

Droit commun

&

Droits sectoriels de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre de printemps 2016

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 2

La Régulation :

La définition

2 février 2016

INTRODUCTION

1. L'effet directement opérateur des définitions en droit

- Le raisonnement juridique : règles générales et abstraites, catégories, définitions, qualifications, jonction entre le général (Loi formulé par le Parlement) et le particulier (tranché par le Juge)
- Si l'on change la définition, l'on change le Droit
- Si l'on « joue » sur les qualifications, l'on change le Droit
- Les « jeux » du Droit.

2. *Traduction = trahison*

- *Regulation = Réglementation*
- *European Regulation = Règlement européen*
- Définition de la Réglementation
- Définition de la Régulation ?
 - Autorité de réglementation ?
 - Autorité disposant de tous les pouvoirs, à l'exception du pouvoir de réglementation
- *Autorité de Régulation = Regulatory Authority*

INTRODUCTION

3. Démonstration des inconvénients de la réduction de la régulation à la réglementation d'ordre public : les taxis

- Situation juridique : superposition de deux régimes juridiques pour des personnes ayant la même pratique
- Cons. Const., QPC, 22 mai 2015, *UBER*
- TGI Paris, 27 janvier 2016, *Union Nationale des Taxis c/ UBER*
- La concurrence comme une « dérive » d'un système réglementé

4. Trois définitions actuelles actives de la Régulation

- Voie sur une concurrence effective grâce au Droit
- Injection d'efficacité dans un système gouverné par un autre principe
- Équilibre entre le principe de concurrence et d'autres principes

- 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
 - “Loi pour une République numérique” ?
- Régulation asymétrique
- Régulation technique
- Régulation économique
- Non-politique et a-nationale

I. 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
2. Les conséquences techniques de cette définition traditionnelle de la Régulation

- Hypothèse en cours de la destruction du monopole des taxis
- Hypothèse réglée du monopole des communications électroniques
- Quid du monopole bancaire ?

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

B. LA CONCURRENCE ENGOUFFRÉE ECONOMIQUEMENT 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

I. LA RÉGULATION, VOIE VERS LA CONCURRENCE

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

- Quid du monopole bancaire ?
- Quid des monopoles dans l'espace numérique ?

2. Les prochaines régulations de droit du fait de la puissance de la concurrence de fait

- La *Loi pour une République numérique* en discussion

I. LA RÉGULATION, VOIE
VERS LA CONCURRENCE

- L'hypothèse d'une Régulation en matière agricole

C. LA RÉGULATION MISE EN
PLACE POUR S'OPPOSER A LA
NOUVELLE CONCURRENCE DE
FAIT

- La Régulation des données

- Article L.410-1 : *Les règles ... 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 la cadre de conventions de délégation de service public*

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

A. LA PLACE DES MÉCANISMES JURIDIQUES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES REGULÉS

1. Les principes fondamentaux du Droit de la concurrence

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

A. LA PLACE DES MÉCANISMES JURIDIQUES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES REGULÉS

- Article L.410-2 : *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*

1. Les principes 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 »

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

A. LA PLACE DES MÉCANISMES JURIDIQUES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES RÉGULÉS

1. Les principes 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 ?

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

A. LA PLACE DES MÉCANISMES JURIDIQUES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES RÉGULÉS

1. Les principes fondamentaux du Droit de la concurrence

- *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 Régulation – réglementation unilatérale ?

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

A. LA PLACE DES MÉCANISMES JURIDIQUES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES RÉGULÉS

1. Les principes fondamentaux du Droit de la concurrence

- *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 ADJACENT A LA CONCURRENCE

A. LA PLACE DES MÉCANISMES JURIDIQUES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES RÉGULÉS

1. Les principes fondamentaux du Droit de la concurrence

- 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 ADJACENT A LA CONCURRENCE

A. LA PLACE DES MÉCANISMES JURIDIQUES CONCURRENTIELS DANS LES SYSTÈMES RÉGULÉS

2. L'opposition « naturelle » entre mécanismes juridiques de concurrence et mécanismes juridiques de régulation

- Déterminer des secteurs régulés « par défauts » : la « défaillance de marchés »
- Les monopoles « économiquement naturels »
- Les asymétries d'information
- Insertion de la concurrence dès que cela est possible :
 - clause de rendez-vous
 - Evaluation
 - Critère d'évaluation

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

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

1. Le plus de concurrence possible + la régulation tant qu'il faut la subir

- L'insertion de la concurrence dans la chaîne de valeur
- Technique d'interprétation des textes :
 - Imprécision, contradiction, silence des texte (article 4 du Code civil)
 - Principe / exception

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

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

2. Le plus de concurrence possible + la régulation là où il faut la subir

- Secteur potentiellement régi par la « loi de la concurrence » mais « défaillant » v/ secteur par principe régulé
- Interprétations des textes symétriquement opposées
- Exemple du trading d'électricité

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

C. L'ENJEU : NE PAS CONFONDRE AVEC L'HYPOTHÈSE DE LA CONCURRENCE, SIMPLE ADJACENT D'UN SYSTÈME RÉGULÉ

1. Les conséquences techniques de la distinction

- Secteur des télécommunications
 - La communication
 - La « fracture numérique »
- Secteur de l'énergie
 - Le « droit à l'énergie »
 - L'autonomie nationale
 - Les zones de fragilité énergétique »

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

C. L'ENJEU : NE PAS CONFONDRE AVEC L'HYPOTHÈSE DE LA CONCURRENCE, SIMPLE ADJACENT D'UN SYSTÈME RÉGULÉ

2. Répartition mouvante des secteurs dans la distinction

- Secteur bancaire
 - Concurrence et prix
 - Prévention du risque systémique
 - Financement de l'économie
- Secteur du numérique : les données
 - Le matériau concurrentiel
 - La protection des personnes
 - La sécurité nationale

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

C. L'ENJEU : NE PAS CONFONDRE AVEC L'HYPOTHÈSE DE LA CONCURRENCE, SIMPLE ADJACENT D'UN SYSTÈME RÉGULÉ

2. Répartition mouvante des secteurs dans la distinction

- Enjeu probatoire :
interprétation d'un principe
ou d'une exception.
Décision de la Commission
européenne 2000 *Safe
Harbor*
- CJUE, 6 octobre 2015, *Safe
Harbor*
- Un accord *Safe Harbor 2* est-
il juridiquement possible ?

II. LA RÉGULATION, MÉCANISME ADJACENT A LA CONCURRENCE

C. L'ENJEU : NE PAS CONFONDRE AVEC L'HYPOTHÈSE DE LA CONCURRENCE, SIMPLE ADJACENT D'UN SYSTÈME RÉGULÉ

2. Répartition mouvante des secteurs
dans la distinction

- Electron, médicaments, lettres, colis, molécules, organes,

- Reconcrétisation d'un monde « neutralisé » par le Droit de la concurrence

III. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

A. ÉQUILIBRE REQUIS PAR L'OBJET TECHNIQUE SUR LEQUEL PORTE LA RÉGULATION

1. La nature « concrète » du Droit de la Régulation

- Le besoin de durée,
- Le danger à l'intérieur des objets
- Le danger à l'extérieur des objets
- Le lien

**III. LA RÉGULATION,
ÉQUILIBRE PERMANENT ET
INSTABLE ENTRE LE
PRINCIPE DE
CONCURRENCE ET
D'AUTRES PRINCIPES**

**A. ÉQUILIBRE REQUIS PAR
L'OBJET TECHNIQUE SUR
LEQUEL PORTE LA
RÉGULATION**

2. Les éléments communs dans la diversité des objets techniques régulés

- Le besoin de vie :
Régulation ou non de la santé
- Le besoin de beau :
Régulation ou non de la culture
- Plus encore ? Le besoin d'enfant ?
Régulation ou non de la Maternité pour autrui

**III. LA RÉGULATION,
EQUILIBRE PERMANENTE
ET INSTABLE ENTRE LE
PRINCIPE DE
CONCURRENCE ET
D'AUTRES PRINCIPES**

**B. EQUILIBRE REQUIS PAR LE
REGARD PORTÉ SUR L'OBJET
TECHNIQUE**

1. Les soucis portés par l'objet technique

- Le juge ?
- Le Législateur national ?
- Les organismes internationaux

**III. LA RÉGULATION,
ÉQUILIBRE PERMANENTE
ET INSTABLE ENTRE LE
PRINCIPE DE
CONCURRENCE ET
D'AUTRES PRINCIPES**

**B. ÉQUILIBRE REQUIS PAR LE
REGARD PORTÉ SUR L'OBJET
TECHNIQUE**

2. Le regard juridique, légitime à insérer dans l'objet technique d'autres principes en balance du principe de la concurrence

Le mystère de la « Régulation concurrentielle »

La stratégie de la « Régulation concurrentielle »