

BANQUE ET CONCURRENCE

Marie-Anne FRISON-ROCHE¹

Résumé : Banque et concurrence ne font pas bon ménage. Ce n'est pas tant que les banques feraient figure de récidivistes à propos desquels les autorités de concurrence devraient hausser le ton par des sanctions toujours plus lourdes afin que la leçon concurrentielle soit enfin entendue. Ce sont plutôt deux ordres qui s'affrontent, deux incompréhensions face à face. En effet les banques trouvent adéquat de s'entendre pour que le système bancaire fonctionne. Plus encore, les pouvoirs publics leur demandent un comportement politique en finançant l'économie lorsque celle-ci ne s'appuie pas sur les marchés financiers, voire de lutter contre l'exclusion sociale en pratiquant « l'inclusion bancaire », bastion avancé de la conception de l'entreprise promue par le Plan très politique d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (PACTE). Dès lors, comment elles-mêmes auraient-elles un comportement de marché consistant dans un comportement égoïste et d'agression envers leur homologue ?

Si l'on plonge dans ce creuset de l'incompréhension qui engendre le heurt violent entre les banques, qui évoquent leur mission, et les autorités de concurrence, qui se prévalent de la leur, on bute sur l'écueil de la définition même de ce qu'est une banque. L'on peut estimer qu'une banque est un prestataire de services divers, agissant sur des marchés en concurrence ; le droit assure le bon fonctionnement de ceux-ci, les autorités qui gardent l'efficacité des marchés se saisissant des banques qui y exercent leurs activités. Mais si l'on choisit d'insister sur le fait que les banques sont ce qui fait fonctionner l'économie et consolident le lien social, elles sont alors partie intégrante d'un système propre : le système bancaire, lequel est un élément essentiel de la société. La concurrence n'y est plus qu'adjacente.

¹ Cet article prend appui sur un document de travail bilingue, doté de nombreuses références techniques et renvois par liens hypertextes à de la documentation, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/11-banque-et-concurrence>. Ce document de travail a été actualisé par rapport à la rédaction de cet article, demeuré longtemps sous presse, intégrant notamment le Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (PACTE), dont l'esprit et les dispositions techniques valident de nombreuses assertions de cet article.

Or, plus l'Europe parvient à construire l'Europe bancaire, plus elle élabore un mécanisme de résolution des difficultés, plus la banque est avant tout affaire d'État et non de marchés financiers, ensemble qui est affaire d'histoire des peuples, et moins la concurrence en est la mesure première.

* *

*

Il convient donc de partir de l'existence incontestée des marchés bancaires et du mécanisme concurrentiel que le droit y attache corrélativement (I). Mais l'ampleur des résistances révèle qu'on semble à dessein ou non avoir fait l'impasse sur l'élémentaire et l'essentiel : la définition même de ce qu'est une banque (II). Or, si l'on admet que la banque est l'opérateur du système bancaire, lequel alimente l'ensemble de l'économie, alors la loi concurrentielle n'y a qu'un rôle adjacent et ne peut en constituer l'ossature (III). L'Union bancaire européenne est en train de le démontrer.

I. — L'EXISTENCE INCONTESTÉE DES MARCHÉS BANCAIRES ET LE MÉCANISME CONCURRENTIEL CORRÉLATIF

Nul ne conteste que les banques soient des entreprises. Le droit de la concurrence s'applique donc à elles, comme à toutes les autres entreprises. Non seulement elles y sont soumises, mais du fait de la méthodologie du droit de la concurrence, elles sont « dominées » par celui-ci (A). Plus encore, lorsque le droit de la concurrence se transforme en « politique de la concurrence », elles sont « ployées » par le principe concurrentiel (B).

A. — La domination du droit de la concurrence du fait de sa méthodologie

Le droit de la concurrence tire sa puissance du fait qu'il neutralise les agents qu'il soumet à ses règles (1°). Cela peut être contesté dans le principe, car nous ne vivons pas dans un « ordre concurrentiel », mais il n'est pas contestable que nombre d'activités bancaires sont parfaitement banales : activités d'achat pour revendre ou prestation de service (2°).

1° La neutralisation des opérateurs par le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence tient sa puissance de son principe de « neutralité ». Là où certains croient percevoir de la bienveillance, puisque la « neutralité du capital » permet à l'entreprise publique de ne subir aucun reproche du seul fait de son contrôle par l'État. Mais au contraire cette neutralité rend l'entreprise « transparente », c'est-à-dire qu'elle efface, rend son fonctionnement sans pertinence, ôte tout poids à ce pour quoi l'entreprise a été constituée, puisque le droit relaye l'idée qu'elle a pour fonction de maximiser son profit, ajoutant sa puissance

normative à cette conjecture, enfermant la discussion dans la seule question de savoir si ce calcul se fait à court, à moyen ou à long terme. L'insertion en 2018 de la notion de « raison d'être » dans ce qui pourrait être un nouveau droit par la loi « PACTE » pourrait changer cela, en tant que la notion d'entreprise pourrait apparaître dans le droit. Mais pour l'instant l'on a pu dire qu'à proprement parler l'entreprise n'existe pas pour le droit de la concurrence. En effet, par un retournement de vocabulaire, rendre « transparente » une entreprise, c'est constituer l'entreprise en « boîte noire », c'est-à-dire la rendre totalement « opaque ».

Ainsi, l'entreprise, alors même qu'elle est « au cœur » du droit de la concurrence, est « banalisée » par celui-ci, toute organisation en valant une autre, toute forme en valant une autre, tout but affirmé étant rabattu à la perspective du profit, puisque c'est l'activité qui est le seul critère. Les banques n'ont aucune raison d'échapper à cet arasement. Elles sont des « entreprises » comme des autres. Elles devront respecter la prohibition des comportements anticoncurrentiels comme les autres. Nul n'en doute. On en doute d'autant moins que leurs activités, puisque c'est là le critère, sont d'une grande banalité économique.

2° La banalité des activités des banques

En premier lieu, l'activité de crédit par laquelle il est usuel de présenter les banques est une activité banale, rattachée au contrat civil de prêt. C'est un contrat de prestation de service, sur lequel le droit de la consommation et le droit spécial du contrat bancaire ont plu de mille gouttes, aussi bien par des lois particulières que par des arrêts retentissants.

La diversification du métier de banquier a accru la banalisation de celui-ci. En effet, en devenant émetteur d'instruments de paiement de plus en plus sophistiqués, ceux-ci constituant un marché pertinent autonome, l'établissement bancaire non seulement a transformé la prestation du paiement, qui était l'accessoire de la gestion du compte, en prestation autonome, mais encore a transformé le service en objet matériel, à savoir la « carte ». Sur le marché des cartes, la banque est entrée en concurrence avec des établissements n'appartenant pas au monde bancaire traditionnel, comme les chaînes de magasins puis les entreprises de téléphonie. Puis la carte s'est elle-même dématérialisée, la titularité d'une carte devant une voie d'accès pour la vie économique sur internet, le signe de reconnaissance étant le numéro de la carte, l'enjeu juridique devenant celui de sa portabilité.

Plus encore et en sens inverse, c'est la concurrence qui a banalisé les banques. En effet, il est classique de souligner que les banques créent de la monnaie, monnaie scripturale qui s'additionne à la monnaie créée par les banques centrales. Mais aujourd'hui la monnaie privée vient de toute part. Non seulement les magasins créent de la monnaie mais les agences de voyages ou les entreprises offrant des loisirs, notamment des jeux en ligne, fabriquent de la « monnaie virtuelle ».

Ainsi, le monopole bancaire, dont la loi continue d'affirmer qu'elle constitue le socle de la « loi bancaire », en vient à fondre sous la pression concurrentielle du dynamisme monétaire de la monnaie virtuelle. L'idée qui émerge n'est pas de faire respecter le monopole, ce qui reviendrait à faire primer la règle bancaire sur

la règle concurrentielle, mais d'organiser une régulation *ad hoc* de la monnaie virtuelle, au niveau européen ou bien interétatique.

Nous sommes bien loin de l'idée de « monnaie souveraine », la monnaie étant non seulement un bien vendu et revendu, mais encore une prestation consistant à permettre l'accès à d'autres prestations. Dans l'économie de l'accès dans laquelle nous sommes, les banques sont des agents comme tant d'autres, qui offrent l'accès à des biens, à des services, à d'autres personnes. L'argent est alors un média comme un autre, la banque et l'entreprise de télécommunication ayant le même type d'activité, les deux types d'entreprises étant des plateformes.

Pourquoi dès lors permettre aux banques de faire bande à part ? Le droit de la concurrence les rappelle à leur banalité. Il le fait avec d'autant plus de sévérité qu'il insère cette tutelle dans une « politique » de la concurrence.

B. — La politique concurrentielle appliquée aux banques

Il convient de ne pas confondre « droit de la concurrence » et « politique de la concurrence ». Feindre de les confondre permet de mieux les additionner, permettant alors à de simples autorités de concurrence, en charge du droit de la concurrence, de mettre en place des politiques (1°). Une « politique » se définissant par un projet, un but dynamique à atteindre, ce qui distingue notamment le droit d'une politique publique, les banques doivent plier devant un but exogène, y compris étranger à celui consistant à réaliser des profits (2°).

1° La puissance et la spécificité de la politique de la concurrence

Le droit de la concurrence peut se caractériser comme ce qui préserve ou répare le marché des dommages que lui causent effectivement ou potentiellement des comportements. Dans une conception européenne, le droit de la concurrence n'est pas le droit des concurrents, ce qui renvoie davantage au droit de la concurrence déloyale, mais le droit du libre fonctionnement concurrentiel. Dans une conception américaine qui tend à se généraliser, conception plus dynamique, la concurrence est un moyen, la fin servie par le droit de la concurrence étant le bien-être du consommateur. La différence est de taille, car si ce bien-être est satisfait par un comportement qui contrarie le fonctionnement du marché, le droit de la concurrence n'en est plus chagriné. Chaque jour, les économistes américains louent les vertus du monopole *Google* avec des arguments que les thuriféraires d'EDF n'auraient pas osé soutenir à voix haute.

Il demeure que le droit de la concurrence n'est pas « actif », dans le sens où, en ce qu'il est un droit répressif, fonctionnant d'autant mieux qu'il ne trouve pas à s'appliquer. Si le droit de la concurrence est en sommeil, c'est un signe du bon fonctionnement du marché, celui-ci n'étant donc pas enrayé par des comportements anticoncurrentiels et les consommateurs bénéficiant des prix les plus bas possible, puisque le prix est la mesure de la bonne concurrence, sauf à être prédateur ou à mettre en danger le marché même. Une activité débordante des auto-

rités de concurrence montre au contraire que les marchés ne fonctionnent pas correctement en *ex ante*, puisqu'il faut sans cesse les réparer en *ex post*.

Comme le droit pénal, auquel le droit européen et la jurisprudence l'assimilent expressément dans sa forme de répression administrative, le droit de la concurrence dort tant qu'un coup n'est pas porté au marché, ne serait-ce que potentiellement. Tel le chat, l'Autorité de la concurrence est assoupie, attendant qu'une partie, victime ou partie désintéressée, la réveille pour qu'elle bondisse sur l'entreprise, avec la vivacité et la fermeté que l'on sait et qu'il faut approuver et soutenir.

La notion de « politique de la concurrence » est tout autre, en ce qu'elle ne peut supporter de tels à-coups, un tel cas par cas. Une « politique de la concurrence » consiste à ne pas se contenter de frapper lorsqu'un marché est détérioré ou pourrait l'être, mais à exprimer l'ambition que le marché soit par exemple davantage concurrentiel, ou bien ouvert à de nouveaux consommateurs, ou bien suscite de l'innovation, ou bien plus radicalement se crée. C'est un projet pour le futur, un futur qui ne soit pas la restauration du passé par la remise en état et la suppression du « dommage à l'économie », mais la construction de ce que la politique a naturellement tendance à appeler un « lendemain meilleur ».

Seule l'Union européenne est légitime à avoir une « politique de la concurrence » car dans sa fondation même elle a exprimé un projet : la construction du marché intérieur. Ce marché, qui doit être commun pour que plus jamais la guerre ne revienne, est un projet politique. Jean Monnet ne l'avait pas caché.

Par délégation, la Commission européenne, structure administrative concrétisant le droit primaire de l'Union européenne, continue de construire ce marché intérieur. Dans ce but de nature politique, l'effacement des frontières, les trois libertés de circulation et la fluidité d'un marché concurrentiel « commun » aux peuples qui s'affrontèrent, le droit de la concurrence devient lui-même politique.

C'est pourquoi, à juste titre, la Commission européenne publie chaque année un document sur sa *Politique de la concurrence*, fait *proprio motu* des enquêtes sectorielles, exerce des pressions pour ouvrir des secteurs, pour transformer les économies, puisqu'il s'agit de construire l'Europe. Ainsi, il est légitime d'appliquer une « politique de concurrence » sur le secteur bancaire si on veut faire une place bancaire européenne et une place financière européenne.

En revanche, les autorités nationales de concurrence n'ont pas de tels buts politiques à concrétiser. Elles sont des organismes qui interviennent, éventuellement d'une façon préventive et par provision, pour éviter les dommages au marché, et non pour dessiner un marché idéal ou le modèle économique de demain. Cela, c'est aux entreprises qui développent un projet qui leur est propre, et à l'autorité politique, qui décide du futur du groupe social, de le faire. L'on doit considérer qu'il n'y a pas d'équivalent national à la Commission européenne, car celle-ci met en œuvre une politique de la concurrence dont le but est la construction du marché intérieur, dont le droit de la concurrence est l'un des instruments, tandis que les autorités nationales de la concurrence ont pour fonction d'appliquer le droit de la concurrence, purement et simplement.

Il est vrai que la jurisprudence *Simmmenthal* pose que les autorités nationales sont également des autorités du droit communautaire de la concurrence, mais

n'oublions pas que la Cour de justice de l'Union européenne, à travers le mécanisme des questions préjudicielles, conserve le pouvoir exclusif d'interprétation du droit de l'Union, sauf interférence de la théorie aussi habile qu'hypocrite de l'acte clair, et cela ne justifie pas que l'Autorité nationale devienne à l'échelon national une autorité de même type que la Commission européenne.

Cette différence entre politique de la concurrence et droit de la concurrence est essentielle en pratique. En effet, celui qui est en position d'exprimer et de mettre en œuvre une « politique » dispose de marges d'action et d'appréciation sans commune mesure avec celles dont dispose celui dont la fonction est d'appliquer le dispositif juridique que le politique a posé.

Le pouvoir est dans l'expression d'une politique et non dans l'application de la loi, même si les assujettis ressentent davantage la violence du droit dans le second cas, notamment lorsque la concrétisation du droit prend la forme de sanctions. En effet et par nature, l'élaboration d'une politique de la concurrence renvoie vers un pouvoir discrétionnaire alors que le droit s'exprime dans un cadre préétabli, les organes devant sans cesse justifier l'exercice qu'ils font du pouvoir qui leur est conféré.

Ainsi, lorsque la crise financière a failli tuer l'Europe, par l'exportation qu'en avait faite sur elle les États-Unis, ce n'est pas la Direction du marché intérieur de la Commission européenne qui a sauvé l'Europe de la faillite des banques, en cela de la faillite des marchés financiers, en cela de la faillite de l'économie, c'est la Direction de la concurrence, qui a dès le 8 octobre 2008 élaboré une communication pour faire savoir que la prohibition des aides d'État ne s'appliquerait pas afin que les États puissent sauver leurs banques nationales. Acte politique.

À l'inverse, lorsqu'une autorité nationale de la concurrence, qui n'est pas une autorité politique, affiche un dessein politique concernant les banques, il y a soit maldonne, soit stratégie de pouvoir. Une autorité nationale de concurrence, qui ne peut avoir pour fonction de construire des marchés, qui n'a pour fonction que de les restaurer ou de prévenir leur dégradation, ne peut agir au nom d'une politique qu'elle fixerait elle-même. Ainsi, lorsque son président annonce comme un « programme » que l'année qui vient sera consacrée au secteur bancaire, il agit d'une façon politique. Les banques, entreprises ordinaires, ont-elles à endurer une « politique » fixée par leur juge ?

Plus encore, les banques sont prises entre deux feux lorsque la concurrence devient un idéal à construire non plus seulement pour les autorités de concurrence, ce qui n'est admissible que si elles sont en outre des autorités politiques, mais lorsque cet idéal concurrentiel devient celui des autorités de régulation bancaire.

2° La concurrence, comme nouvelle politique du secteur bancaire

En effet, l'autorité politique elle-même peut décider d'appliquer une politique de concurrence au secteur bancaire. On n'en trouve pas d'exemple direct en France, malgré l'appel que certains peuvent en faire. Certes, le Gouvernement est parfois intervenu directement pour contraindre les banques face à ce qu'il considérait comme un comportement inadéquat pour l'utilisateur ou le consommateur. Ce fut notamment le cas lorsque le ministère de l'Économie et des Finances conclut un accord avec les banques pour que les commissions baissent. Il s'agissait alors

d'un accord politique, prenant le relais du droit de la concurrence, acte politique résultant d'une négociation et traduisant le souci direct du pouvoir d'achat de la population. Le souci final est donc partagé entre le politique et le droit de la concurrence, mais la coïncidence des buts et des résultats ne signifie pas que la concurrence devient la règle du secteur bancaire.

Au Royaume-Uni, la situation est inverse. En effet, les autorités de régulation bancaire du Royaume-Uni affirment que la concurrence est le principe qui doit gouverner le secteur. À ce titre, la concurrence doit monter en puissance. Comme les autorités financières le conçoivent en matière d'audit, l'idée est que la régulation bancaire sera elle-même de meilleure qualité si la concurrence en devient le principe.

Dès lors, ce n'est plus au titre du principe de concurrence que celle-ci doit, d'une façon tautologique, être favorisé, mais en tant qu'instrument de régulation bancaire. En effet, l'idée est que les banques sous la pression concurrentielle seront plus innovantes, plus soucieuses du consommateur de produits financiers, plus sensibles au long terme, plus conscientes de leur « responsabilité sociale » par un calcul plus élaboré incluant le souci que leurs clients en ont. Ainsi, l'idée chère à Adam Smith du lien entre vices privés, vertu générale et concurrence est réactivée, tandis que la concurrence est promue comme clé de la régulation.

— Dès l'instant que l'on remet en cause les distinctions, ici l'hétérogénéité entre le système bancaire et le système concurrentiel, dépassant la simple admission des bienfaits de la concurrence lorsque celle-ci n'attaque pas le cœur du système bancaire, pour prétendre mettre la concurrence au cœur du système, il convient de revenir à la base. Les questions les plus simples doivent alors être mises sur la table :

Et la question la plus simple est toujours la plus périlleuse : « qu'est-ce qu'une banque ? ».

II. — LA NÉCESSITÉ DE POSER LA DÉFINITION DE CE QU'EST UNE BANQUE

En effet, on ne peut fixer le juste endroit de la concurrence en matière bancaire que si l'on s'accorde sur ce qu'est une banque. Or, le droit de la concurrence a corrélé l'entreprise à son activité à un tel point qu'il définit l'entreprise par son activité même, la réduisant à cela. Cela peut apparaître une vision large, puisque s'échappant de l'organique, le droit se tournant vers le fonctionnel, mais c'est en réalité une appréhension étroite. En effet, une entreprise est non seulement un univers dans lequel évoluent des personnes, mais encore une structure poreuse vis-à-vis de son environnement. Cela est vrai pour une banque plus encore que pour les autres entreprises, le droit traduisant parfaitement cette porosité, à laquelle le droit de la concurrence semble aveugle.

Il est pourtant impossible de limiter la banque à l'activité de « l'industrie bancaire » (A), le système juridique prenant acte dans toutes ses branches du droit

du fait que la banque est un des sous-jacents de la vie sociale, puisque le système bancaire est intime du système financier, tandis que d'une façon autonome le système bancaire innerve la vie économique et sociale (B). La définition de la banque en est de ce fait changée.

A. — La tendance à définir la banque par l'industrie bancaire

On retrouve à propos de la banque les affres qui ont caractérisé la définition du service public. La tendance est aujourd'hui de définir la banque par son métier, à travers la notion d'industrie bancaire. Mais ce qui paraît une ouverture ferme au contraire les banques sur leur métier, alors que leur définition doit être élaborée en perspective de l'économie, dont elles sont un mode majeur du financement, perspective d'ensemble dont le droit ne peut pas s'abstraire. Dans la première perspective liée au métier, la banque se définit par son activité. En cela, le droit bancaire partage la même méthode que celle du droit de la concurrence, lequel définit l'entreprise par l'activité sur un marché. Mais comme l'avait pressenti Fernand Braudel, à partir du XIX^e siècle, la banque a cessé d'être un joueur du « jeu de l'échange » pour se constituer dans un monde autonome, le monde bancaire et financier, monde puisant ses ressources et ses profits de lui-même.

Il est désormais courant de parler d'« industrie financière » et d'« industrie bancaire ». C'est pourquoi l'enjeu sera de décider de désencastrer ou non ces deux industries. Ainsi l'argent, qui était le moyen immatériel permettant aux objets matériels de s'échanger sur les marchés, grâce à la marque de la souveraineté prenant la figure de l'État frappée sur les monnaies, est devenu une nouvelle « industrie ». Le paradoxe est que la monnaie engendre une « industrie » dans le même temps que les marchés des biens matériels se sont « dissous », du fait de leur financiarisation qui les a réduits au statut de « sous-jacents ». Par cette évolution, ce qui est usuel d'appeler « mondialisation » est devenu possible, les échanges marchands contenant du temps et de la corporéité étant aspirés par des échanges financiers, réalisés dans une immatérialité sans corporéité et dans l'instant.

Dans cette « industrie », l'argent devient à la fois la ressource, le média et le but, l'entreprise qui recourt à la banque n'étant que le sous-jacent. La banque et la finance se mettent à fusionner. Il est remarquable que le droit ait résisté à cette conception qui ne distingue plus guère entre activités bancaires et activités financières, puisque produits bancaires, produits financiers et bientôt produits assurantiels (si l'on pense à l'assurance vie) se subsument dans la catégorie des produits financiers.

En effet si, dans les systèmes juridiques et les manuels de droit, la branche du droit financier semble naître, ce n'est que par agrégat d'emprunts à des branches du droit traditionnel, l'adoption de lois récentes et la mise en place de régulateurs financiers, l'ensemble ne trouvant cohérence que par la finalité poursuivie : le bon fonctionnement des marchés financiers, empruntant au droit public, au droit des sociétés, au droit processuel, au droit pénal... et au droit bancaire.

Dès lors, la tendance serait de relativiser la distinction entre le droit bancaire et le droit financier, voire dissoudre le droit bancaire dans le droit financier puisque c'est en réaction à la crise financière que l'Europe a construit l'Europe bancaire.

Cette évolution a un impact direct sur les relations entre les banques et le principe de concurrence. En effet, dans la mesure où le marché financier est le « marché le plus pur », son bon fonctionnement tenant à sa liquidité, expression financière de la circulation des biens et services sur les marchés concurrentiels grâce à la fixation autoréglée des prix adéquats, l'idée d'un principe de concurrence sur les marchés des produits financiers s'est fait jour et a pris la forme juridique de la première directive MIF.

Si l'on réduit toute la perspective de qualification des entreprises aux seuls produits qu'elles conçoivent ou offrent, alors, puisque tout est produit financier, tombent dans la même catégorie non seulement les banques, mais encore les établissements financiers et les compagnies d'assurances.

À cette aune, la banque est un établissement qui construit et propose des produits qui comportent plus ou moins de risques, risques plus ou moins visibles pour le consommateur, lequel les acquiert pour devenir plus riche par le seul écoulement du temps ou pour se protéger de devenir moins pauvre par ce seul fait (produit financier de couverture).

Dans cette industrie, les produits financiers à terme ont le même statut que les contrats d'assurance, tandis que les contrats d'assurance peuvent eux-mêmes être des placements financiers lorsqu'ils constituent des assurances vie. En fonction de la volonté des parties et des marchés sur lesquels les produits circulent, ceux-ci peuvent cesser d'être les accessoires des produits pour lesquels ils ont été créés (par ex., les produits à terme pour préserver des risques de change) pour devenir des produits principaux, transformant leur source en sous-jacents, voire devenir des produits financiers autonomes dans des marchés purement spéculatifs.

Les banques cessent alors d'être des « centrales de risques » pour devenir des « marchands de risques », rémunérés pour les couvrir, rémunérés pour leur survenance, gagnant à chaque fois. L'expression est populaire : dans l'économie-casino, la banque gagne à tous les coups.

La population en devient très mécontente. Tout d'abord, parce que, par l'expérience des crises, les peuples apprennent que c'est eux qui sont les débiteurs en dernier ressort, les Allemands n'appréciant pas de payer pour les Grecs, etc. Il ne faut pas sous-estimer la part que ces questions techniques prennent dans la recrudescence de la xénophobie et de l'antisémitisme en Europe.

Mais précisément, qui a donné cette définition des banques, si ce n'est le droit de la concurrence, ouvrant toute liberté dans le marché des produits financiers, notamment à travers la première directive MIF ? Cette définition de la banque, vue étroitement comme émetteur de produits financiers en concurrence sur le marché des produits consommés, ne s'impose pas. Elle a produit des catastrophes. Mais le droit est légitime à élaborer d'autres définitions de ce qu'est une banque.

B. — La nécessité de définir l'activité bancaire comme mode de financement de l'économie

Le droit de la concurrence épouse le principe du marché, lequel postule que l'intérêt général est une fable, racontée par quelques administrateurs soucieux de leur traitement garanti de fonctionnaire et de leurs congés payés. Est mis entre parenthèses le fait historique que le libéralisme est avant tout une pensée politique, posant le principe politique de neutralité de l'État, mettant celui-ci au centre du système.

Dans le même temps que l'on semble instituer l'économie comme la discipline mère de toutes les autres, le droit de la concurrence portant sur les fonds baptismaux cette primauté, on intime à l'économie de n'être plus politique, oukase qui l'appauvrit tout autant que lorsqu'on limite le droit à la technique juridique, le principe de la science économique recueilli par le droit de la concurrence et transformé en norme devant être que tout agent vise à maximiser son profit personnel, l'addition de ces égoïsmes devant produire mécaniquement naturellement plus de bien pour chacun, si faible soit-il, que s'il était dans un autre système.

Mais l'activité bancaire est avant tout une activité de financement qui vient alimenter le besoin de trésorerie et d'investissement des personnes, cette source d'argent immédiat s'articulant, voire étant en concurrence, avec le marché financier.

Ainsi les pays sont plus ou moins construits sur des financements par les marchés financiers ou par des financements bancaires, ce qui vient de l'histoire. Le Royaume-Uni et les États-Unis sont caractérisés par un financement venant plutôt des marchés financiers tandis que les pays dits continentaux ont des économies financées plutôt par les banques. Il n'est pas étonnant que le droit financier soit dès lors principalement d'inspiration de *common law*, puisqu'il vient de pays dans lesquels les marchés financiers sont développés, et que le principe concurrentiel y soit corrélativement bienvenu.

Mais si l'on analyse la banque en fonction de l'effet de son activité, méthode de qualification par les effets que ne saurait récuser le droit de la concurrence qui adopte désormais cette façon de faire, l'activité des banques a pour effet de financer l'économie dans les pays continentaux.

Cela est moins vrai dans les pays de *common law*, situation qui vient par coïncidence, car ce n'est pas la tradition juridique qui a engendré cela mais l'histoire économique. Il est alors impératif de considérer que dans les pays continentaux, la banque se définit comme une entreprise qui appartient à un système, le système bancaire, lequel finance l'économie.

En effet, si l'on adopte la méthode de qualification par les effets, méthodologie systématiquement privilégiée par le droit économique, la banque n'a pas à être considérée comme un agent isolé mais comme un élément d'un système, le système bancaire, dont l'activité a pour effet de financer l'économie.

Le droit prend en considération cette dimension à la fois systémique, en ce que la banque n'est qu'un agent du système bancaire, lequel est de droit et de

fait en lien avec le système économique et social, ce lien donnant à la banque sa qualification juridique.

Par exemple, lorsque le législateur organisa « le droit à l'inclusion bancaire », il affirma tout d'abord que chaque personne a un « droit au compte », affirmation de la loi bancaire de 1984. Ce droit s'est consolidé dans un droit plus général à « l'inclusion bancaire », « droit à l'inclusion bancaire » qui affirme qu'on ne peut être exclu du système bancaire, car cela signifie être exclu du système social lui-même. Ainsi, être dans le système bancaire en tant que consommateur fait partie du lien social lui-même.

Il est possible que dans des systèmes économiques financés par les marchés financiers, le droit ait davantage pour fonction de permettre aux agents économiques d'accéder facilement à ceux-ci. Ainsi, la *Securities and Exchanges Commission* est en train d'alléger toutes les exigences de régulation pour les petites entreprises. Symétriquement, dans des économies construites historiquement sur le financement bancaire, l'essentiel est de préserver l'effet de l'activité bancaire qu'est le financement de l'économie, pour la raison simple que ni l'État – puisque l'économie n'est pas administrée – ni les marchés financiers – dont le dynamisme et la puissance ne se décrètent pas – ne peuvent les relayer.

C'est pourquoi l'impératif concurrentiel doit être confronté non pas au comportement d'une banque à l'égard d'une autre, mais doit être confronté au bon fonctionnement du système bancaire dans son effet que le droit doit protéger, à savoir le financement de l'économie et la contribution au lien social.

III. – LA POSSIBLE PRIMAUTÉ DES PRINCIPES DU SYSTÈME BANCAIRE SUR L'IMPÉRATIF CONCURRENTIEL

La banque ne se conçoit plus dans une activité isolée mais dans un système : le système bancaire. Ce système bancaire est articulé avec le système des marchés financiers; lequel est lui-même fondé sur l'État, dans une interdépendance financière, mais l'interdépendance existe aussi à l'égard de la vie économique et sociale, ce à quoi le droit ne saurait être aveugle (A). L'impératif de solidité qui s'impose doit alors venir en équilibre avec l'impératif de financement de l'économie, deux impératifs qui se disputent entre eux mais que le principe de concurrence peut venir contrarier indûment. En raison de la puissance des deux premiers, la concurrence doit donc se ranger à la troisième place (B).

A. – Les principes sur lesquels est construit le système bancaire

Les banques forment un système organisé par l'État qui les supervise. Cela est justifié par une forte raison, de nature négative, à savoir le risque systémique, qui caractérise le système bancaire (1°). Une autre raison, de nature positive, justifie ce souci du système bancaire, au-delà de la banque, appréhendée comme agent

économique isolé, à savoir le financement de l'économie, lorsque celle-ci n'est pas financée par ailleurs (2°).

1° Le souci négatif du risque systémique bancaire

Cela est rappelé partout, et pourtant on semble n'en avoir cure dès l'instant qu'on prend la perspective concurrentielle, comme si les branches du droit n'interféraient pas entre elles.

La solidité d'une banque est essentielle, non pas pour elle-même, mais pour le secteur, car sa faillite peut entraîner l'effondrement du système bancaire et financier, puis l'effondrement de l'économie et la survenance de troubles sociaux et politiques corrélatifs à cela.

Les études sur le risque systémique bancaire et les crises systémiques bancaires sont innombrables et il ne s'agit pas ici d'ouvrir le sujet en tant que tel.

L'on rappellera simplement que tout le système de supervision, notamment mis en place par l'Union bancaire et confié en Europe à la Banque centrale européenne, ainsi que toutes les normes prudentielles, ont pour objet de s'assurer de la solidité de chaque banque, car de la défaillance d'une petite banque peut venir une grande catastrophe.

Or et d'une façon inverse, le principe de concurrence repose sur la prise de risque et l'affrontement de la faillite possible, laquelle est par principe une bonne nouvelle pour le marché, ainsi assaini par la disparition d'un agent qui n'était plus vaillant au combat concurrentiel.

Ainsi, le principe de concurrence est contraire au souci du risque systémique bancaire.

2° Le souci positif de la capacité du système bancaire à financer l'économie

Le droit économique est construit sur des dispositions téléologiques, dont la normativité tient dans la finalité qu'elles poursuivent. Ainsi, la loi *pour la confiance dans l'économie* a précédé la loi *pour financer l'économie réelle*, etc. Le droit de la concurrence n'est pas appliqué autrement, par exemple lorsque les autorités de concurrence font vivre les textes en fonction de l'intérêt du consommateur, c'est-à-dire par rapport à un but qu'elles leur affectent.

Or, l'activité de crédit que pratiquent les banques a pour effet de financer l'économie. Le législateur en a le souci et c'est à ce titre que l'on peut soutenir que les banques appartiennent à la catégorie des « entreprises cruciales », non seulement dans le sens négatif du terme (risque systémique), mais encore au sens positif du terme.

Pour pratiquer cette activité de crédit, les banques doivent avoir suffisamment de liquidités afin de prendre le risque inhérent à tout crédit. Ainsi, tout élément de solidité entraînant un non-usage de fond est un frein, justifié mais un frein. Le souci négatif du risque systémique vient donc en front renversé avec le souci positif de financement, puisque pour prévenir le risque, il faut contraindre par des normes prudentielles la banque à ne pas utiliser ses fonds à d'autres fins que sa solidité, notamment pas à prêter.

De la même façon, la lutte concurrentielle si elle conduit à l'innovation, par exemple de la banque en ligne, affaiblit aussi les opérateurs dont la solidité est servie par la prudence, voire l'immobilité de marbre avec lequel les sièges sociaux étaient naguère bâtis. De la même façon, la concurrence semble condamner le monopole bancaire, puisque principe de concurrence et monopole sont un oxymore ; mais le monopole bancaire a aujourd'hui comme première justification l'impératif de supervision.

C'est pourquoi le principe concurrentiel est un principe qui ne peut s'appliquer qu'en troisième rang, y compris par les autorités de concurrence, car celles-ci ne sauraient isoler les banques de ce qui leur donne sens, à savoir le système bancaire et son double lien, avec le système financier (dans un lien négatif de contamination de risque) et avec le financement de l'économie (dans un lien positif). Pour ne pas l'avoir fait, les autorités de concurrence ont été sanctionnées par les juges, lesquels ont cette vision globale qui fait parfois défaut à celles-ci.

B. – Le principe concurrentiel, principe de troisième rang du système bancaire

Les principes doivent s'ajuster pour le bon fonctionnement des systèmes. Le système bancaire doit être respecté en tant que tel par les autorités de concurrence : elles ne peuvent le réduire à être un simple marché de biens et services, sauf à le fragiliser par dénaturation (1°). Il faut en conclure à l'existence d'une hiérarchie des principes gouvernant le système bancaire, hiérarchie dans laquelle le principe de concurrence occupe la troisième place (2°).

1° La condamnation par les juges de l'appréhension du système bancaire par les autorités de concurrence

Les autorités de concurrence n'ont parfois pas considéré l'existence même du « système » bancaire, voulant ne voir dans les banques que des agents économiques se battant entre eux pour obtenir une clientèle communément convoitée.

C'est pourquoi elles ont condamné le système des commissions interbancaires dans le traitement des chèques en tant que celui-ci est une entente, l'entente étant un comportement anticoncurrentiel. C'est la décision de l'Autorité de la concurrence du 20 septembre 2010 *relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement*. Sur recours, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 23 février 2012, *Crédit Lyonnais et autres*, a admis l'application du droit de la concurrence en matière de commission interbancaire. Mais la cour a poursuivi en relevant que « concernant le second principal enjeu de l'EIC, constitué par la recherche de la cohérence entre les différents moyens de paiements... il est constant que la préoccupation de ne pas rendre le chèque plus attractif que d'autres moyens de paiement automatisés moins coûteux a également été avancée par le groupe de travail restreint pour justifier le principe de création d'une commission interbancaire ».

Les juges soulignent que les banques n'étaient pas d'accord entre elles pour une telle création et estiment que son objet est celui précédemment décrit. Après avoir rappelé le maniement par les autorités de concurrence de la restriction de concurrence par l'objet, la cour d'appel de Paris estime que l'Autorité n'a pas démontré un comportement reprochable. Parmi la longue motivation développée par l'arrêt, on peut notamment relever l'affirmation suivante : « S'inscrivant indiscutablement dans le cadre de la négociation d'un projet d'intérêt général activement soutenu par l'autorité de tutelle des banques qui a exercé un important rôle d'influence pour parvenir à sa conclusion, l'accord transitoire obtenu au sein de la CIR qui a institué les commissions incriminées par la notification des griefs ne peut ainsi être assimilé à un cartel secret ».

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris a été cassé par l'arrêt *Crédit Lyonnais et autres* du 14 avril 2015 rendu par la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, pour un grief de procédure. Sur renvoi, la cour d'appel de Paris, autrement composée, a par un arrêt du 21 décembre 2017 considéré que dans les faits l'accord interbancaire présentait un objet extrinsèquement nocif justifiant la sanction par l'Autorité de la concurrence. En cela, elle se conforme au droit communautaire. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne apprécie avec exigence la façon dont les autorités de concurrence sont autorisées à appliquer le droit de la concurrence aux banques. La Cour de justice l'a fait dans l'affaire des cartes bancaires, par son arrêt du 11 septembre 2014, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*. Elle va raisonner de la même façon que la cour d'appel de Paris, c'est-à-dire tout à la fois admettre l'applicabilité du droit de la concurrence aux banques, puisque ce sont des entreprises, mais récuser le jeu des autorités de concurrence entre la considération des effets anticoncurrentiels et la suffisance de l'objet anticoncurrentiel.

En effet, le groupement d'intérêt économique *Cartes bancaires* avait été condamné par la Commission européenne, dans une décision du 17 octobre 2007. La Commission avait été confortée par l'arrêt du Tribunal de première instance du 29 novembre 2012, qui estimait qu'un objet anticoncurrentiel est constitué dès l'instant que l'accord est susceptible d'affecter la concurrence.

La Cour de justice commence par rappeler que « l'objectif légitime » poursuivi par l'accord, ici le système de paiement entre banques par un seul moyen de paiement, n'exclut certes pas l'application du droit de la concurrence, mais l'on ne peut le considérer « par sa nature même » comme « nuisible au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ». Plus encore, la Cour brise cette technique d'allègement probatoire consistant à prouver l'objet par l'effet, alors qu'il s'agit de deux charges alternatives de preuve, la Cour exigeant un degré suffisant de nocivité de l'accord en lui-même. La doctrine en conclut que lorsqu'il y a un objectif légitime, il n'existe plus de nocivité intrinsèque à l'accord.

Cet arrêt excède certes les questions bancaires et remet de l'ordre dans le droit de la preuve et dans le droit de la concurrence. Mais il est aussi très important dans les questions de régulation bancaire. En effet, si l'accord a effectivement un objectif légitime, alors il ne saurait être intrinsèquement nocif.

Dès lors, le système des charges de preuve devient le suivant : lorsque des banques sont mêlées à un accord, elles doivent en rendre compte au regard du droit de la concurrence, car elles sont des agents économiques. Mais si elles démontrent que cet accord a un « objectif légitime », alors cela suffit à retirer le venin de ce qui aurait été sa nocivité. Ainsi, on ne saurait lui appliquer par « automatisme » le grief d'objet anticoncurrentiel. Cette mise au point venue de la Cour de justice elle-même permet de remettre de l'ordre non seulement dans le droit de la concurrence, mais aussi dans les rapports entre banque et concurrence.

2° La hiérarchie des principes gouvernant le système bancaire

En effet l'ordre concurrentiel prétend souvent être une sorte d'ordre premier, par rapport auquel les autres systèmes auraient rang de sous-systèmes et devraient accueillir en leur sein le principe de concurrence comme étant leur propre principe de gouvernement. C'est ce qu'Alain Supiot a désigné comme « le Marché total », ployant tous les principes de gouvernement des autres systèmes.

Mais c'est l'autonomie des marchés financiers, notamment leur indifférence nouvelle à la géographie, qui a permis l'exportation sans frais de la crise américaine dans l'Europe, laquelle en a payé le prix sans en être la cause. De la même façon, la pénétration du principe de concurrence, d'autant plus efficace que celle-ci met les compétiteurs en risque et en fragilité, dans des systèmes bancaires et financiers qui ont eux-mêmes réduit le monde réel à l'état de « sous-jacent », finit de détruire l'économie.

En effet la référence première à la concurrence a récusé la fonction intermédiaire du système bancaire, lui-même fragilisé et annexé par un système financier qui est devenu apte à être indifférent aux économies dont les défaillances le font prospérer, alors que les États continuent de leur éviter ce qui est au cœur du jeu concurrentiel, à savoir la perspective de faillite.

Si l'on veut que la banque corresponde à la seule définition économiquement et socialement admissible dans les systèmes continentaux qui n'ont pas développé de marchés financiers puissants et ouverts à d'autres que les entreprises déjà puissantes, si l'on veut que la banque soit l'entreprise qui ait pour objet de financer l'économie en faisant des prêts, alors le Droit doit admettre que cet effet heureux puisse constituer un objectif légitime pour des lois, qu'il puisse être l'objet d'accords et la justification de comportements.

Les juridictions l'ont rappelé aux autorités de concurrence, sans dénier pour autant que le droit de la concurrence soit applicable aux banques. Mais les banques appartiennent à un ordre : l'ordre bancaire, qui est régulé et supervisé. Cet ordre répond à un objectif légitime, qui est le financement de l'économie et le lien social. Si un fait correspond à cet objectif légitime, par exemple l'efficacité du système bancaire lui-même, l'aptitude à financer l'économie dans une économie bancarisée, situation continentale, alors le fait observé n'est pas intrinsèquement nocif.

Le système bancaire repose sur trois principes qui trouvent leurs reflets aussi bien en économie qu'en droit. Le premier principe du système bancaire est un principe négatif : faire en sorte que n'advienne pas une catastrophe systémique.

Le deuxième principe du système bancaire est un principe positif : faire en sorte que les banques financent l'économie dans des pays où l'État et les marchés financiers n'y procèdent pas et contribuent au lien social. Le troisième principe du système bancaire est le principe de concurrence. S'il devait y avoir une hiérarchie entre les trois, c'est dans cet ordre-là qu'il faut les réciter.

Janvier 2015, mis à jour en février 2017