

*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](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# Leçon 7

## **Droit de propriété privée & Régulation**

22 mars 2016

## INTRODUCTION

La propriété est une puissance

Le monde est plus que jamais un affrontement des puissances

La propriété est au cœur

La question est de savoir si le Politique doit s'exprimer *contre* la propriété ou *par* la propriété

- Article 544 al. 1 du Code civil

« La propriété est le **droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue**, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ».

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE**

**A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »**

1. *La summa divisio* entre droits réels et droits personnels

- Sous-jacent du marché concurrentiel
- Disposer de la chose acquise ou créée pour la céder
- Quand on est demandeur, exclure le fournisseur qui ne plaît pas (sans aucune justification) dès qu'on a les moyens d'accéder à la propriété par le moyen monétaire qui neutralise la relation interpersonnelle
- La seule condition : l'accès libre à la propriété par le « commerce » et « l'industrie »
- Tension entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE**

**A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »**

1. *La summa divisio* entre droits réels et droits personnels

- La traduction par le Droit de la conception occidentale du monde
- La traduction par le Droit de la conception « cartésienne » du monde
- L'être humain peut « disposer de la façon la plus absolue » de la matière inerte qui l'entoure (la terre) et de ce qu'il crée par son activité « industrielle »
- L'être humain ne peut en rien disposer d'un autre être humain

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

***DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE***

**A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »**

1. *La summa divisio* entre droits réels et droits personnels

- La traduction par le Droit de la conception occidentale du monde
- La traduction par le Droit de la conception « rousseauiste » du monde
- L'être humain ne peut en rien « disposer » d'un autre être humain
- Il le peut « en fait », mais il ne le peut « en Droit »

I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :

*DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE*

A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »

1. *La summa divisio* entre droits réels et droits personnels

- Article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*
- Traduction économique :  
Égalité devant l'impôt ;  
inconstitutionnalité de l'impôt confiscatoire ; etc.

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE**

**A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »**

1. *La summa divisio* entre droits réels et droits personnels



- Droits réels : choses totalement disponibles
  - *Droit de propriété (défini par la puissance des attributs : abusus, fructus, usus)*
  - Démembrements : exemple de l'usufruit
  - Primauté de la propriété immobilière : catégorie « fermée »

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

***DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE***

**A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »**

2. Les droits réels et les droits personnels

- Droits personnels : débiteur tenu sans être « disponible »
    - Engagement très faible
    - Interdiction des « engagements perpétuels »
    - Interdiction des voies d'exécution sur les engagements personnels
- Solutions**
- Responsabilité contractuelle et extracontractuelle
  - Réforme du droit des contrats
  - « Régulation et Engagements »

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET EXCLURE**

**A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »**

**2. Les droits réels et les droits personnels**

- Inadéquation d'un droit qui donne peu de portée aux « engagements » des personnes.



- Choc en retour : responsabilité

I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :

*DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE*

A. LE POUVOIR DE DISPOSER DE LA CHOSE « DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE »

2. Les droits réels et les droits personnels

- L'économie a une définition autonome
- Est propriétaire celui qui a « la puissance », la « maîtrise »
- Croyance que les actionnaires sont propriétaires de la société ...
- Mouvement d'« archaïsation » du Droit

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**  
**DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE**

**B. PROPRIÉTÉ ET MAÎTRISE**

**1. Définition économique et financière de la propriété**

- Dégât d'un décalage ignoré entre définition juridique et définition économique et financière. Croyance que les actionnaires sont propriétaires de la société ...
- Mouvement d'« archaïsation » du Droit
- Google serait « propriétaire » des données ...
- Le législateur « redonnerait » la propriété aux personnes ...

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**  
**DISPOSER, MAÎTRISER ET EXCLURE**

**B. PROPRIÉTÉ ET MAÎTRISE**

2. Absence de recoupement entre la définition économique et financière de la propriété et la définition juridique de la propriété

- Retour vers la définition ancienne de la responsabilité du « gardien de la choses » comme « propriétaire de la chose »
- Mouvement d' « archaïsation » du Droit
- Google serait « propriétaire » des données ...
- Le législateur « redonnerait » la propriété aux personnes ...

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET EXCLURE**

**B. PROPRIÉTÉ ET MAÎTRISE**

**3. Liens entre propriété et responsabilité**

- Conception à premier vue statique, « française », de la propriété privée: être « maître chez soi »
- Lien entre propriété privée et liberté individuelle
- Constitution française
- On est libre si « l'on fait ce que l'on veut chez soi » : autonomie et souveraineté par la propriété
- Ainsi, la personne est libre parce qu'elle est propriétaire d'un territoire et qu'elle peut le clôturer

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET *EXCLURE***

**C. LE POUVOIR D'EXCLURE AUTRUI**

1. Le lien consubstantiel entre le droit de propriété privée et l' « ordre chez soi »

- Article 1<sup>er</sup> du protocole additionnelle à la CEDH : *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.*

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET *EXCLURE***

**C. LE POUVOIR D'EXCLURE AUTRUI**

1. Le lien consubstantiel entre le droit de propriété privée et l'« ordre chez soi »



- Jurisprudence sur « Droit de se clore » et abus de droit
- Disposer d'un « chez-soi », exclure autrui, relation interpersonnelle négative, territoire et frontière
- Droit de propriété et droit à la vie privée
- Droit de propriété et « être maître chez soi »
- Gérard Farjat : *Les codes de conduite privés* , adoptés par les entreprises internationales

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET *EXCLURE***

**C. LE POUVOIR D'EXCLURE AUTRUI**

1. Le lien consubstantiel entre le droit de propriété privée et l' « ordre chez soi »

(renvoi)

- Le droit de ne pas se dessaisir de sa propriété : le refus de vente et le refus d'achat
- La sanction des abus de marchés : emprunt aux deux définitions : abus de puissance de marchés plus qu'« abus de droit »
- La sanction de l'exclusion d'autrui du marché : inutilité de la preuve d'un dommage, même potentiel, au marché

I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :

DISPOSER ET *EXCLURE*

C. LE POUVOIR D'EXCLURE AUTRUI

2. La limite posée au pouvoir d'exclure autrui par le simple Droit du marché concurrentiel

- Obligation de contracter et dégradation du droit de propriété en « droit à rémunération »
  - Propriétaire d'une infrastructure essentielle
  - Hypothèse de « licence légale »
  - Médicaments génériques
- Création de « droits subjectifs fondamentaux » affrontant les droits de propriété
  - Droit d'accès à des prestations fondamentaux
  - Qui en décide ?
  - Qui en est débiteur
  - Enjeu du financement : exemple du « droit subjectif à l'électricité »

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET *EXCLURE***

**C. LE POUVOIR D'EXCLURE AUTRUI**

**3. La négation du pouvoir d'exclure autrui par le Droit de la Régulation**

- Le patrimoine
- La confiance par la richesse
- La confiance par les garants de la richesse
- La confiance par le système de garantie : l'Union bancaire européenne
- La confiance dans la machine : *Trust machine* dans les *blockchains* ....
- La responsabilité des tiers de confiance

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET *EXCLURE***

**D. LA PROPRIÉTÉ COMME LIEN AVEC AUTRUI**

**1. Le bien engagé, relation personnelle ou impersonnelle avec autrui**

- Passage du « pouvoir d'exclure autrui à la relation de confiance
- Le patrimoine
- La confiance par la richesse
- La confiance par les garants de la richesse
- La confiance par le système de garantie : l'Union bancaire européenne
- La confiance dans la machine : *Trust machine* dans les *blockchains* ....
- La responsabilité des tiers de confiance

**I. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET SA FONCTION DANS LA LIBRE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE :**

**DISPOSER ET *EXCLURE***

**D. LA PROPRIÉTÉ COMME LIEN AVEC AUTRUI**

1. Le bien engagé, relation personnelle ou impersonnelle avec autrui

- L'État, le juge et le Droit gardien de l'inaptitude artificielle à entrer dans le marché
- L'enjeu de la disparition du politique

## II. L'ÉTAT EN AFFRONTMENT AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE

### A. LES « CHOSES HORS COMMERCES »

#### 1. Feu l'article 1128 du Code civil

*Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.*

- La « Régulation » des choses rares et vitales
- La rareté et le clonage
- L'argument « moral »
- Jean Tirole , 11 janvier 2016 : « *On ne peut se targuer de moralité quand on est contre le commerce des organes* »

## II. L'ÉTAT EN AFFRONTMENT AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE

### A. LES « CHOSES HORS COMMERCES »

#### 2. La bio-économie et la perspective des « marchés répugnants »

**II. L'ÉTAT EN AFFRONTEMENT  
AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE  
DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE**

- Etres humains et Régulation
- L'argument « moral »
- Jean Tirole , 11 janvier 2016 : « *On ne peut se targuer de moralité quand on est contre le commerce des organes* »

**A. LES « CHOSES HORS  
COMMERCES »**

2. La bio-économie et la perspective des « marchés répugnants»

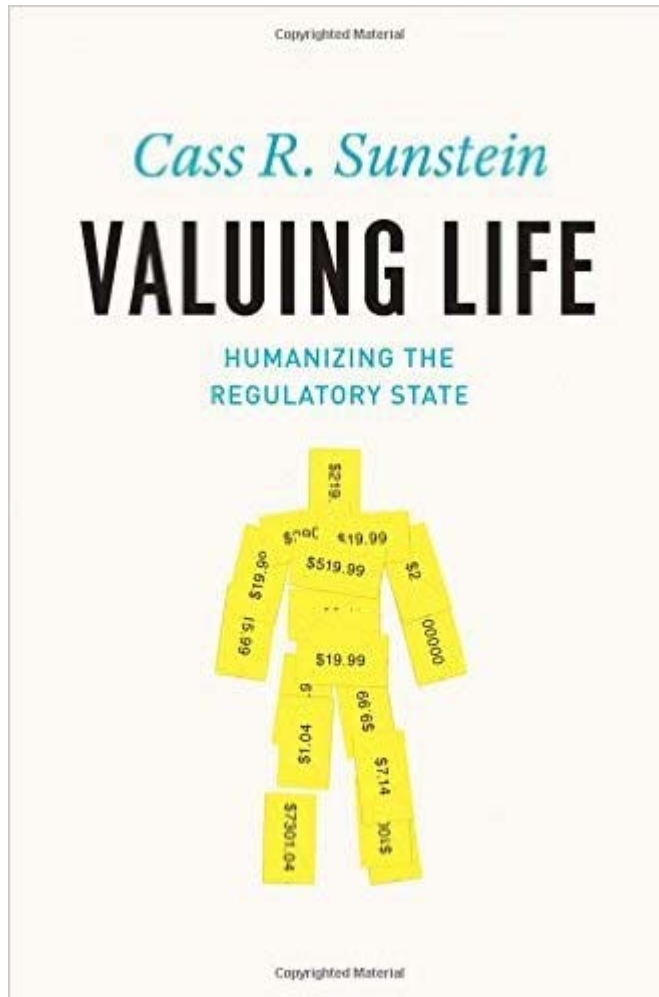


- Les « Droits de l’homme » dans les systèmes économiques régulés
- Le Droit de la Régulation comme mode de « repersonnalisation » du monde, degré supérieur de la « reconcrétisation » du monde
- Perspective de Cass. R. Sunstein (2014 et 2015)

## **II. L’ÉTAT EN AFFRONTMENT AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE** **DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE**

### **A. LES « CHOSES HORS COMMERCES »**

### **3. « Personne » et Régulation**



## II. L'ÉTAT EN AFFRONTEMENT AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE

### A. LES « CHOSES HORS COMMERCES »

### 3. « Personne » et Régulation

**II. L'ÉTAT EN AFFRONTEMENT  
AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE  
DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE**

**B. LES « PROPRIÉTÉS  
PUBLIQUES »**

**1. Les entreprises publiques**

**II. L'ÉTAT EN AFFRONTMENT  
AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE  
DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE**

**B. LES « PROPRIÉTÉS  
PUBLIQUES »**

2. Les services d'intérêt d'économie  
général (SIEG)

**II. L'ÉTAT EN AFFRONTMENT  
AVEC LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE  
DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE**

**B. LES « PROPRIÉTÉS  
PUBLIQUES »**

2. Les services d'intérêt d'économie  
général (SIEG)

### III. LA RÉGULATION PAR LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

#### A. LA MUTUALISATION DES INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES

##### 1. L'alternative au monopole

### III. LA RÉGULATION PAR LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

#### A. LA MUTUALISATION DES INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES

2. Qui décide de la mutualisation ?

### III. LA RÉGULATION PAR LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

#### B. LA MUTUALISATION DES FINANCEMENTS

##### 1. Les fonds de péréquation



### III. LA RÉGULATION PAR LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

#### B. LA MUTUALISATION DES FINANCEMENTS

##### 2. Les fonds de garantie