

Séminaire

Le droit général de la régulation

Cours du semestre de printemps 2012

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

I. PREMIER PARTIE : LE DROIT DES MARCHES ORDINAIRES

A. **LES ORIGINES REMANENTES DU DROIT ACTUEL DES MARCHES ORDINAIRES DE BIENS ET SERVICES**

L'ORIGINE : LE DROIT DE LA CONCURRENCE DELOYALE

a) Le principe de l'agressivité entre concurrents

- La légitimité du dommage concurrentiel
- La relation juridiquement de fait et de non de droit entre concurrents

b) L'article 1382 du Code civil

- La généralité normative de l'article 1382 du Code civil
- Les fautes qualifiées d'une façon prétorienne
- L'innovation par la théorie du parasitisme et la notion d'investissement

c) L'indifférence du marché

- Le non-droit des rapports de distribution entre « contrats, délits et concurrence »
- La non-articulation entre droit civil et droit des affaires
- L'interférence de la *summa divisio* du droit privé et du droit public
- Ce que sera la « civilisation » du droit du marché concurrentiel

d) La persistance du principe de loyauté et du souci de réparation

- La loyauté comme principe des rapports marchands
- La réparation, double face de la responsabilité
- La question de l'aptitude à réparer
- La question de la personne ou de l'objet à réparer

2. LA CIRCONSTANCE HISTORIQUE DU MARCHÉ EN RECONSTRUCTION

a) La défaillance du marché noir pendant la seconde guerre mondiale

b) La défaillance du marché en reconstruction et sa traduction juridique

- Le droit de la concurrence comme droit pénal
- La Commission de la concurrence

c) Pourquoi conserver un mécanisme répressif ?

B. LES EVOLUTIONS EUROPEENNES ET NORD-AMERICAINES VERS UN SYSTEME DE GARDE CONCURRENTIEL

1. LE MOUVEMENT EUROPEEN

a) La décision politique d'une Europe pacifiée

- La concurrence, élément premier d'un projet politique
 - Une libéralisation par directives, sous menace d'action pour abus de position dominante
 - Un rééquilibre jurisprudentiel :
 - CJCE, 19 mai 1993, [Corbeau](#)
 - CJCE, 27 avril 1994, [Commune d'Almelo](#)
- La reconnaissance de règles européennes des services d'intérêt économique général (SIEG) :
 - Commission européenne, communication du 21 décembre 2011
- La dualité d'un projet européen *ex ante* et d'un système national *ex post*

- La confusion ultérieure, du fait même du droit national, réplique du droit communautaire

b) L'intégration européenne au milieu du gué

- CJCE, 15 juillet 1964, [*Costa*](#)
- CJCE, 22 mai 1978, [*Simmenthal*](#)
- Le juge interne, juge commentaire
- La contradiction intrinsèque du droit européen/national de la concurrence
-

2. LE MOUVEMENT NORD-AMERICAIN

a) La différence fondamentale d'un marché déjà construit Le fédéralisme

- Le système de *Common Law*
 - La proclamation de la pertinence de la distinction
 - La puissance des juges et de l'*ex post*
 - Le relativisme de la distinction

b) La Cour suprême et les droits fondamentaux

- La liberté contractuelle
- Le droit de propriété
- Les facilités essentielles

C. L'INSTITUTION DES AUTORITES DE CONCURRENCE ET DE REGULATION

1). LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

- La conséquence du conflit d'intérêts : le non-cumul opérateur/régulateur
- La confiance dans l'Etat

2). LA DISPUTE SUR LA LEGITIMITE DES AAI

- La légitimité politique
- La légitimité procédurale
- La légitimité rhétorique

3). LES DIFFICULTES PROCEDURALES INHERENTES AUX AAI

a) Le cumul de la fonction d'instruction et la fonction de jugement

- Cass., Ass. Plén., 5 février 1999, *Oury*
- C.E., Ass. Plén., 8 décembre 1999, *Didier*

b) Le cumul de la fonction de jugement et le droit d'action

- Le droit pour le Ministre d'attaquer un contrat
- L'article L.442-6-III, al.2
- Cons.const., QPC, 13 mai 2010, *Systeme U*

c) Le contrôle des AAI

- Le contrôle juridictionnel
- Le contrôle ex ante par les désignations des membres
- Le contrôle ex ante par le budget
- Le contrôle ex post et l'*accountability*

D. L'EVOLUTION DU DROIT DES MARCHES ORDINAIRES

1. LA DETERMINATION DES MARCHES PERTINENTS

- Le préalable absolu du droit du marché concurrentiel
- L'obstacle pour l'abus de position dominante relative et la solution européenne concernant les marchés des télécommunications
- Les marchés amont et aval
- Les sous-marchés
- Les marchés connexes

2. LA REACTION EX POST A DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS

a. La réaction à un dommage

- Le seuil de sensibilité
- De minimis
- La règle de raison
- La réparation du « dommage à l'économie

b. La sanction des ententes et des abus de position dominante

- L'entente
 - La volonté d'une pratique concertée
 - La preuve d'un « objet ou d'un effet »
 - Le parallélisme de comportement

- L'abus de position dominante
 - L'abus en droit civil et en droit de la concurrence
 - L'abus dans la fixation du prix
 - L'abus de position dominante collective

3. LA SPECIFICITE DES AIDES D'ETAT

a. La spécificité européenne des aides d'Etat

- La nécessité d'échanges entre Etats membres
- Le déséquilibre avec les Etats-Unis

b. Le maniement de la prohibition par les institutions européennes

- Prohibition des subventions, compensations et restitutions
 - CJCE, 24 juillet 2003, [Altmark](#)
 - Décision de la Commission européenne, [20 décembre 2011](#)
- Difficulté de l'Etat-actionnaire
 - Exigence d'un comportement d'investisseur normalement diligent
 - La question du sauvetage du secteur bancaire

4. L'EVOLUTION CONCEPTUELLE ET PRATIQUE DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

- a. La conception d'une sanction anticipée de comportements dommageables prévisibles (mieux veu prévenir que guérir)
- Le raisonnement prétorien d'un contrôle *ex post* anticipé
 - L'usage de l'incrimination général de l'abus de position dominante

b. Le contrôle des concentrations vers un droit de la régulation

- L'adéquation avec le projet européen
- La cohérence avec un système national confié à l'exécutif
- Le paradoxe de la *Loi pour la modernisation de l'économie* (LME) du 4 août 200

c. Le contrôle des concentrations et la politique industrielle

- Deux projections dans le temps difficilement compatibles
- Des risques de lacunes ou de contradictions
- Droit des OPA et contrôle des concentration

d. L'enjeu institutionnel issu de l'ambiguïté de la conception du contrôle des concentrations

- L'enchevêtrement français des juges contrôleurs de l'Autorité de la concurrence
- Contrôle substantiel ou contrôle de légalité

5. L'AMBIGUITE DES ENGAGEMENTS

a. Les engagements comme conditionnalités

- Les engagements dans le contrôle des concentrations
- ADLC, 20 septembre 2011, *Canal +*,

b. Les engagements comme contractualisation de l'action publique

- Le mouvement général de la contractualisation de l'action publique
- Contrat *versus* régulation (le marché du travail)

c) Les engagements comme renforcement paradoxale du pouvoir