

Commission tessinoise pour la formation continue des juristes

Journée d'études: la nouvelle loi sur les cartels

Lugano, 12 octobre 1998

Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires

Jean-Christian Lambelet¹

Alexander Mihailov²

1. Introduction générale³

1.1 Concurrence parfaite et imparfaite

Les problèmes de la concurrence, considérés sous un angle économique, ne sont bien entendu pas particuliers au seul secteur bancaire. De manière générale, ces problèmes sont aujourd'hui relativement bien maîtrisés, du moins au plan de l'analyse théorique, et ils se situent au centre de deux disciplines de la science économique moderne, lesquelles ont nom "organisation industrielle" (*industrial organization*) et "politique de la concurrence" (*competition policy*). Mais, si l'appareil analytique disponible est relativement bien développé, cela n'est de loin pas toujours le cas des connaissances empiriques, en particulier pour la Suisse.

¹/ Professeur d'économie au Département d'économétrie et d'économie politique (DEEP), Ecole des HEC, Université de Lausanne (UNIL).

²/ Chargé de recherches, Institut Créa de macroéconomie appliquée, HEC/UNIL.

³/ Les recherches sur le cas américain ont été effectuées par le deuxième auteur, lequel a écrit la version initiale des sections correspondantes. Le premier auteur a rédigé le texte final et est seul responsable des paragraphes se rapportant à la Suisse. Les analyses, vues et opinions figurant ici sont celles des auteurs et n'engagent qu'eux, **mais en aucun cas la Commission de la concurrence.**

En règle générale, les problèmes de concurrence résultent de l'exercice d'un **pouvoir** monopolistique (oligopolistique) ou, plus rarement, monopsoniste (oligopsoniste).⁴

Dans un marché **authentiquement concurrentiel**, relevant de ce qu'on appelle la "concurrence parfaite", vendeurs et acheteurs considèrent que, pour eux, le prix ou les prix sont des **données** et ils se comportent donc comme des *price-takers*. Ce prix ou ces prix sont déterminés par un organe quelconque⁵ chargé d'équilibrer l'offre et la demande globales pour le ou les produits en question. Si un des vendeurs fixe son prix au-dessus du prix de marché, la demande pour son produit tarit totalement; en d'autres termes, il se trouve en face d'une courbe de demande horizontale, ce qui signifie aussi qu'il peut vendre n'importe quelle quantité au prix de marché, du moins dans de larges limites. Il en va de même pour l'acheteur qui exigerait un prix au-dessous du prix de marché: il se trouvera *ipso facto* exclu du marché. Mais s'il accepte le prix de marché, il pourra acheter tout ce qu'il veut, du moins dans de très larges limites.

On verra plus loin que l'existence de la concurrence parfaite requiert que d'autres critères encore soient satisfaits. En attendant, relevons que la notion même de pouvoir (économique) **disparaît** dans un marché authentiquement concurrentiel et en équilibre, ce qui n'est pas sans intérêt et signification d'un point de vue sociologique et politique. Cette caractéristique du "modèle concurrentiel", qu'on peut trouver fort attrayante, est souvent ignorée ou minimisée par les détracteurs de ce modèle et autres sceptiques.

Dans un marché monopolistique ou oligopolistique, où le monopoleur ou les oligopoleurs ont en face d'eux, du côté de la demande, un grand nombre d'acheteurs se comportant comme des *price-takers*, le vendeur ou les quelques vendeurs se trouvent en face d'une courbe de demande avec une pente négative. S'il(s) augmente(nt) son (leur) prix, il y aura diminution plus ou moins marquée de la quantité ou des quantités vendues, mais

⁴/ Un monopole se situe du côté de l'offre, un monopsonne du côté de la demande. Les oligopoles et les oligopsones se caractérisent par la présence d'un nombre réduit de vendeurs ou d'acheteurs disposant d'un "pouvoir de marché" (*market power*). L'ensemble Migros-Coop est un exemple d'oligopsonne alors que le cartel des libraires suisses est un exemple d'oligopole, avec cependant un nombre relativement élevé de membres.

⁵/ *Board* ou autre organisme centralisant et équilibrant les offres de vente et les demandes d'achat, corbeille à la criée ou système électronique, *market makers*, etc. L'existence d'un "commissaire-priseur" à la Walras est en revanche fort rare.

non pas exclusion du marché. En d'autres termes, ces agents ont une influence perceptible sur le ou les prix; c'est-à-dire qu'ils disposent d'un pouvoir de marché. Cela signifie, comme n'importe quel manuel de microéconomie le démontre aisément, que le ou les prix seront en général **plus élevés** que dans une situation de concurrence parfaite, ce qui est évidemment au détriment des acheteurs (des consommateurs, dans le cas de biens de consommation). Le monopoleur ou les oligopoleurs toucheront par conséquent une **rente** de monopole ou d'oligopole. En général, il y aura aussi une perte plus ou moins importante de bien-être social, en ce sens que l'économie ne se trouvera pas nécessairement à son "optimum de Pareto"⁶ parce que les prix relatifs seront déformés par rapport aux prix concurrentiels.⁷

1.2 Le secteur bancaire

Dans ce secteur, les problèmes de la concurrence se caractérisent par une **spécificité** qui ne date pas d'aujourd'hui. Historiquement, cette spécificité trouve partiellement son origine dans les statuts spéciaux accordés aux banques, depuis longtemps et pratiquement partout, et elle se maintient en raison du **compromis** qu'on cherche à réaliser entre deux objectifs, plus ou moins contradictoires, de la réglementation bancaire: d'une part, la promotion de la concurrence entre banques, laquelle répond à des préoccupations d'**efficacité économique**; et d'autre part, le souci de préserver la "bonne santé" du secteur bancaire, en évitant ou limitant la possibilité de faillites en cascade et autres **effets "systémiques"** liés avant tout au rôle central que la confiance du public joue dans ce secteur. Trouver un équilibre entre ces deux objectifs n'a jamais été facile. C'est pourquoi le discours - professionnel, législatif, politique ou académique - sur la concurrence bancaire et les aspects anti-concurrentiels des fusions bancaires se caractérise souvent par un certain nombre de dissonances.

Dans la revue ci-dessous de l'analyse et de la littérature économique consacrée aux problèmes de concurrence dans le secteur bancaire, on se concentrera sur **l'expérience américaine**. La principale raison en est que la très grande majorité des articles et études dans les périodiques scientifiques qui ont paru depuis une douzaine d'années dans le domaine en question se rapportent à la situation aux Etats-Unis. Après avoir passé en revue l'expérience américaine, on consacrera cepen-

^{6/} L'optimum de Pareto (ou optimum parétien) est défini comme une situation où il n'est pas possible d'augmenter le bien-être d'un agent économique quelconque sans diminuer le bien-être d'au moins un autre agent.

^{7/} Les cas de monopsonie et d'oligopsonie sont symétriques.

dant, *in fine*, quelques paragraphes au cas suisse. Ce déséquilibre en faveur du cas américain peut se justifier, premièrement, par des raisons didactiques; et deuxièmement, en cela que l'expérience américaine peut servir de cadre de référence pour apprécier le cas suisse. De façon plus générale, la notion même de politique de la concurrence a vu le jour aux Etats-Unis dès la fin du XIXe siècle, des Etats-Unis qui ont par conséquent accumulé une somme de connaissances et d'expériences sans parallèle dans le monde.

Dans une deuxième section consacrée, ci-dessous, au cas américain, on examinera d'abord quelques données de fait concernant les processus d'expansion, de concentration et de fusions bancaires aux Etats-Unis dans les années 1980 et 1990. Puis, on se penchera sur les forces sous-jacentes à ces processus ainsi que sur les concepts économiques utilisés pour déterminer leurs éventuels effets anti-concurrentiels. Dans une troisième section, d'essence plus historique et juridique, on se penchera sur les racines et bases légales du droit et de la politique de la concurrence américains en matière bancaire. Une brève conclusion constituera une quatrième et dernière section sur l'expérience américaine et les enseignements qu'on peut en tirer. Enfin, une cinquième section proposera quelques réflexions sur le cas suisse. Les sources utilisées seront mentionnées au fur et à mesure et la liste en figure en fin de texte.

2. Analyse économique de l'expérience américaine récente

2.1 Le processus d'expansion et de concentration bancaires dans les années 1980 et 1990

Il ressort clairement de la littérature scientifique consacrée aux fusions bancaires américaines que le processus d'expansion et de concentration des banques s'est fortement **accélééré** dans les années 1980 et 1990. Ainsi, Kwast, Starr-McCluer et Wolken (1997)⁸ affirment qu'il s'agit de la phase de consolidation la plus importante dans l'histoire de l'industrie bancaire américaine. Entre 1981 et 1995, il y a eu en moyenne, chaque année, 450 fusions et acquisitions de banques "en bonne santé". Plusieurs de ces fusions et acquisitions, particulièrement celles intervenues dans les années 1990, ont été les plus grandes dans l'histoire bancaire américaine.⁹

⁸/ Pp. 973-4.

⁹/ Comme, par exemple, les fusions entre *BankAmerica* et *Security Pacific*, *Chase Manhattan* et *Chemical*, *Wells Fargo* et *First Interstate*, etc.

Selon Rhoades (1996), plus de 6'300 banques ont été acquises par d'autres banques entre 1980 et 1994 aux USA, représentant des actifs totalisant environ 1'200 milliards de dollars. Ce chiffre est à comparer avec des actifs totaux dans le secteur se montant à quelque 3'500 milliards de dollars, un secteur employant environ 1,5 million de personnes, avec approximativement 60'000 points bancaires sur l'ensemble du territoire américain.

2.2 Les forces sous-jacentes aux processus d'expansion et de concentration bancaires

Quelles sont les forces "motrices" de ce processus ? En règle générale, la littérature donne deux réponses à cette question, l'une **juridique** et l'autre **technologique**. La première est largement, mais pas entièrement, spécifique au cas américain alors que la deuxième semble suffisamment générale pour expliquer également l'expansion et les concentrations bancaires observées récemment dans le reste du monde.

2.2.1 Facteurs juridiques

L'expansion et la concentration bancaires aux Etats-Unis dans les années 1980 et 1990 ont résulté, en bonne partie, de facteurs juridiques. Il s'agit de la libéralisation récente de la réglementation bancaire dans ce pays. Comme on verra ci-dessous (section 3.1 sur l'histoire de cette réglementation), les banques américaines n'ont longtemps pas eu le droit d'établir des branches et d'effectuer des opérations dans des *States* autres que celui dans lequel elles étaient établies. Les opérations d'une banque donnée restaient donc limitées au territoire de son *State*. Ces restrictions remontent largement au début des années 1930: suite aux vagues successives de crises bancaires entre 1930 et 1933, les autorités américaines ont "compartimenté" le système bancaire américain, un peu à l'image d'un navire et de ses compartiments étanches, afin de supprimer ou en tout cas d'atténuer les risques systémiques propres au système bancaire tels que la Grande Crise les avait révélés (voir plus loin).

Mais depuis environ 1980, la législation sur l'activité bancaire aux Etats-Unis s'est modifiée progressivement, mais radicalement. Dans les années 1980 déjà, les banques américaines ont pu contourner, du moins en partie, les restrictions sur l'établissement de branches dans d'autres *States*, et cela en créant des holdings bancaires. Ces dernières ont été autorisées suite à un processus de libéralisation qui a touché un grand nombre de *States*, particulièrement en vertu du principe de ré-

ciprocité. Puis, en 1994, la loi Riegle-Neal a été adoptée.¹⁰ Suite à cette loi, les banques américaines ont obtenu la possibilité de développer leurs activités au-delà des frontières de leur *State* d'origine, soit (depuis le 29 septembre 1997) par la création sans entraves de holdings, soit (depuis le 1er juin 1997) au moyen de l'ouverture de branches.

Il est ainsi clair que d'importantes modifications dans l'environnement légal ont été une importante force motrice dans le processus d'expansion bancaire aux Etats-Unis.¹¹

2.2.2 Facteurs technologiques

Mais il y a une autre raison, plus générale en termes géographiques, au processus d'expansion et de concentration bancaires aux USA et dans d'autres pays aussi. Le développement rapide d'innovations technologiques dans le secteur bancaire et financier a permis une diminution très marquée des coûts d'acquisition, de traitement et de transmission de l'information, dans son sens le plus général. Il est bien connu que l'information ainsi que sa préservation et son utilisation représentent une facette importante de l'activité des intermédiaires financiers. Ce progrès technologique, qui a créé d'importantes économies d'échelle, est ainsi la deuxième force motrice principale de l'expansion et de la concentration bancaires - voir, par exemple et en particulier, l'extraordinaire développement des réseaux ATM-bancomat¹² observé récemment dans la plupart des pays industrialisés.

2.2.3 Autres facteurs

Outre ces deux facteurs (juridique et technologique), d'autres ont sans doute joué un rôle, comme par exemple le comportement de plus en plus dynamique et "agressif" (au sens anglais du terme) d'un bon nombre de dirigeants bancaires en matière de concentrations bancaires et des profits qu'elles permettent d'escompter. Mais il semble que les deux premiers

¹⁰/ *The Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act of 1994*, Pub. L. No 103-208, 108 Stat. 2338.

¹¹/ En Suisse, il y a aussi eu des changements importants dans l'environnement juridique. Sans la récente révision du droit helvétique des sociétés, laquelle a considérablement affaibli le "verrou suisse" traditionnel (actions nominatives liées, etc.), la campagne de M. Ebner contre l'UBS aurait probablement fait chou blanc. Sur le "verrou suisse", voir le chapitre 10 ("Le droit des sociétés: un handicap en voie de résorption?"), pp. 417-52, in: J.-Ch. Lambelet, *L'économie suisse*, Economica, Paris, 1993.

¹²/ ATM = *Automated Teller Machines*.

facteurs sont les plus importants, aux USA et peut-être plus généralement.

2.3 Concepts économiques utilisés dans l'analyse des effets anti-concurrentiels des concentrations bancaires

L'analyse économique des éventuels effets anti-concurrentiels des concentrations bancaires fait appel à deux concepts centraux, dont l'application se révèle cependant souvent épineuse dans la pratique. Il s'agit, premièrement, de la **délimitation** du marché concerné (*the relevant market*) en termes de l'assortiment des produits considérés ainsi qu'en termes géographiques (ou spatiaux). Il s'avère que l'analyse des éventuels effets anti-concurrentiels est souvent **très sensible** à la définition du marché sous ces angles.

Deuxièmement, les éventuelles **barrières à l'entrée** sont un autre critère analytique essentiel. Ces deux concepts sont très importants pour mesurer le **degré de concentration** prévalant dans un marché donné, le deuxième étant un indicateur de la structure du marché et donc du pouvoir de marché associé avec différents degrés de concentration.

2.3.1 *The Relevant Market*

Le marché concerné par une éventuelle concentration bancaire peut être appréhendé dans deux dimensions: celle du ou des produits vendus (il s'agit donc du "*relevant **product** market*"), et celle du territoire dans lequel les transactions s'effectuent ("*relevant **geographic** market*").

2.3.1.1 *The Relevant Product Market*

Un marché où une concentration bancaire risque de diminuer la concurrence peut être défini dans les termes étroits d'**un seul** produit bancaire ou dans les termes plus larges d'une **série** ou palette de produits plus ou moins liés entre eux. Une définition étroite concernera, par exemple, un produit très spécifique, comme les comptes courants (*checking accounts*). Une définition plus large prendra en considération, par exemple, un ensemble de produits ou instruments financiers. Aux USA, la première définition correspond au concept de *product line*, la deuxième à celui de *cluster (or bundle) of products (or services)*.

Dans la pratique américaine, il n'y a pas unanimité quant au choix de telle ou telle définition. Ainsi, parmi les autorités américaines responsables de la réglementation bancaire, le Département (Ministère) de la Justice, qui contrôle les autorisations d'acquisition et de fusion bancaires, n'applique pas le

même concept du *relevant market* que les agences fédérales en charge de surveiller et réglementer les activités bancaires.¹³ Cela engendre souvent des contradictions et conflits entre le Département de la Justice et lesdites agences.

Ces dernières tendent à utiliser le concept relativement large d'un groupe de produits ou de services (*cluster concept*) alors que le Département de la Justice tend à appliquer des définitions plus étroites se focalisant sur tel ou tel produit ou service. Il en résulte des incertitudes et aussi des conflits quant au degré de concentration, et donc au pouvoir de marché prévalant dans tel ou tel cas, et donc quant à l'admissibilité de telle ou telle concentration ou fusion.

A cet égard, il faut souligner que l'analyse économique moderne ne saurait trancher cette question au niveau de son seul principe. Les travaux dans ce domaine sont donc de nature essentiellement **empirique** et visent avant tout à identifier le **comportement effectif** des agents économiques concernés. C'est-à-dire qu'on ne peut se contenter de simplement évoquer les concepts suggérés *a priori* par la théorie économique, tel le degré de substitution plus ou moins étroit entre divers produits, mais il est indispensable de procéder à une évaluation quantitative de ces notions en se fondant sur la manière dont les agents groupent leurs achats dans les faits.¹⁴

Ainsi, les recherches récentes, basée sur le concept d'un *cluster* de produits ou services, font appel à la notion de **comportement habituel** des agents économiques, ce qui nécessite qu'on dispose de données très désagrégées (ou fines) sur la pratique des ménages et entreprises dans leurs relations avec les banques. Kwast, Starr-McCluer et Wolken (1997)¹⁵ citent Elliehausen et Wolken (1992) qui ont utilisé dans ce but une enquête par sondage sur les finances des petites entreprises en 1987.¹⁶ Ces derniers auteurs ont trouvé que la plupart des petites entreprises américaines groupent leurs achats de services financiers dans une seule banque. Cette dernière est fréquemment l'institution financière "primaire" (*primary* ou principale) où l'entreprise concentre ses comptes courants, ses lignes de crédit et d'autres services comme, par exemple, le *credit card receipt processing*¹⁷ ou le *cash management*¹⁸. Alors

¹³/ Cf. la Section 3.2 pour plus de détails sur ces agences.

¹⁴/ Neven et von Ungern-Sternberg (1998) offrent, aux pp. 5-7, un utile résumé de la manière de "cerner" le *relevant market*.

¹⁵/ Pp. 976-78.

¹⁶/ Aux Etats-Unis, les "petites" entreprises sont celles employant moins de 500 personnes...

¹⁷/ Traitement des rentrées liées à des cartes de crédit.

¹⁸/ Gestion des liquidités.

que l'analyse d'Elliehausen et Wolken montre que le concept de groupe ou d'ensemble de services se vérifie en pratique pour certains produits financiers, il y a d'autres produits qui échappent probablement à la notion de *cluster*.

Kwast, Starr-McCluer et Wolken (1997)¹⁹ citent deux autres enquêtes visant à identifier des éventuels schémas typiques des relations entre les institutions financières et leurs clients. Il s'agit d'une enquête par sondage sur les finances des consommateurs qui a eu lieu en 1992²⁰ et d'une autre, datant de 1993, sur les finances des petites entreprises.²¹

Ces études débouchent sur une conclusion favorable à une délimitation plutôt large du *relevant product market* en termes de quelques ou plusieurs produits ou services, mais généralement pas en nombre élevé - voir la section suivante. Pour les ménages, les produits qui ont la plus grande probabilité d'être achetés "**en bloc**" auprès d'une banque "primaire" sont les comptes courants, les comptes d'épargne, les *money market accounts*, les lignes de crédit et les certificats de dépôt. En outre, cette institution "primaire" est, dans la majorité des cas, une banque apte à recevoir des dépôts (*depository bank*) plutôt qu'un autre type d'institution bancaire. De façon générale, les ménages tendent donc à **grouper** leurs achats de certains services financiers, en particulier ceux liés à leurs actifs (*asset services*), et cela dans une banque relativement "proche" (voir plus loin).

Pour ce qui est des finances des petites entreprises, des conclusions similaires se dégagent. Les produits financiers qui sont le plus souvent achetés "en bloc" auprès d'une banque sont les comptes courants, les comptes d'épargne, les lignes de crédit, les hypothèques, les services liés à la gestion des transactions (*transaction management*) et à celle des liquidités (*cash management*) ainsi que les services en relation avec les crédits (*credit related services*).

2.3.1.2 *The Relevant Geographic Market*

A cet égard, on peut classer les marchés comme locaux ou régionaux, nationaux et internationaux. La délimitation géographique exacte entre les divers marchés est importante d'un

¹⁹/ Pp. 978-80.

²⁰/ *Survey of Consumer Finance* (SCF).

²¹/ *National Survey of Small Business Finances* (NSSBF). A notre connaissance, il n'existe en Suisse rien de comparable au SCF et au NSSBF.

point de vue analytique, mais n'est pas facile à mesurer empiriquement.²²

Toujours aux Etats-Unis, les territoires considérés comme constituant des unités géographiques "métropolitaines" ou fortement urbanisées, c'est-à-dire les *Metropolitan Statistical Areas* (MSAs), sont traditionnellement très utilisés dans les recherches portant sur les effets des concentrations dans des marchés locaux ou régionaux. A partir de ces définitions spatiales, on a trouvé des relations statistiques faibles, mais significatives, entre le niveau des taux d'intérêt et le degré de concentration - en ce sens qu'une concentration relativement élevée tend à se traduire par des taux d'intérêt relativement élevés, toutes choses égales par ailleurs. Il reste que ces relations statistiques (économétriques) peuvent inclure un certain "bruit" si les vraies frontières du marché sont plus larges ou plus étroites que celles des MSAs.

Cela étant, il est clair qu'une démarcation exacte des frontières d'un marché, et sa classification comme local, régional, national ou international, constitue une entreprise problématique. Il y a certainement là amplement matière pour de futures recherches. Celles-ci pourraient se focaliser²³ sur les limites géographiques des ventes de certains produits ou services financiers particuliers, ou sur des schémas géographiques (*geographic patterns*) se fondant sur l'existence ou non d'une uniformité au niveau des prix pratiqués, ou sur une analyse comparative de différentes délimitations alternatives du marché et leurs effets sur la relation "concentration-prix".

Malgré ces difficultés, on dispose d'un certain nombre d'indications empiriques quant à la nature géographique du marché pour quelques produits ou services financiers. Ainsi, les emprunts des grandes entreprises s'effectuent sur un marché national, voire international. Ces grandes entreprises²⁴ ont certainement le choix de lancer un emprunt à l'intérieur ou en dehors des frontières nationales. A l'opposé, le marché est

²²/ Un exemple au plan international: dans l'alliance qui a été proposée entre British Airways et American Airlines, ces deux compagnies soutiennent que le *relevant market* est celui des voyages aériens entre les USA et l'Europe toute entière, un marché dont elles ne détiennent qu'une part modeste. Par contre, les autorités européenne sont d'avis que le *relevant market* est celui des voyages aériens entre les USA et la Grande-Bretagne, un marché dont les deux compagnies en question détiennent une part très importante.

²³/ Comme suggéré par White (1996), p. 334.

²⁴/ *General Motors* et *Exxon* sont mentionnés par White(1996), p. 332, comme des cas typiques.

plutôt **local** pour bon nombre d'autres produits bancaires: dépôts de toutes sortes, emprunts personnels, emprunts-logement et hypothèques, emprunts des petites et moyennes entreprises. Ce caractère local du marché peut être dû à un certain "confort physique" pour les consommateurs et clients, mais il peut aussi être lié à des problèmes d'information asymétrique entre les banques et leurs clients.

Il est intéressant et utile de relever que Kwast, Starr-McCluer et Wolken (1997)²⁵ trouvent, pour les ménages et les petites entreprises, une **relation étroite et très significative** entre les définitions du marché en termes de produits bancaires et en termes géographiques. Les services qui ont la plus grande probabilité d'être groupés dans un bloc (*cluster*) acheté à l'institution financière "primaire" sont également ceux qui correspondent à un marché local. Pour 93% des ménages, l'institution primaire est une banque régionale. Plus de 60% des achats de services bancaires par les petites entreprises qui indiquent une banque comme leur institution financière primaire sont concentrés dans cette même banque. Les résultats des auteurs susmentionnés conduisent également à la conclusion que les ménages²⁶ et les petites entreprises²⁷ n'achètent, en moyenne, qu'environ **deux** services financiers à leur institution primaire. Cela signifie que le concept de groupe ou bloc (*cluster*) de produits bancaires se vérifie dans la réalité, mais dans un sens plutôt restreint.

2.3.2 Les barrières à l'entrée

Le concept de "**barrières à l'entrée**" a toujours joué un rôle important dans la théorie et la recherche économiques portant sur la structure des marchés et leur caractère plus ou moins concurrentiel. A cet égard, une contribution déjà relativement ancienne, mais capitale, est due à Baumol, Panzar et Willig (1982, 1986). Selon ces auteurs, la liberté d'entrée et de sortie représente une des conditions qui doivent être remplies pour qu'un marché donné puisse être classé comme concurrentiel. Les autres conditions sont: l'existence d'un grand nombre d'acheteurs et de vendeurs, de sorte qu'aucun ne puisse influencer le ou les prix; un produit homogène (pas de différenciation) afin que les acheteurs soient indifférents quant au choix d'un vendeur particulier; une information parfaite ou en tout cas très complète des producteurs et des consommateurs.

²⁵/ Pp. 987-91.

²⁶/ Tableau 5, panel 5A, p. 991.

²⁷/ Tableau 5, panel 5B, p. 992.

S'il n'y a pas de barrières à l'entrée, un marché est défini comme étant "**contestable**". Cela signifie que, quelle que soit la structure du marché (un seul vendeur, un petit groupe ou un grand nombre), des prix monopolistiques ne peuvent exister sur un tel marché, car s'ils existaient, les profits monopolistiques qu'ils permettraient seraient "contestés" par de nouveaux concurrents et donc disparaîtraient plus ou moins rapidement. A noter que la "contestabilité" parfaite, d'une part, et l'existence de barrières absolument infranchissables, d'autre part, sont des cas polaires. Les marchés réels se situent le plus souvent entre ces deux cas polaires.

En suivant Rhoades (1997), les barrières à l'entrées les plus importantes dans le secteur bancaire sont commentés ci-dessous.

Les barrières à l'entrée dans un marché donné peuvent être de nature juridique ou de nature économique. Dans le domaine bancaire, la tendance récente a été à une diminution des barrières du premier type, mais à une préservation des barrières de type économique. Lorsque des barrières économiques significatives existent sur un marché donné, il importe généralement peu que d'éventuelles barrières juridiques supplémentaires soient atténuées ou éliminées. C'est par exemple le cas lorsque les coûts d'installation d'une entreprise, branche ou succursale sont élevés, et qu'il en va de même pour les coûts liés au recrutement des clients. La situation dans le secteur bancaire semble relever de ce cas. Ainsi que Rhoades (1997) le montre, tout semble indiquer que l'"industrie bancaire" américaine se caractérise par des coûts de changement du fournisseur principal (*switching costs*) qui sont presque toujours d'un niveau très élevé, voire prohibitif.

2.3.2.1 Les barrières à l'entrée de nature juridique

Ces barrières peuvent être divisées en deux groupes: les barrières à l'entrée et à l'expansion concernant les banques proprement dites (*banking organizations*) et celles s'appliquant aux "non-banques" (*non banking organizations*).

Les barrières à l'entrée concernant les banques proprement dites

Ces barrières à l'entrée ont essentiellement disparu aux Etats-Unis suite à la libéralisation, au niveau des *States* et au niveau fédéral, de la réglementation et des lois portant sur l'expansion géographiques des banques. Cette libéralisation a débuté, comme déjà mentionné, dans les années 1980, initialement au niveau de divers *States* qui ont permis l'ouverture, sur

une base de réciprocité, de branches situées hors du *State* d'origine, et cela par le canal de la création de holdings bancaires. Ce processus a débouché en 1994 sur une libéralisation financière vraiment nationale (loi Riegle-Neal).

Cependant, cette libéralisation concerne seulement l'entrée de banques qui sont déjà établies, mais non pas l'entrée *de novo*. Il s'agit là d'une particularité juridique américaine qui établit une différence entre l'entrée de banques existantes et celle de concurrents *de novo*. Alors que les premières sont favorisées par la législation actuelle, les deuxièmes ne le sont pas, ce qui apparaît comme discriminatoire et injustifié. En outre, une libéralisation pour les entrées *de novo* ne semble pas probable dans un avenir immédiat.

Les barrières à l'entrée et à l'expansion concernant les "non-banques"

En ce qui concerne les institutions financières non strictement bancaires, la législation fédérale américaine a réduit les barrières d'entrée en éliminant très largement les différences juridiques qui existaient entre celles-ci et les banques. Aux Etats-Unis, les principaux concurrents des banques proprement dites sont surtout les caisses d'épargne (*thrifts*) et les mutuelles de crédit (*credit unions*). Au début des années 1980, les caisses d'épargne ont reçu le droit de concurrencer les banques pour certains produits typiquement bancaires comme, par exemple, les emprunts commerciaux et industriels ou les comptes de transaction. Bien que l'entrée de ces institutions dans le marché bancaire traditionnel n'ait pas été rapide, la concurrence s'en est trouvée renforcée graduellement. La concurrence provenant des mutuelles de crédit s'est aussi accrue récemment.

On peut donc conclure que les barrières à l'entrée de nature juridique ne représentent plus, aujourd'hui, des obstacles ou handicaps importants aux Etats-Unis. Cette conclusion optimiste ne doit cependant pas voiler l'existence de barrières à l'entrée de type économique, dont l'importance a été et reste considérable.

2.3.2.2 Les barrières à l'entrée de nature économique

La thèse défendue entre autres par Rhoades (1997)²⁸ est que les barrières à l'entrée de nature économique, et particulièrement les *switching costs* dans le *retail banking*, sont et restent exceptionnellement élevées aux Etats-Unis (et ailleurs

²⁸/ P. 998.

sans doute aussi). Une analyse relativement détaillée s'impose donc ici.

Ces barrières à l'entrée trouvent leur origine dans les facteurs généraux suivants: des acheteurs qui ne sont généralement pas bien informés; d'importants coûts de transaction pour les acheteurs et les vendeurs; un petit nombre de vendeurs dans beaucoup de marchés locaux; l'existence de coûts d'installation à fonds perdus (*sunk costs*) et autres frictions liées à l'entrée sur le marché ou à la sortie du marché.²⁹ Ces facteurs généraux se débouchent, toujours selon Rhoades, sur au moins cinq barrières à l'entrée de nature économique.

Des économies d'échelle liées à la taille du marché

Ces économies d'échelle concernent les marchés relativement petits, comme la plupart des marchés locaux. Sur ces marchés, un nouveau concurrent doit pouvoir réaliser un pourcentage relativement élevé du volume global des ventes s'il veut pouvoir fonctionner sur une échelle raisonnablement efficace. Mais si ce nouveau concurrent cherche à acquérir une part de marché suffisamment importante, il doit s'attendre à ce que les entreprises existantes réagissent de manière "agressive". Normalement, cela le dissuadera de tenter l'aventure, comme de nombreuses observations empiriques l'attestent.

Les "switching costs"

Ces coûts sont ceux auxquels un client d'une banque doit faire face s'il veut changer d'établissement. En comparaison de pratiquement toutes les autres industries, il apparaît que ces coûts sont particulièrement élevés dans le secteur bancaire. Rhoades donne quatre raisons pour cela.

Premièrement, un groupe typique de services bancaires se caractérisent généralement par un nombre élevé de taux d'intérêt différents, par des conditions générales différents ainsi que par une multitude de tarifs différents pour les frais et autres charges. Il s'ensuit que comparer différentes banques pour identifier celle qui est la meilleure marché entraîne des "coûts de recherche" (*search costs*) importants par rapport au bénéfice escompté.

Deuxièmement, il est établi empiriquement que la proximité géographique des établissements bancaires est un facteur important pour beaucoup de (petits) clients, qu'il s'agisse de ménages ou d'entreprises. Si les banques existantes occupent déjà

²⁹/ En fait, la possibilité de *sunk costs* importants est une des principales limitations à la notion de marchés contestables.

les emplacements les plus favorables, il sera par conséquent difficile pour un nouveau concurrent de bien se positionner, géographiquement parlant.

Troisièmement, ces petits clients entretiennent d'ordinaire une relation stable, étroite et souvent ancienne avec leur fournisseur traditionnel de services bancaires (*on-going relationship*). Changer de fournisseur signifie que cette relation doit être rompue et qu'une nouvelle doit être créée. Il en va différemment sur la plupart des autres marchés, comme par exemple ceux pour l'alimentation, l'habillement ou l'électro-ménager: dans ces marchés, chaque achat peut être l'occasion de changer de fournisseur sans qu'il soit nécessaire pour cela de rompre une relation.

Quatrièmement, et ce qui est peut-être plus étonnant, il n'apparaît pas, selon Rhoades, que le développement des services bancaires électroniques (*electronic banking*) se soit traduit par une baisse des *switching costs*. En réalité, il semblerait que cela soit peut-être même le contraire, du moins pour le moment. Cela ne veut évidemment pas dire que le *internet-banking* et les services *on-line* n'aient pas de grands avantages - pratiques et/ou pécuniaires - pour les clients comme pour les fournisseurs, ou qu'ils n'aient pas de futur, mais seulement qu'il ne faut pas, du moins pour l'instant, en escompter une diminution des *switching costs* et donc un abaissement des barrières à l'entrée dans le secteur bancaire. Le remplacement d'une relation bancaire électronique par une autre soulève en particulier toutes sortes de problèmes liés aux logiciels utilisés par les uns et par les autres, aux procédures d'identification, etc. Dans un article fort détaillé paru il y a quelques mois dans la *Neue Zürcher Zeitung*,³⁰ un responsable du CS en tire la conclusion suivante: "Dans ce domaine aussi, les établis [*die Etablierten*] disposent des meilleures cartes".

Les barrières stratégiques aux nouvelles entrées

Il s'agit là de stratégies actives et conscientes des banques existantes sur un marché donné pour dissuader l'entrée de nouveaux concurrents. Dans le domaine des services bancaires aux petits clients, ces stratégies peuvent prendre la forme, par exemple, de contrats exclusifs pour l'ouverture de "mini-branches" dans les supermarchés ou encore l'occupation systématique, par anticipation, de toutes les bons emplacements.

L'information asymétrique

³⁰/ Numéro du 20 février 1998, p. 67.

Selon la littérature scientifique, une asymétrie d'information entre investisseurs et intermédiaires financiers est la principale raison qui explique l'existence des banques et autres institutions financières. A cet égard, les établissements pré-existants disposent d'une connaissance des particularités d'un marché donné qui est meilleure et plus complète que celle de concurrents potentiels. En outre, les banques existantes peuvent aussi émettre de faux signaux, destinés aux concurrents potentiels, sur la nature du marché, les coûts marginaux, etc.

Les "first-mover advantages"

Ces avantages sont ceux liés au fait d'être déjà connu, de disposer d'un nom avec lequel le public peut s'identifier, d'avoir une réputation, etc. - toutes choses qu'un établissement nouveau venu devra créer, ce qui peut prendre suffisamment de temps et coûter suffisamment cher pour le dissuader de tenter l'aventure.

A la fin de son étude sur les barrières à l'entrée, Rhoades passe en revue et résume ainsi les résultats empiriques (*empirical evidence*) qui existent à ce sujet:

(1) La plupart des recherches³¹ ont trouvé une relation positive et significative entre la profitabilité des établissements bancaires et le degré de concentration sur le marché ou le nombre de concurrents. C'est-à-dire que des valeurs élevées de l'indice de Herfindahl-Hirschman (HHI - voir plus loin) sont généralement associées avec des prix et des profits élevés. Il s'ensuit que l'existence des diverses barrières à l'entrée discutées ci-dessus empêche que la concurrence fasse baisser les prix.

(2) Plusieurs études³² ont aussi trouvé que le secteur bancaire américain se caractérise par une *X-inefficiency* substantielle. Cette *X-inefficiency* est définie comme une inefficacité qui ne dépend pas de la taille de l'entreprise ou d'autres facteurs objectifs, mais qui reflète avant tout des différences dans la qualité du management. Elle se traduit par des écarts importants et durables dans les coûts unitaires observés dans des établissements par ailleurs semblables. Ce qu'on peut interpréter comme étant dû à une concurrence insuffisante.

³¹/ Weiss (1989), Hannan (1992), Rhoades (1995), Berger et Hannan (1997), etc.

³²/ Berger et Humphrey (1991), Kwan et Eisenbeis (1996), etc.

(3) Une étude comparative toute récente³³ a trouvé que les taux d'intérêt servis sur les dépôts étaient relativement bas dans les marchés caractérisés par des *switching costs* relativement élevés, et vice-versa. Cela est symptomatique d'une faible concurrence et de barrières à l'entrée élevées.

La conclusion semble donc bien être que les marchés locaux américains, c'est-à-dire la plupart d'entre eux, ne sont **pas contestables** et que, même après l'élimination plus ou moins complète des obstacles juridiques à l'entrée, il reste de très importantes barrières de nature économique. Ce qui n'est pas sans importance du point de vue des effets anti-concurrentiels éventuels dus aux concentrations et acquisitions bancaires.

3. Politique et droit de la concurrence américains en matière bancaire

3.1 Une perspective historique

3.1.1 Les débuts

L'histoire de la réglementation bancaire américaine commence avec celle des Etats-Unis. En effet, en 1781, c'est-à-dire pratiquement au lendemain de l'indépendance, le Congrès a conféré une charte monopolistique à la première banque proprement américaine, la *Bank of North America*.³⁴ Dix ans plus tard, cinq autres banques avaient été autorisées. En ce temps-là, l'existence de monopoles locaux était considérée comme souhaitable et tous les *States* américains ont adopté des procédures d'autorisation légale pour l'ouverture de nouveaux établissements bancaires, ce qui revenait à créer des barrières juridiques à l'entrée.

Ces pratiques, dites de *bank chartering*, ont cependant provoqué une réaction, car beaucoup en vinrent à affirmer qu'elles débouchaient sur la création d'une corporation économique privilégiée et sur une concentration excessive du pouvoir financier. C'est pourquoi le *bank chartering* a suscité, dès les années 1830, une opposition toujours plus vigoureuse.

3.1.2 Le *free banking*

Dans cette deuxième période, qui couvre pratiquement un siècle (1830-1930), les procédures d'autorisation de création de nouvelles banques ont été très largement libéralisées, les ban-

³³/ Sharpe (1997).

³⁴/ Shull (1996), pp. 259-60.

ques restant toutefois soumises à un contrôle par diverses agences administratives.

3.1.3 Le *Banking Act* de 1933

Suite à des vagues successives de crises bancaires qui ont conduit à la disparition d'une dizaine de milliers de banques entre 1930 et 1933,³⁵ l'idée s'est accréditée dans le public et les milieux politiques américains que ces désordres étaient dus non pas à des problèmes systémiques, comme on le diagnostiquerait aujourd'hui, mais à une "concurrence excessive". Par conséquent, une nouvelle législation imposa des restrictions sans précédent. En lieu et place du *free banking*, la "clause du besoin" fut adoptée pour l'ouverture de nouvelles banques. En outre, le *Banking Act* de 1933 conféra à la *Federal Reserve* le droit de plafonner les intérêts payables par les banques membres du système de réserve fédéral. Il fut aussi interdit de rémunérer les comptes courants (*checking accounts*). De manière générale, la notion prit racine qu'une "collaboration" entre banques était préférable à la concurrence.

A noter que les deux lois anti-trust les plus importantes en vigueur aux USA pendant une partie du XIXe et au XXe siècles, soit le *Clayton Act* et le *Sherman Act*, n'englobaient pas le secteur bancaire. Mais, à partir de 1944, un revirement graduel commença à se manifester à cet égard. Les lois adoptées dans les années 1950 et 1960 reflétèrent ce revirement.

3.1.4 Le *Bank Holding Act* de 1956

La loi de 1956 sur les holdings bancaires a imposé de nouvelles exigences dans ce domaine. Une holding bancaire était définie comme une société contrôlant au moins deux banques. Les holdings bancaires furent tenues de s'inscrire auprès de la *Federal Reserve*, de s'abstenir pratiquement de toute activité non bancaire et de renoncer à acquérir des banques situées dans d'autres *States*. La *Federal Reserve* se vit conférer le droit de surveiller les holdings bancaires et d'approuver ou non l'acquisition de nouvelles banques par les sociétés de ce type. A cette fin, elle devait prendre en considération: (1) l'histoire et la situation financière de la holding et des banques qu'elle contrôlait; (2) les perspectives qui s'offraient à elle; (3) la composition et autres caractéristiques de la direction; (4) les besoins et le bien-être économique de la région concernée; (5) la compatibilité de l'acquisition proposée avec une "saine activité bancaire" et l'intérêt public, mais aussi avec la sauvegarde de la concurrence. Les quatre pre-

³⁵/ Cf. M. Friedman et A. Schwartz, *A Monetary History of the United States*, 1965.

mières considération constituaient ce qu'on appelait les "facteurs bancaires" alors que la cinquième était baptisée "facteur concurrentiel". Mais des critères précis pour ce dernier facteur n'ont jamais été spécifiés.

3.1.5 Le *Bank Merger Act* de 1960

Dans les années 1950, un processus de d'acquisitions et de concentrations bancaires s'est amorcé. Entre 1950 et 1959, il y eut ainsi 1'300 fusions, y compris quelques consolidations touchant des grandes banques. Les agences fédérales chargée de surveiller le secteur bancaire se plaignaient de n'avoir pas assez de moyens pour contrôler, voire empêcher ce processus. En réaction, le Congrès adopta en 1960 la loi susmentionnée. Cette dernière divisa la procédure d'autorisation des concentrations entre trois agences fédérales, selon le statut de l'institution concernée (voir la section 3.2 plus loin). Chaque agence était tenue de considérer l'effet de la concentration sur la concurrence et en particulier une tendance éventuelle à la création d'un monopole ainsi que les "facteurs bancaires" mentionnés plus haut. En outre, le Département de la Justice et les trois autres agences concernées ont été tenus de fournir des avis sur les problèmes concurrentiels qui pouvaient se poser. Mais, là non plus, on ne développa pas de critères opérationnels. Enfin, il était prévu que "l'intérêt public" pouvait l'emporter sur d'éventuels effets anti-concurrentiels. Dans de nombreux cas, cette procédure compliquée et cette dispersion de l'autorité ont entraîné des désaccords et disputes entre les agences concernées.

3.1.6 Le *Philadelphia Case* et les amendements subséquents

Ce cas a été considéré par la Cour Suprême en 1963. Il s'agissait de la fusion entre la *Philadelphia National Bank*, la deuxième banque par ordre de grandeur en Pennsylvanie, et la *Girard Trust*, qui était la troisième. La banque résultant de la fusion aurait été la plus grande en Pennsylvanie. La Cour Suprême statua que cette concentration aurait diminué considérablement la concurrence, en violation des lois existantes. L'élément le plus innovateur de cette décision a été, selon Shull (1996), que la Cour Suprême estima que la section 7 du *Clayton Act* lui était applicable. Auparavant, et comme mentionné plus haut, les fusions entre banques n'étaient pas couvertes par cette section, en cela qu'elles étaient interprétées comme des "acquisitions d'actifs" (*asset acquisitions*) alors que les fusions entre sociétés non bancaires étaient vues comme des "acquisition d'actions" (*stock acquisitions*). Dès lors, les concentrations bancaires n'étaient plus à l'abri des lois américaines anti-cartels (*antitrust laws*).

Un cas similaire a été celui dit de Lexington en 1964, selon lequel la section 1 du *Sherman Act* était dorénavant aussi applicable aux concentrations bancaires.

La situation qui a résulté de ces diverses décisions n'était pour le moins pas pratique: ainsi, une fusion entre banques pouvait être approuvée par l'agence fédérale concernée, et cela selon les critères du *Bank Merger Act* de 1960, mais elle pouvait être contestée par le Département de la Justice sur la base des lois antitrust classiques. Cette ambiguïté et ces incertitudes sont restées en place après un certain nombre d'amendements au *Bank Merger Act* qui ont suivi, en 1966, les décisions judiciaires susmentionnées. En pratique et de manière générale, les fusions bancaires qui avaient pour effet de réduire "substantiellement" la concurrence bancaire ont été soumises à charges ou interdites, sauf si le poids relatif de l'intérêt public était considéré comme prépondérant.

Les décennies récentes ont vu certaines modifications des bases légales régissant les acquisitions et concentrations bancaires. Une certaine clarification des concepts et procédures a pu être réalisée suite à l'élaboration et à la publication de "directives" (*guidelines*) en 1992³⁶ et 1995³⁷.

3.2 Procédures et pratiques actuelles

Ces procédures et pratiques sont bien résumées, d'un point de vue économique, par Neven et von Ungern-Sternberg (1998), lesquels les comparent également avec celles en vigueur dans l'Union Européenne. On trouvera dans Guerin-Calvert (1996) une description plus détaillée.

3.2.1 Les "régulateurs" (*regulating agencies*)

Aux Etats-Unis, une transaction qui résulte en une fusion ou acquisition bancaire (*bank merger and acquisition transaction*) doit être soumise à une des trois agences bancaires fédérales (*federal banking agencies*) concernées, soit:

- le *Federal Deposit Insurance Committee* (FDIC);
- le *Board of Governors* de la *Federal Reserve* (ci-après: Board);

³⁶/ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, April 2, 1992; pour un commentaire, voir White (1966), pp. 331-7.

³⁷/ *OCC Advisory Letter AL 95-4*, July 18, 1995; pour une interprétation détaillée, voir Guerin-Calvert (1966), pp. 293-7.

- l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC).

Ces trois agences sont responsables de la régulation des "organisations bancaires" (*banking organizations*). Selon les dispositions juridiques en vigueur, l'attribution des demandes visant des fusions et acquisitions est généralement la suivante: pour les grandes banques, l'agence compétente est le Board s'il s'agit d'une holding, ou alors le OCC, lequel est compétent pour les banques opérant sur tout le territoire national (*national banks*). Les demandes concernant les banques en procédure de faillite ou dont la faillite a été déclarée sont du ressort du FDIC, mais il est possible qu'une des autres agences intervienne aussi selon la nature du cas.

En sus de ces agences fédérales, le Département de la Justice a le devoir, selon les lois précitées, de surveiller les fusions bancaires et d'identifier celles qui auraient des effets négatifs substantiels sur la concurrence (*a substantial lessening of competition*). De leur côté, les agences sont également tenues de prendre ces effets en considération et, le cas échéant, de refuser la fusion en question. Si le Département de la Justice ne s'oppose pas à une fusion dans les trente jours qui suivent une décision favorable de l'agence concernée, la fusion est désormais à l'abri de poursuites judiciaires fédérales.

A première vue, cette procédure paraît claire et logique, mais elle ne l'est pas toujours en pratique.

3.2.2 Comment mesurer la concentration du marché ?

Les directives (*guidelines*) du Département de la Justice dont il a été question plus haut définissent des "seuils de concentration" mesurés au moyen de l'**indice de Herfindahl-Hirschman** (HHI).³⁸ Comme Neven et von Ungern-Sternberg (1998) le soulignent, ce n'est pas le cas dans l'Union Européenne qui se concentre plutôt sur les **parts de marché** selon des critères qui ne sont pas des plus clairs, comme c'est d'ailleurs aussi le cas en Suisse.

Selon ces auteurs, la différence entre ces deux approches reflètent une vision différente de la notion de **dominance**. Aux Etats-Unis, on considère qu'une fusion donnée est plus dan-

³⁸/ Le HHI est calculé en additionnant les différentes parts de marché exprimées en pour cent, chacune étant élevée au carré. Ainsi, si une seule entreprise est présente sur le marché (monopole), l'indice atteint la valeur maximale de $100^2 = 10'000$; ou encore, s'il y a 5 entreprises qui ont chacune une part de marché de 20%, le HHI est de $5 \times 20^2 = 2'000$.

gereuse sur marché qui est déjà fortement concentré préalable-ment que sur un marché qui l'est moins, et cela parce qu'un comportement collusoire est plus probable sur un marché concen-tré. Les valeurs de l'HHI qui, aux Etats-Unis, délimitent les différents degrés de concentration sont les suivantes: un HHI après fusion qui se situe au-dessous de 1'000 ne pose pas de danger sérieux pour la concurrence; une valeur entre 1'000 et 1'800 signifie une concentration modérée et, dans cette région, une augmentation de l'HHI de plus de 100 points suite à une fu-sion est une condition suffisante pour justifier un examen dé-taillé de ses effets sur la concurrence; un HHI plus élevé que 1'800 dénote un marché trop concentré et, dans cette région, une augmentation de plus de 50 points consécutive à une fusion est une condition suffisante pour en contester la légalité.

Lorsqu'ils sont remplis, ces critères quantitatifs ne signi-fient cependant pas nécessairement une interdiction, car il peut y avoir des "facteurs atténuants" (*mitigating factors*). D'après Shull (1996), il s'agit de: (1) l'existence d'une con-currence potentielle; (2) le nombre absolu d'entreprises ou d'offreurs qui restent présents sur le marché; (3) les éventuels gains d'efficacité; (4) une élévation éventuelle du bien-être économique liée au "confort" (*commodity*) et "besoins" des consommateurs.

3.2.3 L'option "*disvestiture*" pour réduire le pouvoir de marché

En outre, il arrive aussi souvent que les effets anti-con-currentiels d'une fusion soient atténués au moyen d'**accords** entre les régulateurs et les parties concernées, des accords (*disvestiture agreements*) qui visent à diminuer le pouvoir de marché résultant de la fusion au moyen, par exemple, d'une ré-duction du nombre de branches, des actifs en possession des parties ou du personnel, et cela en faveur des concurrents. En conséquence, il n'y a eu, depuis 1980 aux Etats-Unis, qu'**un pe-tit nombre** de refus absolus opposés à des demandes d'acqui-sition et de concentration bancaires.

Les accords en question sont généralement désignés comme des "remèdes structurels" aux effets anti-concurrentiels des acqui-sitions et fusions bancaires. Comme on vient de le dire, ces remèdes sont très souvent appliqués aux USA, mais leur effica-cité n'a pas (encore ?) fait l'objet de beaucoup de recherches. Une étude récente consacrée à cette question est celle de Burke (1995).³⁹ Ce chercheur trouve que les banques qui ont acquis les branches et/ou le personnel suite à un *disvestiture agreement*

³⁹/ Cf. Guerin-Calvert (1996), pp. 317-8.

ont généralement développé leurs activités financières ou les ont au moins conservées au même niveau.

A part ces remèdes dits structurels, il y a en aussi, du moins en principe, qui visent le comportement des parties à la fusion et qu'on appelle des *behavioral remedies*.⁴⁰ Dans ce cas, les parties à la fusion s'engagent à observer certaines règles de comportement afin d'atténuer les effets anti-concurrentiels de la fusion. A notre connaissance, il n'y a cependant pas (encore ?) de résultats empiriques sur l'efficacité véritable de cette deuxième catégorie de remèdes.

4. Conclusion sur le cas américain

Aux termes de cette revue du cas américain, il apparaît que les autorités américaines chargées d'appliquer le droit de la concurrence peuvent s'appuyer sur une **somme** considérable, sinon parfaite, de recherches et de résultats économiques aux plans à la fois analytique et empirique. Les concepts analytiques sont aujourd'hui relativement clairs, bien définis et complets. La nature et la structure du ou, plutôt, des marchés bancaires américains est suffisamment bien connue et le caractère local de la plupart d'entre eux ne fait guère de doute. Les *relevant product markets* et les *relevant geographic markets* ont été identifiés de manière adéquate dans la plupart des cas. La nature et l'importance des barrières à l'entrée ont été clairement mises en lumière et celles qui sont de nature juridique ont été largement supprimées. Enfin, le degré de concentration sur un marché donné et son augmentation suite à une fusion peuvent être évaluées au moyen d'un instrument quantitatif, l'indice HHI, qui constitue une très utile aide à la décision, même s'il est vrai que les seuils et incréments retenus sont nécessairement un peu arbitraires, et même s'il est vrai que le HHI n'est qu'un indicateur, insuffisant en lui-même pour justifier une décision.

Certes, tout n'est pas parfait et tout n'est pas résolu, en particulier pour ce qui est de la délimitation géographique des marchés (voir plus haut); ou encore, pour ce qui est des effets de fusions entre réseaux ATM-bancomat. Néanmoins, on peut conclure que, dans les domaines considérés, la situation américaine est relativement satisfaisante.

Elle l'est, en revanche, beaucoup moins aux plans légal et institutionnel. Pour des raisons largement historiques, le droit de la concurrence est dispersé en de nombreuses lois qui

⁴⁰/ Cf. Neven et von Ungern-Sternberg (1998), p. 17.

se chevauchent partiellement, et il en va de même pour les autorités chargées de les appliquer ainsi que pour leurs compétences respectives. Comme on l'a vu, il en résulte ou peut en résulter une certaine confusion, des incertitudes et, plus généralement, une situation peu claire aux plans légal et institutionnel.

5. Quelques réflexions sur le cas suisse

A notre avis, **l'inverse** se vérifie en Suisse où l'on pourrait dire que la situation est un peu la *mirror image* de celle aux Etats-Unis.

5.1 La situation au plan légal et institutionnel

Au plan légal, les principales lois fédérales sont aujourd'hui celle sur *les cartels et autres restrictions à la concurrence* et celle sur *le marché intérieur*, toutes deux du 6 octobre 1995 et entrées en vigueur au début de 1996. Nous allons nous concentrer ici sur la première, qui est la plus importante.

Au risque de paraître quelque peu péremptoire, nous dirons que la loi sur les cartels nous paraît à la fois compacte, claire, cohérente, complète et bien faite. Les accords cartellaires,⁴¹ qui étaient ou sont si caractéristiques de l'économie suisse, sont dorénavant réputés illicites, sauf exceptions justifiées (art. 5 et 6), ce qui constitue un renversement d'optique très bienvenu par rapport à l'ancienne loi sur les cartels. A noter que les accords en question sont définis comme incluant les "pratiques concertées" (art. 4), ce qui couvre ou, à notre avis, devrait en tout cas permettre de couvrir les oligopoles dont la coordination se fait de manière tacite - voir plus loin.⁴² Par ailleurs, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante, c'est-à-dire celles qui peuvent se comporter de manière indépendante en matière d'offre et de demande (art. 4), sont réputées illicites si elles conduisent à des abus, comme des boycotts, des discriminations en matière de prix, des guerres de prix dirigées contre un concurrent déterminé ou si elles débouchent sur des prix et autres conditions commerciales "inéquitables" (art. 7). Les cas d'intérêts

⁴¹/ C'est-à-dire ceux qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace.

⁴²/ En effet, la loi ne parle pas de pratiques **explicitement** concertées.

prépondérants sont réservés, mais sont du ressort du seul Conseil fédéral (art. 8).⁴³

Quant aux concentrations, elles peuvent être interdites ou soumises à charges si elles créent ou renforcent une position dominante susceptible de supprimer une concurrence efficace, sauf si elles sont plus que contre-balançées par une amélioration des conditions de la concurrence sur un marché tiers (art. 10). Les cas d'intérêt prépondérants sont réservés de la même manière que pour les accords cartellaires (art. 11). Plus généralement, la Commission de la concurrence est tenue d'observer de façon suivie la situation de la concurrence dans l'économie suisse (art. 45) et elle peut adresser des recommandations aux autorités (art. 46).

Toujours à notre avis, il en va largement de même au plan institutionnel, c'est-à-dire que là aussi la situation nous paraît relativement satisfaisante, meilleure en tout cas qu'aux Etats-Unis. Le Secrétariat instruit les enquêtes, la Commission de la concurrence tranche. Il y a une Commission de recours, ce qui pourrait peut-être faire problème si les recours deviennent par trop systématiques ou si la Commission de recours tarde par trop à rendre ses avis.

Trois **réserves** s'imposent cependant, selon nous.

Premièrement, et au plan légal, la notion de prix "inéquitables" dans l'article 7 peut paraître floue. Quand un prix est-il équitable ou inéquitable ? Peut-être aurait-il mieux valu parler de prix trop élevés par rapport à une situation concurrentielle.

Deuxièmement, et au plan institutionnel, l'article 18 de la loi prévoit que "*la Commission comprend entre onze et quinze membres. Ceux-ci sont en majorité des experts indépendants*". Précisons que les membres "non indépendants" sont des représentants d'organisations économiques, professionnelles et syndicales, lesquels ont voix délibérative. Sur ce point, la nouvelle loi s'inscrit dans la continuité de l'ancienne. A notre connaissance, cette représentation d'intérêts économiques dans l'organe de décision est une particularité helvétique. Ailleurs, et en particulier dans le monde anglo-saxon, elle serait considérée comme une hérésie. On peut donc s'interroger sur sa légitimité. Dans certaines circonstances, en particulier

⁴³/ Comme l'on sait, le Conseil fédéral vient de rejeter la demande des marchands de partitions musicales qui exigeaient qu'on leur permette de poursuivre leurs pratiques cartellaires en raison d'intérêts culturels supérieurs.

pour certaines fusions, ces membres "non-indépendants" de la Commission, ou en tout cas certains d'entre eux, se détermineront de manière parfaitement prévisible. Peut-être le législateur a-t-il estimé que, dans la pratique, les avis de ces membres se neutraliseront, comme cela semble avoir été le cas dans l'ancienne Commission des cartels. Mais ce n'est pas sûr, car cela dépend de constellations changeantes au niveau des personnes, des tempéraments et aussi des présences ou absences lors de telle ou telle séance "cruciale". A notre avis, une situation plus saine serait que les membres "non indépendants" continuent de faire partie de la Commission, leurs connaissances et expertises étant des plus utiles, mais avec voix consultative.⁴⁴

Troisièmement, il y a la coexistence entre la Commission de la concurrence et la Surveillance des prix. A ce sujet, le Secrétaire d'Etat Franz Blankart a écrit récemment:⁴⁵

L'exemple le plus scandaleux de manque d'hygiène dans la séparation des pouvoirs est le fait que le préposé à la surveillance de prix, un quasi-directeur du DFE, soit traditionnellement un membre du Parlement. L'institution en soi est, à mon avis, une aberration dans une économie libérale de marché. Ceci s'explique par le fait que "l'on" n'ait pas eu la lucidité, ni le courage d'intégrer son cahier de charges dans celui de la Commission de la concurrence. Or, ce qui me gêne le plus, c'est que le préposé-parlementaire s'ingère dans la rédaction d'ordonnances (p.ex. sur les prix des produits pharmaceutiques) qu'il pourrait ensuite, via une motion parlementaire, remettre en cause si le Conseil fédéral ne décide pas selon ses désirs. Si ceci ne s'est pas passé jusqu'à présent, c'est entre autres dû aux qualités des détenteurs de cette fonction. Du point de vue du principe de la séparation des pouvoirs, l'institution [de la surveillance des prix] dans sa configuration actuelle est néanmoins hautement problématique.

⁴⁴/ Comme c'est déjà actuellement le cas pour le Surveillant des prix.

⁴⁵/ Cf. *33 ans au contact du pouvoir*, causerie présente par le Secrétaire d'Etat Franz Blankart au Parti libéral genevois, Genève, 7 septembre 1998, 30 pp.; la citation se trouve aux pages 22-23.

Une petite digression

Au plan du fonctionnement de la Commission de la concurrence, saisissons l'occasion pour faire justice de certaines critiques qui viennent d'être émises au sujet de la récente décision de la Commission concernant la "méga-fusion" UBS-SBS.⁴⁶ Comme il s'agit d'une affaire qui n'est pas encore arrivée à son terme, nous le ferons avec circonspection, en répétant que les avis exprimés n'engagent que nous.

Une de ces critiques portait sur le fait que, dès l'annonce de la fusion en décembre 1997, le Conseil fédéral s'était exprimé à ce sujet, en saluant la création de ce qui serait une des plus importantes banques au plan mondial, tout en regrettant les suppressions d'emplois. En outre, et toujours selon cette critique, nul autre que le Président de la Confédération présentait la fusion "comme un fait accompli" et "omettait complètement de rappeler que la Commission aurait encore son mot à dire". Ces déclarations auraient traduit non seulement un "respect formidable pour les décisions de l'économie", mais aussi, "de manière plus cynique, (...) une tentative d'influencer la décision de la Commission".

Contre cela, on fera valoir qu'il est tout à fait normal que le Conseil fédéral se soit exprimé dès l'annonce de la méga-fusion. S'il ne l'avait pas fait, tout le monde lui aurait immédiatement reproché de s'enfermer dans une tour d'ivoire alors qu'il s'agissait d'un événement important dans la vie économique du pays. Quant à l'accusation selon laquelle l'exécutif fédéral cherchait par là à influencer la décision de la Commission, elle doit être rejetée tout uniment. La Suisse est un Etat de droit où les organes qui, comme la Commission, jouissent d'une indépendance de décision peuvent l'exercer et l'exercent sans crainte ni restriction mentale. En l'occurrence, on ne sache pas que les avis du Conseil fédéral aient influencé en quoi que ce soit les délibérations et la décision finale de la Commission.

Au sujet de cette décision, l'auteur des critiques en question reconnaît d'ailleurs que "tout n'est pas perdu et [qu']un nouveau concurrent pourrait encore émerger". Autrement dit,

⁴⁶/ Voir l'article de Th. v. Ungern-Sternberg paru dans *Le Temps* du 1er octobre 1998, sous le titre quelque peu flamboyant de "Dans la fusion UBS-SBS, l'Etat s'est soumis sans broncher à l'économie" (en précisant toutefois que ce sont toujours les rédactions des journaux qui se réservent de choisir les titres).

cette décision ne revenait donc pas simplement à entériner "un fait accompli".

5.2 La situation au plan des connaissances économiques

A la différence de la situation prévalant aux Etats-Unis, les autorités helvétique en matière de droit et politique de la concurrence, dont tout particulièrement le Secrétariat et la Commission, ne peuvent guère s'appuyer sur une somme de recherches et de résultats économiques aussi complète, fouillée et étendue que ce n'est le cas Outre-Atlantique. Il en résulte que les décisions prises dans ce domaine manquent quelquefois du substrat scientifique nécessaire.

Illustrons cela en prenant derechef le cas de la méga-fusion UBS-SBS. En l'occurrence, la Commission a conclu - tout à fait correctement, à notre avis - que les *relevant markets* étaient avant tout régionaux et locaux pour le *retail banking*, et que la fusion en question conduirait à un degré de concentration très élevé sur ces marchés: l'ensemble "nouvelle UBS-CS-Banque cantonale" contrôlera en particulier 90% des crédits aux PME dans pratiquement tous les Cantons.⁴⁷

Les choses étaient cependant beaucoup moins claires dès lors qu'il s'agissait de déterminer la licéité ou l'illicéité de cette fusion ainsi que les éventuelles charges pour le cas où la fusion serait autorisée. Sur le principe même de la fusion, une situation où elle aurait été autorisée pour les opérations hors de Suisse, ce qui paraissait s'imposer, mais interdite sur le plan intérieure, n'était simplement pas concevable. Dès lors, la vraie question était celle des conditions ou charges éventuelles. Or, la nature et l'importance de ces dernières dépendaient du type d'oligopole en face duquel l'on se trouvait ou l'on allait se trouver.

Si les cas polaires de la concurrence parfaite et du monopole ne sont guère ambigus pour ce qui est de leurs effets économiques, il en va tout autrement du cas intermédiaire des oligopoles. Comme l'on sait, il n'y a pas de modèle unique pour les oligopoles, mais toute une série: oligopoles collusoire, à la Cournot, à la Stackelberg, avec un leader et une frange concurrentielle, etc. De manière générale, un oligopole peut se caractériser par une collaboration ou concertation entre ses membres qui peut être plus ou moins tacite et plus ou moins stable, mais avec pour conséquence des prix et des rentes

⁴⁷/ Neven et von Ungern-Sternberg estiment, de manière apparemment réaliste, que les valeurs correspondantes du HHI s'élèveraient à plus de 3'000...

d'oligopole élevées; ou il peut y avoir compétition plus ou moins acharnée entre ces membres, une compétition qui peut prendre plusieurs formes, y compris en matière de prix.⁴⁸

Dans le cas sous revue et en particulier pour ce qui était des charges éventuelles, il était donc crucial d'avoir une bonne idée du fonctionnement du marché bancaire avant et après ladite fusion. Pour la situation de départ, une hypothèse venait à l'esprit: comme les banques suisses formaient incontestablement un cartel jusqu'à assez récemment (conventions bancaires), et comme l'on peut supputer que les comportements cartellaires tendent à perdurer par-delà l'abolition d'un cartel formel, peut-être pendant un temps fort long, le modèle le plus vraisemblable était sans doute celui d'un noyau largement collusoire comprenant les trois grandes banques, avec une frange concurrentielle (*competitive fringe*). La fusion projetée ne pouvait dès lors que déboucher sur un renforcement du noyau collusoire. Peut-être même le modèle allait-il se modifier, et pas en bien, en ce sens que la nouvelle UBS pourrait devenir le leader incontesté sur beaucoup de marchés, les autres banques, y compris dans certains cas le CS, se trouvant reléguées dans la frange concurrentielle.

Dans la mesure où c'était bien là le modèle pertinent, il s'ensuivait que la fusion présentait l'occasion d'injecter un peu plus de vraie concurrence dans le ou les marchés bancaires suisses. C'est-à-dire que cela allait dans le sens de charges relativement lourdes, comme par exemple la vente intégrale du réseau de l'une ou l'autre des parties à la fusion.

Mais il n'était **pas sûr** que ce soit bien là le modèle pertinent, lequel restait très largement une **hypothèse** parmi d'autres. Ainsi, il était aussi concevable que, les comportements et habitudes héritées d'un passé cartellaire allant en s'estompant avec le temps, l'on se trouvait ou l'on se trouverait devant un oligopole se comportant de manière de plus en plus concurrentielle; ce qui débouchait sur des charges moins lourdes, comme celles qui ont été adoptées dans les faits par la Commission dans le but d'encourager une évolution vers un oligopole plus proche du modèle concurrentiel.

Il reste que prendre des décisions dans des conditions d'information aussi peu sûres laisse un arrière-goût de malaise, même si une décision **devait** être prise et a été prise. Aurait-on pu faire autrement ? En principe, cela aurait été

⁴⁸/ Ainsi, le marché américain des *soft drinks* est contrôlé aux trois quarts par Coca-Cola et Pepsi-Cola, mais il y existe néanmoins une forte concurrence sur les prix.

possible, mais aurait demandé une enquête scientifique très fouillée. En particulier, déterminer l'existence ou non d'un noyau collusoire et sa nature aurait demandé qu'on descende, au moins par sondage, jusqu'au niveau des transactions individuelles des trois grandes banques. A cet égard, l'utilisation systématique de l'indice HHI, comme préconisé par Neven et von Ungern-Sternberg (1998), nous paraît souhaitable, mais cela ne saurait suffire, en ce sens qu'à une valeur donnée de cet indice peuvent correspondre des comportements oligopolistiques totalement différents. Et ce sont ces comportements qui comptent.

Il est vrai que les délais imposés par la nouvelle loi sur les cartels sont relativement courts quand il s'agit de fusions: quatre mois. Mais, si l'on y met les moyens, une enquête scientifique⁴⁹ suffisamment fouillée et solide pour servir de base à une décision solidement fondée est parfaitement réalisable,⁵⁰ à condition toutefois qu'on puisse, quand les circonstances l'exigent, la confier éventuellement à des professionnels extérieurs connaissant leur métier - des professionnels qui ne travailleraient donc pas à bon marché. Admettons qu'au moment de l'annonce de la méga-fusion, le Secrétariat et la Commission se soient décidés pour une telle enquête extérieure, qu'ils lui aient fixé un délai de - mettons - deux mois et demi et que le budget de l'enquête se soit monté à - mettons - un demi-million (à la charge des parties), voire davantage. Vu l'importance de ladite fusion et l'enjeu pour les parties, aurait-ce été exagéré ? Quelquefois, il faut savoir penser un tout petit peu *big*, même en Suisse.

Rome ne s'est pas construite en un jour et il peut difficilement en aller autrement pour l'application du nouveau droit suisse de la concurrence, particulièrement pour ce qui est de son substrat scientifique en matière économique. Personnellement, nous restons confiant: avec le temps, de la bonne volonté et des moyens suffisants, il n'y a pas de raison pour que la politique suisse de la concurrence ne finisse pas par pouvoir s'appuyer sur une somme de connaissances économiques de même

⁴⁹/ Faisant en particulier appel aux techniques économétriques et à la théorie des jeux coopératifs ou non coopératifs.

⁵⁰/ Répétons à ce sujet que la question cruciale est celle de déterminer dans quelle mesure une concentration entraînera, si elle est réalisée, des prix plus élevés que ce ne serait le cas en son absence. Voir à ce sujet un article fort documenté dans *The Economist* du 2 mai 1998, pp. 72-4. Aux Etats-Unis, on considère que si le pouvoir de marché créé par la concentration est suffisant pour faire augmenter les prix de plus de 5% par rapport à la situation antérieure, cette concentration pourra être interdite ou soumise à charges.

nature, sinon de même envergure, que celle qui existe aux Etats-Unis.⁵¹

⁵¹/ Ajoutons que le Secrétariat et la Commission ne sont pas sans se rendre compte du travail qui reste à accomplir à ces fins. Bien qu'il s'agisse d'un document interne, citons à ce propos l'excellent papier de Ph. Gugler, vice-directeur du Secrétariat, sur *Les principaux indicateurs de la dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations*, août 1998, 14 pp.

R é f é r e n c e s

Baumol, W.J., J.C. Panzar and R.D. Willig (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*.

Baumol, W.J. J.C. Panzar and R.D. Willig (1986), *On the Theory of Perfectly Contestable Markets*, in Stiglitz J.E. And G.F. Mathewson (Eds.), *New Developments in the Analysis of Market Structure*.

Berger and Hannan (1997), *Using Efficiency Measures to Distinguish Among Alternative Explanations of the Structure-Performance Relationship in Banking*, *Managerial Finance*, Vol. 23, May.

Berger and Humphrey (1991), *The Dominance of Inefficiencies Over Scale and Product Mix Economies in Banking*, *Journal of Monetary Economics*, Vol. 28.

Burke, J. (1995), *Disvestiture as an Antitrust Remedy in Bank Mergers*, mimeo.

Elliehausen, G.E. and J.D. Wolken (1992), *Small Business Clustering of Financial Services and the Definition of Banking Markets for Antitrust Analysis*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 37.

Hannan (1992), in Audretsch, *The Functional Relationship Between Prices and Market Concentration*, in D.B. and J.J. Siegried (eds.), *Empirical Studies in Industrial Organization*, pp. 35-59.

Kwan and Einsenbeis (1996), *An Analysis of Inefficiencies in Banking: A Stochastic Cost Frontier Approach*, *Federal Reserve Bank of San Francisco Economic Review*, No 2.

Kwast, M.L., M. Starr-McCluer and J.D. Wolken (1997), *Market Definition and the Analysis of Antitrust in Banking*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. XLII, No 4/Winter, pp. 973-95.

Guerin-Calvert, M. E. (1996), *Current Merger Policy: Banking and ATM Network Mergers*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. XLI, No 2/Summer, pp. 289-322.

Neven, D. and T. von Ungern-Sternberg (1998), *The Competitive Impact of the UBS-SBC Merger*, *Cahier de recherches économiques 9805*, Département d'économétrie et d'économie politique, Université de Lausanne, April, 23 pp.

Rhoades, S.A. (1995), *Market Share Inequality, the HHI, and Other Measures of the Firm-Composition of a Market*, *Review of Industrial Organisation*, December.

Rhoades, S.A. (1996), *Competition and Bank Mergers: Directions for Analysis from Available Evidence*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. XLI, No 2/Summer, pp. 339-64.

Rhoades, S.A. (1997), *Have Barriers to Entry in Retail Commercial Banking Disappeared ?*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. XLII, No 4/Winter, pp. 997-113.

Sharpe (1997), *The Effect of Consumer Switching Costs on Prices: A Theory and Its Application to the Bank Deposit Market*, *Review of Industrial Organisation*, February.

Shull, B. (1996), *The Origins of Antitrust in Banking: An Historical Perspective*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. XLI, No 2/Summer, pp. 255-88.

Weiss, L.W. (1989), *A Review of Concentration-Price Studies in Banking*, in Weiss, L.E. (Ed.), *Concentration and Price*, pp. 219-65.

White, L.J. (1996), *Banking, Mergers, and Antitrust: Historical Perspectives, and the Research Tasks Ahead*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. XLI, No 2/Summer, pp. 323-37.