

***L'ORGANISATION JURIDIQUE DU MARCHÉ,
ENTRE CONCURRENCE ET RÉGULATION
IN***

***CONCURRENCE ET MARCHÉS
DROIT ET INSTITUTIONS DU MOYEN-ÂGE À NOS JOURS***

***INSTITUT DE LA GESTION PUBLIQUE ET DU DÉVELOPPEMENT
ÉCONOMIQUE***

Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi
10 et 11 décembre 2009

Marie-Anne Frison-Roche

Agrégée des Facultés de droit, Directeur la Chaire régulation Sciences-Po (Paris)

96, rue Saint-Dominique 75007 Paris

Phone : +33(0)1 53 59 98 31 – Fax : +33(0)1 53 59 93 24 - www.mafr.fr - mafr@mafr.fr

Introduction : différence entre droit de la concurrence et droit de la régulation

- ✓ Le droit de la concurrence est un garde-fou d'un marché présumé autorégulé par l'ajustement de l'offre et de la demande.
- ✓ Le droit de la régulation intervient lorsque les marchés ne sont pas construits :
 - ✓ Soit pour les construire (régulation transitoire en cas de libéralisation)
 - ✓ Soit pour maintenir définitivement un équilibre instable et durable entre principe de concurrence et un autre principe (service public, gestion des risques, environnement, biens essentiels, etc.)

Evolution historique (Plan de l'intervention)

- I) **1945** : la gestion de la pénurie, donc la régulation et le droit public
- II) **1986** : la pleine disponibilité économique des biens et services :
la liberté des prix et le droit plénier de la concurrence ; un mixte droit
privé / droit public
- III) **Les années 2000** : un droit de la concurrence qui construit les marchés
- IV) Sources de confusions :
 - confusion politique
 - confusion technique

I) 1945 : la gestion de la pénurie

- ✓ Peu d'offres pour beaucoup de demandes
- ✓ Loi du marché socialement insupportable
- ✓ Gestion de la pénurie par des prix administrés, selon une grille sociale de l'accès aux biens (exemple du pain et du lait)
- ✓ la sphère juridique naturelle : le droit public et son sous-ensemble, le droit pénal

I) 1945 : la gestion de la pénurie

- ✓ L'institution légitime : le juge administratif et la Commission de la concurrence, organe administratif répressif.
- ✓ sanction des ententes et des abus de position dominante qui aggravent l'absence déjà dommageable de fonctionnement ordinaire du marché

II) 1986 : L'avènement d'un droit plénier de la concurrence

✓ Dont-acte de cette réalité économique par l'Ordonnance

du 1^{er} janvier 1986

✓ L'offre et la demande sont abondantes et le marché normalement s'autorégule et produit un prix exact (« juste prix »)

✓ Des comportements peuvent contrarier cette autorégulation, en permettant à des acteurs d'obtenir ce que l'ajustement de l'offre et de la demande par la liberté des prix ne leur aurait pas permis d'obtenir : entente et abus de position dominante.

II) 1986 : L'avènement d'un droit de la concurrence plénier

- ✓ L'autorité de concurrence sanctionne alors *ex post* le comportement et restaure le marché anormalement endommagé.
- ✓ Le droit de la concurrence ne construit pas le marché.
- ✓ L'autorité de concurrence ne surveille pas le marché, elle intervient, ponctuellement saisie, comme un juge spécialisé.
- ✓ Sphère juridique naturelle : mixte de droit privé et de droit public.
- ✓ Conséquence mixte des règles et des institutions. Complexité très grande entre les deux ordres de juridiction (par exemple, soumission des services publics au droit de la concurrence et compétence juridictionnelle attachée).

III) les années 2000 : un droit de la concurrence qui construit les marchés

- ✓ Influence de plus en plus forte du droit communautaire sur le droit français, à la fois substantiellement et institutionnellement (réseau). Mais le marché intérieur européen est un projet politique qui se construit, ce qui n'est pas le cas de la France.
- ✓ Maintien du pouvoir de l'Etat de gouverner la Nation dans les valeurs exprimées à travers des marchés (emploi, sécurité sociale).
- ✓ Prohibition européenne des aides d'Etat, droit national à soutenir des secteurs et à faire prévaloir des solidarités.

III) les années 2000 : un droit de la concurrence qui construit les marchés

- ✓ Forte tendance de transformer les autorités de concurrence en régulateur de fait
 - ✓ Par la loi : loi du 4 août 2008 *pour la modernisation de l'Economie* (LME) qui transfère à l'Autorité de concurrence le contrôle des concentrations
 - ✓ Par la jurisprudence : exemple des affaires en cours à propos des commissions interbancaires, ou dans le secteur pharmaceutique.

Conclusion : qui gouverne les marchés aujourd'hui ?

- ✓ l'Etat (dont les régulateurs indépendants sectoriels peuvent être l'expression) ? :
 - ✓ Lorsqu'il y a dysfonctionnement structurel de la loi du marché (pénurie, marché noir, monopoles naturels, etc.)
 - ✓ Lorsqu'il y a des valeurs a-concurrentielles qui se superposent aux marchés concurrentiels ordinaires.
- ✓ L'autorité de concurrence ?
 - ✓ Tendance européenne puisqu'il y a un marché européen à construire
 - ✓ Tendance nationale dans le même sens, plus difficile à comprendre voire à admettre