

Droit commun de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2017

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 2

**Le Droit de la
Régulation dans la
perspective de la
concurrence**

17 octobre 2017

INTRODUCTION

Le droit est un système autonome, avec une logique propre

- un enjeu majeur : déterminer le principe et l'exception
- L'on peut considérer que le principe du droit économique est constitué par la concurrence
 - Dans ce cas, ce qui lui est contraire n'est pas forcément illégitime, mais c'est une **exception**
 - **Conséquences techniques majeures** :
 - Un principe ne se justifie pas, une exception se justifie ou s'efface
 - Un principe est d'interprétation et d'application larges, une exception est d'interprétation et d'application restrictives
- L'on peut aussi considérer que le principe du droit économique n'est pas constitué par la concurrence, que l'Europe n'est pas construite sur ce seul principe mais sur un équilibre entre ce principe et d'autres principes (cours suivant) ; voire sur d'autres principes : Europe de la Régulation.

INTRODUCTION

Cas : la « réglementation d'ordre public » de l'activité d'ordre public des taxis

- Situation juridique : superposition de deux régimes juridiques pour des personnes ayant la même pratique : réglementation + concurrence.
 - Cons. Const., QPC, 22 mai 2015, *UBER* (maraude électronique...: le silence vaut-il autorisation de la pratiquer ou exclusion ?)
 - TGI Paris, 27 janvier 2016, *Union Nationale des Taxis c/ UBER* ; Confirmé par Paris, 12 octobre 2016, sur la **concurrence déloyale**
 - La concurrence comme une « dérive » d'un système réglementé ?
 - Ou Régulation de l'activité dangereuse de transport d'autrui (Chicago, juillet 2016)
- 27 septembre 2017 : interdiction par la municipalité de Londres (*Transport for London*). **Motivation** :
- Non- contrôle par Uber du casier judiciaire des chauffeurs
 - Mise en place d'un logiciel pour dissimulation pour opérer dans des secteurs non-autorisés
 - non-dénonciation des crimes dont les chauffeurs sont témoins.
 - Décision administrative **attaquée** en justice par Uber.

INTRODUCTION

Trois définitions actuellement actives de la Régulation

- 1 : Voie sur une concurrence effective grâce au Droit
- 2 : Injection d'efficacité dans un système gouverné par un autre principe que la concurrence
- 3 : Équilibre entre le principe de concurrence et d'autres soucis (leçon suivante)

PLAN

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

- A. La Régulation, forceps de la concurrence effective
- B. La Régulation, méthode d'accompagnement d'une concurrence survenue de fait
- C. La notion proposée de « Régulation concurrentielle »

II. LE DROIT DE LA RÉGULATION, MÉCANISME CONÇU COMME FAISANT EXCEPTION À LA CONCURRENCE

- A. La place respective du droit de la concurrence et du droit de la régulation dans le système juridique (français et anglais)
- B. Le droit de la régulation, droit au service d'un marché concurrentiel défaillant

- Chronologies des **volontés**:
 - Volontés politiques (loi ou politique jurisprudentielle) qui “décrète” la concurrence
 - Régulation qui “concrétise” l’ouverture
 - Énergie, Ferroviaire
 - Comparaison doctrines institutionnelle ARAFER / CRE

- Possibilité de revenir en arrière si l’on « veut » ?

- “Ce qui est fait peut être défait” ?

- dépend de la part du “politique” dans l’organisation de la regulation

- adoption ou non de la thèse d’une “**fatalité technique**” : le telephone n’est pas l’énergie ou le ferroviaire

I. LE DROIT DE LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

A. La Régulation, forceps de la concurrence effective

1. La définition traditionnelle de la Régulation, comme instrument d’effectivité de la décision juridique de libéralisation d’un secteur

Loi du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*

• But « politique » affiché :

–En quoi est-ce une « République numérique » ?

- « co-écrit » avec les internautes ? »
- Techniquement inexact : technique de consultation en ligne, comme cela est possible. Respect de la procédure parlementaire.

–En quoi est-ce une innovation politique de régulation, portée par le Droit ?

- Reprise de principes acquis précédemment de régulation
- Respect de la vie privée: secret de la correspondance transposée aux courriels
- Insertion dans l'ordre juridique de principes nouveaux
 - « droit à la neutralité du net » au nom du « droit subjectif d'accès » et le principe d'égalité entre les internautes : interdiction de faire varier la rapidité d'accès suivant le type de client (l'ARCEP est le régulateur)
 - « droit à la portabilité pour le courriel et pour les contacts »
 - Et quid pour les comptes bancaires ?
 - « droit à la mort numérique »
 - « droit des mineurs à l'oubli » :
 - nature de ce « droit subjectif » ?
 - Raisonement analogique possible ? : pour un majeur incapable ?
 - Généralisation du « droit à l'oubli » (à propos de la prescription, des personnes ayant accompli leur peine de prison) : le numérique, nouvelle source du « droit commun »

–Le Droit de la Régulation comme concrétisation par le Politique des droits subjectifs des consommateurs-citoyens

- Régulation asymétrique
- Régulation technique et économique
- Régulation a-politique :
« neutralité de la régulation »
/ impartialité du Régulateur
- Régulation a-nationale
/régulateur globaux

**I. LA RÉGULATION, VOIE
VERS LA CONCURRENCE**

**A. La Régulation, forceps de la
concurrence effective**

2. Les conséquences techniques de la définition de la Régulation, comme instrument d'effectivité de la décision juridique de libéralisation d'un secteur

- Il y a 20 ans : la régulation des télécommunications
- Il y a 10 ans : la régulation du courrier
- Aujourd'hui : la régulation des instruments de paiement et de crédit

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

B. LA RÉGULATION, MÉTHODE D'ACCOMPAGNEMENT D'UNE CONCURRENCE SURVENUE DE FAIT

1. Les régulations qui ont suivi de droit l'ouverture de fait des secteurs à la concurrence

- Hypothèse en cours de la destruction du monopole des taxis :

- Cons. Const., 22 mai 2015, *Uber*
- Chicago, 27 juillet 2016
- Réversibilité : Londres

Quid du monopole bancaire ?

- Par rapport à la gestion de trésorerie des groupes
- Par rapport au crédit inter-entreprise
- Par rapport aux financements
« alternatifs » par des « non-banques »

Quid des monopoles dans l'espace numérique ?

- Cas en cours des cryptomonnaies (SEC / Chine)

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

B. LA RÉGULATION, MÉTHODE D'ACCOMPAGNEMENT D'UNE CONCURRENCE SURVENUE DE FAIT

2. Les prochaines réglementations de droit consécutives à la concurrence de fait

Article L.410-1 du Code de commerce : *Les règles (du droit de la concurrence) ... s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

C. LA NOTION PROPOSÉE DE « RÉGULATION CONCURRENTIELLE »

1. Retour vers les fondamentaux du Droit de la concurrence

Article L.410-2 du Code de commerce : *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services ... sont librement déterminés par la loi de la concurrence*

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

C. LA NOTION PROPOSÉE DE « RÉGULATION CONCURRENTIELLE »

1. Retour vers les fondamentaux du Droit de la concurrence

- *les prix des **biens, produits et services** ... sont librement déterminés par la loi de la concurrence*

La transformation **par le Droit** des « objets de désir » en « biens, produits et services » (prestation)

Y revenir

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

C. LA NOTION PROPOSÉE DE « RÉGULATION CONCURRENTIELLE »

1. Retour vers les fondamentaux du Droit de la concurrence

- les *prix* des biens, produits et services ... sont *librement déterminés par la loi de la concurrence*
- « Importation » dans le Droit d'un mécanisme économique
- Droit, fonction d'efficacité d'une loi économique naturelle ?
- Emprise de l'A.E.D.

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

C. LA NOTION PROPOSÉE DE « RÉGULATION CONCURRENTIELLE »

1. Retour vers les fondamentaux du Droit de la concurrence

- « les *prix* des biens, produits et services ... sont *librement déterminés* par la *loi de la concurrence* »
- Le droit de la concurrence sanctionne les comportements qui entravent cette loi de rencontre de l'offre et de la demande : pratiques anticoncurrentielles et restrictives (=abus)

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

C. LA NOTION PROPOSÉE DE « RÉGULATION CONCURRENTIELLE »

1. Retour vers les fondamentaux du Droit de la concurrence

- L'histoire du contrôle des concentrations
- La formulation d'une « régulation horizontale » par l'autorité de la concurrence....
- La volonté gouvernementale d'une « injonction structurelle » sollicitée par l'Autorité de la concurrence

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

C. LA NOTION PROPOSÉE DE « RÉGULATION CONCURRENTIELLE »

2. Idée d'un redressement structurel des marchés pour qu'ils soient propices au fonctionnement de la loi concurrentielle « naturelle »

- Mais la régulation est propre à l'impératif de construction des secteurs et de maintien de leur équilibre
- Cela justifie les pouvoirs Ex Ante du Régulateur, confortés par les pouvoirs Ex Post
- **L'ambition de l'autorité de concurrence d'être un régulateur général**
- avis ADLC sur la distribution *intra muros* 2010

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

C. LA NOTION PROPOSÉE DE « RÉGULATION CONCURRENTIELLE »

3. La notion de « régulation concurrentielle » est-elle un oxymore ?

Cons. Const., 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*

« Considérant qu'en adoptant le 2° de l'article 39, le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est, dans le commerce de détail, constituée **une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné** ; qu'il a ainsi poursuivi un **objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs** ; que, toutefois, d'une part, les dispositions contestées peuvent conduire à la **remise en cause des prix ou des marges** pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'**obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes**, ou de **céder des actifs** alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être **acquise par les mérites** et qu'**aucun abus** n'a été constaté ; que, d'autre part, les dispositions contestées s'appliquent **sur l'ensemble du territoire** de la France métropolitaine et à **l'ensemble du secteur du commerce de détail**, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire ; qu'ainsi, eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi »

CJUE., 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission européenne*

- « Il convient de rappeler que l'article 102 TFUE n'a aucunement pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché. Cette disposition ne vise pas non plus à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise occupant une position dominante restent sur le marché.
- 134 Ainsi, tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence. Par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation.
- 135 Cependant, il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur.
- 136 C'est pourquoi l'article 102 TFUE interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même, renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut donc être considérée comme légitime.

CJUE., 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission européenne*

- 137 À cet égard, il a déjà été jugé que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier, fût-ce à leur demande, des acheteurs par une obligation ou une promesse de **s'approvisionner** pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 102 TFUE, soit que l'obligation est stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi d'un rabais. Il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système **de rabais de fidélité**, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ces achats, s'approvisionne **exclusivement** pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante.
- 138 Toutefois, il convient de préciser cette jurisprudence dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que **son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés**.
- 139 Dans un tel cas, la **Commission est non seulement tenue d'analyser**, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais **elle est également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces** (voir, par analogie, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 29).

CJUE., 6 sept. 2017, *Intel c/ Commission européenne*

Digression sur le système probatoire, cœur du Droit économique

?

- 140 L'analyse de la capacité d'éviction est également pertinente pour l'appréciation du point de savoir si un **système de rabais relevant en principe de l'interdiction** de l'article 102 TFUE **peut être objectivement justifié**. En outre, l'effet d'éviction qui résulte d'un système de rabais, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent aussi au consommateur. Une **telle mise en balance des effets, favorables et défavorables pour la concurrence, de la pratique contestée ne peut être opérée dans la décision de la Commission qu'à la suite d'une analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause**.
- 141 **Si, dans une décision constatant le caractère abusif d'un système de rabais, la Commission effectue une telle analyse**, il appartient au Tribunal d'examiner l'ensemble des arguments de la partie requérante visant à mettre en cause le bien-fondé des constatations faites par la Commission quant à la capacité d'éviction du système de rabais concerné.
- 142 En l'occurrence, dans la décision litigieuse, la Commission, tout en soulignant que les rabais en cause avaient, par leur nature même, la capacité de restreindre la concurrence de sorte qu'une analyse de l'ensemble des circonstances de l'espèce et, en particulier, un test AEC (*As Efficient Competitor*) n'étaient pas nécessaires pour constater un abus de position dominante (voir, notamment, les points 925 et 1760 de cette décision), a néanmoins opéré un examen approfondi de ces circonstances, en consacrant, aux points 1002 à 1576 de cette décision, des développements très détaillés à son analyse menée dans le cadre du test AEC, analyse qui l'a conduite à conclure, aux points 1574 et 1575 de ladite décision, qu'un concurrent aussi efficace aurait dû pratiquer des prix qui n'auraient pas été viables et que, partant, la pratique de rabais en cause était susceptible d'avoir des effets d'éviction d'un tel concurrent.

- 143 Il s'ensuit que, dans la décision litigieuse, **le test AEC a revêtu une importance réelle** dans l'appréciation par la Commission de la capacité de la pratique de rabais en cause de produire un effet d'éviction de concurrents aussi efficaces.
- 144 Dans ces conditions, le Tribunal était tenu d'examiner l'ensemble des arguments d'Intel formulés au sujet de ce test.
- 145 Or, il a jugé, aux points 151 et 166 de l'arrêt attaqué, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si la Commission avait effectué le test AEC **dans les règles de l'art** et sans commettre d'erreurs, et qu'il n'était pas non plus nécessaire d'examiner la question de savoir si les calculs alternatifs proposés par Intel avaient été effectués de manière correcte.
- 146 Dans le cadre de son examen, à titre surabondant, des circonstances de l'espèce, **le Tribunal a, dès lors, dénié, aux points 172 à 175 de l'arrêt attaqué, toute pertinence au test AEC** opéré par la Commission, et n'a, partant, **pas répondu aux critiques émises contre ce test par Intel**.
- 147 En conséquence, sans qu'il soit besoin de statuer sur les deuxième, troisième et sixième moyens, il convient d'annuler l'arrêt attaqué en ce que le Tribunal s'est, à tort, abstenu, dans le cadre de son analyse de la capacité des rabais litigieux de restreindre la concurrence, de prendre en considération l'argumentation d'Intel visant à dénoncer de prétendues erreurs commises par la Commission dans le cadre du test AEC.é

Annulation de la sanction prononcée par la Commission européenne.

- « *les prix des biens, produits et services ... sont librement déterminés par la loi de la concurrence* »
- Equivalence entre la « loi de la concurrence » et la puissance contractuelle
- Production automatique d'une opposition entre la concurrence et le contrat d'une part et la Régulation et la réglementation unilatérale ?

II. LE DROIT DE LA RÉGULATION, MÉCANISME CONÇU COMME FAISANT EXCEPTION À LA CONCURRENCE

A. LA PLACE RESPECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DU DROIT DE LA RÉGULATION DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

1. L'interférence continentale avec la *summa divisio* du droit public et du droit privé

- *les prix des biens, produits et services ... sont librement déterminés par la loi de la concurrence*
- Equivalence entre la « loi de la concurrence » et la puissance contractuelle

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME CONÇU COMME FAISANT EXCEPTION À LA CONCURRENCE

A. LA PLACE RESPECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DU DROIT DE LA RÉGULATION DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

1. L'interférence continentale avec la *summa divisio* du droit public et du droit privé

- La « **loi de la concurrence** » :
droit des contrats, liberté contractuelle, contrainte bilatérale dans l'instant, mobilité, pas de tiers (transposition de la *main invisible*)
- La « **loi de la régulation** » :
droit des actes administratifs unilatéraux ; contrainte *erga omnes* dans la durée (plan, contrat de régulation) ; Régulateur

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME CONÇU COMME FAISANT EXCEPTION À LA CONCURRENCE

A. LA PLACE RESPECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DU DROIT DE LA RÉGULATION DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

1. L'interférence avec la *summa divisio* du droit public et du droit privé

- Ce pourquoi le « **droit de de la concurrence** » renvoyait plutôt au « droit privé » : compétence des juridictions judiciaires (Cour cassation)
- Le « **droit de la régulation** » renvoyait plutôt au droit public, à l'ordre public, à la « police économique » ... : compétence des juridictions administratives (Conseil d'État)
- Vieillessement de cette présentation

II. LA RÉGULATION, MECANISME CONÇU COMME FAISANT EXCEPTION À LA CONCURRENCE

A. LA PLACE RESPECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DU DROIT DE LA RÉGULATION DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

1. L'interférence continentale avec la *summa divisio* du droit public et du droit privé

- Le présupposé « économique » de la « défaillance » du marché appelant sa « régulation »
- Le présupposé « politique » du **droit français** : le droit public exprimerait l'intérêt général et le droit privé exprimerait l'intérêt particulier
- Le droit public ne pallie pas une défaillance, il exprime une supériorité
- Le **droit anglais** ne connaît pas la « métaphysique des intérêts »

Le droit de la régulation dans la perspective de la concurrence est de type britannique

II. LA RÉGULATION, MECANISME CONÇU COMME FAISANT EXCEPTION À LA CONCURRENCE

A. LA PLACE RESPECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DU DROIT DE LA RÉGULATION DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

2. Le sous-jacent politique de la *summa divisio* du droit public et du droit privé

- L'insertion de la concurrence dans la chaîne de valeur
- Technique d'interprétation des textes :
 - Imprécision, contradiction, silence des textes : **article 4 du Code civil**
 - Interprétation large en faveur de la concurrence / conception stricte pour la régulation

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT À LA CONCURRENCE

B. LE DROIT DE LA RÉGULATION, DROIT AU SERVICE D'UN MARCHÉ CONCURRENTIEL DÉFAILLANT

1. Le plus de droit de la concurrence possible + du droit de la régulation uniquement là où il faut la subir par la nature technique des choses

- Exemple du trading d'électricité
- Texte autorisant le contrat d'achat pour revendre l'électricité pour les producteurs d'électricité
- Interprétation large par un avis de 2000 de la CRE au bénéfice des traders (induction / déduction)

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT À LA CONCURRENCE

B. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT D'UN MARCHÉ CONCRÈTEMENT DÉFAILLANT

1. Le plus de droit de la concurrence possible + du droit de la régulation uniquement là où il faut la subir par la nature technique des choses

- Le contrat, pivot du droit de la concurrence et pivot du droit de la régulation
- Décision de la Commission européenne 2000 *Safe Harbor*
- CJUE, 6 octobre 2015, *Safe Harbor*
- *Privacy Shield*, 1^{er} août 2016 : principe d'interdiction avec des exceptions strictement interprétées
- Mécanisme de « clauses »-type dans les transferts, pré-validés par la Commission européenne

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT À LA CONCURRENCE

B. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT D'UN MARCHÉ CONCRÈTEMENT DÉFAILLANT

2. Le contrat, instrument des stratégies concurrentielles et instruments des stratégies régulatrices

CONCLUSION

Le droit de la régulation peut être bâti et interprété en perspective du droit de la concurrence.

Il peut être aussi bâti et interprété en balance du droit de la concurrence :
prochaine leçon