

Droit commun de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2016

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**

10 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 concret : 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*
- La concurrence comme une « dérive » d'un système réglementé ?
- Ou Régulation de l'activité dangereuse de transport d'autrui (Chicago, juillet 2016)

4. 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)
 - Régulation qui “concrétise”, ne “pose” pas
 - Énergie, Ferroviaire, Aérien.

- Possibilité de revenir en arrière ?
 - “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”

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 pour une République numérique
adoptée par le Sénat le 3 mai 2016 ?

- 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 ?

- 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 CONCURRENCE ENGOUFFRÉE ÉCONOMIQUEMENT AVANT D'AVOIR ÉTÉ DÉCLARÉE JURIDIQUEMENT

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

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 ?

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

B. LA CONCURRENCE ECONOMIQUEMENT ENGOUFFRÉE AVANT D'AVOIR ÉTÉ JURIDIQUEMENT DÉCLARÉE

2. Les prochaines régulations 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 ?

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 propice 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 »

- « *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, CONÇU COMME MÉCANISME 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, CONÇUE COMME MÉCANISME 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, CONÇUE COMME MÉCANISME 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, CONÇUE COMME MÉCANISME 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, CONÇUE COMME MÉCANISME 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 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) d'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