d'investissement, la Commission estime que ces services demeureront encore dans un futur proche à un niveau national. En effet, ceux-ci nécessitent habituellement une connaissance détaillée du droit des sociétés national, des structures des entreprises et des habitudes locales du marché. Dans sa décision *SBG / SBV* du 4 mars 1998, la Commission a précisé que, pour l'activité de conseil en fusions-acquisitions, il convient de distinguer entre l'activité de conseil elle-même de nature transfrontalière et la prestation de services offerte. La seconde s'inscrit dans un cadre national (*Comm. CE, déc. M.1099, SBG / SBV, citée supra n° 95, pt 9*). Dans le domaine du négoce d'actions, la Commission, dans sa pratique actuelle, considère les marchés nationaux, du fait des conditions différentes d'admission des entreprises aux bourses nationales (*Comm. CE, déc. SBG / SBV, préc., pt 9. - Comm. CE, déc. Deutsche Bank / Bankers, citée supra n°*

95, pt 8).

Nous avons donc démontré que les critères classiques de définition des marchés de référence ne sont pas remis en cause par la réalisation d'un marché bancaire unique. Néanmoins, ils doivent s'adapter à l'évolution de la structure de l'offre et de la demande que le marché bancaire unique ne manque pas d'entraîner. Ainsi, le mouvement semble évident. D'abord, la Commission a défini les marchés bancaires de référence de manière imprécise. Ensuite, sous l'impulsion du marché unique, de nombreuses concentrations bancaires ont amené la Commission à affiner son contrôle pour certaines activités.

## 2) Affinement de la segmentation des marchés bancaires de référence

109. - Un certain nombre d'opérations de concentrations entre établissements bancaires actifs dans le crédit à la consommation ont été notifiées à la Commission européenne depuis 1995 (*Comm. CE, déc. IP/03/579, 28 avr. 2003, Banca Intesa / Capitalia/San Paolo IMI/Unicredito/Fidis Retail Italia S.p.A. - Comm. CE, déc. M.1408, 26 févr. 1999, Halifax / Cetelem : JOCE n° C 69, 12 mars 1999, p. 15. - Comm. CE, déc. M.1419, 19 févr. 1999, Groupe Cofinoga / BNP. - Comm. CE, déc. M.1018, 7 nov. 1997, GE Capital / Woodchester. - Comm. CE, déc. M.976, 15 sept. 1997, Banco Santander/San Paolo/Finconsumo. - Comm. CE, déc. M.907, 12 mai 1997, Agos Itafinco. - Comm. CE, déc. M.659, 17 nov. 1995, GE Capital / Sovac : JOCE n° C 322, 2 déc. 1995, p. 21 - Comm. CE, M.5432, 24 fév. 2009, Crédit Mutuel / Cofidis, : JOCE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1, Comm. CE, M.5605, 8 sept. 2009, Crédit Mutuel / Monabanq*). Afin de mettre en évidence l'existence d'un marché distinct du crédit à la consommation, il a pu être relevé que les crédits à la consommation sont fournis par des établissements bancaires spécialisés, à l'ensemble des consommateurs souhaitant se procurer des biens. Ces derniers sont soit fournis en tant que service accessoire à l'achat d'un bien, soit commercialisés directement par les commerçants dans leur magasin. À ce jour, la Commission considère les services de crédit à la consommation comme une partie intégrante du plus vaste segment des services bancaires des prêts aux particuliers. Elle n'a donc pas identifié un marché spécifique du crédit à la consommation (la Commission a en revanche identifié un marché italien des cartes de crédit : *Comm. CE, déc. M.391, 20 déc. 1993, BAI / Banca Popolare di Lecco, pt 7*), et ne s'est pas encore prononcée sur la qualification de certains "sous segments" de l'activité protéiforme du crédit à la consommation, tels que les cartes privatives (*Comm. CE, déc. M.1419, 19 févr. 1999, Groupe Cofinoga / BNP, pt 8*, la Commission précise dans cette décision que les consommateurs considèrent les cartes privatives comme en concurrence avec les cartes de crédit, les prêts bancaires et les autorisations de découvert), ou encore le financement d'équipement ou d'automobiles (*Comm. CE, déc. M.1370, 22 déc. 1998, Peugeot / Credipar, pt 5*, dans cette décision, la partie notifiante identifie également un marché possible de la location de longue durée. - V. aussi *Comm. CE, déc. 7 nov. 1997, GE Capital / Woodchester, préc.*, sur le financement d'équipement et d'automobiles).

Concernant la dimension géographique du marché du crédit à la consommation et de ses segments potentiels, la Commission européenne a confirmé à plusieurs reprises qu'il s'agissait d'un marché national (*Comm. CE, M.5222, 17 déc. 2008, Sofinco / Banco popolare / Ducato/ Agos : JOCE n° L 2985, Comm. CE, M.5432, 24 fév. 2009, Crédit Mutuel / Cofidis, pt 16 : JOCE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1*). En outre, la Commission a pu relever que cette dernière serait confortée par le fait que le crédit et les cartes privatives sont fortement réglementés dans chaque État membre par la législation sur le crédit à la consommation et sur la protection des consommateurs. En outre, les cartes privatives ne sont acceptées qu'aux guichets des détaillants clients (*Comm. CE, déc. Groupe Cofinoga / BNP, préc., pt 9*).

110. - La Commission s'est également penchée sur la question du crédit aux collectivités locales et ses extensions naturelles (les extensions naturelles sont les autres entités de droit public et les entreprises chargées de gérer un service public. V. *Comm. CE, déc. M.1254, 28 oct. 1998, Dexia/Argentaria/Credito Local. - Comm. CE, déc. M.910, 27 juin 1997, CLF CCB (Dexia)/San Paolo/Crediop. - Comm. CE, déc. M.617, 10 août 1995, CLF / HBB*). Selon la *Merger Task Force*, il existe un marché pertinent du crédit aux collectivités locales. Celui-ci serait distinct des autres activités bancaires, compte tenu notamment des caractéristiques spécifiques des clients, de la longueur des prêts (en général conclu pour une durée comprise entre 10 et 15 ans), et de l'aspect contraignant des règles juridiques auxquelles obéissent les emprunts des collectivités locales (*Comm. CE, déc. Dexia/Argentaria/Credito Local, préc., pt 10. - Comm. CE, déc. CLF CCB (Dexia)/San Paolo/Crediop, préc., pt 15*, à l'appui de cette analyse, la Commission ajoute que, dans la plupart des États membres, et malgré une tendance à la banalisation des circuits financiers - les banques offrent tous les types de crédit et s'adressent à toutes les catégories de clientèles -, il existe un certain nombre d'établissements spécialisés dans les prêts aux collectivités locales. - *Comm. CE, déc. CLF / HBB, préc., pt 8*, il est indiqué dans cette décision que les prêts aux collectivités locales ne seraient en principe assortis d'aucune sûreté, compte tenu de ce que les procédures de faillites ne sont normalement pas possibles. - *Comm. CE, déc. M.736, 8 août 1996, CCB / CLF, pt 9*, la

Commission précise enfin que les établissements prêteurs ne disposent encore que de manière très marginale de filiales étrangères).

Ce marché est de dimension essentiellement nationale, la demande de crédit émanant de ces entités étant pourvue, dans sa quasi-totalité, par l'offre de crédit des établissements financiers situés dans chaque État membre. En outre, les collectivités locales, surtout celles de petite taille (ou les émanations de ces collectivités), n'ont en général pas les moyens, notamment en termes de personnel, d'emprunter à l'étranger. Elles préfèrent garder des relations suivies avec les banques et les caisses présentes dans l'aire géographique où elles sont implantées. Enfin, la réglementation contraignante dans laquelle s'inscrit la décision d'emprunt confirme, selon la Commission, le caractère national du marché (*Comm. CE, déc. Dexia/Argentaria/Credito Local, préc., pt 12*).

À noter toutefois que, dans la décision *CCB / CLF* (*Comm. CE, déc. CCB / CLF, préc., pt 10*), la Commission a considéré que " le caractère national, encore marqué, du marché du crédit aux collectivités locales est actuellement en évolution vers un marché transnational. Cette tendance va s'accroître et devrait s'accélérer de manière significative dans la perspective du passage à la monnaie unique ".

111. - Concernant le crédit immobilier, dans la décision *Comptoir des entrepreneurs / La Hélin* (*Comm. CE, déc. M.1279, 3 sept. 1998, Comptoir des entrepreneurs / La Hélin*), les parties notifiantes ont distingué trois activités au sein des services de financement des marchés de l'immobilier. Il s'agit du crédit immobilier aux particuliers, du crédit immobilier aux entreprises ou aux collectivités locales ainsi que le financement d'opérations de promotion immobilière (*Comm. CE, déc. Comptoir des entrepreneurs / La Hélin, préc., pt 6*).

La Commission s'est penchée sur la définition des prêts hypothécaires à l'immobilier (ces prêts y sont définis comme des " prêts à long terme grevés d'hypothèques " et " des sûretés réelles portant sur les biens immeubles destinées à garantir au profit du créancier le paiement de la charge de la dette en cas de défaillance du débiteur ") (*Comm. CE, déc. M.617, 10 août 1995, CLF / Hypothekenbank Berlin, pt 9*), lors de la notification de l'entrée du Crédit local de France dans le capital de Hypothekenbank Berlin (*Comm. CE, déc. CLF / Hypothekenbank Berlin, préc.*). La Commission s'est interrogée sur la nécessité de considérer les prêts hypothécaires à l'immobilier, comme faisant partie d'un marché de produits plus vaste incluant différentes catégories de prêts à long terme. Elle a aussi examiné la possibilité de distinguer comme marchés de produits pertinents, les prêts hypothécaires aux particuliers et les prêts hypothécaires aux entreprises (*Comm. CE, déc. CLF / Hypothekenbank Berlin, préc., pt 9*). La Commission n'a pas tranché cette question, néanmoins elle considère ces activités, compte tenu de sa pratique, comme de dimension nationale.

112. - L'activité de *leasing*, souvent intégrée sans plus de précision dans le secteur de la banque commerciale (*Comm. CE, déc. Sté Générale / Hambros Bank, citée supra n° 106*), tend à être considérée comme un marché distinct dans certaines décisions de la Commission (*Comm. CE, déc. M.873, 11 mars 1997, Bank Austria / Creditanstalt, pts 20 et 27 : JOCE n° C 160, 27 mai 1997*. - La Commission a eu également à réfléchir à l'existence de marchés distincts pour certains types spécifiques de *leasing*, *Comm. CE, déc. M.1603, 22 juill. 1999, General Motors Acceptance Corporation / AAS : JOCE n° C*).

113. - Dans une autre décision (*Comm. CE, déc. M.1661, 26 août 1999, Crédit Lyonnais / Allianz-Euler JV, pt 10 : JOCE n° C 285, 7 oct. 1999, p. 6*), la Commission s'est penchée sur le marché français de l'affacturage, sur lequel l'entreprise commune, créée par le Crédit Lyonnais et AGF-Euler, filiale de l'assureur allemand Allianz, disposait d'une part de marché de près de 27 % (*Comm. CE, déc. Crédit Lyonnais / Allianz-Euler JV, préc., pt 12*).

À cette occasion, elle s'est interrogée sur la définition de l'affacturage, telle que proposée par les parties notifiantes. Il s'agit d'" une opération de gestion financière par laquelle un organisme spécialisé gère les comptes clients d'entreprises en acquérant leurs créances, en garantissant éventuellement la couverture du risque acheteur et en effectuant, le cas échéant, le recouvrement pour son propre compte ". Un des constats établis par l'enquête de la Commission fut que l'affacturage et l'assurance-crédit constituaient des marchés distincts, notamment du fait que l'assurance-crédit ne couvre que le risque d'insolvabilité du client de l'assuré (*Comm. CE, déc. Crédit Lyonnais / Allianz-Euler JV, préc., pt 10*).

114. - Enfin, la décision *Pana Agora / DG Bank* (*Comm. CE, déc. 26 nov. 1998, Pana Agora / DG Bank, JV.14*) a donné l'occasion à la Commission de réfléchir sur la segmentation à retenir en matière de gestion d'actifs. Ces services sont divisés en deux catégories : la gestion d'actifs au profit des particuliers et celle au profit des institutions. Bien que les tâches remplies par le gestionnaire d'actifs soient similaires, il existe d'importantes différences selon le destinataire du service. Tout d'abord, les ressources et l'expertise sont plus importantes pour

les institutions. Ce type de produit est adapté aux besoins spécifiques de la clientèle, tandis que les types de gestion collective fournis aux particuliers sont très souvent des produits de masse. S'agissant de la dimension géographique, la Commission a considéré qu'au moins en ce qui concerne la gestion d'actifs au profit des clients institutionnels, ce marché était global (*Comm. CE, déc. 26 nov. 1998, Pana Agora / DG Bank, JV.14, pts 22 et 23*).

Ainsi, il vient d'être démontré que la définition des marchés bancaires de référence s'est affinée. Une négation de la spécificité du contrôle concernant les marchés bancaires de référence peut donc être constatée. Plus largement, concernant les décisions rendues par la Commission, une analyse permet d'observer un cantonnement de la spécificité du contrôle.

## 2° Cantonnement de la spécificité du contrôle dans l'analyse des décisions de la Commission

115. - Les décisions de la Commission, en matière de concentrations bancaires, ne présentent pas de spécificité dans leur nature par rapport aux autres secteurs de l'économie (a). Néanmoins, il existe une controverse sur la spécificité de l'analyse concurrentielle effectuée dans le secteur bancaire par la Commission (b). Enfin, concernant l'utilisation des engagements dans les décisions en matière de concentrations bancaires, une absence de spécificité peut aussi être constatée (c).

### a) Absence de spécificité dans la nature des décisions

116. - L'analyse des décisions rendues en matière de concentrations de dimension communautaire est l'occasion de vérifier sous quelle forme juridique les concentrations bancaires sont effectuées. À cet égard, aucune singularité ne peut être relevée. En effet, l'article 3, § 1, du règlement précise qu'une concentration au sens du règlement peut prendre la forme d'une fusion ou d'une prise de contrôle par une ou plusieurs entreprises. Quelques exemples pris parmi les décisions de la Commission montrent que les projets de concentrations bancaires empruntent l'une ou l'autre voie. Il peut être cité la fusion entre Merita et Nordbanken (*Comm. CE, déc. M.1029, 10 déc. 1997, Merita / Nordbanken : JOCE n° C 44, 10 févr. 1998*). Pour des prises de contrôle par une entreprise : la notification de l'acquisition du contrôle de Fortis AG par la Société Générale de Belgique (*Comm. CE, déc. M.1194, 24 juin 1998, Sté Générale de Belgique / Fortis AG*) ou encore la notification de l'acquisition du contrôle du CCF par HSBC (*Comm. CE, déc. M.1944, 30 mai 2000, HSBC / CCF*) sont illustratives. Enfin, concernant les prises de contrôle conjointes, la notification par Dexia et Argentaria de l'acquisition du contrôle en commun de Banco de Credito Local (*Comm. CE, déc. M.1254, 28 oct. 1998, Dexia/Argentaria/Credito Local*) est représentative.

117. - La Commission doit établir, comme pour toute entreprise, si le nouvel établissement de crédit, qui résulte de la concentration, porte atteinte à la concurrence. Après avoir vérifié que l'opération entre dans le champ d'application du règlement par sa nature et par sa dimension, elle doit apprécier s'il y a compatibilité ou non avec le marché commun. Seuls sont déclarés compatibles, les regroupements bancaires qui n'entravent pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

118. - La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception :

- si elle aboutit à la conclusion que la concentration notifiée ne relève pas du présent règlement, elle le constate par voie de décision (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 6, § 1, a : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 10*) ;

- si elle constate que la concentration notifiée, bien que relevant du règlement, ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide de ne pas s'y opposer et la déclare compatible avec le marché commun (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 6, § 1, b : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 10*) ;

- si, en revanche, elle constate que la concentration notifiée relève du règlement et soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 6, § 1, c' : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 10*). Celle-ci peut aboutir à une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 8, § 2 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 11*) ou à une décision d'incompatibilité avec le marché commun (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 8, § 3 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 11*) ;

- si une concentration a déjà été réalisée, la Commission peut ordonner la séparation des entreprises concentrées

ou la cessation du contrôle commun afin de rétablir une concurrence effective (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 8, § 4 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 14*) ;

- enfin, si les parties ont omis de notifier une concentration, si elles ont donné des informations inexactes ou dénaturées à l'occasion de leur notification, ou si elles ont présenté de façon incomplète les informations requises, la Commission peut infliger aux banques concernées des amendes par voie de décision (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 14 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 15*).

Par conséquent, schématiquement, à l'image des autres secteurs de l'économie, les banques concernées par des opérations de concentrations peuvent faire l'objet de décisions qui leur sont favorables (1) ou qui leur sont défavorables (2).

#### 1) Décisions favorables aux banques

119. - Ces décisions constatent soit l'inapplicabilité du règlement soit la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun.

120. - **Décisions constatant l'inapplicabilité du règlement.** - Sur l'ensemble des opérations de concentrations bancaires qui ont été notifiées à la Commission et sur lesquelles portent notre analyse, certaines ont donné lieu à une décision constatant qu'elles ne relevaient pas du règlement (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 6, § 1, a : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 10*).

Dans l'opération *Mediobanca / Generali* (*Comm. CE, déc. M.159, 19 déc. 1991, Mediobanca / Generali*), la banque italienne Mediobanca avait notifié l'augmentation de sa participation dans la compagnie d'assurance Generali qui passait de 5,98 % à 12,84 %. La Commission a estimé qu'il n'y avait pas prise de contrôle et en conséquence, que l'opération n'entraînait pas dans le champ d'application du règlement. Les actionnaires minoritaires avaient, six mois après la décision de la Commission, demandé la réouverture de la procédure. La Commission l'ayant refusé, les requérants formèrent un recours en annulation. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes l'a rejeté (*TPICE, 28 oct. 1993, aff. T-83/92, Zunis Holding SA et Massinvest SA / Commission : Rec. CJCE 1993, II, p. 1169 ; J.-L. Colson et J.-P. Gunther, Droit des actionnaires minoritaires en matière de contrôle communautaire des concentrations - Analyse de l'arrêt du tribunal de première instance des Communautés européennes du 28 octobre 1993 : Act. communautaires, 1993, n° 292, p. 7 à 10 ; Contrats, conc. consom. 1993, comm. 221 ; LPA 28 sept. 1994, p. 7 ; D. 1994, somm. p. 175, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac ; RMCUE 1996, n° 395, p. 118*) en relevant que la situation des requérants n'avait pas été individuellement affectée par la décision. En outre, des considérations tenant d'une part, à la sécurité juridique des opérateurs économiques et d'autre part, à la brièveté des délais qui caractérise l'économie générale du règlement, exigeraient en tout état de cause, qu'une demande de réouverture de la procédure, motivée par la découverte d'un prétendu fait nouveau, soit présentée dans un délai raisonnable.

Le message est clair : les juges veillent à ce que les entreprises ne courent pas le risque de voir à tout moment remettre en cause une opération de concentration à laquelle la Commission ne s'est pas opposée.

L'affaire *Eurocard / Eurochèque-Europay* (*Comm. CE, déc. M.241, 13 juill. 1992, Eurocard / Eurochèque-Europay*) a été la deuxième opération ayant donné lieu à une décision sur le fondement de l'article 6, § 1, a). Elle concernait le projet de création par Eurocard International et Eurochèque International d'une nouvelle entité : Europay International. La Commission a conclu que l'opération envisagée ne relevait pas du règlement car elle n'avait pas une dimension communautaire. En effet, le chiffre d'affaires total réalisé au plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées était inférieur au seuil de 5 milliards d'écus fixé par l'article 1er. Il a été précisé que s'agissant d'établissements de crédit ou d'établissements financiers, pour calculer ce seuil, le chiffre d'affaires devait être remplacé par le dixième du total des bilans selon l'article 5, § 3, a) dans sa rédaction antérieure au règlement CEE n° 1310/97. Or, la décision n'a visé que l'article 1er et n'a fait aucune allusion à la base de calcul spécifique propre aux concentrations bancaires. Pourtant, compte tenu de leur activité telle qu'elle est décrite dans la décision, les entreprises concernées semblaient être des établissements financiers au sens des directives bancaires. C'est là une illustration de la confusion, déjà évoquée, qu'a fait naître le règlement en créant un calcul spécifique de la dimension communautaire des concentrations bancaires.

Outre les décisions énoncées précédemment, rendues sur le fondement de l'article 6, § 1, a), un nombre important de concentrations bancaires ont été déclarées compatibles avec le marché commun.

121. - **Décisions constatant la compatibilité avec le marché commun.** - Dans cette hypothèse, l'opération de

concentration notifiée relève du règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004.

122. - Bien que relevant du présent règlement, la Commission a fréquemment constaté que les opérations de concentration notifiées ne soulevaient pas de doute sérieux quant à leur compatibilité avec le marché commun (*Comm. CEE, règl. n° 4064/89, 21 déc. 1989, art. 6, § 1, b : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 6*). Ces décisions ont été prises dans le cadre d'une première étape, communément appelée la "phase I".

Il peut être mentionné un certain nombre de décisions de la Commission déclarant des opérations compatibles avec le marché commun dans le cadre de la "phase I". Ainsi, citons l'exemple de *Crédit Lyonnais / BFG Bank* du 11 janvier 1993 (*Comm. CE, déc. M.296, 11 janv. 1993, Crédit Lyonnais / BFG Bank. - V. J.-P. Gunther et J. Poyer, Les appréciations des opérations de concentration dans le secteur bancaire et financier à travers l'affaire Crédit Lyonnais / BFG Bank : Act. communautaires, 1993, n° 285, p. 7 à 9*), de *Champalimaud / BSCH* du 3 août 1999 (*Comm. CE, déc. M.1616, 3 août 1999, Champalimaud / BSCH*), de *Crédit Lyonnais/Allianz-Euler/JV* du 26 août 1999 (*Comm. CE, déc. M.1661, 26 août 1999, Crédit Lyonnais/Allianz-Euler/JV : JOCE n° C 285, 7 oct. 1999, p. 6*), de *Förenings Sparbanken/FI-Holding/FIH* du 21 octobre 1999 (*Comm. CE, déc. M.1714, 21 oct. 1999, Förenings Sparbanken/FI-Holding/FIH : JOCE n° C 353, 7 déc. 1999, p. 5*) ou enfin de *HSBC / CCF* du 30 mai 2000 (*Comm. CE, déc. M.1944, 30 mai 2000, HSBC / CCF*).

123. - Dans un certain nombre de cas, la Commission a considéré que l'opération de concentration notifiée soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun. Elle a alors engagé la procédure (*Comm. CE, règl. n° 139/2004/CE, 20 janv. 2004, art. 6, § 1, c : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 10*). Cette seconde étape, dite "phase II" lui a permis de mener des enquêtes approfondies. Ces dernières ont généralement abouti à des décisions de compatibilité avec le marché commun (dans certaines décisions, les autorisations ont été liées à des engagements de la part des parties notifiante). Citons, par exemple, la décision *Bank Austria / Creditanstalt* (*Comm. CE, déc. M.873, 11 mars 1997, Bank Austria / Creditanstalt : JOCE n° C 160, 27 mai 1997*).

Par conséquent, nous venons de démontrer que les décisions favorables aux banques ont été nombreuses. Toutefois, ceci ne signifie pas que des décisions défavorables aux banques ne soient pas concevables.

## 2) Décisions défavorables aux banques

124. - Elles sont constituées des décisions infligeant des sanctions pécuniaires ainsi que des décisions de non autorisation (nous précisons que nous ne traiterons pas des décisions susceptibles d'ordonner le désinvestissement, *Comm. CE, règl. n° 139/2004/CE, 20 janv. 2004, art. 8, § 4 et 6 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 11*, en effet, à ce jour, aucune décision de ce type n'a été prise dans le secteur bancaire).

125. - **Décisions prononçant des sanctions pécuniaires.** - La Commission a le pouvoir de rendre des décisions infligeant de lourdes sanctions. Aux termes de l'article 14 du règlement n° 139/2004, la Commission peut infliger des amendes. Tel est notamment le cas lorsque les entreprises omettent de notifier leur opération (*Comm. CE, règl. n° 139/2004/CE, 20 janv. 2004, art. 14, § 2, a : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 15*), donnent des indications ou des renseignements inexacts (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 14, § 1, a, b et c : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 15*). - Pour une application, V. *Comm. CEE, 14 déc. 1999, Deutsche Post : JOCE n° L 97, 6 avr. 2001 ; Contrats, conc. consom. 2001, comm. 126 S, obs. S. Poillot-Peruzzetto*, la Commission européenne a sanctionné la présence d'indications inexacts dans la notification et dans la réponse à une demande de renseignements) ou présentent des documents incomplets (*règl. n° 139/2004, préc., art. 14, § 1, d*). Ces amendes peuvent atteindre 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées ayant agi de "propos délibéré ou par négligence" (*règl. n° 139/2004, préc., art. 14, § 2*). Tel est notamment le cas lorsque les parties à la concentration ne respectent pas leurs engagements (*règl. n° 139/2004, préc., art. 14, § 2, d*), réalisent une concentration sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de la Commission (*règl. n° 139/2004, préc., art. 14, § 2, b*) ou réalisent une opération déclarée incompatible (*règl. n° 139/2004, préc., art. 14, § 2, c*).

126. - Le troisième paragraphe de l'article 14 dispose, quant à lui, que le montant de l'amende doit être déterminé selon la nature et la gravité de l'infraction (*Comm. CE, règl. n° 139/2004/CE, 20 janv. 2004, art. 14, § 3 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 15*).

Dans la pratique, la nature de l'infraction ne suscite aucune difficulté. Soit l'opération a été réalisée sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de la Commission, soit l'obligation d'information n'a pas été respectée, soit enfin la concentration n'a pas été notifiée.

Concernant la gravité de l'infraction, *a priori*, toute infraction commise par les entreprises parties à une concentration doit être considérée comme grave. D'une part, la production d'informations incomplètes et/ou inexactes risque de fausser l'appréciation de la Commission sur la compatibilité de l'opération. D'autre part, la réalisation de la concentration sans autorisation préalable risque de porter gravement atteinte à l'équilibre concurrentiel. Certes, cette seconde catégorie d'infractions est potentiellement plus grave. Cette gravité est matérialisée par la possibilité d'infliger de plus lourdes amendes, l'article 14, § 2, du règlement du 20 janvier 2004, permettant à la Commission d'infliger une amende pouvant s'élever à 10 % du chiffre d'affaires des entreprises concernées. Toutefois, quelle que soit la violation, celle-ci ne peut que remettre en question l'exercice d'un contrôle efficace des concentrations. En effet, elle porte directement atteinte au système communautaire de contrôle des concentrations, dont le rôle est de prévenir les dommages durables causés à la concurrence. C'est pourquoi toute infraction commise par les parties notifiantes apparaît naturellement grave, si ce n'est très grave.

127. - Au-delà de la référence expresse à la nature et à la gravité de l'infraction, la Commission doit parfois tenir compte de la durée de la violation ainsi que d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes pour fixer le montant des sanctions (*S. Mail-Fouilleul, Les sanctions pécuniaires en droit communautaire des concentrations : LPA 3 août 2001, n° 154, p. 12*).

128. - Bien qu'elle ne soit pas textuellement prévue, la durée d'une infraction peut être prise en considération. Ce critère doit logiquement être pris en compte lorsque la concentration n'est notifiée qu'après avoir été mise en œuvre. Dans cette hypothèse, la durée constitue un facteur important d'appréciation de la gravité. Plus le temps s'écoule entre la date à laquelle la Commission est informée des opérations et la date de leur notification, plus le préjudice susceptible d'être causé aux consommateurs augmente. Si l'appréciation de cette durée est d'abord objective, c'est-à-dire fondée sur la détermination mathématique du nombre de semaines ou de mois écoulés, elle est aussi subjective, c'est-à-dire liée au comportement des entreprises au cours de cette période. Nul doute que la lenteur de ces dernières à régulariser leur situation ne peut que leur nuire et conduire la Commission à considérer la durée comme considérable. L'examen des circonstances aggravantes révèle la volonté de la Commission de se donner les moyens, quels que soient les faits dont elle est saisie, de sanctionner durement toute infraction. À la lecture des décisions récemment adoptées, deux facteurs semblent toujours pouvoir constituer des circonstances aggravantes. Le premier facteur résulte de la prise en considération de l'intention délictuelle de l'entreprise. Certes, l'intention délibérée de commettre une infraction constitue sans doute une circonstance aggravante justifiant le prononcé d'une lourde sanction. Toutefois, même lorsque l'entreprise n'a agi que par négligence, ce défaut de vigilance peut encore ici constituer une circonstance aggravante. Le second facteur se fonde quant à lui sur l'infraction proprement dite. Lorsque cette infraction résulte du manquement d'une entreprise à son obligation d'information, la Commission met l'accent sur l'importance des informations occultées, le retard et la réticence des entreprises à lui transmettre. Le fait pour ces dernières de répondre de manière inexacte aux demandes de la Commission ayant déclaré la notification initiale incomplète aggrave naturellement la violation commise. Lorsque l'infraction consiste en la réalisation de la concentration sans autorisation préalable, la circonstance aggravante peut résulter de la simplicité du problème juridique posé.

129. - La Commission accepte aussi de tenir compte de l'existence de circonstances atténuantes. Ces dernières sont classiques. Sont ainsi prises en considération la reconnaissance de l'infraction par les entreprises et leur coopération avec la Commission. De même, les informations qu'elles ont transmises à la *Merger Task Force* avant que cette dernière ne soit autrement informée comme l'absence d'atteinte concurrentielle résultant de la violation sont retenues.

Les entreprises appréhendent ces sanctions pécuniaires. Il en est de même de la non autorisation de la concentration bancaire.

130. - **Hypothèse de la non autorisation de la concentration bancaire.** - Il est primordial de constater que dans un premier temps, ces opérations de concentrations n'ont pas été susceptibles de porter atteinte à la concurrence car le marché bancaire était très atomisé. Mais suite à un vaste mouvement de concentration (actuellement, le nombre de concentrations dans le secteur bancaire est plus important que dans les autres secteurs des services notamment de la distribution et de l'assurance), la taille moyenne des banques a considérablement augmenté et ces atteintes sont devenues concevables. Ceci a été significatif dans la décision *Bank Austria / Creditanstalt* (*Comm. CEE, déc. M.873, 11 mars 1997, Bank Austria / Creditanstalt : JOCE n° C 160, 27 mai 1997*) ainsi que dans l'opération *Skandinaviska Enskilda Banken / FS-Banken* (*Comm. CEE, déc. IP/01/1290, 19 nov. 2001, SEB / FS-Banken. - M. Bliman, Bruxelles fait renoncer SEB et FS-Banken à leur projet de fusion : www.lesechos.fr, 19 sept. 2001. - M. Jator, Échec de la fusion SEB-FS-Banken : Les Échos, 20 sept. 2001, p. 29*).

131. - Cependant, le contrôle étant négocié, le risque d'incompatibilité est faible. Par exemple, dans l'affaire *Skandinaviska Enskilda Banken / FS-Banken*, les exigences de la Commission européenne ont été tellement importantes (celle-ci réclamait des cessions d'agences, environ un quart des guichets du nouvel ensemble, et d'activités. En effet, sans cession, l'ensemble fusionné aurait contrôlé 40 % des prêts et des dépôts, 50 % du marché des fonds mutuels et 66 % de celui des cartes de crédit) que les parties ont préféré abandonner leur projet de concentration (ces notifications retirées sont moins connues du fait de l'absence de publicité. Pourtant, à notre avis, elles sont symptomatiques du durcissement du contrôle communautaire des concentrations. Ces retraits sont le plus souvent imputables à un examen minutieux des répercussions concurrentielles des concentrations projetées). Ces derniers ont considéré que les effets positifs de la fusion seraient perdus à cause notamment d'un manque de synergies. Ainsi, en l'espèce, il n'a pas été apposé de veto. Néanmoins, substantiellement, c'est bien la Commission européenne qui a fait renoncer les parties à leur projet (l'autorité de la Commission européenne et la menace d'interdiction qui pèse sur les parties sont de nature à les faire renoncer à la concentration avant même qu'une décision soit prise). Les conséquences sont donc exactement les mêmes que si une décision d'interdiction avait été prononcée. Par conséquent, l'absence formelle de décision ne signifie pas pour autant que le contrôle est inopérant.

132. - En outre, si les parties ne renoncent pas à leur projet de concentration et qu'aucune solution n'est trouvée, la sanction est "l'invalidité". Les décisions d'incompatibilité avec le marché commun (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 8, § 3 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 11*) à propos d'une concentration bancaire sont d'ailleurs désormais concevables.

133. - Il est important de préciser que les concentrations qui résultent des fusions et des prises de contrôle au sein d'un même marché, sont susceptibles de faire naître une position dominante sur un marché local, national voire européen. Il en est ainsi dans le secteur bancaire.

134. - Concernant les banques de dépôt, plus la part de marché de la banque sur les dépôts et les prêts est grande, plus la marge d'intermédiation (la différence entre les taux auquel la banque se rémunère et celui auquel elle se refinance) est élevée. Plus précisément, cela signifie que dans une situation de faible concurrence, chaque banque aura tendance à utiliser son pouvoir de marché afin d'augmenter les taux sur les prêts et diminuer les taux sur les emprunts. Ainsi, plus un système bancaire est concentré, plus il est capable de générer des profits élevés. Ces profits supplémentaires résulteraient d'un renforcement des parts de marché des firmes qui fusionnent. Ce raisonnement montre que la fixation des prix moins favorables aux consommateurs est due au jeu des positions sur le marché. En réalité, seules les firmes qui contrôlent des parts de marché importantes ont un pouvoir qui leur permet de se positionner au-dessus des prix concurrentiels. C'est la raison pour laquelle les concentrations entre ces entreprises doivent être contrôlées.

135. - En cas de position dominante des banques sur des marchés locaux concentrés, une fusion au sein de ces marchés peut renforcer cette position et entraîner un comportement préjudiciable à la concurrence. La fixation des prix défavorables aux consommateurs et des restrictions quantitatives ou qualitatives des services offerts au public peuvent être une parfaite illustration de cette analyse. Aussi, selon Monsieur Lopez Madruga (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, cité supra n° 14*), " la Commission examine l'ensemble des implications locales d'une concentration. Si la nouvelle entité était dominante sur une région, cette hypothèse empêcherait les consommateurs de disposer d'une alternative. Ceci serait un facteur de prohibition de la concentration ou justifierait une demande d'engagements des établissements de crédit ". Il pourrait s'agir d'engagements de céder certains établissements litigieux à des concurrents.

136. - Une position dominante sur un marché national pourrait également se concevoir dans certains États européens notamment les pays Scandinaves et les Pays-Bas. Par exemple, le système bancaire des Pays-Bas a été le premier d'Europe à réaliser sa concentration dès le début des années 1990. Au total, les trois premiers groupes bancaires (ABN Amro, Rabobank et ING) détiennent 90 % du marché bancaire néerlandais. Une fusion entre ces opérateurs économiques aurait donc pour conséquence la création d'une position dominante sur le marché national hollandais qui serait incompatible avec le marché unique.

Par conséquent, "la Commission apprécierait le *network effect* (effet de réseau) et ferait une analyse des parts de marché dans les principaux segments de marché" (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, cité supra n° 14*). L'analyse concurrentielle dans le contrôle des concentrations bancaires comporte donc des enjeux primordiaux.

b) Controverse concernant la spécificité de l'analyse concurrentielle dans le système bancaire

137. - Si une controverse existe concernant la spécificité de certains tests effectués par la Commission européenne (1), il est certain que l'appréciation d'éventuels effets unilatéraux dans le secteur bancaire n'est pas spécifique (2).

1) Controverse concernant la spécificité de certains tests

138. - Il existe une controverse sur la spécificité des critères d'appréciation de la puissance de marché et sur le seuil de dominance dans le secteur bancaire.

139. - **Interrogation sur la spécificité des critères d'appréciation de la puissance de marché.** - Dans le formulaire de notification rempli par les parties à une concentration, il est indiqué que les estimations de parts de marché des parties et des concurrents doivent être fournies en valeur et en volume. Pour les services bancaires, la Commission a pris en compte un certain nombre de critères d'évaluation des parts de marché plus adaptés. Un des critères utilisés consiste à connaître le "rang" de la banque au niveau national, européen ou mondial, notamment en termes de bilan, de fonds propres et d'actifs (*Comm. CEE, déc. M.296, 11 janv. 1993, Crédit Lyonnais / BFG Bank, pts 9 et 10 : JOCE n° C 90, 31 mars 1990, p. 5.* - J.-P. Gunther et J. Poyer, *Les appréciations des opérations de concentration dans le secteur bancaire et financier à travers l'affaire Crédit Lyonnais / BFG Bank cité supra n° 22*). Outre ces critères de base, la Commission prend essentiellement en compte, pour les services bancaires de détail, le rang lié à la valeur des crédits et des dépôts des parties à la concentration (*Comm. CEE, déc. M.1398, 3 févr. 1999, Deutsche Bank / Crédit Lyonnais Belgium, pt 6*). Pour les services bancaires aux entreprises, la Commission (*Comm. CEE, déc. M.1172, 24 juin 1998, Fortis/Generale Bank, pt 24*) prend en compte les *corporate loans* (emprunts d'entreprises) et les *current accounts with corporate clients* (comptes courants des entreprises clientes). Pour ce qui concerne la banque d'investissement ou les activités sur les marchés monétaires, la Commission (*Comm. CEE, déc. M.1384, 22 avr. 1999, Deutsche Bank / Bankers Trust : JOCE n° C 143, 21 mai 1999, p. 7.* - *Comm. CEE, déc. M.1108, 4 mars 1998, SBG / SBV : JOCE n° C 149, 15 mai 1998.* - *Comm. CEE, déc. M.1067, 22 déc. 1997, Merrill Lynch / Mercury.* - *Comm. CEE, déc. M.1068, 19 déc. 1997, Crédit Suisse/First Boston/Barclays*) prend en considération les *league tables* (tableaux de classements) car elles reflètent de manière adéquate la position sur le marché des entreprises impliquées dans cette activité. Pour les activités de gestion de patrimoine, le nombre de clients constitue également un indice de l'activité sur le marché en cause (*Comm. CEE, déc. M.983, 22 sept. 1997, Bacob Banque / Banque Paribas Belgique, pt 13 : JOCE n° C 342, 12 nov. 1997*). Cette adaptation de l'évaluation des parts de marchés au secteur bancaire ne modifie pourtant pas la philosophie du contrôle de la Commission, empreinte de pragmatisme. Si l'approche diffère quelque peu, l'appréciation demeure équivalente à celle effectuée dans les autres secteurs de l'économie. C'est ainsi que la Commission analyse les effets locaux de l'opération dans le système bancaire de manière similaire aux autres secteurs de l'économie.

140. - La Commission définit les marchés bancaires comme étant de dimension au moins nationale. Une telle approche n'exclut pas, si cela s'avère nécessaire, comme dans tout autre secteur de l'économie, qu'elle s'attache également à étudier les effets d'une concentration à un niveau infra national. Malgré l'augmentation des opérations dans le secteur bancaire européen dont le niveau de concentration s'est sensiblement accru de ce fait, la Commission a parfois examiné les incidences de la transaction sur le plan local, en considérant notamment l'effet de réseau (*Comm. CEE, déc. M.341, 28 mai 1993, Deutsche Bank / Banco de Madrid, pt 10 : JOCE n° C 175, 26 juin 1993.* - *Comm. CEE, déc. M.455, 13 juin 1994, Banco Santander / Banesto, pt 16*). Ainsi, à l'occasion de l'acquisition de la Générale de banque par Fortis (*Comm. CEE, déc. M.1172, 18 mai 1998, Fortis / Générale de banque, pts 21 et 22*), la part de marché combinée des parties à la concentration était inférieure à 35 % au niveau national. Elle représentait environ 20-25 % des actifs, entre 28 % et 33 % des dépôts et entre 26 et 33 % des crédits du système bancaire Belge. La Commission a relevé que le marché demeurerait concurrentiel, compte tenu de la présence de concurrents tels que BBL, KBC et de CCB. Toutefois, elle a pris en considération l'effet de réseau de la concentration dans toutes les provinces et régions de Belgique. Ainsi, elle a constaté que l'établissement résultant de la concentration détiendrait entre 24 et 28 % des agences en Flandre occidentale, entre 35 et 39 % des agences dans le Hainaut et Namur/le Brabant wallon. Même si la nouvelle entité détient le plus important réseau de Belgique, la Commission a considéré que ceci ne lui conférerait pas une position dominante, dans la mesure où les consommateurs disposent de suffisamment d'agences bancaires concurrentes. En outre, l'existence de distributeurs de billets, de services de banque électronique et de banque par téléphone minimise l'impact de toute position forte dans ce domaine (*Comm. CEE, déc. Fortis / Générale de banque, préc. pt 22*).

Par conséquent, les critères d'appréciation de la puissance de marché des établissements de crédit peuvent être rapprochés de ceux utilisés dans les autres secteurs de l'économie. Il en est de même concernant l'appréciation de la dominance dans le secteur bancaire.

141. - **Absence de seuil de dominance spécifique dans le secteur bancaire.** - En étudiant la pratique de la Commission européenne, il convient de distinguer la dominance individuelle de la dominance collective.

142. - **Dominance individuelle.** - Certaines crispations nationales, à l'occasion de concentrations d'établissements de crédit, pourraient laisser suggérer qu'en matière de services et notamment de services aux particuliers, il existerait un seuil spécifique, concernant la position dominante (par opposition aux opérations de concentrations dans les secteurs moins sensibles des biens industriels et des biens de consommations, où des positions nettement plus fortes en termes de parts de marché, peuvent être autorisées sans objections par la Commission européenne).

143. - C'est dans la décision *Bank Austria / Creditanstalt* (Comm. CEE, déc. M.873, 11 mars 1997, *Bank Austria / Creditanstalt*, pt 46 : JOCE n° C 160, 27 mai 1997) que la Commission a évoqué pour la première fois cette question de la dominance dans le secteur bancaire. À l'occasion de l'acquisition du contrôle exclusif de Creditanstalt-Bankverein par Bank Austria, la Commission a en effet considéré que " les parts de marché de 30 % et plus, dans des circonstances déterminées et en présence de sérieuses barrières à l'entrée sur le marché justifiaient le risque de création d'une position dominante et nécessitaient un examen détaillé des marchés concernés ". Une telle conclusion est fondée sur le fait que " ces marchés sont caractérisés par des conditions institutionnelles et juridiques spécifiques ; les marchés de services bancaires se différencient en particulier clairement des conditions de concurrence, telles qu'elles s'exercent sur les marchés de biens industriels et de biens de consommation " (Comm. CEE, déc. *Bank Austria / Creditanstalt*, préc., pt 46).

144. - La Commission a examiné la position de Bank Austria et Creditanstalt, les deux principaux établissements bancaires universels nationaux, ainsi que celle des principaux établissements de crédit établis en Autriche. Elle a estimé que le risque de position dominante était bien présent en l'espèce. Les effets de cette concentration ont été étudiés, notamment pour les services bancaires aux particuliers, les services aux entreprises et la banque d'investissement. Ainsi, elle a pu noter que la nouvelle entité disposerait d'une part de marché comprise entre 20 et 30 % sur les activités de services aux particuliers (dont 30 ou 40 % sur les segments de l'octroi de crédit et des opérations de dépôts de titres, tandis que les concurrents disposaient tous de parts de marchés inférieures à 5 %, V. pt 45). Pour les services bancaires aux entreprises, les parts de marché étaient plus importantes encore, l'entité résultant de la concentration disposant de parts comprises entre 25 % et 40 % sur l'ensemble des segments (et notamment 30-40 % sur les segments de l'activité de dépôts de titres, 30-40 % pour le crédit à long terme et 40-50 % pour l'activité de *Dokumentengeschäft* ; V. pt 51). La Commission a relevé que les marchés de services financiers aux particuliers en Autriche présentaient de sérieuses barrières à l'entrée, compte tenu de la nécessité de disposer sur place d'un réseau dense d'agences. En règle générale, les clients particuliers entretiennent des relations commerciales avec une seule banque. Changer d'établissement engendre des coûts de transaction et d'information qui justifient l'attachement d'un client à une banque. En outre, la mobilité des clients des banques est réduite, dans la mesure où l'entretien de relations avec plusieurs banques et le partage des actifs sur plusieurs banques détériorent les possibilités de recours au crédit. Sur la base de ce constat, la Commission en a conclu que la "reprise", par les concurrents, de relations commerciales entretenues depuis de nombreuses années avec les particuliers, ne pourrait se faire, à une large échelle, qu'à long terme. Selon la Commission, contrairement aux services aux particuliers, les services bancaires aux entreprises sont moins standardisés et sont souvent adaptés aux besoins spécifiques des clients, sur la base de conditions négociées. En outre, les coûts de transaction et d'information liés au changement d'établissement ne sont pas aussi élevés. Assurément, les entreprises clientes développent des volumes de transactions plus importants et entretiennent en général des relations commerciales avec plusieurs banques (Comm. CEE, déc. *Bank Austria / Creditanstalt*, citée supra n° 143, pt 52). La Commission a considéré dans l'affaire *Bank Austria / Creditanstalt* qu'il existait sur ces marchés, des risques de création ou de renforcement de position dominante (pt 47, services aux particuliers, et pt 53, services aux entreprises. Compte tenu des participations détenues respectivement par Bank Austria et Creditanstalt dans deux banques spécialisées, OeKB et Österreichische Investitionskredit AG, la Commission avait également relevé des difficultés concurrentielles sur le segment de l'assurance crédit et du financement à l'exportation ainsi que sur celui de l'octroi de crédits de soutien à l'activité industrielle, pts 54 à 61), compte tenu notamment de l'absence de forte alternative à la nouvelle entité, tant au niveau national qu'au niveau étranger (Comm. CEE, déc. *Bank Austria / Creditanstalt*, préc., pt 53).

145. - Selon un auteur (*S. Kerjean, Le secteur bancaire européen à l'épreuve du contrôle des concentrations : Banque et Droit 2000, n° 69, p. 14 à 23*), la pratique décisionnelle de la Commission aurait ainsi permis d'identifier une spécificité de la dominance dans le secteur bancaire. Un seuil de part de marché de 30 % aurait été mis en évidence pour ces types de services. Il serait nettement moins élevé que celui à partir duquel des difficultés concurrentielles pourraient survenir, en termes de position dominante, dans les secteurs de biens

industriels et de consommation ainsi que dans les autres secteurs de services.

146. - Cependant, retenir cette interprétation, revient à accepter que la seule analyse des parts de marché permet de mesurer le caractère concurrentiel d'un secteur. Ceci est, à notre avis, très contestable. En effet, les études économiques montrent que la concurrence sur des marchés relativement concentrés peut être dans certains cas, plus forte que sur des marchés fortement concurrentiels. Les marchés à concurrence pure et parfaite ne sont pas nécessairement les plus concurrentiels, pour peu que le terme de concurrence soit entendu comme processus et non comme état. Il convient de faire intervenir la notion de contestabilité pour mesurer la concurrence effective d'un marché. Les difficultés résultent du fait que la contestabilité est appréciée à l'aide des concepts de barrières à l'entrée (il convient de préciser que les barrières à l'entrée sont des coûts irrécupérables qu'une entreprise doit supporter pour pénétrer dans un marché. Ces barrières à l'entrée confèrent aux opérateurs en place des avantages par rapport à leurs concurrents potentiels. V. *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations des entreprises*, n° 2004/C 31/03 : JOUE n° C 31, 5 févr. 2004, p. 12) et de conditions de sorties. Un marché contestable est un marché sur lequel les derniers arrivés n'ont pas de handicap de coût par rapport aux opérateurs installés et que les acteurs peuvent quitter avec un faible coût.

147. - Par conséquent, selon Monsieur J. Lopez Madruga (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, cité supra n° 14*), ce seuil de parts de marché de 30 % ne constitue pas une limite à ne pas franchir, mais représente un indicateur de dominance parmi d'autres. La Commission considérera qu'il y a dominance si plusieurs éléments significatifs le prouvent. Il n'existe donc pas un seuil de dominance spécifique au secteur bancaire. Il convient d'examiner les concentrations de manière casuistique car, dans un secteur dynamique, l'appréciation ne sera pas la même que dans un secteur où il existe un oligopole. Par exemple, une part de marché de 30 % dans le secteur bancaire autrichien ne peut être appréciée de la même façon qu'une part mathématiquement égale sur le marché belge. Ainsi, dans des décisions récentes d'autorisations de concentrations en Belgique, ce seuil de parts de marché était dépassé sans que cela ne suscite de difficultés particulières (*Comm. CEE, déc. M.1172, 18 mai 1998, Fortis / Générale de banque, citée supra n° 140*). Dans l'affaire *Merita / Nordbanken* (*Comm. CEE, déc. M.1029, 10 déc. 1997, Merita / NordBanken : JOCE n° C 44, 10 févr. 1998*), il a été examiné les parts de marché des deux établissements de crédit sur les différents marchés de référence. Un constat fut celui de la "complémentarité géographique" (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, préc.*). Le chevauchement était donc très faible. Bien que Merita totalisât sur certains segments des parts de marché supérieures à 40 %, l'appréciation concurrentielle ne posa pas de difficulté.

Par conséquent, nous avons pu démontrer l'absence de seuil de dominance spécifique au secteur bancaire. Nous allons, dès à présent, mettre en évidence l'absence de spécificité en ce qui concerne la dominance collective dans le secteur bancaire.

148. - **Dominance collective.** - Les activités bancaires s'exercent sur des marchés oligopolistiques. Un marché oligopolistique se définit par la présence sur le marché d'un nombre relativement restreint d'offres. Dans un tel contexte concurrentiel, chaque oligopoleur est amené à prendre en compte de manière notable les actions et réactions de ses rivaux dans ses décisions relatives notamment aux prix. Il s'agit d'une interdépendance stratégique entre les firmes. Ainsi, il y a position dominante collective lorsque des entreprises ont ensemble, notamment, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des concurrents, des clients et des consommateurs. Cette définition n'explicite pas les conditions nécessaires pour qu'il y ait une position dominante collective.

149. - Il est donc fondamental de disposer d'une méthodologie et de critères pertinents permettant de déterminer, dans une analyse à caractère prospectif, si une concentration est à même de créer ou de renforcer une position dominante collective (*D. Neven, La caractérisation de la position dominante collective : Rev. conc. consom. 2002, n° 126, p. 18 à 21*). La difficulté fondamentale rencontrée dans la notion de dominance collective est que l'analyse repose sur une anticipation caractérisée non pas seulement du marché mais aussi du comportement des opérateurs. Cette appréciation est d'autant plus délicate qu'elle concerne des opérateurs formellement isolés et non dominants. En revanche, associés les uns aux autres, ils ont une position dominante. En réalité, ces entreprises se présentent substantiellement sur le marché comme une seule entité et non avec leur individualité.

150. - L'existence d'une dominance collective peut être déterminée au moyen d'indicateurs qui ne sont pas spécifiques au système bancaire. En outre, le seuil de dominance collective ne fait pas l'objet d'une spécificité dans le système bancaire même si cette affirmation est controversée.

151. - **Absence de spécificité des indicateurs de dominance collective.** - Pour déterminer si une concentration

créée ou renforce une dominance collective, un examen précis des circonstances est nécessaire. Cette appréciation repose sur des indicateurs structurels qui, seuls et en interaction les uns avec les autres, devraient permettre une estimation aussi claire et précise que possible du cas, dans le cadre d'une analyse globale. Toutefois, dans chaque affaire, il s'agira d'affiner l'examen afin de s'assurer une forte probabilité de création ou de renforcement d'une position dominante collective. Un tel exercice nécessitera de prendre en compte des indicateurs comportementaux (ceci relativise l'approche classique du contrôle des concentrations, considéré comme un contrôle des structures. Il est plus pertinent de considérer qu'il s'agit d'un contrôle anticipé de ce que seront les structures et les comportements sur un marché à la suite d'une concentration. À ce titre, doivent être anticipés les risques de dominance collective. Cependant, la dominance collective traduit une collusion qui peut aussi être appréhendée dans le cadre du contrôle des ententes et des abus de position dominante. Il convient donc de relativiser le cloisonnement entre le contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles. Ce qui les distingue fondamentalement, c'est que le premier est préventif tandis que les seconds sont curatifs. La distinction réside donc dans la notion de temps pertinent du contrôle. Pour les concentrations, il s'agira de se projeter dans le futur pour anticiper les effets de ces opérations).

152. - Les indicateurs utilisés comme preuve de l'existence d'une dominance collective dans le système bancaire ne sont pas différents de ceux utilisés dans les autres secteurs économiques.

153. - Des indicateurs relèvent du fonctionnement général du marché. D'abord, il s'agit de l'existence d'obstacles élevés à l'accès au marché. Ils restreignent en principe la concurrence potentielle et peuvent favoriser l'adoption de comportements collusoires entre les concurrents actuels. Ensuite, il s'agit de la transparence sur un marché. Elle permet aux banques de suivre plus aisément le comportement de leurs concurrents et facilite ainsi l'adoption de comportements collusoires. Enfin, l'adoption d'un comportement collusoire sera favorisée dans les secteurs relativement stables et prévisibles caractérisés notamment par une structure fixe de marché (il convient de préciser que dans l'affaire *Airtours*, le tribunal de première instance a considéré que trois conditions doivent être remplies pour qu'une position dominante collective puisse être créée : la transparence du marché, un risque de représailles et la non contestabilité du marché, *TPICE*, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Airtours / Commission*. - *L. Idot*, *Concentrations : Europe 2002*, comm. 291. - *L. Givry et J.-P. de La Laurencie*, *Les arrêts du TPICE : le contrôle des concentrations... sous contrôle : Rev. Lamy dr. aff. 2003*, n° 56, p. 7 à 10. - *P. Rinczauz*, *Actualité du droit communautaire de la concurrence (2e partie) : Gaz. Pal. 29 juin au 1er juill. 2003*, doctr. p. 7, 8, à notre avis, ces critères sont nécessaires mais pas forcément suffisants pour établir une position dominante collective. - Cette opinion est confirmée par *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, n° 2004/C 31/03 : *JOUE* n° C 31, 5 févr. 2004, p. 9).

154. - Il existe également des indicateurs fondés sur la situation de la demande. D'une part, un marché caractérisé par une faible croissance de la demande n'incitera pas de nouveaux concurrents à entrer sur le marché. De même, les concurrents existant n'adopteront pas une stratégie offensive pour s'accaparer de la demande supplémentaire dans une telle situation de jeu à somme nulle. D'autre part, lorsque les acteurs du côté de la demande détiennent un certain pouvoir de marché, il peut être plus difficile pour les intervenants d'engager et de maintenir un comportement collusoire. *A contrario*, une domination collective devrait être d'autant plus probable sur un marché concentré lorsque l'autre côté du marché est plus dispersé. Toutefois, il n'est pas exclu que, dans certains cas, un fort pouvoir des consommateurs puisse encourager les offrants, en guise de réaction, à adopter un comportement collusoire de solidarité.

155. - Par ailleurs, il existe des indicateurs fondés sur la situation de l'offre. Premièrement, les liens étroits entre les oligopoleurs jouent un grand rôle dans la détermination d'une dominance collective. D'une part, les liens actuels entre les oligopoleurs, tels que les liens de personnels ou de capital, accroissent la probabilité d'un comportement parallèle restrictif de la concurrence. Qui plus est, ceci s'applique tant aux liens sur le marché concerné par la concentration qu'à ceux sur des marchés tiers. D'autre part, les relations passées et, en particulier, les coopérations passées, peuvent également constituer un facteur encourageant des comportements collusoires. Deuxièmement, dans certains cas, la similarité des parts de marché des oligopoleurs peut faciliter la création d'une telle dominance. En revanche, une répartition asymétrique des parts de marché ne présume aucunement l'impossibilité d'une dominance collective. Enfin, la stabilité des parts de marché entre les entreprises peut constituer un indicateur démontrant l'absence de dynamique dans les relations concurrentielles sur le marché en question. Troisièmement, un taux élevé de concentration favorise la réunion des oligopoleurs. Toutefois, il ne peut être conclu à une dominance collective sur la simple base d'un taux de concentration élevé. Il s'agit encore d'examiner l'offre de substitution, c'est-à-dire les concurrents externes à l'ensemble formé des entreprises en dominance collective. Par ailleurs, il est difficile de déterminer un niveau de concentration au-dessus duquel une dominance collective est quasiment établie. Bien évidemment, cette précision s'applique au système bancaire.

156. - **Absence de spécificité du seuil de dominance collective dans le système bancaire.** - La dominance collective est un phénomène économique qui résulte du jeu des interdépendances stratégiques entre les oligopoleurs. Afin d'aboutir à une dominance collective, cette interdépendance se traduit par l'adoption de comportements collusoires au terme desquels les oligopoleurs forment une seule entité sur le marché.

157. - La principale difficulté est de déterminer si une concentration entraîne la création ou le renforcement d'une dominance collective entravant une concurrence effective. Il se pose donc le problème du seuil de dominance collective dans le système bancaire.

158. - Comme nous l'avons précisé antérieurement, une controverse existe sur la spécificité du seuil de dominance bancaire. Il serait moins élevé que celui à partir duquel des difficultés concurrentielles pourraient survenir, en termes de position dominante, dans les secteurs de biens industriels et de consommation ainsi que dans les autres secteurs de services. Mais selon Monsieur J. Lopez Madruga (*G. Damy, entretien du 20 mars 2000 avec J. Lopez Madruga, cité supra n° 14*), ce seuil de parts de marché de 30 % ne constitue pas une limite à ne pas franchir, mais représente un indicateur de dominance parmi d'autres. Il n'existe donc pas un seuil de dominance spécifique au secteur bancaire.

159. - Concernant le problème de la dominance collective, il convient tout d'abord d'indiquer la difficulté de déterminer un niveau de concentration au-dessus duquel une dominance collective peut être établie avec certitude (*P. Gugler, Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations : RJDA 1998, p. 926*).

160. - Concernant plus précisément le système bancaire, il pourrait être considéré que le seuil de dominance collective est inférieur par rapport aux autres secteurs de l'économie. Cette affirmation est contestable dans l'hypothèse où il est estimé qu'il n'existe pas de seuil de dominance spécifique au système bancaire. Bien évidemment, de façon parallèle dans ce cas, le seuil de dominance collective ne peut pas être appréhendé comme étant spécifique.

Ainsi, une concentration bancaire est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante collective. Cette appréciation s'effectue de manière similaire aux autres secteurs de l'économie. Il en est de même concernant l'appréciation d'éventuels effets unilatéraux.

## 2) Absence de spécificité dans l'appréciation d'éventuels effets unilatéraux dans le secteur bancaire

161. - Le règlement n° 139/2004 permet à la Commission européenne de rechercher des effets unilatéraux. En effet, il est précisé qu'une concentration doit être interdite si elle entrave d'une manière significative une concurrence effective (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, consid. 25 et art. 2, § 3 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 4 et 7*). Le critère englobe donc tous les effets anticoncurrentiels sur les marchés oligopolistiques où l'entreprise issue de la concentration ne serait pas dominante au sens strict du terme.

162. - Incontestablement, dans certaines situations d'oligopole, le risque essentiel de restriction de la concurrence réside dans la faculté des entreprises parties à la concentration d'augmenter leur prix sans avoir à tenir compte des autres opérateurs ou de la clientèle.

163. - Par exemple, une entreprise partie à une concentration peut augmenter ses prix sans subir pour autant une perte consécutive de clientèle car celle-ci se reporte sur les produits fabriqués par l'autre entreprise partie à la concentration. Dans cette hypothèse, l'opération crée effectivement un effet contraire au maintien de la concurrence (*J.-C. Bermond, Test de dominance et effets unilatéraux : RD aff. int. 2004, p. 82*).

164. - Toute la difficulté dans l'application de la théorie des effets unilatéraux réside dans la juste appréciation des mécanismes de report de la demande susceptible d'intervenir entre les deux parties à une concentration.

165. - En outre, les effets unilatéraux peuvent exister lorsque l'entreprise parvient à faire augmenter le niveau des prix, en réduisant unilatéralement le volume de sa production. Dans cette hypothèse, les concurrents ne sont pas capables d'augmenter leurs capacités de production pour absorber la demande. Ainsi, l'entreprise peut augmenter les prix et, ses concurrents étant limités en capacité, la fuite de la demande est également restreinte.

166. - Il est certain que la Commission appréciera les effets unilatéraux d'une concentration bancaire de façon comparable aux autres secteurs économiques.

Dans l'hypothèse où la Commission détectera d'éventuels effets unilatéraux de la part du nouvel établissement de crédit, elle exigera un engagement afin de résoudre les difficultés concurrentielles (*L. Idot et C. Momège, Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique : Rev. Lamy dr. aff. 2001, suppl. n° 37, p. 10*). Nous allons mettre en exergue qu'il n'existe pas de traitement spécifique des concentrations bancaires en ce qui concerne l'utilisation des engagements.

c) Absence de spécificité dans l'utilisation des engagements

167. - Nous avons insisté à plusieurs reprises sur la nécessaire suppression des originalités propres aux établissements de crédit dans le contrôle concurrentiel des concentrations bancaires. En effet, celles-ci ne sont pas justifiées car le droit de la concurrence est un droit qui vise uniquement à empêcher la création ou le renforcement d'entraves à la concurrence sur un marché. Dans ce cadre, il est délicat de justifier de manière convaincante l'existence de spécificités dans le traitement concurrentiel des établissements de crédit.

168. - En ce qui concerne les engagements, aucune spécificité n'a été appliquée aux concentrations bancaires. Nous ne pouvons qu'approuver cette situation. Cependant, l'utilisation extensive des engagements dans l'application générale du contrôle communautaire des concentrations peut être constatée (1), ces engagements étant de plus en plus diversifiés et sophistiqués (à notre avis, ils mettent donc en relief le durcissement du contrôle des concentrations par la Commission) (2).

1) Utilisation extensive des engagements dans l'application générale du contrôle communautaire des concentrations

169. - Il peut être affirmé que la Commission a utilisé de façon extensive les engagements. En effet, originellement, le règlement sur le contrôle des concentrations ne lui donnait le pouvoir de lier ses décisions à des engagements que dans la phase II du contrôle. Or, celle-ci a utilisé la pratique des engagements même en phase I. Ainsi, une absence de base juridique de cette pratique a pu être constatée. C'est pour cette raison qu'un amendement a été adopté dans le cadre du règlement n° 1310/97.

**170. - Absence de base juridique concernant l'utilisation des engagements en phase I dans la rédaction originaire du règlement.** - En application du règlement, la Commission a la possibilité de modifier un projet de concentration. En effet, l'article 8, § 2, dispose qu'une opération de concentration à la fin de l'examen de la phase II peut être déclarée compatible avec le marché commun, le cas échéant " *après modifications apportées par les entreprises concernées* ".

La Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris (des sanctions destinées en cas de non-respect des engagements, comme des amendes, *Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 14, § 2, d : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p.15*. - Ou l'annulation de la décision d'autorisation *Comm. CE, règl. n° 139/2004, préc., art. 8, § 6 d : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 11*. - De plus, la Commission a la possibilité d'infliger des astreintes pour imposer la réalisation rapide des modifications, *Comm. CE, règl. n° 139/2004, préc., art. 15, § 1, c : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 16*).

Les modifications ainsi proposées par les parties sont destinées à atténuer les risques d'entrave à une concurrence effective mis en évidence par la Commission.

Cependant, la notion d'engagement n'apparaît à l'origine que dans l'article 8, § 2, relatif à une décision de phase II. Or, son interprétation a été étendue au-delà de cette étape de la procédure.

171. - Les modifications en première phase ont été acceptées dès les premières années suivant l'entrée en vigueur du règlement, sans base juridique précise (dès 1991, première année d'application du règlement, trois projets de concentrations étaient autorisés en application de l'article 6 § 1, b avec engagements).

172. - La Cour de justice des Communautés européennes n'a jamais été saisie de la légalité de ces modifications de première phase. Aussi, pour appuyer cette pratique allant à l'encontre de la lettre du règlement originaire, la Commission a développé un véritable argumentaire.

173. - La première raison invoquée est le gain de temps dans le traitement des projets de concentrations. Pour soutenir cette position, la Commission a retenu le principe de proportionnalité, selon lequel il ne faut pas prendre

plus de temps que nécessaire pour traiter un dossier. Ainsi, s'il est possible d'autoriser une opération en levant dès le premier mois les problèmes de compatibilité avec les règles de concurrence, il n'y a pas lieu de prolonger l'analyse de quatre mois supplémentaires.

174. - La nécessité d'une certaine souplesse dans le traitement des concentrations a été elle aussi invoquée pour justifier un raisonnement par analogie applicables aux modifications de phase I avec les principes des modifications de l'article 8, § 2. Ces justifications aussi réalistes soient-elles, souffrent pourtant de faiblesses. Ainsi, du point de vue du respect des tiers ou lorsqu'il faut appliquer des sanctions en cas de non-respect des engagements de première phase, la base juridique indispensable fait défaut.

175. - Enfin, la Commission, qui s'est toujours voulue pragmatique, a soutenu la théorie du développement implicite des compétences pour justifier l'adoption prématurée de modifications. Les engagements de phase I sont, selon ce principe, la simple extension d'un outil de la procédure du règlement.

176. - Ces arguments destinés à justifier la liberté prise avec la procédure sont apparus insuffisants parce que sans valeur légale, surtout au regard de la fréquence d'utilisation des modifications dans le traitement des concentrations. Ainsi, c'est vraisemblablement pour éviter une condamnation par la Cour de justice, fort probable en cas de recours, mais aussi peut-être pour imposer son pouvoir que la Commission a défendu un amendement du règlement intégrant sa pratique extensive.

177. - **Légalisation de la pratique de la Commission.** - Une adaptation du contrôle des concentrations a été opérée par le règlement n° 1310/97 du 30 juin 1997. Celui-ci a consacré la pratique de la Commission en matière d'engagements. Dès lors, la révision offre une assise juridique à la réalisation des engagements, en prévoyant la possibilité de leur adjoindre des conditions et obligations éventuellement soumises à sanctions en cas de non-respect, comme cela était le cas pour l'article 8, § 2.

178. - Cependant, l'analyse de l'efficacité des engagements risque toujours d'être insuffisante étant donné la courte durée d'examen de vingt-cinq jours (l'analyse en phase I repose sur une approche qui ne nécessite pas une information ou des études complètes). La Commission peut donc étendre la phase I à trente-cinq jours lorsque l'évaluation des modifications proposées le réclame. Une autre réserve vis-à-vis des engagements de première phase persiste. La pertinence d'un contrôle des concentrations *ex ante*, fondé sur les risques d'atteinte à la concurrence, est elle-même discutable. Mais l'intervention de la Commission sur la base de "doutes sérieux quant à la compatibilité avec le marché commun" puisque c'est la question posée lors de la phase I, est encore plus sujette à critiques (enfin, il convient de préciser que le législateur communautaire en 1997 n'a pas tiré toutes les conséquences de la légalisation des engagements en phase I. Le texte de l'article 14 sur les amendes n'a pas été modifié en conséquence. En l'absence d'un texte prévoyant cette possibilité, le principe de légalité n'est pas respecté et il paraît impossible d'infliger une amende).

179. - Cette pratique légitimée après coup a renforcé les pouvoirs de la Commission. Même si cette méthode comporte parfois des avantages pour les firmes (obtenir une autorisation même aménagée), elle confère à la Direction générale de la concurrence la possibilité d'intervenir directement dans les projets de concentration en phases I et II. Cette faculté engendre une négociation dont l'objectif est de trouver un compromis entre la nécessité pour les parties de préserver les synergies escomptées de l'opération et le devoir pour la Commission de maintenir une situation de saine concurrence. Ceci permet à la Commission d'imposer des charges et conditions substantielles aux entreprises, lorsque les transactions examinées soulèvent des difficultés concurrentielles qui sont surmontables et ne justifient pas une interdiction de l'opération notifiée. Cette situation favorable à la Commission est renforcée par la diversification et la sophistication des engagements.

## 2) Diversification et la sophistication des engagements imposés par la Commission

180. - Les types d'engagements acceptés par la Commission sont de plus en plus variés et traduisent une maturité du contrôle des concentrations. Cette tendance pourrait conduire à s'interroger sur l'utilité d'une typologie des engagements. En définitive, c'est la distinction classique qui consiste à opposer les engagements dits "comportementaux" aux engagements dits "structurels" (sur cette distinction, V. notamment *O. Guersent, Le rôle des engagements dans les décisions des autorités de concurrence : Rev. conc. consom. 1998, n° 106, p. 13*) qui malgré ses limites, s'avère la plus opérationnelle. Elle permet de distinguer les engagements qui visent à imposer un comportement, des engagements de cession. Toutefois, elle ne rend que partiellement compte de la réalité dans la mesure où les engagements sont de plus en plus sophistiqués et combinés entre eux.

La philosophie du règlement impose des modifications structurelles sans expressément interdire des

modifications comportementales (V. Bertheau, *Les engagements dans l'application du contrôle communautaire des concentrations* : RID éco. 2000, p. 458). Le texte restant évasif, une marge de manœuvre est laissée à la Commission pour choisir les engagements qu'elle jugera les plus acceptables.

Ainsi, il peut être constaté l'admission modérée des engagements comportementaux ou mixtes au profit d'une prépondérance des engagements structurels.

181. - **Admission modérée d'engagements comportementaux ou mixtes.** - La Commission accepte parfois des engagements comportementaux en première phase comme en seconde (cette affirmation relativise encore une fois le cloisonnement traditionnel entre contrôle des structures et des comportements. Cependant, il convient de préciser qu'il a fallu attendre l'arrêt *Gencor-Lonhro / Commission, TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102/96* : Rec. CJCE 1999, II, p. 753, spécialement pt n° 316, pour que l'affaire soit traitée. À l'occasion d'un recours en annulation contre une décision d'interdiction, la Commission soutenait qu'elle ne pouvait accepter des engagements comportementaux dans la mesure où le règlement ne vise qu'un contrôle des structures et non un contrôle des comportements. La réponse du tribunal a été claire : peu importe la nature de l'engagement. L'essentiel est qu'il réponde au problème de concurrence posé et, notamment, qu'il soit de nature à éliminer le risque de création ou de renforcement d'une position dominante. Le débat est donc désormais clos). Il n'en reste pas moins que l'acceptation d'un engagement "comportemental" comporte des risques puisque son exécution ne dépend souvent que de la bonne volonté des parties (en effet, la Commission ne dispose pas de moyens suffisants pour contrôler efficacement les engagements comportementaux. Il appartient donc aux tiers de se plaindre de dysfonctionnements éventuels. Cependant, sur le plan pratique, encore faut-il que le marché se plaigne. Devant cette incertitude dans l'efficacité du contrôle, la Commission semble introduire une nouvelle technique depuis quelques années. Celle-ci commence à prévoir des *trustees* pour surveiller l'exécution d'engagements purement comportementaux, V. L. *Idot et C. Momège, Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique* : Rev. Lamy dr. aff. 2001, suppl. n° 37, p. 18) et n'a pas le caractère irréversible des modifications de structure.

182. - Certes, la Commission peut révoquer sa décision de compatibilité (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004, art. 8, § 6* : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 11) si les entreprises destinataires ne respectent pas l'une des charges imposées. Cependant, il est évident que cette mesure n'est pas pragmatique et demeurera exceptionnelle. Concernant la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires (*Comm. CE, règl. n° 139/2004, préc., art. 14, § 2, d* : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 15), celle-ci demeure exclue dans cette hypothèse en vertu du principe de légalité (*O. d'Ormesson et S. Kerjean, Le développement de la pratique des engagements dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations* : RTDE 1998, p. 479 à 514, spécialement p. 485. - S. Mail-Fouilleul, *Les sanctions pécuniaires en droit communautaire des concentrations* : LPA 3 août 2001, n° 154, p. 4 à 14, spécialement p. 8).

183. - Il est ainsi compréhensible que la Commission se soit montrée sévère à l'égard d'engagements de nature purement comportementale. Ceux-ci demeurent donc exceptionnels (par exemple, *Comm. CEE, 3 déc. 1998, aff. n° IV/M. 1327, NC/Canal +/CDPQ/Bank America*).

184. - Les engagements comportementaux acceptés par la Commission peuvent comporter la suppression de clauses d'exclusivité, susceptibles d'entraîner des effets quasi-structurels sur le marché en cause. Ceux-ci peuvent aussi se composer de l'engagement de ne pas commercialiser ses produits par une organisation commune de ventes.

185. - Enfin, ils peuvent reposer sur le recours à une instance d'arbitrage (*L. Idot, Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle des concentrations* : Rev. arb. 2000, p. 591). La Commission a accepté qu'une instance d'arbitrage soit créée par les parties. Ces dernières s'engagent notamment à soumettre à cette instance tout différend relatif à une possible discrimination commerciale. Cet engagement va au-delà d'une simple obligation de nature comportementale puisque les parties s'engagent, *a priori*, à abdiquer au profit de l'arbitre qui jugera en dernier ressort, de leur pouvoir normal de décision dans le traitement de telles plaintes. Les pouvoirs étendus et la compétence de l'arbitre de même que la rapidité de la procédure, confèrent à la clause un effet dissuasif supérieur au simple recours judiciaire normalement accessible. L'objectif de la Commission est clair. Elle souhaite que les tiers puissent faire rapidement trancher tout contentieux relatif à l'exécution de l'engagement sans attendre une décision d'une juridiction étatique. Cette hypothèse présente un autre avantage pour la Commission. Cette dernière se décharge sur l'instance d'arbitrage de la charge de contrôler la bonne application de l'engagement.

186. - Toutefois, si l'intention est louable, la Commission semble avoir confondu l'arbitrage juridictionnel et un

mode rapide de règlement des litiges, dans lequel un tiers pourrait avoir un pouvoir de décision et imposer une solution aux parties. En effet, si l'arbitrage des litiges en droit de la concurrence ne semble plus discuté, même dans des pays comme la France qui utilisent encore un critère fondé sur l'ordre public (*C. civ., art. 2060.* - V. pour une étude exhaustive, *J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public : LGDJ, 1999*), cela n'élimine pas pour autant toutes les difficultés. En particulier, il n'est nullement certain que le recours à l'arbitrage soit approprié dans ce type de litiges. Prévoir, par exemple, le recours à un arbitrage sous l'égide de la Chambre de commerce internationale pour résoudre ces contentieux a peu de sens, lorsque l'on connaît le fonctionnement pratique de ce type d'arbitrage qui tend à se juridictionnaliser. Cette situation est révélatrice d'un manque de réflexion sur le sujet. À quelques exceptions près, ces clauses sont mal rédigées et inutilement détaillées. Elles sont conçues dans l'optique d'un arbitrage juridictionnel classique alors que cette qualification ne peut pas toujours être envisagée (*L. Idot, Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle des concentrations, cité supra n° 185, p. 603*). La distinction entre les engagements que peuvent prendre les parties notifiantes de proposer le recours à l'arbitrage à leurs futurs partenaires contractuels et le recours à une technique rapide pour prévenir les situations de discrimination n'est pas suffisamment opérée. Dans ce dernier cas, la Commission crée une nouvelle catégorie juridique : le mode de règlement des conflits sur la légitimité duquel il est possible d'avoir des doutes (cet exemple confirme que le droit de la concurrence est envahissant et bouleverse les catégories habituelles).

187. - Au-delà des questions d'opportunité quant au choix de la méthode de règlement du litige, ces engagements soulèvent de réels problèmes juridiques. Comment, en particulier, imposer un arbitrage alors qu'il n'y a souvent pas de contrat et que le tiers n'est aucunement lié par l'engagement pris par la partie absorbante envers la Commission ? La Commission oublie qu'une clause compromissoire suppose un contrat et un accord sur le choix de ce mode de résolution du conflit entre les deux parties. Ces engagements sont purement et simplement inopposables aux tiers qui ont toute latitude pour saisir les juridictions de droit commun. Il s'agit tout au plus d'offres de conventions d'arbitrage que l'entreprise absorbante s'engage à proposer à d'éventuels partenaires commerciaux. Ainsi, la Commission devrait revoir systématiquement la rédaction de ces engagements pour tenir compte du fait que seules les parties notifiantes s'engagent et qu'elles ne peuvent faire que des propositions qui ne sauraient créer des obligations à la charge des tiers.

188. - L'exemple de l'arbitrage est donc révélateur d'une tendance. Plus les engagements sont compliqués et sophistiqués, plus la Commission a l'impression d'exercer son contrôle et d'être en mesure d'éliminer les problèmes de concurrence. Pourtant, il n'est nullement prouvé qu'une précision excessive favorise cet objectif. L'observateur extérieur a le sentiment que la Commission a besoin d'être rassurée. Si la clause apparaît très précise, fût-elle rédigée de manière pathologique, elle sera acceptée, car la Direction générale de la concurrence aura eu l'impression d'exercer un contrôle préalable. En revanche, si les parties ne sont pas à même de définir une procédure dans les délais du règlement, la Commission se réserve le droit d'approuver la procédure arbitrale qui sera ultérieurement proposée. Cela va très loin car dans l'hypothèse où cette procédure ne recevrait pas l'agrément de la Commission, c'est elle qui déterminerait le processus arbitral. Cette conception de l'arbitrage est pour le moins curieuse. Ce n'est plus un arbitrage juridictionnel consenti par les parties. Nous sommes en présence d'une nouvelle forme d'arbitrage forcé, imposé par une autorité administrative qui n'en a pas les pouvoirs.

189. - Le recours à l'arbitrage est aussi significatif du développement des engagements comportementaux. Cependant, comme nous l'avons déjà précisé, le seul engagement comportemental est souvent considéré comme insuffisant. Sur le plan théorique, une nouvelle catégorie a ainsi été créée : les engagements comportementaux à effet structurel. En d'autres termes, la Commission n'accepte ce type d'engagements que parce qu'ils sont susceptibles d'avoir un impact sur la structure du marché. Enfin, sont apparus des engagements "mixtes" ou encore des faisceaux d'engagements. Il s'agit d'une combinaison d'engagements comportementaux et structurels. Ces engagements sont complexes et combinent cessions, obligations de donner accès (les obligations de "donner" sont précisément à la limite du structurel et du comportemental), de ne pas discriminer, obligations de faire (il s'agit par exemple d'une obligation de prolonger la durée des contrats ou encore d'une obligation d'allonger la durée de préavis) ou de ne pas faire, renonciation à des contrats.

Ces engagements mixtes ne font que refléter la préférence incontestable de la Commission pour les engagements structurels. Celle-ci est donc conduite moins à protéger la concurrence qu'à la façonner selon la vision structuraliste qu'elle en a.

190. - **Prépondérance des engagements structurels.** - En réalité, il convient de préciser que même si la Commission accepte des modifications de plus en plus diversifiées et sophistiquées, elle maintient une position inspirée par une vision structuraliste de la concurrence.

191. - Les problèmes de concurrence identifiés comme sérieux sont la plupart liés aux changements structurels induits par la concentration et ne peuvent être réglés *a priori* que par des remèdes eux-mêmes à caractère structurel. Cette prescription est encore plus forte lorsqu'elle s'applique à des modifications de première phase, où l'analyse est contrainte par le temps. En effet, les remèdes structurels sont clairs dans leur définition, leur application et leurs effets.

192. - Traditionnellement, la cession d'actifs constitue le remède structurel classique. Bien que cette solution paraisse radicale, elle semble constituer aux yeux de la Commission la mesure la plus efficace pour préserver une structure de marché concurrentielle. Dans l'affaire *BNP Paribas / Fortis* intervenue en 2008, la Commission a autorisé le rachat des actifs belges et luxembourgeois de Fortis par BNP Paribas moyennant un engagement de cession de sa filiale belge PFB présente dans le secteur des cartes de crédit. Cet engagement a permis de résoudre les problèmes de concurrence portant sur l'émission de cartes de crédit et au Luxembourg où la nouvelle entité devenait l'acteur le plus important du marché (*Comm. CEE, déc. M.5384, 3 déc. 2008, BNP Paribas/Fortis*).

193. - Dans l'affaire *Bank Austria / Creditanstalt* (*Comm. CEE, déc. M.873, 11 mars 1997, Bank Austria / Creditanstalt : JOCE n° C 160, 27 mai 1997*), la Commission a sollicité des engagements des parties à la concentration. En effet, celle-ci a considéré qu'il existait sur les marchés des services bancaires aux particuliers, des services aux entreprises et de la banque d'investissement des risques de création ou de renforcement de position dominante (*pt 47, services aux particuliers, et pt 53, services aux entreprises*. Compte tenu des participations détenues respectivement par Bank Austria et Creditanstalt dans deux banques spécialisées, OeKB et Österreichische Investitionskredit AG, la Commission avait également relevé des difficultés concurrentielles sur le segment de l'assurance crédit et du financement à l'exportation ainsi que sur celui de l'octroi de crédits de soutien à l'activité industrielle, *pts 54 à 61*), compte tenu notamment de l'absence de forte alternative à la nouvelle entité, tant au niveau national qu'au niveau étranger (*Comm. CEE, déc. Bank Austria / Creditanstalt, préc., pt 53*).

Cette affaire a donc suscité des difficultés concurrentielles qui ont donné lieu à des engagements de la part des parties à la concentration. Bank Austria et plus précisément son actionnaire principal AVZ, s'est engagé à vendre la banque GiroCredit. Ce dernier a aussi accepté de réduire sa participation, détenue conjointement avec Creditanstalt, dans deux banques autrichiennes, investies de missions d'intérêt général et spécialisées dans l'assurance-crédit à l'exportation et les prêts bonifiés (*Comm. CEE, déc. Bank Austria / Creditanstalt, préc., pts 64 à 67*).

194. - Pour en assurer toute l'efficacité, des conditions ont été attachées à la cession concernant le choix de l'acquéreur, les actifs visés et le mode de déroulement de celle-ci.

En effet, le choix de l'acquéreur des actifs cédés ne doit pas être laissé à la discrétion des cédants. Il doit être approuvé par la Commission qui impose le respect d'un certain nombre de critères. Le but de la cession étant de maintenir un degré de concurrence suffisant sur le marché en cause, il s'agit de s'assurer que l'acquéreur sera susceptible de concurrencer la nouvelle entité. L'acquéreur doit donc être un concurrent actuel ou potentiel, totalement indépendant du cédant. En outre, il doit posséder les ressources financières nécessaires pour maintenir et développer les actifs cédés dans une approche concurrentielle. Il s'agit de s'assurer que le désinvestissement en question ne produise pas d'effets anticoncurrentiels plus néfastes que la concentration notifiée elle-même et que l'acheteur potentiel soit réellement indépendant de la partie notifiante. La Commission exerce donc un contrôle attentif de la pertinence du choix de l'acquéreur des actifs ayant fait l'objet d'un engagement de désinvestissement (le Tribunal de première instance des Communautés européennes laisse une grande marge de manœuvre à la Commission européenne concernant les critères qu'elle applique lorsqu'elle agréé les candidats à la reprise d'actifs cédés dans le cadre d'une autorisation avec engagement. V. *TPICE, 3 avr. 2003, aff. T-342/00, Sté Petrolessence SA et SG2R / Commission*, cet arrêt ne concerne pas le secteur bancaire. Néanmoins, il est fondamental puisque la position du tribunal serait sans aucun doute la même dans le cadre d'une concentration entre établissements de crédit).

195. - Pour contrôler la réalisation de cette cession, la Commission a eu recours à un mandataire indépendant. Ce dernier a opéré un premier contrôle du respect des critères fixés par la Commission, puis il a communiqué à la Commission l'identité et les qualités des acheteurs potentiels. La Commission a pris contact avec les acquéreurs proposés pour évaluer leur intention et a finalement considéré que les critères qu'elle avait fixés étaient respectés.

196. - Sur la base de ces engagements, la Commission a donc constaté que, pour les activités de services aux particuliers, la cession de GiroCredit permettrait d'abaisser la part de marché des parties notifiantes en dessous de 20 % dans le domaine du crédit. Pour les opérations de dépôt, la part de marché des parties à la concentration diminuerait à environ 25 %. De même, compte tenu notamment d'un certain "effet de déperdition", la concentration envisagée ne conduirait plus à des parts de marché préoccupantes sur les différents segments concernés des services aux entreprises (*Comm. CEE, déc. Bank Austria / Creditanstalt, citée supra n° 193, pt 67, activité de dépôt : environ 20-30 %, crédit à long terme : inférieur à 15-20 % et dokument : 20-30 %*).

197. - En outre, la Commission a également autorisé sous conditions le rachat de Postgirot Bank par Nordea. Pour satisfaire aux exigences de la Commission, le groupe de services financiers scandinave a cédé une fraction importante de sa participation au capital de Bankgirot, système de paiement bancaire suédois détenu par Postgirot (*Comm. CEE, 8 nov. 2001, aff. COMP/M. 2567, Nordbanken / Postgirot : JOCE n° C 347, 8 déc. 2001. - Bruxelles autorise l'acquisition de Postgirot Bank par Nordea : Les Échos, 7 nov. 2001*).

198. - Pour conclure, nous pouvons affirmer que ceux-ci ont pour effet d'affaiblir la position de marché en la rendant plus aisément contestable. Ainsi, alors que le texte n'admet aucune exemption à une concentration anticoncurrentielle, les engagements sont le moyen de relativiser cette prescription. Ils permettent à un certain pouvoir de marché d'émerger sans pour autant être dangereux pour le bien-être des consommateurs (il semble paradoxal de faire référence au consommateur alors que celui-ci semble être relégué au second plan en droit de la concurrence. Pourtant, nous pensons qu'il faut prendre conscience que les autorités communautaires ont la volonté de se préoccuper du consommateur dans l'application du droit de la concurrence. En outre, le droit de la concurrence profite indiscutablement au consommateur. V. *La politique de la concurrence, une politique de protection du consommateur, Seconde Journée européenne de la concurrence : Rev. conc. consom. 2001, n° 119, p. 8 à 12. - Lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations dans les produits de grande consommation : le bénéfice pour le consommateur, Seconde Journée européenne de la concurrence : Rev. conc. consom. 2001, n° 119, p. 23 à 30*).

Nous avons donc démontré que les originalités du secteur bancaire ne rendent pas globalement inappropriés les critères de contrôle, retenus dans les autres secteurs d'activité. Une démonstration identique va être réalisée en droit national.

## II. - Droit interne de la concurrence

199. - En France, l'applicabilité du droit de la concurrence aux banques n'a commencé à se poser qu'avec l'activité croissante de la Commission de la concurrence, à la fin des années 1970.

200. - La loi bancaire du 24 janvier 1984 est venue exclure très largement les établissements de crédit du droit de la concurrence français. Effectivement, son article 89 disposait que " *l'ordonnance du 30 juin 1945 s'applique aux établissements de crédit pour leurs seules activités extra-bancaires* ".

201. - Cette exception a aussitôt posé problème, lorsque le Conseil national du commerce a voulu saisir la Commission de la concurrence d'une entente entre banques. Le Conseil d'État (*CE, avis 23 avr. 1985. - J.-Cl. Banque Crédit Bourse, Fasc. 100*) dut admettre l'incompétence de la Commission de la concurrence. Il le fit en des termes suffisamment précis pour exclure le contrôle des concentrations et la sanction des ententes. " *L'intervention de l'article 89 de la loi susvisée du 24 janvier 1984 (...) exclut ce domaine [nous soulignons qu'il s'agit du domaine bancaire] explicitement du champ d'application de l'ordonnance de 1945 et implicitement mais nécessairement de celui de la loi de 1977 [L. n° 77-806, 19 juill. 1977 : JO 20 juill. 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante], qui, dans ses titres II [il convient de préciser que le titre II de cette loi régissait le contrôle des concentrations] et III, se réfère à cette ordonnance ou la modifie* ".

202. - Un retour partiel des banques dans le droit commun de la concurrence fut effectué avec la loi du 11 juillet 1985. En effet, l'article 5 de cette loi modifia l'article 89 de la loi bancaire, en soumettant expressément les banques à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Cependant, cette disposition ne visait pas le contrôle des concentrations.

203. - L'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence maintint ce retour partiel au droit de la concurrence. Lorsque cette dernière vint abolir et remplacer l'ordonnance de 1945, l'article 89 de la loi bancaire y fut remplacé, tel que modifié par la loi du 11 juillet 1985, à l'article 60, III de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

204. - Concernant le système bancaire, l'ancien ministre de l'Économie et des Finances, Monsieur Strauss-Kahn, s'était prononcé en faveur du renforcement de la concentration du secteur (*D. Strauss-Kahn, Discours à la Convention du Crédit agricole, 19 mai 1999*) afin de protéger la place des banques françaises dans le monde et surtout dans la zone euro (*S. Fay, L'Europe des concentrations bancaires : Le Monde, 17 févr. 1999, p. 1*). Ceci posa donc avec acuité, la question du contrôle. Celui-ci devait-il être original en droit interne de la concurrence ?

205. - La réponse n'était pas évidente. En effet, l'article 60, III de l'ordonnance du 1er décembre 1986 repris par l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier se contentait d'énoncer que celle-ci s'appliquait aux établissements de crédit pour la sanction des comportements anticoncurrentiels. Ainsi, faute de précision textuelle, deux interprétations pouvaient être retenues. En effet, l'ordonnance s'appliquait aux établissements de crédit pour les pratiques anticoncurrentielles c'est-à-dire les ententes, les abus de position dominante et de dépendance économique. *A contrario*, cela signifiait que les autres dispositions de l'ordonnance ne s'appliquaient pas à ces établissements. Cependant, même si le texte de l'ordonnance ne précisait pas expressément que les règles concernant les concentrations s'appliquaient aux établissements de crédit, elles n'étaient pas pour autant automatiquement inapplicables.

206. - Par conséquent, il exista une controverse sur l'applicabilité des règles de droit commun aux concentrations bancaires (A). Le législateur considéra finalement que les règles de droit commun de la concurrence devaient s'appliquer aux concentrations bancaires. Nous allons donc envisager comment ce contrôle doit être mis en œuvre (B).

A. - Controverse sur l'applicabilité des règles de droit commun de la concurrence aux concentrations bancaires

207. - Dans une étude de 1992 (*Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations : DGCCRF, 1992, p. 12*), la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes avait considéré l'applicabilité de l'ordonnance comme "vraisemblablement théorique", compte tenu du degré de concentration du secteur et du probable franchissement des seuils communautaires des opérations en cause. Pourtant, quelques années plus tard, les offres publiques lancées sur Paribas et la Société Générale, ainsi que les concentrations Axa Banque / Banque Directe, Banques Populaires / Crédit coopératif et Crédit agricole / Crédit Lyonnais conduisirent à s'interroger sur l'applicabilité du droit national des concentrations (compte tenu de la "règle des deux tiers" prévue par le règlement communautaire, *V. infra*. - Le règlement CEE n° 4064/89 prévoit que dans l'hypothèse où les entreprises parties à l'opération réalisent les deux tiers de leur chiffre d'affaires dans un seul État membre, la concentration est alors contrôlée au niveau national. Les transactions entre la BNP, la Société Générale et Paribas, de même que l'offre publique du Crédit agricole sur le Crédit Lyonnais, dans la mesure où elles ne relevaient pas de la compétence du contrôle de la Commission européenne, auraient pu être théoriquement contrôlées en France. Concernant l'opération Axa Banque / Banque Directe, celle-ci a été notifiée et autorisée en France, *V. Lettre min. Éco. Fin. et Indus. au conseil sté Axa Banque, 16 juill. 2002 : BOCC 21 oct. 2002, n° 15*. - Dans la décision Banques Populaires / Crédit coopératif, le ministre a même effectué un contrôle complet de l'opération en se fondant sur l'article 22, § 3, du règlement n° 4064/89. Il convient de rappeler que cette disposition permet à un État membre de demander à la Commission européenne d'examiner de manière approfondie une opération sans dimension communautaire menaçant de créer ou de renforcer une position dominante. Mais pour que l'État membre puisse formuler une telle demande, il est nécessaire qu'il se soit assuré que l'opération en cause est bien susceptible de créer ou de renforcer une position dominante sur le territoire français ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative sur celui-ci, et de nature à affecter le commerce entre États membres. C'est cette phase préalable du contrôle que le ministre a effectué. Il n'en reste pas moins que par des voies détournées, il a opéré un contrôle plein d'une concentration bancaire, *V. Lettre min. Éco. Fin. et Indus. au conseils de la Banque fédérale des Banques populaires, 18 déc. 2002*, relative à une concentration dans le secteur des services bancaires. - Cette pratique du ministre, à certains égards déroutante, a en fait été rendue possible par le comportement de certains opérateurs qui, face au flou juridique concernant l'application du droit de la concurrence aux concentrations bancaires, avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurité financière, s'étaient résolus à notifier l'intégralité de leur opération au ministre. Ainsi, dans l'affaire Crédit agricole / Crédit Lyonnais, les opérateurs économiques ont notifié l'opération de concentration à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. En effet, la loi relative aux nouvelles régulations économiques ayant rendu la notification des concentrations obligatoire sous peine de sanction, les parties n'ont pas voulu prendre le risque d'être condamnées pour défaut de notification, information révélée le 17 janvier 2003 à l'auteur par K. Berger, membre du Bureau des concentrations et des aides à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

208. - Le gouvernement français n'apporta pas de solution à ce problème dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques, alors qu'il aurait pu se prononcer en faveur de l'applicabilité du droit commun des concentrations au secteur bancaire, ou suggérer des solutions alternatives.

209. - Il convient de préciser que le projet de décret d'application du volet "contrôle des concentrations" de la loi relative aux nouvelles régulations économiques mentionnait à deux reprises les établissements de crédit. Par exemple, selon l'une des dispositions, une concentration n'était pas réalisée lorsque les établissements de crédit ou financiers détenaient à titre temporaire des participations d'une entreprise en vue de les revendre dans un délai d'un an. Ceci permettait de considérer qu'ils seraient désormais soumis au régime de droit commun du contrôle des concentrations. Le Comité juridique de la Fédération bancaire française adressa ainsi une lettre au directeur du Trésor, afin d'obtenir la modification du projet de décret (*Comité juridique Fédération bancaire française, Compte rendu, 27 juin 2001 : www.extranet.fbf.fr*). Ce compte rendu est accessible aux seuls membres de la profession bancaire au moyen d'un code d'accès. Ceci est révélateur du *lobbying* secret auquel se livre la profession bancaire). À la suite de cette intervention, le décret d'application de la loi relative aux nouvelles régulations économiques fut finalement publié sans donner aucune indication sur les concentrations bancaires (*D. n° 2002-689, 30 avr. 2002 : JO 3 mai 2002, p. 8055*, fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence).

210. - Le Conseil d'État n'apporta pas non plus de réponse. Il considéra que " les opérations de concentration portant sur des activités bancaires ne sont pas soumises à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'Économie ". Il affirma ensuite que l'habilitation " donnée par le législateur au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement pour 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 " (*CE, 16 mai 2003, rendu sur le rapport de la 9e sous-sect. de la section du contentieux n° 255482, Fédération des employés et cadres CGT-FO et a. - M.-A. Frison-Roche, La lumière crue jetée sur les failles de l'interrégulation : Les Échos, 23 et 24 mai 2003, p. 46. - D. 2003, p. 1433. - JCP E 2003, p. 926. - Dict. perm. Droit des affaires 2003, bull. n° 595, V° Actualisation, p. 7255. - C. Vilmart, Le mariage des banques sans contrôle ou comment l'application d'une règle de droit flou conduit au vide juridique : JCP E 2003, act. p. 1017. - G. Parléani, L'affaire Crédit agricole - Crédit Lyonnais : vers la fin de l'"exception bancaire" française : RD bancaire et fin. 2003, p. 242. - L. Vogel et J. Vogel, Quel est l'organe compétent pour apprécier les concentrations interbancaires en France ? : JCP E 2003, 1069. - G. Damy, Concentrations bancaires : la compétence controversée des autorités : D. 2003, p. 1828. - JCP G 2003, II, 10126, obs. C. Touboul. - Contrats, conc. consom. 2003, comm. 125, p. 23, comm. M. Malaurie-Vignal. - M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence : Armand Colin, 2e éd., 2003, n° 489 à 491, p. 232. - J.-M. Cot et J.-P. de La Laurencie, Le contrôle français des concentrations : LGDJ, 2e éd., 2003, n° 25-4, p. 31. - T. Bonneau, Chronique de droit bancaire : Banque et Droit 2003, n° 91, p. 72. - I. Krimmer, Brèves remarques sur une réforme inévitable : la soumission des concentrations bancaires au droit commun : LPA 7 nov. 2003, p. 3*). Enfin, il affirma qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur concernant la détermination des règles applicables aux concentrations bancaires (*Communiqué CE, 16 mai 2003. - A. Lienhard, Le CECEI n'est pas compétent pour contrôler les concentrations dans le secteur bancaire : AJDA 2003, p. 1022. - Lamy Droit économique 2003, n° 850*).

211. - Par conséquent, le législateur a été contraint de combler le vide juridique mis à jour par le Conseil d'État. Celui-ci est intervenu dans le cadre de la loi de sécurité financière (*L. sécurité financière n° 2003-706, 1er août 2003 : JO 2 août 2003, p. 13220 ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 139, obs. M. Malaurie-Vignal*).

212. - Incontestablement, la doctrine fut divisée pendant une vingtaine d'années. Il convient donc de rappeler les arguments qui furent invoqués contre l'application du droit commun de la concurrence aux concentrations bancaires (1°) ainsi que les arguments favorables à cette application (2°).

1° Arguments contre l'application du droit commun de la concurrence aux concentrations bancaires

213. - Une analyse fondée sur la carence des textes fut effectuée dans l'objectif de démontrer que le droit commun de la concurrence n'était pas applicable (a). Ensuite, des solutions alternatives furent proposées afin de résoudre la difficulté juridique née de cette opposition (b).

a) Analyse fondée sur la carence des textes

214. - Certains auteurs s'accordèrent pour considérer l'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986 comme "juridiquement très contestable" (*L. Cohen-Tanugi, D. Encaoua, A. Winckler, M. Siragusa et F. Brunet*,

*La pratique communautaire du contrôle des concentrations - Analyses juridique, économique et comparative - Europe, États-unis, Japon : De Boeck, 1996, p. 222*). Ils en conclurent que les dispositions sur le contrôle des concentrations ne s'appliquaient pas aux banques (V. *supra* n° 3. - V. l'audition de F. Jenny dans le cadre du témoignage du Conseil de la concurrence sur les contrôles des concentrations et des positions dominantes, A. Fabre-Pujol et D. Paul, *Face aux grands groupes : quelle politique pour l'emploi et les territoires ?*, t. II, *Rapp. Commission d'enquête n° 1667 : Les documents d'information, Assemblée nationale, 1999, p. 423*. - J. de Noblet, L. Givry et S. Sanglé-Ferrière, *Publication du décret "Concurrence" de la loi NRE : Rev. Lamy dr. aff. 2002, n° 50, spécialement p. 13*. - J.-M. Cot et J.-P. de La Laurencie, *Le contrôle français des concentrations, cité supra* n° 210, n° 25, p. 25). En effet, ceux-ci affirmèrent que même si la loi bancaire avait édicté des règles spéciales dans un but essentiellement prudentiel, le principe selon lequel les règles spéciales dérogent à des règles générales devait néanmoins s'appliquer. D'ailleurs, les dispositions de l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier visaient très clairement les règles générales de la concurrence, et la régulation de la concurrence était une préoccupation qui apparaissait même ailleurs dans la loi bancaire (C. *monét. fin.*, art. L. 511-3, L. 24 janv. 1984, ancien art. 7 ; C. *monét. fin.*, art. L. 511-7, L. 24 janv. 1984, ancien art. 55).

215. - En outre, si le premier paragraphe de l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier disposait que le livre IV du Code de commerce s'appliquait aux établissements de crédit pour leurs activités définies à l'article L. 511-3 (L. 24 janv. 1984, ancien art. 7 ; cet article dispose que " *les établissements de crédit ne peuvent exercer à titre habituel une activité autre que celles visées aux articles L. 311-1, L. 311-2 et L. 511-2 que dans des conditions définies par le Comité de la réglementation bancaire et financière. Ces opérations devront en tout état de cause, demeurer d'une importance limitée par rapport à l'ensemble des activités habituelles de l'établissement et ne pas empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré* "), le second paragraphe précisait uniquement que les articles L. 420-1 à L. 420-4 du Code de commerce (ces articles sont relatifs aux ententes et abus de domination) étaient applicables aux banques. Ainsi, cet article se contentait d'affirmer que l'ordonnance s'appliquait aux établissements de crédit pour la sanction des comportements anticoncurrentiels. *A contrario*, cela signifiait que les autres dispositions de l'ordonnance ne s'appliquaient pas aux établissements de crédit. Sur cette base juridique, les dispositions sur les concentrations pouvaient donc être considérées comme inapplicables (le ministre de l'Économie et des Finances, Francis Mer, prit même position en faveur de cette interprétation textuelle, V. *Rép. min. aux questions n° 9869 de Monsieur J. Dray, groupe socialiste, et n° 10037 de Monsieur J. Glavany, groupe socialiste : JO 17 mars 2003, p. 2026*. - V. également, concernant cette réponse D. 2003, p. 1148 ; V. Le Billon, *Concentration bancaire : Francis Mer défend la compétence du CECEI sur la concurrence : Les Échos, 9 avr. 2003, p. 21*).

216. - Cet article suscita donc, en raison de son silence, une difficulté. Son "ambiguïté" fut soulignée, par exemple, lors de l'offre publique d'échange de la BNP sur la Société Générale et Paribas (M.-A. Frison-Roche, *Les concentrations bancaires sous surveillance ; le contrôle exercé par le ministère des finances est ambigu : Le Monde, 30 mars 1999, p. 19*). En effet, aucune procédure nationale de contrôle concurrentiel des concentrations ne fut déclenchée (il convient de préciser que les parties n'effectuèrent pas de notification de l'opération de concentration par mesure de sécurité. Elles pensèrent certainement qu'il était inutile d'interpréter trop extensivement les textes). Ceci conforta l'hypothèse selon laquelle le contrôle concurrentiel des concentrations était inapplicable aux banques.

Ce problème amena la doctrine à effectuer des propositions alternatives à l'application du droit commun de la concurrence aux banques.

#### b) Propositions alternatives à l'application du droit commun de la concurrence

217. - Certains auteurs proposèrent, conformément à l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier, d'opérer une distinction. Si la concentration concernait les opérations de banque et les opérations connexes, les dispositions de l'ordonnance de 1986 ne s'appliquaient pas (C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit du crédit, t. 1, Les institutions : Litec, 1990, n° 525, p. 355*. - C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché : PUF, coll. Thémis Droit Privé, 2002, p. 752*) ; elles s'appliquaient en revanche si la concentration intéressait les activités non bancaires.

218. - Face à ce vide juridique, des réflexions furent menées, notamment au sein du CECEI, concernant la question de la régulation des opérations de concentration dans le secteur bancaire en France. Plusieurs voies furent explorées.

219. - Les banques étant soumises à des contrôles approfondis, notamment prudentiels, il pouvait être considéré qu'ils permettaient d'évaluer les concentrations. Le législateur pouvait ainsi prévoir que l'impératif de solvabilité

l'emportait sur celui du maintien de la concurrence. En outre, les textes, en la matière, ne faisant référence qu'au contrôle du CECEI, il était possible de considérer que cette autorité était seule compétente en matière de concentration bancaire. Or, toujours dans le cadre d'une interprétation restrictive des dispositions du droit bancaire, il fallait en conclure que le CECEI n'avait pas de compétence pour contrôler les atteintes à la concurrence. Celui-ci ne pouvait donc qu'exercer un contrôle prudentiel.

220. - Une autre réflexion fut donc entreprise en vue d'examiner les responsabilités qui pouvaient être attribuées, dans le domaine concurrentiel, aux différentes institutions concernées.

221. - Le CECEI aurait pu effectuer le contrôle de droit de la concurrence.

222. - Pour assurer la protection du système bancaire et financier, celui-ci effectuait déjà une analyse en termes concurrentiels. Il vérifiait l'absence d'effet de concentration trop marqué sur le marché en cause et examinait donc les parts de marché des établissements concernés par l'opération de concentration. Cette analyse était précise et les succursales de la Banque de France donnaient la répartition par département des dépôts et des crédits par établissement. Cette étude des parts de marché fut effectuée dans certaines concentrations, notamment l'opération CIC / Crédit mutuel (*Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), Rapp. annuel 1998, p. 19, 20 et 262*). Cette analyse des parts de marché des établissements de crédit concernés se fondait sur une interprétation de l'article L. 511-10, alinéa 3, du Code monétaire et financier. Ce dernier dispose que " le Comité apprécie (...) l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du système bancaire et qui assurent à la clientèle une sécurité satisfaisante ".

223. - Le Comité décida d'aller plus loin dans son analyse en termes concurrentiels et effectua lui même le contrôle de droit de la concurrence sur la base d'une interprétation extensive de l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier (*E. Didier et F. Ninane, Le contrôle des concentrations applicable au secteur bancaire : Banque mag. 2003, n° 647, p. 44*). Un certain nombre de membres du CECEI étaient favorables à ce que ce dernier assume cette responsabilité (il s'agissait notamment de l'opinion de Monsieur De Boissieu, V. C. *De Boissieu, Comparabilité économique entre système concurrentiel de biens et services et système boursier et financier, in Colloque du 7 avr. 1999, Droit boursier et droit de la concurrence : LPA 21 juill. 1999, n° 144, p. 5 ; C. De Boissieu et al., Les entreprises françaises 2002 : Economica, 2002, p. 154*). Cette solution fut retenue lors de la concentration Crédit agricole / Crédit Lyonnais. En effet, dans un communiqué du 10 janvier 2003 (*Communiqué CECEI, 10 janv. 2003, relatif à l'instruction par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement de la demande de prise de contrôle du Crédit Lyonnais par Crédit agricole SA*), le CECEI annonça son intention de procéder à l'examen, au regard des principes de concurrence, de la demande de prise de contrôle du Crédit Lyonnais par le Crédit agricole. Il en profita pour inviter les tiers intéressés à lui transmettre leurs observations éventuelles ainsi que toutes données chiffrées ou tous éléments objectifs jugés éclairants pour l'appréciation de l'impact de l'opération en matière de concurrence (*A. Michel, Crédit agricole-Crédit Lyonnais : une consultation publique sur la concurrence est ouverte : Le Monde, 13 janv. 2003, p. 14. - B. Bayart, Bataille de chiffres autour de l'opération Crédit agricole-Crédit Lyonnais : Le Figaro économie, 14 janv. 2003, p. 5. - V. Le Billon et A. Counis, Crédit agricole - Crédit Lyonnais : le débat sur les parts de marché fait rage : Les Échos, 14 janv. 2003, p. 20*). Par conséquent, celui-ci examina les aspects prudentiels et concurrentiels de la concentration (*Communiqué CECEI, 13 mars 2003 : www.banque-france.fr/fr/actu/discours/20030313.htm, sur la prise de contrôle du Crédit Lyonnais par le Crédit agricole. - Comm. CE, déc. 14 mars 2003 : JO 26 mars 2003, p. 5383. - M. Thill-Tayara et R. Ferla, Des fusions bancaires sous contrôle : Option Finance, 21 avr. 2003, p. 26. - M. Bazex et S. Blazy, Le contrôle des concentrations dans le secteur bancaire : Dr. adm. mai 2003, p. 17*).

2° Arguments en faveur de l'application du droit commun de la concurrence aux concentrations bancaires

225. - L'application du droit commun de la concurrence aux concentrations bancaires peut faire l'objet de diverses justifications. Nous allons mettre en exergue les consécutions extra-textuelle (a) et textuelle (b) de ces arguments.

a) Consécration extra-textuelle de l'analyse

226. - Cette consécration provient, d'une part, des autorités nationales et internationales (1) et, d'autre part, de la doctrine (2).

1) Consécration des autorités nationales et internationales

227. - La position de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a été exposée en 1992 dans un document intitulé "Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations" (*Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, DGCCRF, 1992*). Elle admet que " si l'articulation entre la loi bancaire et l'ordonnance du 1er décembre 1986 est simple en matière de pratiques anticoncurrentielles (...) il n'en va pas de même pour le contrôle des concentrations ". Cependant, elle tranche nettement en faveur de l'applicabilité du contrôle des concentrations prévu par l'ordonnance. Dans ce domaine, l'application du contrôle de la concurrence au secteur bancaire doit être appréciée en tenant compte de la réglementation spécifique prévue par la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. Selon la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, " il y a lieu de considérer que le titre V de l'ordonnance de 1986 pourrait s'appliquer aux opérations de concentration concernant les établissements de crédit, dans la mesure où les règles spéciales édictées par la loi bancaire en matière de concentration l'ont été dans un but essentiellement prudentiel, étranger aux objectifs généraux de maintien de la concurrence poursuivis par l'ordonnance. Ces règles spéciales s'ajoutent aux règles de droit commun du titre V, mais ne peuvent être considérées comme y dérogeant ou s'y substituant " (*Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, préc. p. 12*). Par conséquent, faute d'exclusion expresse, un contrôle resterait possible sur le fondement du droit commun. Cette interprétation semble favorable à la coexistence des régimes de contrôle bancaire et concurrentiel.

228. - Enfin, cette position semble avoir été confirmée en 1998 dans une étude de l'OCDE (*étude de l'OCDE, Directorate for Financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on competition law and policy, Enhancing the role of competition in the regulation of banks, sept. 1998*).

## 2) Consécration de la doctrine

229. - Monsieur A. Raynouard a pris parti en faveur de l'application du contrôle des concentrations aux opérations de concentrations bancaires susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante ou d'affecter la concurrence. Selon ce professeur, " un argument économique et d'opportunité justifie la soumission du secteur bancaire au régime national du contrôle des concentrations. Le dogme de la concurrence, agité par les milieux d'affaires, ne semble pas devoir épargner un secteur aussi sensible que celui de la banque " (*A. Raynouard, La fin de l'exception française en matière de contrôle des concentrations bancaires ? : Les Échos, 24 oct. 2002, p. 40*).

230. - Monsieur G. Parléani n'a pas semblé non plus favorable à l'extension du contrôle du CECEI. Selon lui, les textes français n'ont pas attribué au CECEI les contrôles prudentiels et concurrentiels. " Le silence du droit français des concentrations en matière bancaire laisse un vide juridique " qui est préoccupant. Il " offre en réalité aux autorités françaises une marge de liberté sans doute excessive, car elles pourront toujours être soupçonnées d'être arbitraires " (*G. Parléani, Le risque de vigilance excessive des autorités de contrôle : RD bancaire et fin. 2002, p. 375*).

231. - Selon Monsieur L. Vogel, la loi n'a pas spécifié que l'autorité bancaire peut se saisir des dossiers de concentrations bancaires concernant les aspects concurrentiels. L'auteur s'est demandé, notamment, si le CECEI est " outillé pour procéder à ce type de contrôle " (propos rapportés par *D. Mariette et S. Rizk, Controverse sur les compétences du CECEI en matière de concurrence : La Tribune, 7 et 8 févr. 2003, p. 18*). En effet, le droit de la concurrence est particulièrement " technique et complexe, nécessitant à l'image de toute matière juridique des compétences particulières ". Il convient de préciser que sur la totalité des membres composant le Comité, seul un membre dispose de compétence en matière de droit de la concurrence. Or, cette personne exerce ses fonctions à titre de suppléant. En outre, la procédure mise en place par le CECEI ne présente pas les mêmes garanties que celles applicables devant les autorités de concurrence. Incontestablement, "le plus grand secret entoure les délibérations et les réunions du CECEI. Ceci ouvre la voie à la contestation et au contentieux" (V. concernant l'absence de publicité des décisions du CECEI et les critiques corrélatives, *G. Damy, Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes : Litec, 2005, n° 548 à 560*). Selon l'auteur, les règles prudentielles et concurrentielles sont mélangées par l'autorité. Il y a presque un conflit d'intérêt. " Lors d'opérations de fusions et d'acquisitions, la Commission européenne se montre particulièrement sourcilieuse pour que, dans les pays membres, le contrôle de droit de la concurrence ne se mélange pas avec celui des règles prudentielles. Elle n'hésiterait pas, face à une telle situation, à refuser à un État membre d'appliquer le droit national qu'il a la faculté d'invoquer dans certains cas. La double compétence du CECEI pourrait placer la France dans une situation délicate " (*D. Mariette et S. Rizk, préc., p. 18*) et engendrer des conflits avec la Commission européenne (*J. Vogel et L. Vogel, Quel est l'organe de contrôle compétent pour apprécier les concentrations interbancaires en France : JCP E 2003, 1069*).

232. - Dans le prolongement de cette analyse, Messieurs C. Lucas de Leyssac et J.-L. Lesquins ont considéré que le CECEI est embarrassé, " faute sans doute de disposer de tous les moyens d'analyse indispensables (...) " (*C. Lucas de Leyssac et J.-L. Lesquins, Le mariage Crédit agricole-Crédit Lyonnais embarrasse le CECEI : La Tribune, 3 mars 2003, p. 29*). Selon ces auteurs, le contrôle du CECEI engendre une multiplication des autorités compétentes. Ceci crée " un risque de diversification des approches et des méthodes utilisées, de divergence des appréciations et donc d'imprévisibilité du droit ".

233. - En outre, Monsieur Ronzano a été frappé par l'analyse concurrentielle du CECEI qu'il a considéré " lapidaire dans son argumentation " (*A. Ronzano, Les études du Creda en droit de la concurrence : <http://listes.cru.fr/www/arc/creda-concurrence>, 24 mars 2003*). L'approche adoptée par le CECEI a été "quasi mathématique". En dessous de 40 % de parts de marché, le CECEI a identifié une zone blanche. Au-dessus de 45 % de parts de marché, celui-ci a considéré que le groupe doit céder des participations et geler son développement. Enfin, entre 40 et 45 % de parts de marché, l'entité doit s'engager à geler son développement. La référence aux parts de marché de la nouvelle entité a parfois constitué le seul élément pris en considération dans le raisonnement " ce qui peut tout de même paraître un peu court ". À notre avis, cette méthode d'analyse est révélatrice du manque de compétence du CECEI pour effectuer le contrôle de la concurrence.

234. - Enfin, selon Monsieur Arhel, la compétence du CECEI a constitué une source de problème car elle s'est révélée contraire à l'objectif d'une politique concurrentielle unifiée et logique (*P. Arhel, Le projet de lignes directrices de la DGCCRF sur les concentrations : LPA 27 mars 2003, n° 62, p. 9*).

235. - Ainsi, de nombreux auteurs ont plaidé pour l'application du droit commun de la concurrence aux banques. Cette interprétation a été consacrée textuellement.

#### b) Consécration textuelle de l'argumentation

236. - Des fondements textuels permettant de consacrer l'application du droit commun de la concurrence aux concentrations bancaires ont été proposés antérieurement à l'adoption de la loi de sécurité financière (1). Cette dernière est intervenue afin de lever toutes les incertitudes juridiques (2).

##### 1) Fondements textuels antérieurement à la loi de sécurité financière

237. - Les règles de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, codifiées dans le livre IV du Code de commerce (*codifié Ord. n° 2000-912, 18 sept. 2000*), ont vocation à s'appliquer en matière de contrôle des concentrations, pour l'ensemble des produits et services (*C. com., art. L. 410-1 ; Ord. n° 86-1243, 1er déc. 1986, ancien art. 53*). L'objectif des auteurs de l'ordonnance visait clairement à ce que ces dispositions (notamment celles de son titre V sur les concentrations) s'appliquent à tous les secteurs de l'économie. Il est donc logique de les appliquer au secteur bancaire.

238. - En outre, il était également possible de considérer que l'absence de référence aux concentrations, à l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier, devait conduire à l'application du dispositif de droit commun (*C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire : Litec, 5e éd., 2002, n° 169-1, p. 118*). Le Code monétaire et financier se bornait à préciser que les opérations de banque étaient soumises à un régime de poursuites propre au secteur bancaire. Autrement dit, la loi précisait les conditions de mise en œuvre du droit de la concurrence sur un point particulier, mais n'excluait en rien le principe général d'application du droit de la concurrence " à toutes les activités de production, de distribution et de services ".

239. - Par ailleurs, il n'était pas logique que les dispositions du Code de commerce sur les concentrations soient écartées pour les banques alors que le secteur voisin des assurances était soumis au droit commun. Cette incohérence était accentuée par l'application du droit de la concurrence dans l'hypothèse où des services d'assurance étaient offerts par les établissements de crédit. De même, des prises de contrôle dans le secteur de l'assurance pouvaient engendrer l'application des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce. Signalons que dans une telle hypothèse de rapprochement, il convenait de prendre en compte, pour le calcul des seuils, le chiffre d'affaires global réalisé par les banques.

240. - Cette confusion était accrue par le règlement communautaire sur le contrôle concurrentiel des concentrations qui prévoyait expressément son application aux établissements de crédit. Ainsi, la compétence du CECEI en matière de concurrence ne pouvait être admissible que pour les concentrations nationales. Par conséquent, le CECEI ne pouvait apprécier une opération de concentration de dimension communautaire que sur ses aspects prudentiels, puisque les États membres ne peuvent appliquer leur législation nationale en matière

concurrentielle. Subséquemment, la compétence du CECEI, dans le domaine de la concurrence, engendrait une dissymétrie illogique entre le droit national et le droit communautaire (à notre avis, ces deux droits étant inextricablement liés, il paraît difficile de concevoir une politique de la concurrence efficace sans une cohérence forte entre la législation nationale et la réglementation communautaire).

241. - Enfin, l'article 2 du décret n° 2002-689 (*D. n° 2002-689, 30 avr. 2002 : JO 3 mai 2002, p. 8055*, fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence) a précisé que le chiffre d'affaires, en matière de concentrations, se calcule selon les modalités définies par l'article 5 du règlement communautaire (*D. 2002, p. 1644*). Or, cet article 5 a prévu des règles particulières de calcul pour les "établissements de crédit et autres établissements financiers". En présence d'un tel renvoi, il était possible de justifier l'application du droit de la concurrence aux concentrations bancaires. Néanmoins, le législateur est intervenu afin de lever toute incertitude juridique.

## 2) Consécration de l'argumentation par la loi de sécurité financière

242. - Le gouvernement a présenté deux amendements au projet de loi de sécurité financière (*amendements projet L. sécurité financière n° 84, 4 juin 2003 et n° 85, 5 juin 2003 ; devenus L. n° 2003-706, 1er août 2003, art. 24 et 25 : JO 2 août 2003, p. 13220*) afin de résoudre la controverse concernant l'application du droit de la concurrence aux concentrations bancaires (*C. Vilmart, Le mariage des banques sans contrôle ou comment l'application d'une règle de droit flou conduit au vide juridique : JCP E 2003, p. 1020. - G. Parléani, L'affaire Crédit agricole-Crédit Lyonnais : vers la fin de l'"exception bancaire" française : RD bancaire et fin. 2003, p. 242. - L. Vogel et J. Vogel, Quel est l'organe compétent pour apprécier les concentrations interbancaires en France ? : JCP E 2003, 1069. - G. Damy, Concentrations bancaires : la compétence controversée des autorités : D. 2003, p. 1830. - JCP G 2003, II, 10126, obs. C. Touboul. - Contrats, conc. consom. 2003, comm. 125, p. 24 et 139, obs. M. Malaurie-Vignal. - M. Ponsard, La loi sur la sécurité financière change la donne pour les établissements de crédit : Les Échos, 10 sept. 2003, p. 51. - Th. Bonneau, Chronique de droit bancaire : Banque et droit 2003, n° 91, p. 73, 74. - I. Krimmer, Brèves remarques sur une réforme inévitable : la soumission des concentrations bancaires au droit commun : LPA 7 nov. 2003, p. 6. - C. Caron et G Decocq, Droit interne de la concurrence : JCP E 2003, 1627*).

243. - Ce contrôle n'a pas été attribué au CECEI car cela aurait alourdi son travail. De plus, celui-ci n'est pas spécialisé en droit de la concurrence. En effet, il est une autorité prudentielle qui a pour vocation d'assurer la solidité, la stabilité et le bon fonctionnement du système bancaire. La loi ne l'a pas chargé du contrôle de la concurrence. Par conséquent, ses pouvoirs ne devaient pas s'étendre au-delà du cadre prévu par le législateur, afin que son mandat demeure clair et non contradictoire (dans l'affaire *Crédit agricole / Crédit Lyonnais*, le CECEI a décidé de contrôler les aspects de concurrence et des contradictions sont apparues. L'autorité bancaire a privilégié l'analyse concurrentielle de l'opération, V. notamment, *B. Bayart, Bataille de chiffres autour de l'opération Crédit agricole-Crédit Lyonnais : Le Figaro économie, 14 janv. 2003, p. 5 ; Crédit agricole-Lyonnais : risque d'imbroglio juridique : Le Figaro économie, 22 et 23 févr. 2003, p. 1*. - En outre, les acteurs économiques ainsi que des parlementaires ont invoqué des arguments pertinents. En effet, ceux-ci ont considéré que le CECEI ne devait pas exiger des cessions d'agences car ceci aurait été néfaste pour l'aménagement du territoire dans les zones rurales, V. *G. Larcher, M. Deneux, J.-P. Emorine, G. César et J. Pepin, Fusion bancaire et vitalité du territoire : Le Figaro, 24 févr. 2003, p. 12*. - Il convient de préciser que le CECEI n'a pas à se prononcer sur des problèmes d'aménagements du territoire. Par conséquent, nous avons mis en évidence que l'élargissement des pouvoirs du CECEI engendre une dérive incontrôlable et contribue à rendre son mandat peu clair).

En outre, il n'était pas souhaitable d'accentuer la compétition entre l'autorité administrative sectorielle qu'est le CECEI et l'autorité horizontale de la concurrence. Ceci aurait créé un risque de recul des prérogatives de cette dernière. Le risque aurait été d'autant plus important que les autorités sectorielles sont plus sensibles aux pressions des entreprises qui sont proches d'elles (ces pressions ont été évidentes lors de la concentration *Crédit agricole / Crédit Lyonnais*, V. *Chocron et D. Mariette, Le CECEI sous la pression des banques : La Tribune, 19 févr. 2003, p. 17. - V. Le Billon, Crédit agricole-Crédit Lyonnais : le CECEI sous la pression des "tiers intéressés" : Les Échos, 7 et 8 mars 2003, p. 25. - B. Bayart, Le Crédit agricole obtient le feu vert pour racheter le Lyonnais : Le Figaro économie, 14 mars 2003, p. 1*. Ce dernier auteur suggère que le CECEI s'est laissé influencer. Il n'hésite pas à qualifier la décision de l'autorité de "mi-figue, mi-raisin". En effet, il semble que si la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes s'était prononcée sur cette concentration, elle aurait exigé approximativement 300 cessions d'agences. Or, le CECEI s'est contenté de la cession de 85 agences).

244. - Ainsi, la loi de sécurité financière avait confié l'instruction des dossiers à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Celle-ci pouvait requérir l'avis de l'ancien Conseil de la concurrence. Dans cette hypothèse, le CECEI était également consulté (il convient de préciser que cette consultation était d'une large portée. En effet, le législateur disposait que le CECEI devait être consulté lorsque des projets de concentrations concernaient, " directement ou indirectement, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement "), mais uniquement sur les aspects prudents de l'opération. Ce dernier disposait d'un délai d'un mois pour transmettre son avis au Conseil de la concurrence. Cet avis était rendu public ce qui était salutaire car cela renforçait la transparence de l'autorité bancaire (le CECEI n'était pas tenu de publier ses décisions, ceci était très critiquable. Sur la question de la transparence du CECEI, V. G. Damy, *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes : Litec*, 2005, n° 549. Par conséquent, une telle publication doit nécessairement être approuvée).

- **La création d'une seule autorité de contrôle prudentiel.** Depuis le 21 janvier 2010, le CECEI n'existe plus dans la mesure où l'ordonnance n° 2010-76 (*prise sur le fondement de l'article 152 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*) a porté « fusion » des autorités d'agrément, de surveillance, de contrôle et de sanctions des entreprises des secteurs de la banque et de l'assurance afin de créer l'Autorité de contrôle prudentiel dont les dispositions sont codifiées dans le Code monétaire et financier aux articles L. 612-1 à L. 612-50 (V. Thierry Bonneau, *Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance*, *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, 11 fév. 2010, Hervé Causse et Anthony Maymont, *L'Autorité de contrôle prudentiel Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance*, *Revue Droit bancaire et financier*, mai 2010, François Sauvage, *Banque et assurance : une nouvelle autorité de contrôle commune*, *Revue Droit bancaire et financier*, mars 2010). L'ordonnance n° 2010-76 modifie en outre un grand nombre d'articles du Code monétaire et financier, du Code des assurances, du Code de la mutualité, du Code de la sécurité sociale et du Code de la santé publique. Elle est complétée par deux décrets du 3 mars 2010. Le décret n° 2010-217 détaille la composition, l'organisation et le fonctionnement de l'Autorité (D. n° 2010-217, 3 mars 2010 : *Journal Officiel 4 Mars 2010*). Le décret n° 2010-218 traite de la rémunération du Vice-président, des membres du collège et de la Commission des sanctions (D. n° 2010-218, 3 mars 2010 : *Journal Officiel 4 Mars 2010*).

Plus précisément, la fusion opérée par l'ordonnance concerne les institutions suivantes :

- le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (*C. monét. fin. anc. art. L. 612-1 à L. 612-7*) qui, notamment, agréait les établissements de crédit et les entreprises d'investissement
- la Commission bancaire (*C. monét. fin. anc. art. L. 613-1 à L. 613-34*) qui était chargée du contrôle prudentiel par le contrôle de la gestion des établissements de crédit, des prestataires de services d'investissement et des membres des marchés réglementés
- l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (*C. assur., anc. art. L. 310-12 à L. 310-28*) qui était chargée du respect par les entreprises d'assurance des dispositions législatives et réglementaires en matière d'assurance
- le Comité des entreprises d'assurance qui avait pour mission d'autoriser les différentes activités des entreprises d'assurance.

Le but d'une telle opération était de d'attribuer à une seule et même autorité le contrôle des agents financiers ainsi que la protection des personnes visées à l'article L. 612-1, I, al. 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier. Qualifiée d'autorité administrative indépendante (*Ord. n° 2010—76, 21 janv. 2010, art. 1, codifié C. monét. fin., art. L. 612-1, I, al. 1<sup>er</sup>*) tout comme l'étaient les structures antérieures de contrôle, l'Autorité de contrôle prudentiel a donc pour rôle principal de « *veiller à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* » (*Ord. n° 2010—76, 21 janv. 2010, art. 1, codifié C. monét. fin., art. L. 612-1, I, al. 1<sup>er</sup>*). Même si la définition générale prévue par les textes ne le mentionne pas expressément, il convient de préciser que le contrôle prudentiel de l'Autorité de contrôle prudentiel demeure sa mission principale. En outre, les pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel sont multiples puisqu'elle détient ceux dont bénéficiaient les autorités antérieures. Selon l'article L. 612-1, II, 3°, dernier alinéa du Code monétaire et financier introduit par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, l'Autorité de contrôle prudentiel dispose d'un pouvoir de contrôle exercé par son organe exécutif, le Secrétaire général, du pouvoir de prendre des mesures de police administrative et d'un pouvoir de sanction détenu par la nouvelle Commission des sanctions qui a récupéré les pouvoirs de la Commission bancaire et du CECEI (*Ord. n° 2010—76, 21 janv. 2010, art. 1, codifiés C. monét. fin., art. L. 532-6 à L. 613-21*).

La création d'une seule et même autorité chargée d'agréer, de surveiller, de contrôler et de sanctionner les entreprises des secteurs de la banque et de l'assurance est une innovation importante. Le rapprochement entre le contrôle du secteur bancaire et celui des assurances est également fondamental car il concerne deux activités qui diffèrent par la nature de leurs opérations, leur technique et leurs réglementations. La distinction entre banque et assurance est aujourd'hui beaucoup moins prononcée dans la mesure où des groupes se sont constitués incluant les deux activités. Il semble donc opportun de confier à une même autorité le contrôle de ces deux professions.

Il convient de préciser que l'Autorité de contrôle prudentiel, puisqu'elle remplace le CECEI qui pouvait être consulté par l'ancien Conseil de la concurrence, émet un avis en matière de contrôle des concentrations. En effet, lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence interroge, avant de se prononcer, l'Autorité de contrôle prudentiel. L'opération de concentration doit concerner « *directement ou indirectement, une personne soumise au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel* » ((Ord. n° 2010—76, 21 janv. 2010, art. 1, codifié C. monét. fin., L. 612-22).

245. - Par conséquent, le législateur, en soumettant les concentrations bancaires au droit commun de la concurrence, a retenu une solution cohérente pour le système juridique français (en effet, il convient de préciser que la France était avec l'Italie, le seul pays de l'OCDE ayant un régime particulier de contrôle de la concurrence pour le secteur bancaire. L'isolement de la France renforçait l'hypothèse selon laquelle il était nécessaire de supprimer cette exception bancaire).

Nous allons dès lors envisager comment ce contrôle doit être mis en œuvre.

#### B. - Application du droit commun de la concurrence au contrôle des concentrations bancaires

246. - Les concentrations sont soumises, en France, à un régime de police administrative. Celui-ci est défini par le livre IV, titre III du Code de commerce, tel que modifié par la loi de modernisation de l'économie (L. n° 2008-776 de modernisation de l'économie, 4 août 2008).

247. Parmi les modifications prévues par la loi du 15 mai 2001, la plus notable concerne la notification des projets de concentration aux autorités nationales chargées du respect de la concurrence, qui est obligatoire (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-3, la notification des opérations de concentration est, depuis la loi du 15 mai 2001, obligatoire cependant aucun délai de dépôt des dossiers n'a été prévu. Le nouvel article L. 430-3 du Code de commerce précise simplement que la notification doit intervenir dès que les parties sont en mesure de présenter « un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier ». Cela couvre notamment les cas où elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou annoncé une offre publique. L'appréciation du caractère suffisamment abouti d'un projet se fait au cas par cas). Il convient également de préciser que la notification n'est plus directement adressée au Ministre de l'économie mais à l'Autorité de la concurrence. La création d'une autorité nationale de la concurrence indépendante et aux pouvoirs élargis a pour but de doter la France d'un dispositif similaire à celui de ses principaux partenaires européens. En outre, l'article L. 430-8 du Code de commerce (modifié par L. n° 2008-776 de modernisation de l'économie, 4 août 2008, art. 96) a prévu des sanctions en cas d'absence de notification. Lorsqu'une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence « *peut infliger aux personnes auxquelles incombe la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros* » (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L.430-8, I, al. 2).. Cette même sanction pécuniaire peut être infligée en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans la notification. L'Autorité de la concurrence peut également enjoindre sous astreinte aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L.430-8, I, al. 1<sup>er</sup>). Lorsque l'omission ou l'inexactitude entachant la notification est constatée postérieurement à la décision autorisant la réalisation de l'opération, cette sanction peut s'accompagner du retrait de cette décision (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L.430-8, III). Or, elle n'était jusqu'en 2001 qu'une faculté ouverte aux parties. Corollaire logique de l'obligation de notification, une obligation de suspension a été introduite sous l'ordonnance de 1986 à l'ancien article L 430-4 du Code de commerce. Cette obligation a été reprise par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Ainsi, l'opération de concentration peut être suspendue pendant un délai de 25 jours ouvrés. Il s'agit en effet du délai dont dispose l'Autorité de la concurrence pour rendre sa décision (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-5, al. 1<sup>er</sup>).

Le contrôle désormais systématique des concentrations montre une volonté du législateur (et non plus de l'Etat)

d'accroître le processus de régulation. Il s'agit d'un interventionnisme d'un nouveau genre, parce qu'il est plus ponctuel, qu'il intervient non pas sur les structures de marché mais sur les changements ou les affectations des structures de marché, et aussi parce qu'il s'exerce désormais sous une forme très procéduralisée, plus ouverte et transparente (effectivement, il est organisé par la loi relative aux nouvelles régulations économiques et son décret d'application, *D. n° 2002-689, 30 avr. 2002 : JO 3 mai 2002, p. 8055*, fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, la publicité du contrôle des concentrations, ce qui est radicalement nouveau et salubre.

L'article L. 430-3, alinéa 3, du Code de commerce prévoit que " la réception de la notification d'une opération ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité de la concurrence dans un délai de cinq jours ouvrés » (*issu de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96*). Il contient les éléments prévus à l'article R. 430-4 (*Décret n° 2009-139, 10 fév. 2009, art. 1*) : les noms des entreprises concernées par l'opération de concentration, la nature de l'opération (fusion, prise de contrôle, création d'entreprise commune), les secteurs économiques concernés... En outre, lorsque une décision en matière de contrôle des concentrations est prise, l'Autorité de la concurrence en rend public le sens dans les cinq jours ouvrables suivant la décision (*Décret n° 2009-139, 10 fév. 2009, art. 1, codifié C. com., art. R. 430-6*). Le site Internet de l'Autorité de la concurrence permet de connaître l'ensemble des concentrations examinées en temps réel, ce qui facilite l'intervention des tiers qui ont des objections ou des remarques à formuler. Les tiers peuvent donc intervenir auprès de l'Autorité de la concurrence pour faire valoir leurs arguments.

248. - Cette modification avait aligné le droit français sur le droit communautaire existant qui imposait déjà la notification obligatoire. Ceci a abouti à une augmentation du nombre de notifications des concentrations françaises puisque ces opérations ont dû nécessairement être notifiées.

249. - Il convient de démontrer que les conditions générales de la notification des concentrations peuvent être appliquées aux banques (1°). En outre, l'objet du contrôle mis en place par le droit de la concurrence est également applicable (2°).

1° Application des conditions générales de la notification des concentrations aux banques

250. - Il existe des conditions liées à la qualification de concentration nationale (a) et des conditions liées au respect du contenu du dossier de notification (b).

a) Conditions liées à la qualification d'opération de concentration nationale

251. - Deux critères cumulatifs sont pris en considération. Le premier critère a pour vocation de déterminer si l'opération en cause constitue bien une opération de concentration (1). Le second critère vise à vérifier que l'opération par sa dimension respecte les seuils d'applicabilité du droit français des concentrations (2).

1) Notion de concentration

252. - La notion d'opération de concentration est définie de façon plus précise tandis que la notion de contrôle apparaît élargie depuis la réforme intervenue dans le cadre de la loi sur les nouvelles régulations économiques (*L. n° 2001-420, 15 mai 2001 : JO 16 mai 2001, p. 7776*, relative aux nouvelles régulations économiques).

253. - **Définition précise de la notion de concentration.** - Dans le système antérieur, une concentration résultait de tout acte, qu'elle qu'en soit la forme, qui emportait transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui avait pour objet ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante (*C. com., art. L. 430-2 : Ord. n° 86-1243, 1er déc. 1986, ancien art. 39*).

254. - Aux termes de la réforme, une concentration est réalisée soit par fusion, soit par acquisition du contrôle d'une ou plusieurs autres entreprises, soit par création d'une " *entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* " (en reprenant à l'identique la définition actuelle donnée par le droit communautaire, la loi relative aux nouvelles régulations économiques affirme clairement qu'une entreprise commune, qui accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, constitue une concentration, dès lors que sa création ne peut avoir pour effet une coordination du comportement des sociétés mères entre elles ou de l'une d'elles avec leur filiale commune. Il est donc mis fin à la controverse française sur la nature "concentrative" ou "coopérative" des entreprises communes. - *C. com., art. L.*

430-1 issu L. n° 2001-420, 15 mai 2001, art. 86 : JO 16 mai 2001, p. 7776, relative aux nouvelles réglementations économiques. - F. Brunet et L. Girgenson, *Le nouveau régime de contrôle des concentrations : les ambivalences d'une "révolution antitrust" à la française* : JCP E 2002, p. 1803. - Pour une application de l'article L. 430-1 du Code de commerce à une concentration bancaire, V. *Lettre min. Éco. Fin. et Indus.*, 23 oct. 2003 dans l'opération Caisse nationale des Caisses d'épargne et de Prévoyance / Banque San Paolo SA).

255. - Cette nouvelle définition plus précise et rigoureuse que la précédente, tient compte du fait que, dans le nouveau régime, la notification des projets de concentration est obligatoire. Par conséquent, les sociétés doivent être en mesure d'apprécier précisément quelles sont leurs opérations soumises à cette obligation de notification. En effet, les conséquences seraient désastreuses si les entreprises étaient obligées de suspendre ou de défaire, après sa mise en œuvre, une opération qui n'aurait pas été notifiée, en raison d'une mauvaise lecture de la définition d'une concentration.

256. - Plus qu'une clarification, cette nouvelle définition de la notion de concentration s'aligne sur la définition en vigueur en droit communautaire (*Comm. CEE, règl. n° 4064/89, 21 déc. 1989, art. 3, § 1 et 2 : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 4*) et facilite ainsi une approche coordonnée des autorités nationales et communautaires.

257. - **Élargissement de la notion de contrôle.** - Le régime juridique antérieur n'envisageait la question du contrôle qu'indirectement par référence à la création ou au renforcement d'une position dominante ou à l'existence d'une influence déterminante (*C. com., art. L. 430-2 ; Ord. n° 86-1243, 1er déc. 1986, ancien art. 39*).

258. - Néanmoins, la définition de la notion de concentration ayant été précisée et faisant aujourd'hui expressément référence à la notion de contrôle, il est apparu nécessaire d'élargir la définition du "contrôle".

259. - Selon la nouvelle définition, le contrôle découlera des droits, contrats, et autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;

- des droits ou contrats conférant une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

Par conséquent, cette règle reprend très exactement la définition du droit communautaire en la matière (*Comm. CEE, règl. n° 4064/89, 21 déc. 1989, art. 3, § 3 : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 4*), ce qui démontre une nouvelle fois la volonté du législateur français d'uniformiser le droit français et le droit communautaire. L'Autorité de la concurrence, dans ses lignes directrices en date du 16 septembre 2009, précise la notion de « contrôle exclusif » et de « contrôle conjoint » (*p. 11 à 13*). Ces deux notions doivent être appréciées sur la base de toutes les circonstances de droit et de fait. Le contrôle est exclusif lorsque l'entreprise peut exercer une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Il est en revanche conjoint lorsque deux ou plusieurs entreprises ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise. Le contrôle ne suppose pas que l'entreprise contrôlante ait le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, c'est son pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.

Pour déterminer si une ou plusieurs entreprises exercent une influence déterminante sur une autre entreprise, l'Autorité de la concurrence utilise la méthode du faisceau d'indices. Le plus souvent, elle retient comme critère les droits conférés à l'actionnaire majoritaire pour déterminer l'exercice du contrôle sur une entreprise. Elle prend également en compte les relations contractuelles ou financières et les liens économiques que les actionnaires auront avec la nouvelle entité. A titre d'exemple, l'Autorité de la concurrence a récemment considéré que l'État n'exercerait pas d'influence déterminante sur le nouveau groupe BPCE issu de la fusion des groupes Banques Populaires/Caisses d'Épargne (*Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-16, 22 juin 2009*). Pour se prononcer, l'Autorité a tenu compte du fait que l'apport en fonds propres de l'État était destiné à être remboursé rapidement et qu'il suffisait que la moitié des actions de préférence soient remboursées pour que l'État perde son droit d'être représenté par deux membres au conseil de surveillance. L'Autorité a également noté que l'État avait la possibilité de proposer deux membres indépendants mais n'avait pas le pouvoir de les révoquer. Il ne disposait donc pas du pouvoir de bloquer les décisions devant être prises à la majorité qualifiée.

2) Respect des seuils d'applicabilité du droit français des concentrations

260. - L'article L. 430-1, alinéa 2, du Code de commerce prévoyait, dans le cadre de l'ancien régime, deux conditions de seuils alternatives. Il y avait lieu d'appliquer la réglementation française lorsque les parts de marché des sociétés participant à l'opération de concentration envisagée excédaient ensemble 25 % du marché pertinent en France (ou une part substantielle de celui-ci), ou lorsque le chiffre d'affaires total hors taxes de ces sociétés dépassait sept milliards de francs (à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs).

261. - La loi relative aux nouvelles régulations économiques (*L. n° 2001-420, 15 mai 2001, art. 87 : JO 16 mai 2001, p. 7776*, relative aux nouvelles régulations économiques, inséré *C. com., art. L. 430-2*), a mis en place des seuils de déclenchement de la contrôlabilité de l'opération exclusivement fondés sur le chiffre d'affaires des parties à l'opération (il convient de noter que le chiffre d'affaires retenu comme critère est le chiffre d'affaires indiqué dans le bilan des sociétés au titre du dernier exercice écoulé pour l'ensemble du marché français, et pour les branches d'activités des sociétés parties à l'opération envisagée).

262. - D'une part, le champ d'application de la nouvelle disposition semble plus large, dans la mesure où les seuils de notification ont été abaissés et où la notification est devenue obligatoire. D'autre part, les conditions pour la notification, d'alternatives, sont cependant devenues cumulatives et rendent, dans une certaine mesure, les contraintes nées de cette nouvelle obligation plus souples.

263. - Le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit être supérieur à 150 millions d'euros et le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées (concernant ce dernier critère, c'est le chiffre d'affaires réalisé individuellement par deux au moins des entreprises qui doit être pris en considération. Il semble que l'omission du mot individuellement résulte d'une erreur de plume du législateur) doit être supérieur à 50 millions d'euros (ce dernier seuil a été relevé par *Ord. n° 2004-274, 25 mars 2004, art. 25 : JO 27 mars 2004, p. 5871*, portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises). Soulignons que ces seuils sont plus bas que ceux prévus initialement par l'ordonnance du 1er décembre 1986 : le premier seuil est divisé par cinq et le second par six. Cette diminution des seuils est une innovation importante puisqu'elle permet d'appréhender un plus grand nombre d'opérations.

La loi de modernisation de l'économie apporte deux séries de modification concernant les seuils applicables au contrôle des concentrations. Tout d'abord, l'article L. 430-2, II du Code de commerce introduit par la loi fixe des seuils spécifiques pour les opérations entre entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, en soumettant au contrôle des concentrations toute opération remplissant les trois conditions suivantes : le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ; l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004. En outre, les seuils dans les DOM et collectivités d'outre-mer (COM) de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy ont été alignés sur les nouveaux seuils prévus pour les entreprises de distribution. Ainsi, doivent être soumis au contrôle de l'Autorité de concurrence les opérations qui remplissent les trois conditions suivantes : le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ; l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004 (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié L. 430-2, III*). Ces seuils spécifiques ont été créés pour permettre à l'Autorité de la concurrence de faire un contrôle plus accru, compte tenu de la situation concurrentielle spécifique du secteur du commerce de détail et des particularités économiques et géographiques des DOM.

264. - Il ressort de ces formules que seuls les chiffres d'affaires local et mondial sont dorénavant pris en compte, ce qui témoigne de la coordination des règles de concurrence françaises avec les règles de concurrence communautaires.

265. - Ainsi, le régime issu de la loi relative aux nouvelles régulations économiques a abandonné toute référence aux parts de marché des sociétés concernées (le législateur a écarté ce critère pour la détermination de l'importance de l'opération à cause de son caractère délicat à analyser), ce qui semble être une nouvelle

manifestation de la volonté de convergence avec le système communautaire. Effectivement, s'agissant de la nature des critères retenus, le système se limite à ceux posés par le règlement communautaire.

266. - Il est cependant pertinent de se demander si la référence aux parts de marché, représentant plus précisément le contexte de concurrence d'un marché déterminé, n'était pas un critère plus approprié pour évaluer l'impact d'une opération de concentration sur la concurrence. L'abandon du critère des parts de marché semble paradoxal pour certains auteurs. Ils invoquent que la majorité des contrôles opérés par le ministre, avant la réforme, ont été réalisés sur la base du seul critère des parts de marché et que l'atteinte à la libre concurrence est essentiellement fonction de la position dominante exercée sur un marché déterminé (*C. Khayat et M. Ponsard, Concentrations : Paris rejoint Bruxelles : LJA 3 avr. 2000, n° 498*).

267. - En réalité, compte tenu du caractère obligatoire de la notification, ce système a le mérite de la simplicité. En effet, il est impératif que les critères de franchissement des seuils soient clairs et ne laissent aucune place à l'arbitraire.

268. - En outre, sous réserve du minimum prescrit par le Code de commerce, soit le projet de concentration est soumis au dispositif de contrôle français, en raison du montant du chiffre d'affaires, soit il relève de la compétence des autorités communautaires. En effet, il convient de préciser que la loi relative aux nouvelles régulations économiques reprend explicitement le système du "guichet unique" (*L. n° 2001-420, citée supra n° 261, art. 87, relative aux nouvelles régulations économiques ; inséré C. com., art. L. 430-2, al. 4 modifié par L. 2010-853, 23 juillet 2010, art. 41*). Dès lors, le dispositif législatif français ne s'applique que si l'opération de concentration notifiée est hors du champ d'application du règlement CE n° 139/2004 du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Par conséquent, pour être soumise à la procédure de contrôle nationale, l'opération de concentration qui excède les deux seuils en chiffre d'affaires ne doit pas, en revanche, atteindre les seuils fixés par le règlement communautaire (*D. Caramalli, L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation relative au contrôle des concentrations en droit français : LPA 16 mai 2002, n° 98, p. 5*).

Dans cette dernière hypothèse, les parties doivent respecter le décret fixant le contenu du dossier de notification.

#### b) Conditions liées au respect du contenu du dossier de notification

269. - En ce qui concerne la procédure de notification, le décret d'application de la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 30 avril 2002 (*D. n° 2002-689, 30 avr. 2002 : JO 3 mai 2002, p. 8055*, fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence. Celui-ci est entré en vigueur le 18 mai 2002) a posé les bases d'une notification simplifiée sans toutefois la nommer explicitement. En effet, l'article 5, ainsi que ses annexes, définissent le contenu d'une notification.

270. - Le dossier de notification doit contenir une description détaillée des aspects juridiques et financiers de l'opération envisagée, une présentation des entreprises concernées et des groupes auxquelles elles appartiennent (*D. n° 2002-689, 30 avr. 2002, préc., ann. 1*) ainsi que des indications pour chaque marché concerné (*J. Vogel et L. Vogel, Quelles sont les incidences du nouveau droit français des concentrations pour les entreprises ? : JCP E 2002, 1162*). Un marché concerné se définit comme un marché pertinent, en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte. Un marché pertinent de produits comprend tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Un marché pertinent géographique est un territoire sur lequel sont offerts et demandés des biens et des services (*V. pour une étude détaillée, L. Bidaud, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence : Litec, 2001, spécialement p. 35. - A. Decocq et G. Decocq, Droit de la concurrence interne et communautaire : LGDJ, 2002, p. 105*). Les conditions de concurrence y sont suffisamment homogènes. Il peut, en particulier, se distinguer de zones géographiques voisines car les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

271. - Par ailleurs, il est repris la distinction communautaire entre les marchés seulement "concernés" et les marchés "affectés" par l'opération. Un marché concerné est considéré comme affecté si deux ou plusieurs entreprises ou groupes exercent des activités sur ce marché et que leurs parts cumulées atteignent au minimum 25 %. Il en est de même si une entreprise au moins exerce des activités sur ce marché et qu'une autre de ces entreprises (ou d'un groupe) intervient sur un marché, situé en amont ou en aval, ou sur un marché connexe (qu'il y ait ou non des relations de fournisseurs à clients entre ces entreprises), dès lors que l'ensemble des entreprises atteignent un minimum de 25 % sur l'un ou l'autre de ces marchés. En outre, un marché peut également être affecté du fait de la disparition d'un concurrent potentiel due à l'opération (*P. Arhel, Les nouveautés du décret d'application du 30 avril 2002 relatif à la loi NRE : Contrats, conc. consom. 2002, chron. 13, p. 10*). Ainsi, pour

un grand nombre de concentrations, il n'existera pas de marché affecté, ce qui se traduira par une notification simplifiée.

272. - Dans l'hypothèse où l'opération entre dans la définition du marché affecté, les parties notifiantes doivent communiquer des informations complémentaires très détaillées sur le marché et les entreprises présentes sur le marché concerné à l'Autorité de la concurrence.

273. - Le dossier de notification signé est adressé en quatre exemplaires (*D. n° 2002-689, 30 avr. 2002, cité supra n° 269, art. 3*). Lorsque l'Autorité de la concurrence constate que le dossier est incomplet ou que certains de ses éléments ne sont pas conformes aux définitions réglementaires (notamment en ce qui concerne la définition de marché "concerné"), elle peut infliger aux personnes notifiantes « *une sanction pécuniaire pouvant s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires pour les personnes morales* » (C. com., art. L. 430-8).

274. - L'application de ces dispositions aux banques ne semble donc pas soulever de difficulté. Il en est de même pour l'objet du contrôle.

2° Application de l'objet du contrôle des concentrations : préservation d'une libre concurrence effective

275. - Cette libre concurrence effective est préservée par des acteurs hétérogènes (a). Ces derniers appliquent les dispositions du Code de commerce prévoyant les modalités du contrôle (b).

a) Préservation d'une libre concurrence par des acteurs hétérogènes

276. - Le contrôle français des concentrations consacrait avec la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 la prépondérance de l'acteur politique. Ce dernier a vu ses pouvoirs transférés à l'Autorité de la concurrence depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. (1). Il conserve néanmoins le droit d'intervenir dans la procédure décisionnelle de l'Autorité de la concurrence (2).

1) Prépondérance des acteurs juridiques

277. - Réserve

**278. - Avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie.** Depuis la réforme issue de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, le pouvoir politique était prépondérant dans le cadre du contrôle des concentrations.

280. - La notification était effectuée au Ministre chargé de l'Économie (*L. n° 2001-420, 15 mai 2001, art. 89, codifié C. com., art. L. 430-3, al. 1er*).

281. - Le Ministre de l'économie était tenu de rendre une décision dans un délai de cinq semaines. Il convient de préciser que si les parties proposaient des engagements plus de deux semaines après la notification de l'opération de concentration, la décision du ministre pouvait intervenir dans les trois semaines de la date de réception des engagements. La réalisation de l'opération envisagée était suspendue jusqu'à la décision du Ministre de l'Économie et des Finances sur le sort de la concentration. Toutefois, les parties pouvaient, sur demande motivée, solliciter auprès du ministre de l'Économie et des Finances l'autorisation de procéder à la concentration (*L. n° 2001-420, 15 mai 2001, préc., art. 89, inséré C. com., art. L. 430-4*).

282. - En pratique, même si selon la réforme, le Ministre de l'Économie et des Finances était tenu de consulter l'ancien Conseil de la concurrence lorsqu'il estimait que le projet était susceptible de porter atteinte à la concurrence, la décision demeurait entre ses mains.

283. - Lorsqu'une notification était effectuée, trois issues procédurales pouvaient être distinguées dans les cinq semaines de la notification. Elles soulignaient encore nettement la prépondérance du rôle politique dans ce contrôle. Soit le ministre informait la partie notifiante que l'opération envisagée ne relevait pas de la compétence des autorités françaises en matière de contrôle des concentrations (*L. n° 2001-420, 15 mai 2001, préc., art. 90, inséré C. com., art. L. 430-5, III*) ; soit il ne donnait aucune réponse dans un délai de cinq semaines à compter de la notification, auquel cas l'opération était présumée acceptée (*L. n° 2001-420, 15 mai 2001, préc., art. 90, inséré C. com., art. L. 430-5, IV*) ; soit enfin le ministre considérait que l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence (la décision devait être motivée. Ceci est conforme au droit commun, toute décision

administrative défavorable devant faire l'objet d'une motivation), et saisissait le Conseil de la concurrence pour avis (*L. n° 2001-420, 15 mai 2001, préc., art. 90, inséré C. com., art. L. 430-5, III*). Dans cette hypothèse, le ministre demeurait libre de la décision finale comme nous l'avons déjà indiqué (toutes les décisions doivent désormais être rendues publiques, *C. com., art. L. 430-7, IV, et L. 430-10. - D., art. 6, al. 4 et art. 7*, d'application de la loi relative aux nouvelles régulations économiques. Les décisions favorables prennent la forme de lettres. La pratique avait généralisé ce type de décision qui est désormais prévu par un texte. Les décisions plus lourdes prennent la forme d'un arrêté. Il s'agit des décisions d'autorisation avec injonctions et *a fortiori* les décisions d'interdiction).

284. - Par conséquent, le droit français, sous l'empire de la loi sur les nouvelles régulations économiques, attribuait un rôle prépondérant à l'acteur politique en matière de contrôle des concentrations. Depuis la réforme issue de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, les compétences précédemment confiées au Ministre de l'économie ont été attribuées à l'Autorité de la concurrence. Il convient de préciser que le ministre conserve néanmoins le droit de demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération de concentration et de statuer sur l'opération pour des motifs autres que ceux tenant au respect du droit de la concurrence (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, C. com., art. L. 430-7-1*).

**285. – Une nouvelle autorité de la concurrence.** La notification des opérations de concentration doit donc désormais effectuée auprès de l'Autorité de la concurrence (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-3, al. 1er*). Celle-ci incombe à la partie acquérant le contrôle. Dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, toutes les parties concernées doit notifier conjointement (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-3, al. 2*). Des entreprises qui réaliseraient une opération de concentration contrôlable sans l'avoir préalablement notifiée, s'exposent à une sanction pécuniaire « dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros » (*Ord. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. monét. fin., art. L. 430-8, I, al. 2*). Dans ses lignes directrices en date du 16 septembre 2009, l'Autorité de la concurrence précise qu'il peut s'agir aussi bien d'une infraction intentionnelle que d'une omission par simple négligence. Pour se prononcer, l'Autorité prend en compte les circonstances ayant mené au défaut de notification et le comportement des entreprises vis à vis d'elle, la mise en oeuvre du dispositif de sanction faisant l'objet d'une procédure contradictoire devant l'Autorité.

Dès réception du dossier, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au Ministre de l'économie. La procédure décisionnelle en matière de contrôle des concentrations se déroule en deux phases qu'il convient successivement d'étudier. Il convient de préciser que les entreprises concernées par une opération de concentration peuvent déclenchée une phase de prénotification, facultative, auprès de l'Autorité de la concurrence lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération. Si l'opération envisagée n'est pas contrôlable, les parties en sont informées et l'Autorité rend une décision d'inapplicabilité du contrôle. Elles peuvent également être invitées à notifier leur opération quand la contrôlabilité de l'opération pose des questions nouvelles.

**286. – Phase d'instruction.** La première phase débute à la date de réception par l'Autorité de la concurrence du dossier de notification complet et dure vingt cinq jours ouvrés (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-5, al. 1er*). Il convient de préciser que le délai ne s'exprime plus en semaines mais en jours ouvrés. Ce délai peut être prolongé si les parties proposent des engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-5, II, al. 2*). L'Autorité peut toutefois estimer que les engagements proposés sont insuffisants et ne permettent pas de supprimer les atteintes à la concurrence identifiées. Dans ses lignes directrices en date du 16 septembre 2009, l'Autorité de la concurrence énonce les critères auxquels les engagements doivent répondre pour être acceptés : ils doivent notamment être efficaces (c'est à dire qu'ils doivent de façon effective résoudre les problèmes concurrentiels) et être mis en oeuvre rapidement car l'atteinte à la concurrence ne doit pas être trop longue. (*p. 135*). Elle opère donc un contrôle accru des engagements proposés par les parties afin que soit toujours maintenue une concurrence suffisante.

Ces engagements sont importants car ils peuvent influencer la décision de l'Autorité comme cela a été le cas lors de la fusion entre les groupes Banque populaire et Caisse d'épargne (*Autorité de la concurrence, déc. n° 09-DCC-16, 29 juin 2009*). L'Autorité de la concurrence a autorisé la réalisation de cette opération sous réserve des engagements pris par les parties de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence identifiés sur les marchés de la banque de détail et de la banque commerciale sur le département de La Réunion. Ces engagements consistent

à maintenir l'autonomie de gestion et l'indépendance juridique des activités des trois réseaux concernés par l'opération ( la BRED Banque populaire, la Caisse d'épargne Provence Alpes Corse et la financière OCEOR).

En outre, les parties peuvent demander des délais supplémentaires dans la limite de quinze jours ouvrés en cas de nécessité particulière (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-5, II, al. 3).

287. - Après l'examen du dossier, trois issues procédurales sont possibles. L'Autorité de la concurrence peut soit informer la partie notifiante que l'opération envisagée ne relève pas de sa compétence; soit autoriser l'opération en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ; soit engager un examen approfondi de l'opération dans l'hypothèse où subsisteraient des doutes sérieux d'atteinte à la concurrence (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-5). Pendant l'instruction, l'Autorité de la concurrence peut consulter des tiers de son choix. En particulier, il lui est possible de consulter les comités d'entreprise des sociétés participant à la concentration qui peuvent également demander à être entendus (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-6, alinéa 3). Toutefois, il doit être tenu compte des intérêts légitimes des parties à la concentration et des autres parties consultées afin de préserver le secret des affaires. La protection du secret des affaires est renforcée par l'ordonnance n° 2008-161 du 13 novembre 2008. Il est prévu à l'article. 463-4 du Code de commerce que l'Autorité de la concurrence et plus précisément, son rapporteur général, peut refuser de communiquer à une partie des pièces « *mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes* ». Cet article ne joue pas dans les cas où la communication des documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense de l'une des parties. En outre, dans les quinze jours ouvrés de la communication du rapport, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations. La décision prise par l'Autorité de la concurrence est notifiée aux parties ainsi qu'au Ministre de l'Economie (Décret n° 2009-139, 10 fév. 2009, art. 1, codifié C. com., art. R. 430-7). Ce dernier peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans un délai de 5 jours ouvrés (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-7-1, I). En revanche, si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune décision aux termes du délai , elle en informe le ministre. L'opération est alors réputée avoir été tacitement autorisée si le ministre n'a pas demandé un examen approfondi du dossier dans le délai imparti (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-5, IV).

**288. – Examen approfondi.** Lorsque l'Autorité de la concurrence estime qu'ils subsistent des doutes sérieux d'atteinte à la concurrence ou lorsque le Ministre de l'Economie le lui demande, l'Autorité de la concurrence procède à un examen approfondi de l'opération de concentration. Commence alors la seconde phase de la procédure décisionnelle. Aux termes de l'article L. 430-6 du Code de commerce (*issu de la loi n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96*) l'examen approfondi consiste, pour l'Autorité de la concurrence, à contrôler s'il est porté atteinte à la concurrence « par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique ». La contribution de l'opération au progrès économique de l'opération est également appréciée à ce stade de la procédure.

289. - En cas d'examen approfondi, l'Autorité de la concurrence a soixante cinq jours ouvrés pour se prononcer. Lorsque les parties présentent des engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération moins de vingt jours ouvrés avant l'expiration du délai de soixante cinq jours, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-7, I et II). A l'issue de cette phase d'examen approfondi, l'Autorité de la concurrence peut soit autoriser l'opération en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ; soit l'autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante, ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ; soit interdire l'opération de concentration en enjoignant, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-7, III et IV).

Dans sa démarche, l'Autorité de la concurrence n'a pas, contrairement au Conseil de la concurrence lorsqu'il était saisi, à tenir compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale et de la création et du maintien de l'emploi. L'Autorité n'est en effet tenue d'examiner que les aspects concurrentiels de l'opération dont elle est saisie. Le traitement des aspects économiques appartient au Ministre de l'Economie lorsqu'il décide d'exercer son pouvoir d'évocation.

Si l'opération de concentration concerne le secteur bancaire ou le secteur des assurances, l'Autorité de la concurrence doit recueillir l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel avant de se prononcer (*Ord. n° 2010—76, 21 janv. 2010, art. 1, codifié C. monét. fin., L. 612-22*).

Si aucune décision n'a été prise, l'Autorité de la concurrence en informe le Ministre de l'économie. Si l'entreprise ne respecte pas la décision prononcée, elle s'expose à des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence prévues à l'article L. 430-8 du Code de commerce.

**290. – Accroissement relatif du juge de l'excès du pouvoir.** Par ailleurs, un autre acteur juridique va intervenir lorsque les parties contestent la mesure prononcée. Il s'agit du Conseil d'État qui est le juge des décisions prises par les ministres en matière de contrôle des concentrations. Il est compétent pour se prononcer sur les recours pour excès de pouvoir. La compétence de la juridiction administrative n'est pas contestable s'agissant de décisions de police administrative, prises par les ministres dans le cadre des prérogatives extraordinaires que leur confie le Code de commerce. L'objet du contrôle exercé par le juge administratif est précisément de s'assurer que les ministres n'ont pas excédé leur pouvoir en allant au-delà des prérogatives qui leur sont confiées. Au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort des décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations (*D. n° 2010-481 du 12 mai 2010, art. 32, codifié Code de justice administrative, art. R. 311-1, 4°*).

291. - Il convient de préciser que le transfert du contrôle des opérations de concentration du Ministre de l'Économie à l'Autorité de la concurrence ne change pas le rôle du Conseil d'État. L'article R. 311-1, 4° du Code de justice administrative issu du décret n° 2010-481 du 12 mai 2010 lui donne également compétence pour connaître des recours dirigés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence. En revanche, les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations ne sont toujours pas susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris. Seules les décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles le sont. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 n'a donc pas étendu le contrôle judiciaire en matière des concentrations devant la haute juridiction administrative. Or, cela aurait semblé logique puisque les décisions en matière de contrôle des concentrations sont désormais rendues par une autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence, et non plus par le Ministre de l'Économie. La possibilité d'exercer un recours devant la Cour d'Appel de Paris dans le cadre du contrôle des concentrations aurait permis de rétablir le principe du double degré de juridiction.

292. - Il convient dès à présent d'étudier le rôle du Conseil d'État en matière de contrôle des concentrations.

293. - Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État porte sur les actes de l'Administration, c'est-à-dire sur la décision finale prise par l'Autorité de la concurrence et par les ministres intéressés.

294. - Le contrôle exercé par le juge administratif est ainsi centré sur la décision de l'Autorité de la concurrence et des ministres. C'est un contrôle de légalité, qui prend la forme du recours pour excès de pouvoir. Dans ce cadre, il appartient au juge administratif d'apprécier si l'Autorité de la concurrence et les ministres sont demeurés dans le champ de leurs prérogatives, s'ils n'ont pas excédé les pouvoirs qui leur sont confiés dans la perspective de maintenir ou de rétablir une concurrence suffisante. Ce contrôle n'est pas spécifique aux concentrations. Il prend la forme et les voies habituelles du contrôle de légalité exercé par le juge administratif sur tous les actes de l'Administration.

295. - Il s'agit donc de l'application du contrôle de droit commun exercé par le juge administratif sur toutes les décisions de l'Administration. Mais, ce contrôle de droit commun tente d'intégrer le raisonnement économique de la matière dans laquelle interviennent les décisions prises dans le cadre du contrôle des concentrations (*J.-H. Stahl, Le contrôle des décisions administratives à finalité concurrentielle : l'exemple des concentrations : Rev. conc. consom. 2000, n° 116, p. 17. - J.-Y. Chérot, Perspectives et nouveaux défis : Rev. conc. consom. 2000, n° 116, p. 25*). Il semble que le Conseil d'État ait réussi à intégrer ce raisonnement économique de manière satisfaisante ce qui lui a permis de pouvoir intervenir dans le contentieux du contrôle des concentrations.

296. - Par conséquent, il est exercé en premier lieu un contrôle de la procédure administrative et en second lieu un contrôle du bien-fondé des décisions de l'Autorité de la concurrence et des ministres. Ces contrôles peuvent avoir des conséquences graves notamment dans l'hypothèse d'une annulation contentieuse.

297. - **Contrôle de la procédure administrative.** - Dans le contrôle d'excès de pouvoir exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions administratives, le contrôle des formes et de la procédure suivie par l'Administration occupe une place importante. Cet aspect du contrôle (ce que l'on appelle la légalité externe de

l'acte administratif, son enveloppe extérieure) porte sur trois éléments : la compétence, la procédure et la forme de la décision.

298. - Ces différents aspects soulèvent des difficultés inégales. Sur le terrain de la compétence, le Conseil d'État vérifie, par exemple, la validité des délégations de signature consenties par les ministres aux signataires des décisions, lorsque les ministres ne signent pas eux-mêmes. Ce point n'engendre pas de véritables difficultés. Sur le terrain de la forme, le principal sujet d'attention est sans aucun doute la motivation des décisions administratives imposées par le Code de commerce (*L. n°2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifiés C. com., art. L. 430-5, III et L. 430-7, III*).

Ces aspects là ne provoquent guère de difficultés sérieuses. En revanche, il n'en va pas de même pour deux autres points partiellement éclairés par la jurisprudence du Conseil d'État. Il s'agit du mécanisme de la décision tacite et de la question des droits de la défense.

299. - **Mécanisme de la décision tacite.** - Le Conseil d'État a balisé le mécanisme de décision tacite prévu par les articles L. 430-5, IV et L. 430-7, V du Code de commerce (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96*) Ce mécanisme de décision tacite est particulièrement important. En effet, faute de décision expresse prise dans les délais prévus, une acceptation tacite de la concentration naît, ce qui dessaisit l'Administration de toute possibilité de contrôle de la concentration. Depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, le délai d'examen imparti à l'Autorité de la concurrence est de vingt cinq jours ouvrés à compter de la date de réception du dossier de notification. Si l'opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence dispose de soixante cinq jours ouvrés pour se prononcer. Sur le maniement de ce mécanisme, la jurisprudence avait apporté trois précisions sous l'empire de la loi sur les nouvelles régulations économiques :

- le déclenchement du délai ne court pas tant que le dossier de notification n'est pas complet. L'annexe I du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixe une liste des documents devant être produits par l'entreprise notificatrice et l'Administration peut exiger que soient produits tous documents nécessaires à l'appréciation de la portée de la concentration ;

- le délai court à compter de la date de production du dossier complet, c'est-à-dire normalement de la date de l'accusé de réception délivré par le ministre attestant que le dossier est complet. Mais si l'accusé de réception n'est pas délivré le jour même, il doit indiquer la date de réception des documents et le délai court à compter de cette date ;

- le mode de computation du délai obéit aux règles classiques de computation : le délai commence à courir le lendemain de la date retenue par l'accusé de réception à zéro heure.

Pour apporter ces précisions, la jurisprudence avait pris appui sur les solutions générales du droit administratif. Elle avait aussi pris en considération les règles fixées par le Code de commerce et le décret d'application n° 2002-689 du 30 avril 2002.

300. - **Question des droits de la défense.** - Au titre du contrôle de la procédure administrative, une place particulière doit être réservée au respect des droits de la défense. Trois points méritent d'être soulignés.

301. - D'abord, l'examen peut porter sur le respect du caractère contradictoire de la procédure devant l'Autorité de la concurrence. Ce sont les textes qui organisent cette procédure contradictoire. En effet, aux termes de l'article L. 463-1 du Code de commerce issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, « l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont pleinement contradictoires ». Le cas échéant, l'Autorité de la concurrence sanctionnerait leur méconnaissance. Une éventuelle irrégularité de procédure devant l'Autorité de la concurrence se traduirait par l'annulation de la décision administrative ou ministérielle prise après avis du Conseil.

302. - Ensuite, le Conseil d'État veille à ce que le caractère contradictoire que la procédure doit avoir vis-à-vis des parties devant l'Autorité de la concurrence soit respecté. Selon l'article L. 430-7, III du Code de commerce (*issu L. n° 2008-776, 4 août 2008*), l'Autorité de la concurrence doit communiquer son projet de décision aux parties intéressées, en temps utile pour leur permettre de présenter leurs observations.

303. - Enfin, au delà des textes, le Conseil d'État a imposé de permettre à des entreprises extérieures à l'opération de concentration, mais néanmoins directement concernées par la décision administrative, de présenter leurs observations avant la prise de décision.

304. - Il convient de distinguer les parties à l'opération de concentration, pour lesquelles une procédure contradictoire est organisée (l'arrêt *Interbrew* du 9 avril 1999 a pour base juridique *Ord. 1er déc. 1986 et D. 29 déc. 1986*) et les autres entreprises concernées par l'opération, ou plus exactement concernées par la décision prise par l'Autorité de la concurrence et les ministres. Toutes les décisions prises en matière de contrôle des concentrations ne concernent pas nécessairement directement d'autres entreprises que celles parties à l'opération. Le plus souvent, il n'y a pas d'autres entreprises concernées par la décision. Néanmoins, il peut arriver que la décision administrative ou ministérielle pose des conditions à l'acceptation de la concentration et qu'elles visent directement des entreprises tierces. Dans cette hypothèse, le Conseil d'État estime, au nom du principe général des droits de la défense, que la décision ne peut intervenir que pour autant que la société tierce a été mise à même de présenter ses observations.

305. - La teneur du contradictoire n'est d'ailleurs pas la même selon qu'il s'exerce vis-à-vis des parties à l'opération de concentration ou vis-à-vis des entreprises tierces. Pour les parties, c'est le Code de commerce qui décrit la procédure contradictoire devant l'Autorité de la concurrence. La substance de la procédure contradictoire est différente pour les entreprises tierces. En effet, le principe des droits de la défense implique à leur égard qu'elles soient informées de la teneur de la décision que le ministre envisage de prendre en ce qui les concerne et qu'elles puissent faire valoir en temps utile leurs observations devant le ministre.

Le contrôle de la procédure n'est pas le seul exercé par le juge de l'excès de pouvoir. Il ne suffit pas de s'assurer que l'Administration a respecté les règles de forme et de procédure auxquelles elle est soumise pour juger légale sa décision. Il importe encore de contrôler le bien-fondé de sa décision, en particulier, la légitimité des motifs qui inspirent sa position.

306. - **Contrôle du bien-fondé des décisions ministérielles.** - En matière de contrôle des concentrations comme pour les autres actes de l'Administration, le contrôle de la légalité des motifs des décisions administratives et ministérielles apparaît ainsi décisif. Ce contrôle est approfondi et peut être examiné sous plusieurs angles.

307. - **Contrôle approfondi.** - Le contrôle exercé sur le bien-fondé de la décision de l'Autorité de la concurrence et des ministres est un contrôle approfondi. Il porte sur toutes les étapes du raisonnement suivi par l'Administration, sur l'appréciation qu'elle a faite de la situation économique et concurrentielle des entreprises concernées, et sur l'adéquation de la mesure. Trois éléments méritent d'être soulignés.

308. - D'abord, le contrôle exercé ne porte pas seulement sur l'interprétation abstraite des règles figurant dans le Code de commerce. Il inclut naturellement le contrôle de l'erreur de droit, qui vise à donner la bonne interprétation de la règle de droit. Mais le contrôle va bien au-delà ; il porte aussi sur l'application concrète qui en a été faite par l'Administration.

309. - Ensuite, le contrôle exercé sur la situation concrète des entreprises conduit le juge administratif à exercer un contrôle de qualification juridique des faits, ce que nous appelons un plein contrôle de qualification sur l'appréciation portée par l'Administration. Il ne s'agit pas d'un simple contrôle d'erreur manifeste d'appréciation, mais bien d'un contrôle approfondi des différentes appréciations portées par l'Administration. Ainsi, le Conseil d'État se prononce sur les limites du marché pertinent, sur l'atteinte à la concurrence issue de la concentration et sur la contrepartie en terme de contribution au progrès économique.

310. - Ce contrôle de qualification juridique repose sur l'idée que le pouvoir d'action de l'Autorité de la concurrence et des ministres en matière de concentrations est encadré et soumis à des conditions. Celles-ci sont posées à l'article L. 430-1 du Code de commerce, qui ne permet à l'Autorité de la concurrence et aux ministres de s'opposer qu'à des projets de concentration définis précisément. En outre, l'article L. 430-2 du Code de commerce fixe des seuils au déclenchement du contrôle. Par ailleurs, les articles L. 430-5, III et L. 430-7, III du Code de commerce précisent que les décisions administratives et ministérielles doivent être justifiées par le souci d'assurer ou de rétablir une concurrence suffisante. Ces conditions (la concentration doit être de nature à porter atteinte à la concurrence. L'Autorité de la concurrence et le ministre ne peuvent agir que pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante, ce qui limite le pouvoir d'appréciation de l'Administration) encadrent la marge de manœuvre de l'Administration. Le contrôle de qualification juridique exercé par le juge administratif vise à s'assurer que, dans chaque cas d'espèce, les conditions encadrant l'action des ministres étaient bien remplies.

311. - Enfin, le contrôle exercé par le Conseil d'État comporte des aspects de proportionnalité. Les articles L.

430-5, III, L. 430-5, IV, L. 430-7, III, L. 430-7, IV et L. 430-7, V du Code de commerce laissent à l'Administration un large choix de décisions possibles qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction de l'opération. Mais les ministres peuvent se contenter d'imposer des sujétions, des conditions, des prescriptions particulières destinées à rétablir une concurrence suffisante. Il faut relever que les ministres ne sont pas libres de choisir sur cette palette de façon discrétionnaire et que leur choix est, dans une certaine mesure, soumis à un contrôle de proportionnalité. Les mesures prises par les ministres ne doivent pas porter une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agit pour le juge de s'assurer que la décision prise par les ministres était exactement adaptée à la situation à laquelle était confrontée l'Administration. Ce faisant, il vérifie que la décision n'a ni sous-estimé les mesures correctrices nécessaires pour rétablir une concurrence suffisante, ni imposé de sujétions excédant ce qui est nécessaire au rétablissement de la concurrence.

Le Conseil d'Etat exerce donc un contrôle entier sur les décisions rendues en matière de contrôle des concentrations. Ainsi, dans l'arrêt fiducial du 13 février 2006 (*CE, Section du contentieux, 13 février 2006, Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise*), le Conseil d'Etat a déclaré licite l'autorisation rendue par le Ministre de l'Economie après avoir réétudié les parts de marché des parties à la concentration, les obstacles au pouvoir de marché de la future entité et vérifié le bilan concurrentiel et les gains d'efficacité de l'opération. Le Conseil d'Etat a procédé à une approche économique dans l'examen de la légalité de la décision contestée. Il a été amené à apprécier cette légalité non seulement au regard de la situation de fait et de droit existant au jour où la décision a été prise, mais aussi au regard des effets constatés ou potentiels de l'opération autorisée.

**312. - Différents angles du contrôle.** - Ce contrôle approfondi se décline sur les différentes étapes du raisonnement des ministres. Ainsi, le Conseil d'Etat est conduit à examiner, au vu des pièces qui lui sont présentées et de l'argumentation des parties, les éléments suivants :

- la notion de concentration : il s'agit de savoir si un accord entre entreprises constitue une concentration au sens où l'entend l'article L. 430-1 du Code de commerce. Le juge peut vérifier si les seuils de contrôle fixés à l'article L. 430-2 du Code de commerce sont dépassés ou non, lorsque la question lui est formellement posée par les parties ;

- le marché pertinent : pour vérifier qu'il y a bien atteinte à la concurrence, il est nécessaire, pour le juge, de contrôler si l'Administration a raisonné dans un cadre adéquat, c'est-à-dire si elle a retenu comme marché d'analyse le marché pertinent. Le Conseil d'Etat exerce un entier contrôle sur la définition du marché pertinent, en suivant la méthode d'analyse classique retenue par les autorités de concurrence. Le contrôle de qualification juridique exercé sur cet aspect du dossier est donc tributaire d'une analyse des marchés. L'analyse du juge peut s'appuyer sur celle exprimée par l'Autorité de la concurrence ;

- l'atteinte à la concurrence : il s'agit là encore pour le juge de vérifier si la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence. Le Conseil d'Etat exerce aussi un entier contrôle, au vu des éléments qui lui sont soumis, afin de mesurer l'ampleur des conséquences concurrentielles imputées à la concentration ;

- la contribution au progrès économique : cet élément permet, le cas échéant, de justifier des atteintes à la concurrence. L'Autorité de la concurrence doit porter une appréciation sur ce point en vertu de l'article L. 430-6 du Code de commerce. L'Autorité de la concurrence et les ministres peuvent intégrer cette préoccupation dans leur décision. Ce point ferait aussi l'objet, si l'argumentation des parties l'abordait, d'un contrôle du Conseil d'Etat ;

- la proportionnalité des mesures : le juge contrôle enfin que la teneur des mesures finalement arrêtées par l'Autorité de la concurrence et le ministre était exactement proportionnée aux atteintes portées à la concurrence. Ce contrôle ne s'exerce pas dans l'abstrait. Au contraire, il tient compte des engagements que les entreprises acceptent de souscrire. Compte tenu de ces engagements, le juge met en balance les atteintes portées à la concurrence et les mesures correctrices envisagées par l'Administration. C'est à cette aune qu'il juge, *in fine*, de la légalité des injonctions faites aux entreprises.

**313. - Conséquences d'une annulation contentieuse.** - Les conséquences qui résultent du contrôle de légalité exercé par le juge administratif sont les mêmes que dans le droit commun du contentieux administratif. La première s'exerce sur la décision ministérielle, la seconde sur les pouvoirs du ministre.

**314. - Conséquences sur la décision rendue par l'Autorité de la concurrence ou le ministre.** - Le juge de l'excès de pouvoir, lorsqu'il est saisi d'une décision administrative qu'il juge illégale, ne peut que prononcer

l'annulation totale ou partielle de cette décision. L'annulation est partielle si l'illégalité ne porte que sur une partie de la décision qui est séparable, détachable des autres parties de la décision. Dans les autres cas, l'annulation prononcée est une annulation totale. En matière de concentrations, il y a peu de chances que l'annulation puisse n'être que partielle. En effet, il est dans la nature de ces décisions ministérielles de porter, de manière indivisible, sur un marché. L'appréciation portée est globale. Elle ne peut être découpée en différentes tranches autonomes les unes par rapport aux autres.

315. - Annuler une décision administrative revient, pour le juge administratif, à effacer la décision, à décider la disparition rétroactive de cette dernière. Ainsi, dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence ou le ministre ont refusé la concentration, leur décision disparaît purement et simplement. Cette prérogative semble donner un pouvoir primordial au juge de l'excès de pouvoir. Cependant, il convient de préciser que si la décision administrative ou ministérielle concernée est annulée quelques mois plus tard (dans le cadre du contrôle des concentrations, le Conseil d'État s'efforce de traiter les recours dans des délais exceptionnellement rapides, moins d'un an), cela n'a le plus souvent plus de portée pratique car les données ont entre-temps évolué. À l'inverse, dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence ou le ministre ont accepté la concentration, avec ou sans conditions, l'annulation de leur décision fait disparaître la sorte d'immunité accordée à la concentration. L'obligation de remettre en cause l'opération est constitutive d'une gravité exceptionnelle pour les parties. Par conséquent, l'objet et la nature du contrôle de l'excès de pouvoir exercé par le juge n'est pas parfaitement adapté à ce type de contentieux.

**316. - Conséquences sur les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence et du ministre.** - Paradoxalement, en l'état de la législation, l'annulation de la décision redonne à l'Autorité de la concurrence, au moins en droit, un certain pouvoir. Sa décision ayant disparu par l'effet de l'annulation contentieuse, elle est réputée n'être jamais intervenue. Elle ne fait plus obstacle, dans l'hypothèse d'une notification effectuée dans le cadre de l'article L. 430-3 du Code de commerce, à une nouvelle mise en œuvre du contrôle des concentrations. L'Autorité de la concurrence retrouve le pouvoir de se prononcer sur la concentration. Si elle le fait, elle devra se prononcer compte tenu des circonstances de droit et de fait prévalant à la date de sa nouvelle décision. L'entreprise notifiante pourra confirmer sa demande, auquel cas de nouveaux délais d'examen par l'Autorité de la concurrence s'amorceront. Il convient de préciser qu'en cas d'annulation de la décision du Ministre de l'Économie prise dans l'exercice de son pouvoir d'évocation, une telle annulation a pour effet de faire revivre la décision de l'Autorité de la concurrence à laquelle la décision ministérielle s'était substituée. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire pour les parties concernées d'effectuer une nouvelle notification.

Par conséquent, le contrôle exercé par le juge sur les décisions prises en matière de concentrations porte sur l'utilisation par l'Administration des concepts du droit de la concurrence qui fondent le contrôle des concentrations. Néanmoins, pour effectuer cet examen, le juge administratif fait usage de sa grille traditionnelle de contrôle de légalité. En effet, ce contrôle vise le même objectif que dans les autres contentieux qui relèvent du Conseil d'État. Il s'agit de contrôler l'intervention de l'Administration afin de s'assurer que cette dernière ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt général. L'objectif est de rechercher un équilibre entre la préservation des intérêts particuliers des entreprises et la sauvegarde de l'intérêt général, c'est-à-dire ici le maintien d'une concurrence effective.

Les acteurs juridiques, qu'il s'agisse de l'Autorité de la concurrence ou du Conseil d'État, ont donc un rôle important en matière de contrôle des concentrations. L'acteur politique n'est pas totalement mis de côté depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Celle-ci lui attribue en effet la possibilité d'intervenir dans la procédure décisionnelle de l'Autorité de la concurrence.

## 2) Les nouveaux pouvoirs du Ministre de l'économie

Les pouvoirs du Ministre de l'économie ont été transférés à l'Autorité de la concurrence qui devient donc le nouvel organe décisionnel en matière de concentration. L'acteur politique garde un droit de regard à chaque étape de la procédure de contrôle qui ira jusqu'à lui permettre, dans des cas qui devraient toutefois rester exceptionnels, de revenir sur la décision prise par l'Autorité de la concurrence. Le nouvel article L. 430-7, I du Code de commerce introduit par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 organise l'intervention spécifique du Ministre de l'Économie dans le cadre du contrôle de la concentration.

- **Demander un examen approfondi.** Aux termes de l'article précité, le ministre peut, lorsque l'Autorité de la concurrence ne l'a pas décidé, demander à cette dernière que l'opération de concentration fasse l'objet d'un examen approfondi à l'issue de la première phase dite « d'instruction ». Il doit le faire dans un délai de cinq jours ouvrés après que l'Autorité de la concurrence ait rendu sa décision. La demande du ministre intervient dans le

cas où l'Autorité aura validé une opération sans estimer utile de procéder à son examen approfondi faute d'existence d'un doute sérieux d'atteinte à la concurrence. Elle demeure libre d'accepter la demande du ministre ou de la refuser. ( se pose alors la question de savoir si le refus de l'Autorité de la concurrence peut faire l'objet d'un recours par le ministre devant le Conseil d'Etat. Rien n'est prévu par les textes). L'Autorité se prononce dans les cinq jours ouvrés à compter de la réception de la demande.

- **Pouvoir d'évocation.** En outre, lorsque l'opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, le Ministre de l'Economie a le droit, dans un délai de vingt cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé, d'« évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence » (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-7-1, II, al. 1er). Ces motifs d'intérêt général sont, notamment, « le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi » (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-7-1, II, al. 2). Après avoir évoqué l'affaire, le ministre prend une décision motivée statuant sur l'opération après avoir entendu les parties. Cette décision peut être conditionnée par la mise en oeuvre d'engagements. Elle est transmise « sans délai » à l'Autorité de la concurrence (L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-7-1, II, al. 4).

Ce pouvoir d'évocation est important puisqu'il permet au ministre d'autoriser la réalisation d'une opération de concentration interdite par l'Autorité de la concurrence ou à l'inverse, d'interdire une opération qu'elle aurait autorisée en se fondant sur des critères extérieurs à la concurrence tels que des critères sociaux ou environnementaux. Il ne peut donc influencer les décisions de l'Autorité de la concurrence qu'en se fondant sur des motifs d'intérêt général. La loi de modernisation de l'économie prévoit en effet expressément que l'intervention du ministre ne peut pas le conduire à revenir sur l'analyse concurrentielle effectuée par l'Autorité. L'octroi d'un tel pouvoir se justifie par la nécessité de permettre au ministre de contrôler l'opération d'un point de vue politique et non pas concurrentiel. Il est en effet important pour les autorités de concilier les impératifs de la régulation de la concurrence avec ceux d'autres politiques publiques.

Cette évolution législative démontre le recul du pouvoir politique dans le contrôle des concentrations ce qui constitue une avancée très positive. On peut parler de « juridicisation » du contrôle des concentrations, le contrôle du respect des règles concurrentielles appartenant désormais à une autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence. Le Ministre de l'économie ne retrouve un pouvoir que dans le cas où l'opération projetée pourrait avoir des incidences sur l'intérêt général. Cette disposition permet à la France de s'aligner sur le droit national d'autres pays de l'Union européenne comme notamment l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, ou le Portugal. En outre, elle permet un partage cohérent des rôles entre l'Autorité de la concurrence qui veille au respect des droits de la concurrence et le Ministre de l'économie qui est le garant de l'intérêt général.

La possibilité pour le Ministre de l'Economie de s'opposer à la réalisation d'une opération de concentration a été largement critiqué par le Conseil de la concurrence pour lequel les opérations de concentration ne posant aucun problème de concurrence doivent être autorisées. Or, si le souci de préserver la concurrence doit pouvoir se concilier avec d'autres impératifs politiques, cette conciliation n'a pas lieu d'être lorsque aucun problème concurrentiel ne se pose au préalable. C'est pourquoi le Conseil avait, dans son avis du 18 avril 2008 (*Conseil de la concurrence, avis n° 08-A-05, 18 avril 2008*), souhaité limiter le droit d'évocation du ministre aux seules décisions d'interdiction de l'Autorité de la concurrence. Le ministre n'aurait alors dans ce cas pu se prononcer que dans un sens plus favorable aux entreprises. Mais le texte finalement retenu lui permet d'évoquer l'affaire pour des motifs d'intérêt général dans les deux sens.

En revanche, la doctrine semble plutôt favorable au nouveau pouvoir d'évocation du ministre d'évocation (*F. de Bure et I. Girgenson, Le pouvoir d'intervention du ministre de l'économie en matière de contrôle des concentrations : RLC 2009/18, n° 1265, p. 11. – E. Claudel, La réforme institutionnelle : la création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies, préc., p. 107. – M. Debroux, La création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories : Contrats, conc. consom. 2008, alerte 45*) puisqu'il permet que l'opération de concentration en cause ne soit pas seulement analysée d'un point de vue concurrentiel. Ce droit demeure tout de même critiqué car il est source d'insécurité juridique pour les entreprises puisqu'une décision préalablement autorisée par l'Autorité de la concurrence pourra être remise en cause par le ministre (*C. Vilmart et E. Leguin, La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence : JCP E 2008, 1997, p. 25, n° 72*). Ce dernier pourra alors procéder à une seconde analyse concurrentielle de l'opération qui pourrait se révéler différente de celle effectuée par l'Autorité de la concurrence.

Le Ministre de l'Economie pourrait utiliser son pouvoir d'évocation notamment dans le secteur bancaire, ce

dernier étant souvent considéré comme stratégique afin de s’immiscer indirectement dans le contrôle d’une concentration entre banques. Or, la difficulté réside dans l’absence d’impartialité du contrôle politique par rapport au contrôle d’une autorité administrative indépendante telle que l’Autorité de la concurrence. En effet, le pouvoir politique, selon les alternances, sera plus ou moins libéral et l’appréciation qui sera portée sur l’opération pourra être radicalement opposée. Par exemple, lors de l’opération de rapprochement entre BNP Paribas et Société Générale, le Premier Ministre, Lionel Jospin, et son Ministre de l’Economie et des Finances étaient opposés à cette opération de rapprochement tandis que les libéraux, alors dans l’opposition, y étaient favorables. Les conséquences sociales des grosses opérations de concentrations sont importantes, surtout lorsque les réseaux bancaires font doublons, ce qui était le cas pour l’opération BNP Paribas Société Générale. Les concentrations bancaires se traduisent en effet par une diminution du nombre d’établissements de crédit implantés et font souvent craindre des conséquences pour l’emploi.

Les acteurs juridiques et politiques ont donc, dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, pour mission de veiller au respect des droits de la concurrence mais également de l’intérêt général. Il convient à présent d’étudier les différentes modalités de préservation d’une libre concurrence effective.

#### b) Modalités de la préservation d'une libre concurrence effective

317. - En principe, l’Autorité de la concurrence et le ministre contrôlent s’il y a atteinte à la concurrence (1). Ainsi, ils procèdent tout d’abord à un bilan concurrentiel. Si celui-ci se révèle négatif, ils envisagent éventuellement un bilan économique. Ils recherchent donc si cette atteinte peut être justifiée par un progrès économique et social (2). Si le bilan est positif, l’opération de concentration sera autorisée (cette méthode a longuement été développée dans les différents rapports annuels du Conseil de la concurrence. V. en particulier, *Cons. conc., Rapp. annuels 1990, 1991 et 1995*. - V. également l’audition F. Jenny dans le cadre du témoignage du Conseil de la concurrence sur les contrôles des concentrations et des positions dominantes in *A. Fabre-Pujol et D. Paul, Face aux grands groupes : quelle politique pour l’emploi et les territoires ?*, cité supra n° 214, p. 422).

##### 1) Contrôle de l'absence d'atteinte à la concurrence

318. - L’Autorité de la concurrence et le ministre effectuent un contrôle qui a pour vocation de préserver une libre concurrence sur un marché. Par conséquent, selon l’article L. 430-6 (*L. n° 2008-776, 4 août 2008*), une opération de concentration ne peut-être interdite que lorsqu’elle est de nature à porter atteinte à la concurrence. Cette atteinte résulte, notamment, de la création ou du renforcement d’une position dominante (cette position dominante peut être simple ou collective) ou bien d’une situation de dépendance économique. Il convient de préciser que le test retenu renvoie également au critère plus large de la réduction de la concurrence (*Lignes directrices Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes relatives au contrôle des concentrations Procédure et analyse, 15 juill. 2005*. - Concernant l’élaboration de ces lignes directrices, V. *M. Marcinkowski et M. Ponsard, Le projet de lignes directrices de la DGCCRF : les points délicats lors du contrôle des opérations de concentration : Contrats, conc. consom. 2003, chron. 3, p. 11*).

319. - Pour apprécier les incidences potentielles d’une concentration sur la concurrence, il y a lieu de définir au préalable les marchés pertinents. La délimitation du marché pertinent est l’étape préliminaire et fondamentale de l’analyse concurrentielle. Elle comprend deux dimensions. D’une part, il s’agit du marché de produits. Celui-ci est analysé en fonction d’un faisceau d’indices tant qualitatifs que quantitatifs. Les éléments qualitatifs résident en premier lieu dans l’analyse de la demande (sur la base d’enquêtes d’opinions, d’études de marché), dans celle de la nature du produit (fonction, usage et caractéristiques du produit), dans son mode de distribution ou à travers la distinction selon le type d’acheteurs ou de demandeurs. À ces éléments d’analyse qualitatifs, s’ajoutent des éléments quantitatifs. Ces derniers sont destinés à évaluer la substituabilité des produits, c’est-à-dire à rechercher les produits que les consommateurs considèrent comme apportant une satisfaction similaire à celle conférée par les produits en cause. D’autre part, il convient de délimiter le marché géographique. Cela s’effectue en fonction de la substituabilité des produits ou services en fonction des coûts de transport, des flux d’échanges, des barrières réglementaires et des éventuelles contraintes techniques existantes (V. pour une étude détaillée, *L. Bidaud, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence : Litec, 2001, spécialement p. 35*. - *A. Decocq et G. Decocq, Droit de la concurrence interne et communautaire : LGDJ, 2002, p. 105*).

320. - Ensuite, il faut apprécier les modifications structurelles du marché liées à l’opération examinée. L’analyse réalisée tient compte des spécificités du marché en cause comme par exemple le degré de concentration déjà existant. Les perspectives d’évolution du marché c’est-à-dire le degré d’ouverture du marché sont aussi prises en considération ainsi que les parts de marché (plus la part de marché de l’entreprise résultant de l’opération est

élevée par rapport à celles de ses concurrents, plus la probabilité qu'elle confère ou renforce un pouvoir de marché est forte). Ce contrôle est très délicat car le temps pertinent est le futur. Par conséquent, il implique nécessairement des anticipations. Le danger primordial est donc le risque d'erreur dans l'appréciation car la reconstitution de ce que sera le marché, de ce qu'il devra être ou ne pas être, n'est pas chose aisée.

321. - Enfin, selon les circonstances qui se présentent, l'Autorité de la concurrence peut considérer que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence. Dans ce cas, elle rend une décision défavorable à l'opération de concentration afin de préserver une concurrence effective .

322. - Les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. L'article L. 464-2, I du Code de commerce (*modifié par ord. n° 2008-1161, 13 nov. 2008*) a doté l'Autorité de la concurrence du pouvoir d'accepter des engagements « de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence ». Les engagements présentent deux caractéristiques. En la forme, ce sont des propositions faites par les parties à l'autorité de contrôle. Sur le fond, ces propositions portent sur le respect d'obligations dont l'objet est d'éliminer les problèmes de concurrence qui pourraient faire obstacle à la délivrance de l'autorisation (*L. Idot et C. Momège, Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexion sur l'évolution de la pratique : Rev. Lamy dr. aff. 2001, supplément n° 37, p. 7*).

Les engagements proposés par les parties peuvent être structurels ou comportementaux. Les engagements structurels consistent à résoudre le risque posé par la détention d'un trop grand pouvoir de marché en vendant des actifs (ainsi, en 2008, la Commission européenne a autorisé le rachat des actifs belges et luxembourgeois de Fortis par BNP Paribas moyennant un engagement de cession de sa filiale belge PFB présente dans le secteur des cartes de crédit, *Comm. CEE, déc. M.5384, 3 déc. 2008, BNP Paribas/Fortis*). Les engagements comportementaux visent à compenser les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration au moyen de solutions engageant le comportement futur de l'entité fusionnée sur le marché. Pour l'opération de fusion entre les groupes Banques populaires et Caisses d'épargne (Décision n° 09-DCC-16), l'Autorité de la concurrence a ainsi estimé qu'un engagement comportemental pouvait permettre d'écarter des risques d'atteinte à la concurrence. Les parties se sont alors engagées à maintenir l'autonomie de gestion et l'indépendance juridique des activités de leurs trois réseaux, « notamment en conservant des structures d'exploitation juridiquement distinctes et autonomes, des marques et enseignes différentes et en assurant une gestion autonome et séparée des trois réseaux » (*Autorité de la concurrence, rapp. annuel 2009, p. 287*). Lors de cette opération, l'Autorité de la concurrence a d'ailleurs précisé que « lorsque cela est possible, des engagements structurels sont généralement considérés par les autorités de la concurrence comme particulièrement adaptés lorsqu'il s'agit de remédier à une atteinte portée à la concurrence du fait du cumul de parts de marché importantes. Ils sont préférés à des engagements comportementaux, nécessairement limités dans le temps, et dont le suivi peut être rendu difficile par d'importantes asymétries d'informations, entre les autorités de concurrence et les entreprises souscrivant des engagements, comme entre ces entreprises et le marché » En outre, les engagements structurels permettent d'apporter des solutions immédiates, généralement plus simples à mettre en œuvre et à contrôler que les engagements comportementaux.

A la réception des engagements proposés par les parties, ceux ci sont publiés à l'intention des tiers intéressés qui peuvent présenter leurs observations dans un délai qui ne peut pas être inférieur à un mois à compter de la publication. Les parties et le commissaire du Gouvernement sont également invités à présenter leurs observations. L'ensemble de ces observations est versé au dossier. Cette étape constitue un « test de marché » qui permet à l'Autorité de la concurrence de solliciter les clients, les fournisseurs, les concurrents, afin de vérifier si les engagements proposés sont pertinents, crédibles et vérifiables et s'ils sont « proportionnés aux préoccupations de concurrence » (*Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, 2 mars 2009, p.6*).

323. - Ces engagements sont utilisés dans des affaires où les problèmes de concurrence sont susceptibles d'être éliminés rapidement. La procédure d'engagements permet d'accélérer la résolution de certaines affaires, en privilégiant le rétablissement rapide et constructif de la concurrence. Ils doivent en principe accompagner la notification (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-5, II*) mais ils peuvent également être proposés avant la fin d'un délai de vingt cinq jours ouvrés à compter de la date de réception du dossier de notification par l'Autorité de la concurrence (*L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-7, III*). Sous l'ancien régime, ils étaient souvent proposés ultérieurement dès que les difficultés apparaissaient. Dans le cadre de la procédure dite "lourde" avec saisine du Conseil de la concurrence, ils ne pouvaient être

formulés que par écrit. Les engagements pouvaient aussi être négociés dans le cadre de la procédure dite "légère", c'est-à-dire dans l'hypothèse où le ministre n'estimait pas nécessaire de saisir le Conseil de la concurrence. Dans ce cas, il semblait qu'ils pouvaient être proposés jusqu'à la dernière minute, sous réserve du seul respect du principe des droits de la défense. Ainsi, pendant plusieurs années, l'Administration a eu tendance à régler de telles affaires à l'amiable, après une négociation avec les entreprises (il convient de préciser que depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les nouvelles régulations économiques, le ministre de l'Économie et des Finances est obligé de saisir le Conseil de la concurrence pour obtenir son avis). Cette pratique a été confirmée par les nombreuses lettres adressées à celles-ci par le ministre, les informant qu'il ne solliciterait pas l'avis du Conseil de la concurrence. Ce procédé a été très critiqué (*J.-B. Blaise et F. Jenny, Le droit de la concurrence, Les années récentes : bilan et synthèse : RID éco. 1995, p. 91, spécialement p. 120*).

L'Autorité de la concurrence, afin de maintenir une concurrence suffisante, veille à ce que les engagements souscrits par les parties soient respectés. Ainsi, si elle estime que les parties n'ont pas respecté leurs engagements, elle peut soit retirer la décision autorisant l'opération de concentration (les parties peuvent alors procéder à une nouvelle notification dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision) : soit enjoindre aux parties sous astreinte d'exécuter leurs engagements ; soit leur infliger une sanction pécuniaire (*Ord. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 96, codifié C. com., art. L. 430-8, IV, 1° et 2°*).

324. - Nous venons donc de démontrer que lorsque l'opération de concentration porte atteinte à la concurrence, les parties peuvent proposer des engagements afin de résoudre les problèmes décelés. Si l'atteinte à la concurrence subsiste, l'autorité de contrôle opère un bilan économique et social (il convient de préciser qu'il s'agit d'une possibilité pour sauver la réalisation du projet. Néanmoins, rares sont les décisions ou avis qui ont pu conduire à l'établissement d'un bilan économique et social. En effet, la plupart du temps, soit le bilan concurrentiel est positif, soit les risques pour la concurrence peuvent être levés par des engagements, soit l'atteinte à la concurrence est telle qu'elle ne peut guère être compensée).

## 2) Contribution au progrès économique et social

325. - Selon l'article L. 430-6 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence apprécie si la concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Il s'agit d'une possibilité d'effacer "l'illicéité" d'une concentration qui dépasse pourtant les seuils légaux et porte atteinte à la concurrence, lorsqu'elle compense cette atteinte par une "contribution suffisante au progrès économique". L'Autorité apprécie en particulier si les gains d'efficacité économique de l'opération peuvent inciter l'entreprise à adopter un comportement favorable à la concurrence (*Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 16 déc. 2009, p. 124*).

Il appartient aux parties de prouver que les gains d'efficacité économique de l'opération sont suffisants pour contrebalancer les effets anticoncurrentiels. Elles doivent pour cela réunir tous les éléments de preuve. L'insuffisance et l'imprécision des démonstrations apportées ont souvent été soulignées par le Conseil d'Etat. Celui a notamment indiqué dans l'affaire *Coca-Cola / Orangina (Conseil d'Etat, Section du 9 avril 1999, 201853)* que les informations fournies permettaient pas « d'établir que les effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée pourraient être compensés par une contribution suffisante au progrès économique et social ».

326. - L'Autorité doit appliquer la méthode du bilan économique afin de comparer les avantages et les inconvénients de l'opération de concentration. Elle doit veiller à ce que celle-ci ait une relation suffisante avec le progrès envisagé. Ainsi, l'Autorité recherche si le progrès allégué est vraisemblable, s'il constitue bien un progrès économique pour la collectivité dans son ensemble, et non uniquement un avantage pour les entreprises obtenu au détriment de leurs concurrents ou de leurs cocontractants. Dans ses lignes directrices (*Lignes directrices sur les concentrations horizontales, 5 février 2004, paragraphe 84*), la Commission européenne a ainsi rappelé que le progrès économique devait être suffisamment répercuté sur les consommateurs. Enfin, l'Autorité est obligée de vérifier si l'opération examinée est strictement nécessaire pour la réalisation du progrès allégué. Elle vérifie donc que ce progrès ne puisse être réalisé qu'au moyen de la concentration, il doit être spécifique à l'opération de concentration comme le souligne l'Autorité de la concurrence dans ses lignes directrices (*Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 16 déc. 2009, p. 125*) Sous l'ancien régime, le Conseil de la concurrence avait considéré, dans son avis n° 91A6 du 21 juin 1991, qu'il doit exister un lien de causalité entre l'opération de concentration et le progrès économique.

327. - Le progrès économique est constitué de l'amélioration de la productivité. Son importance a été clairement affirmée par le législateur lui-même. Effectivement, il l'avait, seul, cité dans l'article 51-2 de l'ordonnance n° 45-

1483 du 30 juin 1945. Si le législateur de 1986 n'a pas jugé utile de mentionner, à titre d'exemple, à l'image de son prédécesseur, cet accroissement de productivité comme facteur de progrès, il ne faut pas en conclure que son analyse a été modifiée. En effet, l'amélioration de la productivité (dont les économies d'échelle font partie) constitue le principal facteur pris en compte par l'Autorité de la concurrence. Il peut aussi s'agir de la capacité d'innovation ou de l'augmentation des opérations sur le plan international. Ainsi, le critère de la compétitivité internationale est éminemment pris en considération (*J. Leygonie et A. Condomines, La prise en considération des gains d'efficience dans le contrôle des concentrations : LPA 19 mars 2003, n° 56, p. 5*).

D'autres sources, autres que le gain de productivité, sont susceptibles de constituer un progrès économique et social. Il peut s'agir de l'enrichissement et de l'amélioration de la qualité des produits et des services offerts aux consommateurs (*Décision du ministre C 2005-18, 28 oct. 2005, avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-18, 11 oct. 2005*), de l'amélioration de la compétitivité internationale des entreprises (*Décision du Conseil d'Etat n° 216645 relative au rachat par Coca-Cola des actifs d'Orangina, 6 oct. 2000*) ou de l'amélioration des capacités d'innovation, de recherche et de développement (*Avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron, 7 janv. 2005*).

328. - L'Autorité de la concurrence se prononce uniquement sur la contribution suffisante au progrès économique que l'opération de concentration est susceptible d'entraîner. À la différence de l'Autorité de la concurrence, les ministres compétents ne s'intéressent pas seulement à la contribution de l'opération au progrès économique mais apprécient également les incidences sociales de cette dernière. Ce contrôle ministériel des impacts sociaux d'une opération de concentration est d'autant plus marqué depuis que le Ministre de l'Economie dispose d'un pouvoir d'évocation de l'affaire pour des motifs d'intérêt général. (cette situation est incompréhensible. En effet, l'Autorité de la concurrence a reçu compétence pour apprécier les avantages sociaux d'une entente ou d'une pratique de domination, mais n'a pas voix au chapitre pour évaluer les mêmes avantages lors d'une opération de concentration. Cela est d'autant plus surprenant que, selon l'article L. 430-6, alinéa 3, du Code de commerce, les comités d'entreprise des parties à l'opération sont entendus à leur demande par l'Autorité de la concurrence. À quoi riment ces auditions si l'Autorité est par la suite censurer sur la question sociale ? Ceci constitue une incohérence du contrôle français des concentrations. La solution consisterait peut-être à élargir encore la notion de progrès économique en considérant qu'elle comprend également la création ou le maintien d'emploi, ce qui permettrait à l'Autorité de livrer son expertise sur la question. Cependant, une interprétation aussi extensive de cette notion serait contestable. La meilleure solution resterait donc une réforme législative qui accorderait à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de se prononcer sur le progrès économique et social). Ainsi, le progrès social fait partie de la compétence ministérielle (~~toutefois, selon la Direction de la concurrence, le maintien de l'emploi n'est qu'un critère qui ne joue pas un rôle primordial~~). Dès lors, les parties peuvent se voir imposer des conditions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante.

329. - Il convient de préciser que selon certains auteurs l'indépendance nationale ou la protection du consommateur constituent aussi des éléments du progrès social. Un problème réside donc dans l'asymétrie de la répartition des compétences entre le ministre et l'Autorité de la concurrence. Il serait sans doute préférable, pour sauvegarder pleinement la cohérence de l'appréciation juridique, de délimiter plus nettement les domaines de compétence respectifs de l'Autorité et du ministre, voire de les aligner (à notre avis, c'est cette dernière solution qui est préférable. En effet, l'alignement des compétences de l'Autorité de la concurrence et du ministre aurait le mérite de supprimer toute ambiguïté sur leur domaine respectif d'intervention).

Nous venons de démontrer que le contrôle des concentrations bancaires en droit interne de la concurrence ne doit pas être original.

330. - **Conclusion.** - Nous avons donc mis en exergue que les concentrations bancaires doivent être soumises au droit commun de la concurrence.

331. - D'une part, en droit communautaire de la concurrence, les établissements de crédit sont incontestablement soumis au règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 sur les concentrations. Nous avons pourtant mis en lumière l'existence d'incertitudes juridiques liées à la prise en considération de la spécificité bancaire. Celles-ci ont progressivement reculé. En effet, il est délicat de justifier de manière convaincante l'existence de spécificités dans le traitement concurrentiel des établissements de crédit car ce contrôle a pour unique objectif d'éviter les entraves à une concurrence effective sur un marché. Ainsi, la spécificité du calcul de la dimension communautaire des établissements de crédit a été abandonnée. La "clause bancaire" n'a pas été appliquée, tandis que la protection des "intérêts légitimes" nationaux a été appréciée limitativement par la Commission. En outre, cette dernière a défini les marchés bancaires de référence de manière comparable aux autres secteurs économiques. Enfin, nous avons mis en évidence l'absence de seuil de dominance spécifique au secteur bancaire

ainsi que l'inexistence d'une spécificité dans l'utilisation des engagements.

332. - D'autre part, en droit interne, l'ambiguïté concernant l'application du droit de la concurrence aux concentrations bancaires a été vivement critiquée. Nous avons mis en exergue que de nombreux arguments plaident en faveur de la soumission des établissements de crédit au droit français de la concurrence lors de leur concentration. La validité de ce raisonnement a finalement été consacrée par le législateur.

## BIBLIOGRAPHIE

**Traité, ouvrages, manuels, thèses et mémoires.** - L. Bidaud, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence : *Litec, Paris, 2001*. - J.-B. Blaise, L. Idot, G. le Tallec et J. Schapira, Droit européen des affaires, t. 2 : *PUF, coll. Thémis, Paris, 5e éd., 1999*. - R. Blasselle, Traité de droit européen de la concurrence, t. 1 : *Publisud, Paris, 2002*. - M.-P. Blin-Franchomme, Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires (droit interne-droit communautaire) : *Toulouse I, 1998*. - Th. Bonneau, Droit bancaire : *Montchrestien, Paris, 5e éd., 2003*. - Th. Bonneau et al., Mélanges M. Vasseur : *Banque éditeur, Paris, 2000*. - Th. Bonneau et L. Faugerolas, Les offres publiques OPA-OPE, garantie de cours, retrait : *Éd. formation entreprise, 1999*. - J.-P. Bornet et H. De Vauplane, Droit des marchés financiers : *Litec, Paris, 2001, 3e éd.* - J. Bouvier, Un siècle de banque française : *Hachette, Paris, 1973*. - D. Brault, Droit et politique de la concurrence : *Economica, Paris, 1997*. - P.-H. Cassou, La réglementation bancaire, préf. J.-Cl. Trichet, Les classiques : *SEFI, coll. Banque et Stratégie, Paris, 1997*. - M. Chadefaux, Les fusions de sociétés régime juridique et fiscal, Guide gestion : *Groupe Rev. fid., Paris, 4e éd., 2003*. - L. Cohen-Tanugi, D. Encaoua, A. Winckler, M. Siragusa et Fr. Brunet, La pratique communautaire du contrôle des concentrations-Analyses juridique, économique et comparative - Europe, États-unis, Japon : *De Boeck Université, 1998*. - M.-L. Coquelet, La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés, Thèse dirigée par M. Jeantin : *Paris X, 1994*. - J.-M. Cot et J.-P. de La Laurencie, Le contrôle français des concentrations : *LGDJ, Paris, 2e éd., 2003*. - A. Couret et G. Hirigoyen, Les OPA : *PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1992*. - A. Couret, F. Peltier et J. Deveze, Le droit bancaire : *PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1994*. - M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés : *Litec, Paris, 16e éd., 2003*. - J.-J. Daigre, Les offres publiques en bourse : *Banque éditeur, Paris, 2001*. - J.-J. Daigre et H. de Vauplane et al., Droit bancaire financier, mélanges AEDBF-France III : *Banque éditeur, Paris, 2001*. - G. Damy, Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes : *Litec, Paris, 2005*. - A. et G. Decocq, Droit de la concurrence interne et communautaire : *LGDJ, Paris, 2002* ; Droit européen des affaires : *LGDJ, Paris, 2003*. - J. Deveze, A. Couret et G. Hirigoyen, Lamy droit du financement : *Paris, 2004*. - M. Djazayeri, Le contrôle juridique effectué dans le cadre européen en matière d'opérations de rapprochement d'entreprises, Thèse dirigée par A. Piquemal : *Nice, 2002*. - Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit du crédit, t. 1 : *Litec, coll. Les institutions, Paris, 1990* ; Droit bancaire : *Litec, Paris, 5e éd., 2002*. - Ch. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés : *LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, Paris, 1991*. - D. Lacoue-Labarthe, Les banques en France, Privatisation, restructuration, consolidation : *Economica, Paris, 2001*. - P. Le Cannu, Droit des sociétés : *Montchrestien, Paris, 2e éd., 2003*. - C. Lebegge, Fusions et acquisitions dans le secteur bancaire belge : *Academia Bruylant, Coll. Fortis Bank Award, Louvain-la-Neuve, 2000*. - Ch. Leguevaques, Droit des défaillances bancaires : *Economica, coll. Pratique du Droit, Paris, 2002*. - Cl. Lucas De Leyssac et G. Parleani, Droit du marché : *PUF, coll. Thémis Droit privé, Paris, 2002*. - M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence : *Armand Colin, Paris, 2e éd., 2003*. - B. Marois et X. Frade, Les acquisitions dans les stratégies européennes des banques françaises : *Les cahiers de recherche du groupe HEC, Paris, 1992*. - G. Martin J. et al., Les transformations de la régulation juridique : *LGDJ, coll. Droit et société, Paris, 1998*. - J.-P. Mattout et H. De Vauplane et al., Droit bancaire financier, Mélanges AEDBF-France : *Banque éditeur, Paris, 2e éd., 1999*. - B. Mercadal, Ph. Janin, A. Charveriat et A. Couret, Mémento Lefebvre Sociétés commerciales, 2004 : *Fr. Lefebvre, Levallois*. - Ph. Merle, Droit commercial Sociétés commerciales : *Précis Dalloz, Paris, 11e éd., 2005*. - J. Mestre Jacques et D. Velardocchio, Lamy sociétés commerciales : *Paris, 2003*. - J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public : *LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, Paris, 1999*. - G. Ripert, R. Roblot, Ph. Delebecque et M. Germain, Traité de droit commercial, t. 2 : *LGDJ, Paris, 16e éd., 2000*. - G. Ripert, R. Roblot et L. Vogel, Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1 : *LGDJ, Paris, 18e éd., 2001*. - G. Ripert, R. Roblot et M. Germain, Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2 : *LGDJ, Paris, 18e éd., 2002*. - R. Routier, Les fusions de sociétés commerciales : prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, préf. G. J. Martin : *LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, Paris, 1994*. - B. Sousi-Roubi, Droit bancaire européen : *Précis Dalloz, Paris, 1995*. - J. Spindler et al., Contrôle des activités bancaires, risques financiers, études coordonnées par J. Spindler : *Economica, Paris, 1998*. - A. Tercinet, Droit européen de la concurrence opportunités et menaces : *Monchrestien, Paris, 2000*. - F. Torres, Banquiers d'avenir Des comptoirs d'escompte à la naissance de BNP-Paribas : *Albin Michel, Paris, 2000*. - A. Viandier, OPA OPE et autres offres publiques : *Fr. Lefebvre, Levallois, 2e éd., 2003*. - J. Zachmann, Le contrôle communautaire des concentrations : *LGDJ, Paris, 1994*, Thierry Bonneau, Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance,

*La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, 11 fév. 2010, Hervé Causse et Anthony Maymont, L'Autorité de contrôle prudentiel Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, *Revue Droit bancaire et financier*, mai 2010, François Sauvage, Banque et assurance : une nouvelle autorité de contrôle commune, *Revue Droit bancaire et financier*, mars 2010

**Chroniques, contributions et articles.** - G. Adjiman, Fusions-acquisitions : priorité aux opérations nationales : *Banque mag.* 2000, n° 611, p. 44 à 46. - P. Arhel, Modernisation du droit français de la concurrence (loi relative aux nouvelles régulations économiques) : *JCP E* 2001, p. 938 à 944 ; Les nouveautés du décret d'application du 30 avril 2002 relatif à la loi NRE : *Contrats, conc. consom.* 2002, *chron.* 13 ; Le projet de lignes directrices de la DGCCRF sur les concentrations : *LPA* 27 mars 2003, n° 62, p. 8 ; Le nouveau règlement "concentration" européen : *JCP E* 2004, *act.* p. 246. - R. Ayadi, P. De Lima et G. Pujals, 'Europe bancaire se restructure : *Banque mag.* 2002, n° 637, p. 3. - B. S., Meritanordbanken finalise le rachat du norvégien Christiania Bank : *la Tribune* 17 oct. 2000, p. 3. - F. Bailly, À propos de la notion de contrôle : *Banque mag.* 1999, n° 607, p. 83. - B. Bayart, Bataille de chiffres autour de l'opération Crédit agricole-Crédit Lyonnais : *Le Figaro économie*, 14 janv. 2003, p. 5 ; Crédit agricole-Lyonnais : risque d'imbroglio juridique : *Le Figaro économie*, 22 et 23 févr. 2003, p. 1 ; Le Crédit agricole obtient le feu vert pour racheter le Lyonnais : *Le Figaro économie*, 14 mars 2003, p. 1. - M. Bazex et S. Blazy, Le contrôle des concentrations dans le secteur bancaire : *Dr. adm.* mai 2003, p. 17. - J.-C. Bermond, Test de dominance et effets unilatéraux : *RD aff. int.* 2004, p. 77 à 84. - Y. Bernheim, À propos de la détermination des parités : *Banque* 1997, n° 582, p. 31 à 33. - V. Bertheau, Les engagements dans l'application du contrôle des concentrations : *RID éco.* 2000, p. 441 à 470. - J. Biancarelli, L'application du droit communautaire de la concurrence au secteur financier (banque et assurance) : *Gaz. Pal.* 1991, 1, *doctr.* p. 247. - J.-B. Blaise et Fr. Jenny, Le droit de la concurrence, Les années récentes : bilan et synthèse : *RID éco.* 1995, p. 91. - M. Bliman, Bruxelles fait renoncer SEB et FS-Banken à leur projet de fusion : *www.lesechos.fr*, 19 sept. 2001. - Fr. Brunet et L. Girgenson, Le nouveau régime de contrôle des concentrations : les ambivalences d'une "révolution antitrust" à la française : *JCP E* 2002, p. 1802. - D. Caramalli, L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation relative au contrôle des concentrations en droit français : *LPA* 16 mai 2002, n° 98, p. 4. - Ch. Caron et G. Decocq, Droit interne de la concurrence : *JCP E* 2003, 1627. - C. Charbonneau et Fr.-J. Pansier, La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : *LPA* 21 mai 2001, n° 100, p. 3 ; La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : *LPA* 23 mai 2001, n° 102, p. 14 ; La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : *LPA* 24 mai 2001, n° 103, p. 3. - V. Chocron et D. Mariette, Le CECEI sous la pression des banques : *La Tribune*, 19 févr. 2003, p. 17. - A. Choffel, S. Hautbourg, S. Vacher et D. Voillemot, Secteur bancaire : concentration au niveau communautaire : *Décideurs juridiques et financiers*, 2001, n° 25, p. 36. - E. Cohen, Banques : les raisons des concentrations : *Rev. pol. et parl.* n° 1002, p. 13. - J.-L. Colson et J.-Ph. Gunther, Droit des actionnaires minoritaires en matière de contrôle communautaire des concentrations. Analyse de l'arrêt du tribunal de première instance des Communautés européennes du 28 octobre 1993 : *Act. communautaires* 1993, n° 292, p. 7. - A. Condomines et J. Leygonie, La prise en considération des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations : *LPA* 19 mars 2003, n° 56, p. 4. - J.-M. Coumes et J. Ratliff, Contrôle communautaire des concentrations : nouveaux seuils et nouvelles règles sur les entreprises communes : *RMCUE* 1997, p. 611 ; *Les Échos*, 21 oct. 2002, p. 28. - A. Counis et V. Le Billon, Crédit agricole - Crédit Lyonnais : le débat sur les parts de marché fait rage : *Les Échos*, 14 janv. 2003, p. 20. - A. Couret, Retour sur la notion de contrôle : *RJDA* 1998, p. 279. - O. d'Ormesson et S. Kerjean, Le développement de la pratique des engagements dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations : *RTDE* 1998, p. 479. - G. Damy, Concentrations bancaires : la compétence controversée des autorités : *D.* 2003, p. 1828. - R. Daout, L'application du règlement sur le contrôle des concentrations dans la Communauté européenne : *Banque et droit* 1994, n° 33, p. 42. - Ch. De Boissieu Christian, Comparabilité économique entre système concurrentiel de biens et services et système boursier et financier : *LPA* 21 juill. 1999, n° 144, p. 3 ; *Rev. conc. consom.* 1999, n° 110, p. 7. - J. De Noblet, L. Givry et S. Sangle-Ferriere, Publication du décret "Concurrence" de la loi NRE : *Rev. Lamy dr. aff.* 2002, n° 50, p. 11. - S. Dominguez et A. Wachsmann, Contrôle des concentrations : le Livre vert de la Commission européenne : *Les Échos*, 14 et 15 déc. 2001, p. 59. - C.-D. Ehlermann, L'huile et le sel : Le secteur bancaire et le droit européen de la concurrence : *RTDE* 1993, p. 457 à 476. - S. Fay, L'Europe des concentrations bancaires : *Le Monde*, 17 févr. 1999, p. 1. - M.-A. Frison-Roche, Les concentrations bancaires sous surveillance : le contrôle exercé dans ce domaine par le ministère des finances est ambigu : *Le Monde*, 30 mars 1999, p. 19 ; L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie : *Rev. conc. consom.* 2000, n° 118, p. 7 ; Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? : *Rev. éco. fin.* 2001, n° 60, p. 85 ; La loi sur les Nouvelles régulations économiques : *D.* 2001, p. 1930 à 1933 ; La lumière crue jetée sur les failles de l'interrégulation : *Les Échos*, 23 et 24 mai 2003, p. 46 ; Le droit de la régulation économique : *D.* 2004, p. 126. - Ch. Gavalda, Les regroupements bancaires internes, européens et internationaux, mélanges J. Stoufflet : *PU Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, LGDJ*, 2001, p. 115. - L. Givry et J.-P. de La Laurencie, Les arrêts du TPICE : le contrôle des concentrations... sous contrôle : *Rev. Lamy dr. aff.* 2003, n° 56, p. 7. - Ph. Gugler, Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations :

*RD aff. int.* 1998, p. 919. - J.-Ph. Gunther et J. Poyer, Les appréciations des opérations de concentration dans le secteur bancaire et financier à travers l'affaire Crédit Lyonnais / BFG Bank : *Act. communautaires* 1993, n° 285, p. 7. - L. Idot, Le contrôle des concentrations, version 1998 : *Europe* 1997, *chron.* 8, p. 5 ; Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations : *Rev. arb.* 2000, p. 591 ; La deuxième partie de la loi "NRE" ou la réforme du droit français de la concurrence : *JCP G* 2001, I, 343, p. 1609 ; Concentrations : *Europe* 2002, *comm.* 291. - L. Idot et Ch. Momege, Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexion sur l'évolution de la pratique : *Rev. Lamy dr. aff.* 2001, *suppl.* n° 37, p. 5. - N. Jalabert-Doury, Révision du règlement communautaire sur les concentrations : les silences du livre vert appellent une réaction forte des entreprises : *RD aff. int.* 2002, p. 127. - S. Kerjean, La Commission se fixe des priorités pour cinq ans : *Revue Épargne et Finance* 1999, n° 2, p. 32 ; Le secteur bancaire européen à l'épreuve du contrôle des concentrations : *Banque et droit* 2000, n° 69, p. 14. - I. Krimmer, Brèves remarques sur une réforme inévitable : la soumission des concentrations bancaires au droit commun : *LPA* 7 nov. 2003, p. 3. - J.-Ph. Lacour, L'autonomie du droit bancaire affirmée : *La Tribune*, 30 août 1999. - V. Le Billon, Crédit agricole-Crédit Lyonnais : le CECEI sous la pression des "tiers intéressés" : *Les Échos*, 7 et 8 mars 2003, p. 25 ; Crédit Lyonnais : le Crédit agricole a le feu vert du CECEI : *Les Échos*, 14 et 15 mars 2003, p. 24 ; Concentration bancaire : *Francis Mer défend la compétence du CECEI sur la concurrence* : *Les Échos*, 9 avr. 2003, p. 21 ; Lyonnais : prorogation de l'offre du Crédit agricole : *Les Échos*, 16 avr. 2003, p. 21. - M. Levy et Fr. Martucci, Le nouveau contrôle des concentrations en France : *JCP E* 2001, p. 1593. - A. Lienhard, Nouvelles régulations économiques : commentaire du décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 : *D.* 2002, p. 1649 ; Le CECEI n'est pas compétent pour contrôler les concentrations dans le secteur bancaire : *AJDA* 2003, p. 1022. - Cl. Lucas de Leyssac et J.-L. Lesquins, Le mariage Crédit agricole-Crédit Lyonnais embarrasse le CECEI : *La Tribune*, 3 mars 2003, p. 29. - S. Mail-Fouilleul, Les sanctions pécuniaires en droit communautaire des concentrations : *LPA* 3 août 2001, n° 154, p. 4. - M. Marcinkowski et M. Ponsard, Le projet de lignes directrices de la DGCCRF : les points délicats lors du contrôle des opérations de concentration : *Contrats, conc. consom.* 2003, *chron.* 3, p. 9. - M. Meddeb, Contrôle communautaire des concentrations bancaires : aperçu des dernières évolutions et des réformes actuelles : *Contrats, conc. consom.* 2002, *chron.* 6, p. 12. - A. Michel, Crédit agricole-Crédit Lyonnais : une consultation publique sur la concurrence est ouverte : *Le Monde*, 13 janv. 2003, p. 14. - D. Neven, La caractérisation de la position dominante collective : *Rev. conc. consom.* 2002, n° 126, p. 18. - L. Nouvel, Contrôle communautaire des concentrations : l'arrivée d'une réforme décisive : *RD aff. int.* 2003, p. 318. - G. Parleani, Concentration bancaire : *RD bancaire et fin.* 2000, p. 109 ; L'affaire Crédit agricole-Crédit Lyonnais : vers la fin de l'"exception bancaire" française : *RD bancaire et fin.* 2003, p. 239. - A. Pirovano, Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001) : *D.* 2002, p. 62. - A. Raynaud, La fin de l'exception française en matière de contrôle des concentrations bancaires ? : *Les Échos*, 24 oct. 2002, p. 40. - Ph. Rinczaux, Actualité du droit communautaire de la concurrence (2e partie) : *Gaz. Pal.* 29 juin au 1er juill. 2003, *doctr.* p. 2. - D. Schmidt, Les définitions du contrôle d'une société, in *La prise de contrôle* : *RJ com.* 1998, p. 9. - B. Sousi-Roubi et J. Zachmann, Le contrôle communautaire des concentrations bancaires : la spécificité en question : *RD bancaire et bourse* 1993, p. 77. - J.-H. Stahl, Le contrôle des décisions administratives à finalité concurrentielle : l'exemple des concentrations : *Rev. conc. consom.* 2000, n° 116, p. 17. - M. Storck, Définition légale du contrôle d'une société en droit français : *Rev. sociétés* 1986, p. 385. - D. Strauss-Kahn, Secteur bancaire : l'État a fait sa part : *Le Monde*, 6 juill. 1999, p. 1. - M. Thill-Tayara et R. Ferla, Des fusions bancaires sous contrôle : *Option Finance*, 21 avr. 2003, p. 26. - Ch. Vilmart, Le mariage des banques sans contrôle ou comment l'application d'une règle de droit flou conduit au vide juridique : *JCP E* 2003, *actu.* p. 1017. - L. Vogel, Élargissement du champ d'application du règlement du 21 décembre 1989 sur le contrôle des concentrations : *Contrats, conc. consom.* 1997, *comm.* 132, p. 8 ; Contrôle des concentrations : adoption d'une nouvelle méthode de calcul des seuils de contrôle pour les établissements de crédit : *Contrats, conc. consom.* 1997, *comm.* 133, p. 9. - J. et L. Vogel, La réforme du contrôle communautaire des concentrations : le débat est lancé : *JCP E* 2002, 271 ; Quelles sont les incidences du nouveau droit français des concentrations pour les entreprises ? : *JCP E* 2002, 1162 ; Quel est l'organe de contrôle compétent pour apprécier les concentrations interbancaires en France : *JCP E* 2003, 1069.

**Notes, observations et commentaires de jurisprudence.** - M. Malaurie-Vignal, comm. sous CE, sect., 16 mai 2003, n° 255482, Féd. des employés et cadres, CGT-FO et a. : *Contrats, conc. consom.* 2003, *comm.* 125, p. 21. - Ch. Touboul, note sous arrêt, CE, 9e sous-sect., 16 mai 2003, n° 255482, Féd. des employés et cadres, CGT-FO et a. : *JCP G* 2003, II, 10126.

**Rapports et documents divers.** - E. Besson, Rapp. An Commission des finances au Sénat sur le projet de loi relative aux nouvelles régulations économique : *Paris*, n° 2327, 12 avr. 2000. - Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Rapp. annuel 1996 : *Banque de France, Paris*, 1997 ; Rapp. annuel 1997 : *Banque de France, Paris*, 1998 ; Rapp. annuel 1998 : *Banque de France, Paris*, 1999 ; Rapp. annuel 1999 : *Banque de France, Paris*, 2000 ; Rapp. annuel 2000 : *Banque de France, Paris*, 2001 ; Rapp. annuel 2001 :

*Banque de France, Paris, 2002 ; Rapp. annuel 2002 : Banque de France, Paris, 2003 ; CE, Rapp. public 2001, Jurisprudence et avis de 2000, Les autorités administratives indépendantes, Études et documents, n° 52 : Doc. fr., Paris, 2001. - Dir. communication Banque de France, Le rôle du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement : Note info. Banque de France, déc. 2000, n° 123. - Féd. bancaire française, La banque en chiffres 2002 : nov. 2003. - OCDE, Directorate for Financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on competition law and policy, Enhancing the role of competition in the regulation of banks : oct. 1998.*