

COMMISSIONS INTERBANCAIRES, LE BRAS DE FER ENTRE CONCURRENCE ET RÉGULATION

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur des universités à Sciences Po (Paris)
Directeur de *The Journal of Regulation*

Il est a priori difficile d'ajouter quelque chose à une étude qui a tout dit sur un sujet, sauf à se lancer dans le pléonasmisme. Certes, l'Autorité de concurrence a ranimé les braises de l'intérêt en condamnant un grand nombre de banques dont la Banque de France, pour entente sur le montant de la commission interbancaire concernant les échanges d'images-chèques (Décision n° 10-D-28 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'encaissements, dite affaire des « images-chèques »). On ne peut être qu'impressionner par la convergence de la maîtrise historique, technique financière et juridique de ce qu'est l'opération du paiement bancaire. Dans un monde technique, que l'on ne nous décrit généralement que comme complexe que pour ne mieux s'exonérer d'en avoir une vision globale, fragmentation des perspectives et des savoirs qui ont eu un rôle déterminant dans la crise financière de 2008, cette étude fleure bon le XIX^e siècle, c'est-à-dire les moments où l'on prétendait comprendre et restituer les mécanismes dans leur intégralité.

Cette vertu, aujourd'hui très peu partagée, parce que l'on nous fait croire que la pertinence des propos suppose une spécialisation que l'on détecterait à l'étroitesse de l'approche, est ici parfaitement illustrée. Ainsi, on comprend tout de la commission interbancaire, en tant que celle-ci est en quelque sorte « incrustée » dans le système bancaire, c'est-à-dire dans les notions de paiement, de monnaie, de solidarité interbancaire et de compte.

Ainsi, l'étude démontre que l'opération de paiement n'est pas une opération de marché, l'intermédiation étant ce qui fait jouer la monnaie, fut-elle scripturale, laquelle constitue le fluide des marchés mais ne les constitue pas. Ainsi, l'instrument de paiement est un moyen d'éteindre la dette, ce qui sera opéré par le paiement lui-même, lequel

s'opérera à travers les jeux d'écriture entre les comptes tenus par les deux banques du tiré et du bénéficiaire. Sont particulièrement remarquables et justes les analyses civilistes faites du compte comme lieu de la relation entre le banquier et son client, compte à travers lequel s'opère tout paiement.

C'est ici que l'on peut mesurer que la compréhension d'un phénomène, parce que l'on a aujourd'hui segmenté à l'extrême les savoirs, ne peut être pertinente que si à rebours on puise dans une multitude de savoirs. Ce n'est pas tant que la réalité soit devenue plus complexe ; c'est qu'aujourd'hui les disciplines sont devenues plus émietées. Ainsi, la notion de compte est une notion de droit civil, qui correspond à une universalité d'opérations et structure juridiquement une relation stable dans le temps entre la banque et son client. Le droit de la concurrence ne connaît pas et ne veut pas connaître le droit civil, la notion d'universalité et la notion de pérennité dans le temps que celle-ci implique. Dès lors, dès qu'une Autorité de concurrence cherche à restituer ce qu'est une relation entre une banque et son client, elle n'y voit qu'une série d'opérations émietées, en discontinuité.

Plus encore, l'étude intègre le fait que le système bancaire est construit par le droit, alors que le marché des biens et services, qui demeure le modèle de référence pour les Autorités de concurrence se contente de disposer de droit de propriété et de pouvoir de s'engager pour les transférer. Or, comme le souligne parfaitement l'étude, le marché n'est pas concerné par les commissions interbancaires, ni au départ du processus, ni à la fin. En effet, la commission interbancaire s'attache à l'opération de paiement. Or, le paiement est ce qui dénoue les opérations de marché, grâce à la monnaie, et en cela celle-ci constitue bien la condition d'existence d'un marché, mais cela ne transforme pas pour autant l'opération de paie-

ment en marché lui-même. Soutenir une telle affirmation économique reviendrait à dire qu'exécuter les contrats constituerait un marché distinct de celui sur lequel les consentements se sont liés sur la chose et sur le prix, ce qui est évidemment faux. En effet, il y a fusion entre la monnaie et l'opération de marché, puisque la monnaie permet l'échange, donc la monnaie, fut-elle scripturale, par exemple un chèque, n'est pas un service mais l'exécution d'une obligation entre le tireur et le tiré, le tiré payant le tireur parce qu'il est son débiteur.

La seconde raison qui écarte le modèle du marché concurrentiel est que le secteur bancaire est un secteur régulé. Nul ne le conteste. Son régulateur en est la Banque de France, Autorité autonome, nul ne le conteste. Lorsqu'il s'est agi d'organiser, en même temps que le passage à l'euro, l'échange des images chèques il fallut mettre en place une organisation générale pour ne pas laisser ce qui aurait été spontanément des relations bilatérales, avec un transfert physique des chèques, avec des liaisons croisées entre toutes les banques, entraînant un surcoût considérable. C'est pourquoi le régulateur exerça son rôle pour ordonner le système et utilisa à cette fin sa puissance en organisant des réunions, dont des comptes rendus furent dressés et signés, pour construire un échange d'images chèques. Le surcoût est ainsi évité au consommateur.

L'Autorité de concurrence, parce qu'elle n'est pas une autorité de régulation, ne semble pas admettre, ne semble pas comprendre, ne semble pas vouloir comprendre, que les systèmes de régulation établissent à long terme des équilibres notamment pour simplifier une organisation, diminuer les coûts globaux. En l'espèce, parce que nous sommes en régulation, les commissions interbancaires ont été établies selon une méthode analogue à celle de la péréquation, parce que la régulation fonctionne à partir de cette technique de tarification et non pas par rapport à la notion de prix pour un service rendu. La démonstration comme quoi l'Autorité de concurrence refuse cette réalité, comme quoi le système des paiements bancaires est régulé, est que le régulateur bancaire lui-même, c'est-à-dire la Banque de France, qui ouvertement, puisqu'il estimait être dans son rôle et dans son devoir, a été pris à partie par l'Autorité de concurrence comme une banque ordinaire.

Nous avons ici une nouvelle démonstration comme quoi l'Autorité de concurrence, et c'est une remarque que l'on peut aussi formuler à l'encontre de la Commission européenne qu'à l'encontre de l'Autorité française, confond droit de la concurrence et droit de la régulation. En effet, le droit de la concurrence postule que le marché fonctionne correctement dès l'instant qu'il n'existe pas de barrière à l'entrée et que l'offre rencontre la demande, leur double élasticité permettant qu'apparaisse les prix d'équilibre. S'il advient un comportement anticoncurrentiel, l'Autorité de concurrence intervient à la suite, c'est-à-dire *ex post*, ponctuellement, pour prononcer une sanction ou apporter « un remède » afin que le marché soit restauré. Le droit de la concurrence qui est relativement peu puissant et qui ne construit rien, n'intervenant que ponctuellement et *ex post*, s'applique néanmoins à tout marché. À l'inverse, le droit de la régulation suppose des

secteurs ou des filières, ou des organisations qui par leur spécificité concrète exigent des équilibres que la concurrence ne peut pas atteindre (*Market Failure*). Dans un tel cas, une Autorité de marché spécifique est établie pour intervenir avant tout événement, donc *ex ante*, surveiller en permanence le secteur, la filière ou l'organisation, et établir puis maintenir l'équilibre permanent et instable entre principe de concurrence et un autre principe. Ainsi, on trouve de nombreuses décisions des Autorités de concurrence dans le secteur bancaire, car le principe de concurrence peut y trouver sa place, dans certains segments de valeur de la chaîne économique, mais il n'est pas prévalent. En effet, ce sont les principes de solidité et de garantie ainsi que d'ordre, qui n'est pas spontané et qui ne supporte pas la faillite d'un acteur puisque le secteur bancaire est caractérisé par un risque systémique, qui vont prévaloir.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'organiser les paiements sur des marchés, paiements qui constituent l'extinction des dettes et la réalisation des contrats, opérations entre le créancier et le débiteur, dont le banquier est l'intermédiaire par le fait de l'instrument de paiement, c'est à une organisation construite que nous avons à faire, sous-jacente et nécessaire au marché, mais ontologiquement distincte du marché.

Si l'Autorité de concurrence s'en saisit, c'est qu'elle a tendance à commettre une double erreur de perspective.

En premier lieu, l'Autorité de concurrence semble plonger la main à travers le marché dans la machinerie monétaire et bancaire qui soutient celui-ci. Cela tient sans doute au fait que d'une façon générale, les Autorités de concurrence s'analysent elles-mêmes de plus en plus comme des « Autorités de régulation horizontale ». Or, dans cette étude passionnante qui exploite notamment la nature du paiement, ce qu'est un instrument de paiement, un compte bancaire, le rôle de la banque par rapport à son client, la notion de compte, etc. n'apparaît pas toujours en pleine lumière, ce en quoi la banque est effectivement construite sur un « modèle relationnel », alors que le sous-titre de l'étude nous suggère que le modèle relationnel (serait) *en danger*. Nous reviendrons sur cette notion et la causalité de l'état du droit et des analyses économiques et ce possible danger à la fin de notre propre propos. À ce titre, l'Autorité de concurrence pourrait intervenir sur n'importe quel marché, ici en posant que le moyen de paiement constitue un marché, et en faisant une analogie contestable entre carte bancaire et image chèque, puis en se substituant aux Autorités sectorielles donc verticales, pour organiser d'une façon estimée plus performante et plus favorable au consommateur le secteur.

L'Autorité de concurrence se substitue de fait au régulateur sectoriel en anticipant par le biais de la sanction ce qui serait selon elle l'organisation adéquate des paiements dans la structure interbancaire. Ce faisant, elle dessaisit la Banque de France de son pouvoir de régulateur. Elle le fait avec d'autant plus d'assurance qu'elle l'a préalablement poursuivie comme étant partie à l'entente. On retrouve ici un mouvement naturel, décrit pour toute organisation par Max Weber notamment, selon laquelle tout titulaire d'un pouvoir va le déployer pour en accroître la puissance et la portée. Les organes communautaires

le firent ô combien, à travers par exemple les théories de l'effet utile ou de l'effet direct des directives ou à travers la hiérarchie des normes, imposée très précocement et d'une façon prétorienne. Mais, tout d'abord, une Autorité de régulation a moins de portée qu'une Autorité de concurrence car elle n'est que sectorielle, mais elle a plus de pouvoir qu'une Autorité de concurrence puisqu'elle construit le secteur. Par l'idée que les Autorités de concurrence sont insérées dans leur propre doctrine de régulation horizontale, elles se sont conférées sans limitation de portée puisque leur pouvoir s'étend à tout secteur, un pouvoir de fait de construction, puisqu'ici l'Autorité de concurrence déciderait ce qui conviendrait de mieux pour le consommateur en matière d'organisation des paiements, alors que le paiement n'est pas une opération sur le marché mais l'exécution d'une opération sur le marché et que le système des images chèques est une machinerie bancaire, sous-jacente au marché qui doit être ordonné d'une façon équitable entre les banques par le régulateur sectoriel, ce que n'est en rien l'Autorité générale et ex post.

En second lieu, et il convient ici de revenir au sous-titre de l'étude. Peut-on considérer que le « modèle relationnel serait en danger? ». La théorie économique a distingué d'une façon générale et en s'appuyant plus particulièrement sur l'exemple bancaire, le contrat « one shot » du contrat relationnel. Le contrat « one shot » est celui qui met en présence deux parties en un instant ce qui correspond chez les juristes à l'image que prenait le professeur Mousseron pour illustrer le contrat comme un coup de foudre : ainsi, en un seul instant le contrat se forme et s'exécute, se noue et se dénoue. Les parties qui n'étaient pas en relation préalablement se quittent pour ne plus se connaître. Cela correspond parfaitement au contrat tel que le modèle économique du marché concurrentiel se le représente, tel que le professeur Paul Didier l'a désigné comme le contrat-échange, par opposition au contrat-organisation.

Mais, l'industrie bancaire n'a aucun intérêt à ce type de contrat, pas plus que le client car la relation établie entre le banquier et son client est à la fois une relation de confiance, un contrat fiduciaire dans lequel le client s'en remet au banquier et ce d'autant plus si celui-ci au-delà des paiements se charge d'investissements, ce qui suppose des relations d'informations réciproques. La

théorie économique a alors démontré que notamment l'industrie bancaire mais encore la solidité du secteur bancaire, dont le régulateur bancaire a la charge, et en corrélation la stabilité du système financier, ont besoin de contrats relationnels. Ces contrats relationnels doivent se développer dans le temps entre les mêmes parties, pour que l'asymétrie d'information se réduise et que la stabilité en devienne la marque, les successives opérations juridiques et économiques se faisant donc toujours entre les mêmes parties, ce qui stabilise le marché bancaire et financier.

Cette stabilité relationnelle, conceptualisée par l'économie, prend la forme juridique du compte bancaire. En effet, dès l'instant que le client a un compte dans la banque, c'est toujours à travers celui-ci que par l'usage des chèques, il opérera successivement les opérations. C'est le compte qui donc fait jouer à la monnaie à la fois son rôle d'instrument d'échange et d'instrument de réserve de valeur, puisqu'il reçoit la monnaie scripturale : il est l'expression juridique parfaite du contrat relationnel au sens économique du terme, qui caractérise les rapports entre les banques et les clients.

Les Autorités de concurrence, parce que leur modèle de référence est le marché concurrentiel et le droit de la concurrence, ne font pas place à la notion civiliste de compte et de cette universalité d'opérations qui stabilise la relation d'affaire dans le temps. En cela, par un effet mécanique, l'Autorité de concurrence infiltre dans le schéma bancaire l'atomicité des opérations et leur mobilité, alors que le secteur bancaire parce qu'il comprend un risque systémique intègre nécessairement ces éléments stabilisateurs méconnus que sont d'une part le compte comme une universalité qui englobe les opérations économiques ponctuelles et les aligne dans le temps, notamment à travers la notion de solde, d'autre part la notion d'organisation régulée qui soutient le marché des échanges par une organisation équitable entre les teneurs de ces comptes, qui assure la solidité et la sécurité du système, sous la surveillance de leur régulateur, la Banque de France.

On peut conclure de cette question particulière des commissions interbancaires que la confusion entre système de concurrence et système de régulation est particulièrement profonde et dommageable. ■