

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 15

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2014

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Coordenação: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA**
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 15 (julho/dezembro 2014)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2015.

LE DROIT DES AFFAIRES ET LE CONCEPT JURIDIQUE DE MARCHÉ¹

BUSINESS LAW AND THE LEGAL CONCEPT OF MARKET

José Gabriel Assis de Almeida
Mickael Viglino

Résumé: Le «marché» est omniprésent. Cependant, en dépit de son importance, le droit des affaires semble conserver une parfaite indifférence à la conceptualisation d'une notion juridique du marché. Les références au marché dans la législation brésilienne sont nombreuses mais purement instrumentales et ne permettent pas de dégager un concept juridique. Partant de cette constatation, cet article s'interroge tout d'abord sur la classification juridique du marché. Le marché n'est ni sujet ni objet du droit des affaires, mais un élément a priori, le lieu, réel ou virtuel, où se réalise le droit des affaires. Mais cette qualité n'est pas conceptualisée. Cette lacune est d'autant plus choquante parce que le marché est d'une utilité fondamentale en droit des affaires. Ainsi, le marché est utilisé comme cadre d'analyse du droit des affaires, à l'image du «marché intérieur» en droit de l'Union européenne ou du «marché pertinent» en droit de la concurrence, et comme référentiel pour déterminer la juste valeur d'un bien ou le caractère acceptable d'une pratique. Mais, cette utilisation du terme de marché sans le conceptualiser au préalable représente un risque.

Mots-clé: marché; droit des affaires; théorie du droit; valeur de marché.

1 Artigo recebido em 11.09.2015 e aceito em 07.12.2015.

Abstract: The *market* is everywhere. However, despite its importance, we observe a certain disinterest of Business Law on the conceptualization of a legal notion of *market*. References to the market in the Brazilian legislation are numerous but purely instrumental and not sufficient to discern a legal concept. Based on this finding, this article first examines the different aspects of a possible legal classification of the *market*. The *market* is neither a subject nor an object of Business Law, but a preexisting element; the place, real or virtual, where business is realized. Yet, this quality is not conceptualized. This deficiency is even more surprising because the *market* is of fundamental relevance in Business Law. *Market* is used as analytical framework by Business Law — the *single market* in the European Union or the *relevant market* in competition law — and as a reference for determining the fair value of a good or service or the acceptability of a practice. But this use of *market* without a prior conceptualization constitutes in itself a risk.

Keywords: market; business law; legal theory; market value.

Sommaire: Introduction. I. La classification juridique du marché. A. Le marché, sujet du droit? B. Le marché, objet du droit? II. L'utilité du concept de marché. A. La définition du cadre d'analyse du droit des affaires. (i) Le "marché intérieur" en droit de l'Union européenne. (ii) Le marché et le droit de la concurrence. B. Référentiel de justesse et d'efficacité. Conclusion.

Introduction

Le marché est omniprésent. Dans le domaine économique, bien sûr, dans des sociétés d'économie de marché où plus aucun secteur, même les traditionnels monopoles naturels, ne résiste à la privatisation et à l'impératif de concurrence. Mais également dans la société et les relations individuelles de façon générale, où de moins en moins de choses échappent aux règles du marché; les débats conti-

nuels en matière de propriété, stockage, traitement et usage des données personnelles en sont un bon exemple. Le marché semble ne plus avoir de limites.

Ce phénomène a reçu le joli nom de marchandisation et a fait l'objet de divers colloques, notamment celui un organisé en 2009 par l'Université de Bourgogne et le CNRS², et à donné lieu récemment au très bel ouvrage de Michael J. Sandel «*What Money Can't Buy — The Moral Limits of the Market*»³.

La marchandisation et la montée en puissance du marché ont pour corollaire la prolifération des normes. Ainsi, au Brésil, champion en la matière, par exemple, la réglementation de l'horaire de fonctionnement des pharmacies est de la compétence des municipales. Depuis, l'appellation d'origine contrôlée «*queijo Minas*», de ce fromage frais originaire de l'Etat du Minas Gerais, est réservée aux fromages qui répondent aux plus de 900 articles du Règlement d'inspection industrielle et sanitaire de produits d'origine animale, datant de 1952. Ce règlement nous explique notamment que le *queijo Minas* est un «produit de format cylindrique, onctueux et doté de trous de la forme de têtes d'épingle».

Une étude de l'Institut brésilien de planification fiscale⁴ indique qu'entre le 5 octobre 1988 (date de la promulgation de la Constitution fédérale actuelle) et le 5 octobre 2012, soit sur une période de 24 ans, ont été publiées 4.615.306 normes ou règles. Si on prolonge le compte jusqu'au 5 octobre 2014, on arrive à 4,96 millions de nor-

2 COLLOQUE INTERNATIONAL. *Droit et Marchandisation*. Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux: Credimi, 18-19 mai. 2009.

3 SANDEL, M. J. *What Money Can't Buy: The Moral Limits of the Market*. Farrar, Straus and Giroux: New York, 2012.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO — IBPT, *Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 25 anos da Constituição Federal de 1988*. Paraná, octobre 2013. Disponible à: www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/1266/NormasEditadas25AnosDaC-FIBPT.pdf. Accès le 13 octobre 2015.

mes, soit une moyenne de 782 normes par jour, ou encore une règle par groupe de 41 habitants. A titre de comparaison, dans les trois années qui ont précédé la promulgation de la Constitution de 1988, la moyenne était d'une norme pour chaque groupe de 300 personnes. La France, autre pays exemplaire en matière de production normative, est classée 122^{ème} (sur 144 pays) en termes de poids de la réglementation⁵.

Bon nombre de ces normes ont pour objet de réglementer le marché, afin soit d'en accroître l'efficacité, soit d'en limiter l'étendue ou l'autonomie.

En dépit de l'importance du marché et de l'explosion de la production normative, le droit des affaires semble cependant conserver la même indifférence à la conceptualisation d'une notion juridique du marché.

En effet, si le marché est toujours au centre du droit des affaires, celui-ci l'a pour sa part toujours cantonné à une dimension instrumentale et s'est très peu préoccupé d'en dégager un concept juridique, à l'inverse des sciences économiques, pour lesquelles la définition du marché est un sujet classique. A partir des définitions les plus simples, selon lesquelles le marché est l'endroit où l'offre et la demande se rencontrent, ou celui où les agents économiques cherchent à satisfaire leurs besoins, jusqu'à des définitions beaucoup plus sophistiquées.

Les références au marché dans la législation brésilienne sont de deux ordres. Il y a d'une part des références à des marchés spécifiques. Ainsi, le Code de défense du consommateur mentionne-t-il le marché de consommation⁶; la Loi des sociétés par actions les marchés

5 WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2014—2015*. Genève: World Economic Forum, 2014. p. 183. Disponible à: www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf. Accès le 13 octobre 2015.

6 BRÉSIL. *Code de protection du consommateur*. Art. 3º, §2º: “Mercado de consumo”.

de capitaux⁷ et le Code de travail le marché du travail⁸, ces deux derniers également consacrés par la Constitution fédérale de 1988⁹. Il y a, d'autre part, de nombreuses références au «marché» de façon générale et abstraite. La Constitution énonce que le «marché interne» intègre le patrimoine national et sera encouragé de façon à permettre le développement culturel et socioéconomique, le bien-être de la population et l'autonomie technologique du Pays, conformément à la loi fédérale¹⁰. Vaste programme, donc qui explique la prévision que la loi réprimera l'abus du pouvoir économique qui vise à la domination «des marchés», à l'élimination de la concurrence et à l'augmentation arbitraire des profits¹¹. Il est intéressant de voir que la norme suprême brésilienne, tout en constitutionnalisant, à mots couverts, l'économie de marché (la concurrence ne saurait être éliminée), lui pose déjà des limites pour éviter que les marchés ne soient détournés de leur fonction première (assurer le bien-être général).

Mais, si les marchés spécifiques — comme le marché intérieur en droit de l'Union européenne ou le marché pertinent en droit de la concurrence, nous le verrons plus loin — sont précisément définis par le droit, le «marché» pris dans son acception générale ne l'est pas. Cette situation est d'autant plus surprenante que la législation utilise le marché comme une référence, en matière de détermination de prix ou de bonnes pratiques, notamment. Ainsi, tout en étant étalon de mesure — rôle important s'il en est — le marché reste un concept vague, sans contours juridique déterminé.

Le droit des affaires adopte traditionnellement une double perspective: l'une subjective, qui s'attache aux acteurs du commerce,

7 BRÉSIL. *Loi n°6.404/1976*. Art. 183, II, IV et §4º, art. 197, §1º, II, et art. 254-A, §4º: “*Mercado de capitais*”.

8 BRÉSIL. *Code du Travail (Consolidação das Leis do Trabalho)*. Art. 362, §2º et art. 373: “*Mercado de trabalho*”.

9 BRÉSIL. *Constitution fédérale*, 1988. Art. 85, I, c), et art. 7º, XX, 195, §9º et 203, III.

10 BRÉSIL. *Constitution fédérale*, 1988. Art. 219.

11 BRÉSIL. *Constitution fédérale*, 1988. Art. 173, §4º.

aux sujets du droit des affaires, à savoir les commerçants individuels et les sociétés commerciales et autres groupements économiques; l'autre matérielle, relative à l'activité qu'ils exercent, l'objet du droit des affaires, c'est-à-dire les actes de commerce. Cet abordage scientifique néglige cependant l'endroit où les commerçants se rencontrent pour pratiquer des actes de commerce, à savoir le marché, justement. Celui-ci pourrait-il se rattacher à l'une des catégories existantes?

C'est dans ce cadre que cet article propose de s'interroger sur une possible classification juridique du marché (I) pour ensuite revenir sur l'utilité indéniable du marché en droit des affaires et, partant, des risques de s'en remettre à un concept non juridique (II).

I. La classification juridique du marché

Traditionnellement, donc, le droit utilise une classification conceptuelle binaire: les sujets de droit, d'une part, et l'objet (l'activité) juridique, d'autre part. Ainsi, il est intéressant de voir dans laquelle de ces catégories, le cas échéant, s'insère le marché.

A. Le marché, sujet du droit?

S'il est commun de se référer au marché comme à une personne, sur le point de vue juridique, le marché n'est définitivement pas un sujet de droit.

En effet, sont sujets de droit les personnes, physiques ou morales.

Le marché est-il alors une personne morale? Celles-ci sont définies par le Code Civil brésilien aux articles 40 et suivants, qui les énumère de façon exhaustive. Elles sont de droit public — interne ou externe — ou privé.

Les personnes morales de droit public interne sont la Fédération (*União*), les Etats, le District fédéral, les Territoires, les Munici-

pes, les autorités administratives indépendantes (*autarquias*), associations publiques et autres entités de caractère public créées par la loi¹². Dans ce dernier cas, notons qu'aucune loi n'est venue créer ou consacrer le marché comme une personne morale de droit public.

Dans l'ordre public externe, ce sont les Etats étrangers ainsi que toutes les personnes régies par le droit international public¹³.

Comme pour les personnes morales de droit privé, ce sont les associations, les sociétés, les fondations, les organisations religieuses, les partis politiques et, depuis la Loi n° 12.441 du 11/07/2011, les entreprises individuelles à responsabilité limitée¹⁴.

Ainsi, le marché en est absent.

Plus généralement, l'existence légale des personnes morales de droit privé commence au moment de l'inscription de leur acte constitutif auprès du registre compétent, devant être enregistrées au même endroit toutes les altérations qui pourraient par la suite être apportées à cet acte constitutif¹⁵. Concernant le marché, aucune trace de cet acte de naissance, aucun livret de famille, malgré toutes les évolutions qu'il a subies au cours de ses siècles d'existence.

Dans certains cas, le marché est représenté, organisé, incorporé par une personne juridique. Cependant, ceci ne résout pas notre problème, dans le sens où, d'une part, celle-ci ne se confond pas avec celui-là et, d'autre part, il ne s'agit *du* marché, mais *d'un* marché. Tel est le cas, par exemple, des marchés financiers. La bourse de valeurs de São Paulo est représentée et organisée par une société anonyme, la BM&FBOVESPA S.A., avec laquelle elle ne se confond pas.

Le marché n'est donc pas un sujet du droit.

12 BRÉSIL. *Code civil*. Art. 41.

13 BRÉSIL. *Code civil*. Art. 42.

14 BRÉSIL. *Code civil*. Art. 44.

15 BRÉSIL. *Code civil*. Art. 45.

Pouvons-nous en déduire pour autant, par élimination, que le marché est un objet du droit? S'agirait-il alors d'un bien? Pas un bien immobilier à l'évidence, mais un bien mobilier? Ou s'agirait-il d'une activité?

B. Le marché, objet du droit?

Pour explorer cette piste, nous pourrions prendre l'exemple du marché financier, d'un marché de valeurs mobilières ou encore du marché pertinent en droit de la concurrence. Néanmoins, cet article va suivre une approche différente: celle des images autocollantes à collectionner, accompagnant un livret. Les célèbres images «Panini».

Cet exemple revêt un intérêt particulier. En effet, contrairement aux marchés financiers qui sont précisément réglementés ou au marché pertinent qui est largement conceptualisé par le droit de la concurrence, le marché des images «Panini» est un marché libre et spontané, sans règle écrite ou autorité de régulation. A ce titre, il représente le marché dans son essence, dans ce qu'il a de plus rudimentaire.

Pendant la dernière Coupe du Monde de football de 2014, le marché des images «Panini» de joueurs des équipes participantes a été estimé à environ 8,5 million de personnes au Brésil, sachant que la collection a été lancée dans 110 pays.

L'album est composé de 649 images, vendues en paquets de 5 images. Outre la collection relative à la Coupe du Monde de football, à la même période (mai 2014), 27 autres collections étaient disponibles à la vente. Il s'agit donc d'un marché particulièrement dynamique et, comme nous allons le voir, spontané et dérégulé.

Si le marché est un objet du droit, il convient de déterminer de quel type d'objet il s'agit.

Le marché n'est pas une allocation de ressources. Le marché des images «Panini» permet de déterminer le prix des images mais il

ne constitue pas en soit une allocation de ressources, un flux financier. De la même manière, le processus de détermination des principaux taux de référence des marchés financiers, comme le Libor, fixé à partir d'opérations de référence, ou le cours de l'or, à partir d'opérations fictives, n'est pas une allocation de ressources mais simplement la détermination d'un coût.

Le marché n'est pas non plus un comportement. Le comportement est le fait des personnes présentes sur le marché. Il s'agit, juridiquement, du contrat et des étapes permettant d'y parvenir, les négociations. Mais, si le marché est le lieu où des personnes se retrouvent pour pratiquer certaines opérations sur un produit déterminé, le marché ne se confond pas avec ces opérations. Lorsqu'une personne achète ou échange une image «Panini», il y a un contrat, mais pas nécessairement un marché, s'il s'agit d'une opération isolée dans un cadre privé. Le marché résulte de la multiplication de ces opérations.

Le marché n'est, à proprement parler, que l'endroit où les commerçants se rencontrent pour pratiquer des actes de commerce; tout comme en économie le marché est le lieu où offre et demande relatives à un bien ou service particulier se rencontrent. Cette idée est largement corroborée par l'histoire du droit des affaires, et ce dès les marchés et foires du Moyen Age.

Cette même caractéristique — celle d'un endroit déterminé — existe encore aujourd'hui. Ainsi, partout au Brésil pendant la Coupe du Monde de football 2016, le marché des images «Panini» se réunissait tous les jours à des endroits déterminés. A Rio de Janeiro, par exemple, c'était dans la rue Uruguaiana, dans le centre de la ville, siège en temps normal de l'un des principaux «marchés populaires» de la ville. A Rio de Janeiro, toujours, un centre commercial avait même créé un espace en son sein pour que les gens viennent y échanger lesdites images. Toute personne ayant un intérêt pour cette marchandise savait localiser le marché, en ce sens, l'endroit géographique où il était possible d'échanger les images «Panini».

Le marché en tant que lieu ne se limite pas à un espace géographique, traditionnellement déterminé par une latitude et une longitude. En effet, l'achat et l'échange d'images avait également lieu sur internet. Il s'agit dans ce cas d'un espace virtuel — Ebay, par exemple — encore une fois parfaitement connu et identifié par toute personne intéressée.

Ainsi, pour le marché des images «Panini», comme pour de plus en plus de marchés actuellement, l'élément caractéristique du marché n'est plus une localisation géographique, mais un endroit théorique, soit-il réel ou virtuel.

Le marché est le lieu où un prix, ou plus généralement une valeur, sera attribué à un bien ou un service. C'est donc un instrument de détermination de la valeur des biens ou services qui se trouvent sur le marché, qui sont susceptibles de commerce et pour lesquels il existe une offre et une demande. Et cette valeur est bien sûr relative.

Ainsi, dans le cas des images «Panini»: R\$1,00 le prix du paquet avec 5 images indéterminées R\$3,00 les images de David Luis e Fred; R\$15,00 pour l'image de Neymar; R\$300,00 l'album complet, une personne étant allée jusqu'à payer R\$17.000,00 pour l'album avec toutes les images.

Mais ce faisant, nous revenons à une conception économique du marché; nous échouons à le faire entrer dans une catégorie du droit. Qu'est-ce qu'un endroit ou une zone de rencontre (réelle ou virtuelle) en droit?

Ni sujet ni objet du droit, donc. Le marché serait-il une institution? Comme le mariage en droit des personnes. Hypothèse séduisante puisqu'on en peut se résoudre à l'idée que le marché échapperait totalement au droit. Cependant, alors que le mariage est une institution complètement réglée et formalisée, aussi bien par le Code civil que socialement — et les débats actuels, au Brésil comme en France, sur l'extension du mariage aux couples de même sexe, marquent bien la force de cette institution au sein de la société — le marché semble,

lui, une institution au rabais, bien pauvrement régulée. C'est pourtant un concept d'une utilité fondamentale en droit, comme nous allons le voir dans les développements qui suivent.

II. L'utilité du concept de marché

En dépit de l'absence de définition juridique du marché, son utilité est incontestable. Elle est même un artifice, une tendance réglementaire forte. Ainsi, plus qu'un lieu, plus que l'endroit où se négocient et se concluent les affaires et où le droit des affaires a vocation à s'appliquer, le marché est le cadre d'analyse du droit des affaires (A). Il est aussi utilisé comme une référence, comme un synonyme de justesse et d'équité (B).

A. La définition du cadre d'analyse du droit des affaires

Le marché n'est ni sujet ni objet du droit, mais un élément *a priori*, le cadre qui déterminera l'application du droit. Nous prendrons deux exemples à l'appui de cette idée.

(i) Le "marché intérieur" en droit de l'Union européenne

Dans l'Union Européenne, le concept de «marché intérieur» désigne *«un marché unique dans lequel les biens, les services, les capitaux et les personnes circulent librement et à l'intérieur duquel les citoyens européens peuvent vivre, travailler, étudier ou faire des affaires librement»*¹⁶.

Aux marchés nationaux respectifs des Etats-membres se superpose donc, depuis 1992, un marché unique qui regroupe le territoire de l'ensemble de ces Etats-membres, et sur lequel le mot d'ordre

¹⁶ EUR-LEX. *Marché intérieur*. Disponible à: http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?root_default=SUM_1_CODED%3D24&locale=fr. Accès le 25 août 2015.

est la liberté de circulation. Pure création politique, le marché intérieur est une réalité économique et juridique, à mi-chemin entre marché national et marché extérieur. Les marchandises produites ou légalement importées sur le territoire d'un Etat-membre peuvent ainsi librement circuler du territoire de cet Etat à celui d'un autre Etat-membre; les travailleurs ressortissants d'un Etat-membre se voient reconnaître la liberté de circuler et de s'installer sur le territoire d'un autre Etat-membre. Travailleurs, biens et services bénéficient donc d'un traitement privilégié par rapport à leurs équivalents originaires d'un Etat tiers.

L'existence et l'efficacité du marché unique sont garanties par un certain nombre de principes, parmi lesquels celui de non-discrimination et celui de reconnaissance mutuelle sont essentiels. Ainsi, à l'intérieur des frontières du marché unique, un travailleur, un bien ou un service originaire d'un Etat-membre ne peut, sur le territoire d'un autre Etat-membre, recevoir un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux mêmes travailleur, bien ou service originaires de ce dernier.

Le principe de reconnaissance mutuelle permet quant à lui d'assurer l'effectivité et l'efficacité du marché intérieur, en imposant qu'un bien ou un service légalement produit sur le territoire d'un Etat-membre, dans le respect des normes techniques, sanitaires, qualitatives, etc. de cet Etat, puissent être vendus sur le territoire d'un autre Etat-membre alors même que les prescriptions techniques, sanitaires et qualitatives applicables dans ce dernier seraient différentes. Le principe de reconnaissance mutuelle est fondamental à l'efficacité du marché intérieur et fait à l'Union Européenne l'économie d'une production normative encore plus importante et détaillée qu'elle ne l'est déjà.

Il est donc constaté, avec le marché unique, la place centrale qu'occupe le marché au sein de l'Union Européenne. Dans ce cas, le marché est un espace géographique déterminé sur lequel vont s'appliquer des principes et règles de droit déterminés.

(ii) Le marché et le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est, par sa finalité même, complètement dépendant de la notion de marché.

Ainsi, le «marché pertinent» est le concept de base à partir duquel sont appréciées les pratiques commerciales et les opérations de concentration, à déterminer leur impact réel ou potentiel sur la concurrence.

L'Autorité de la Concurrence française propose une «définition des marchés» particulièrement claire et détaillée dans son rapport annuel 2012¹⁷:

Aux fins des règles de concurrence, le marché pertinent est le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts. [...]

La délimitation du marché pertinent se fonde donc sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut ainsi varier au fil du temps [...].

La délimitation du marché pertinent se fait en deux étapes : dans un premier temps, l'Autorité identifie les biens et services qui s'échangent sur ce marché; dans un second temps, elle définit la zone géographique concernée. [...]

Les éléments pris en compte pour évaluer la dimension matérielle et la dimension géographique sont plus précisément définis par la jurisprudence de l'Autorité de la Concurrence (et du Conseil de la Concurrence, avant elle).

17 AUTORITE DE LA CONCURRENCE. *Rapport Annuel 2012*. La Documentation française: Paris, 2013. Pratique de l'Autorité de la Concurrence, p. 151-152. Les versions 2013 et 2014 du Rapport annuel reprennent les mêmes éléments mais se montrent moins précises quant à la définition du marché pertinent.

Au Brésil, le Conseil Administratif de Défense Economique — CADE adopte une vision similaire du marché pertinent, en tant qu'unité d'analyse pour l'évaluation du pouvoir de marché. Un marché pertinent est défini comme un produit ou groupe de produits et une zone géographique dans laquelle ceux-ci sont produits ou vendus, de sorte qu'une entreprise monopolistique pourrait imposer une hausse de prix légère mais significative et non transitoire, sans pour autant que les consommateurs optent pour un autre produit ou une autre région. Le marché pertinent est le plus petit marché répondant à ce critère¹⁸.

Ainsi, en droit de la concurrence, que ce soit en France ou au Brésil, le marché acquiert une dimension supplémentaire, qui le rapproche de la conception économique du marché: il est non seulement défini comme un lieu, mais comme un lieu où s'échange un certain type de biens ou de services, des biens ou des services considérés comme substituables par les consommateurs.

Au-delà de la protection des consommateurs et des intérêts individuels, l'objet du droit de la concurrence est avant tout la protection du «Marché». Pour se faire, il ne définit pas le «Marché» de façon générale, mais un marché de référence qui lui sert de cadre d'analyse pour évaluer au cas par cas l'effet d'une opération de concentration ou d'une pratique commerciale sur l'état de la concurrence sur ledit marché, et donc sur la structure et le fonctionnement du «Marché» en général.

Il est intéressant de noter qu'au sein de l'Union Européenne, la dépendance du droit de la concurrence au marché se manifeste à un niveau supplémentaire: celui de déterminer quel est le cadre normatif applicable et l'institution compétente pour analyser une opération déterminée. En effet, selon le principe d'attribution des compé-

18 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — CADE. *Guia Prático do CADE: a Defesa da Concorrência no Brasil*. Collection CIEE. 3^{ème} ed. revue, augmentée et bilingue, 2007.

tences, l'intervention du régulateur européen ne se justifie que lorsqu'un marché donné n'est plus seulement national. Ainsi, l'examen préalable d'une opération de concentration est de la compétence de la Commission Européenne uniquement dans le cas où ladite opération a une dimension européenne, c'est-à-dire, si les entreprises concernées ont un chiffre d'affaires mondial et européen tels que l'opération risque de fausser la concurrence dans plusieurs Etats membres, en fonction de seuils et de critères déterminés par règlement du Conseil¹⁹.

B. Référentiel de justesse et d'efficacité

Le marché est également utilisé comme étalon permettant de déterminer ce qui est juste, acceptable, normal. L'exemple le plus topique est la «valeur de marché». Plutôt que de ne déterminer quantitativement ce qu'est, dans une situation déterminée, la juste valeur d'un bien ou d'un service, sous la forme d'une valeur fixée par voie de règlement ou d'une formule de calcul, par exemple, la référence à la valeur de marché permet au législateur ou au régulateur de régler la question de l'évaluation de façon abstraite. Cette notion est omniprésente dans la loi: dans la Loi sur les sociétés par actions pour l'évaluation des actifs de la société²⁰ ou la détermination de la rémunération des administrateurs²¹; dans la loi sur les procédures collectives pour la détermination de la rémunération de l'administrateur judiciaire et de ses auxiliaires ou la valeur d'actifs²²; ou encore dans le Code

19 UNION EUROPEENNE. *Règlement (CE) n.º139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises* («Règlement CE sur les concentrations»). Art. 1.

20 BRÉSIL. *Loi n.º6.404/1976*. Art. 183, II, IV et §4, art. 197, §1, II, et art. 254-A, §4.

21 BRÉSIL. *Loi n.º6.404/1976*. Art. 152: «L'assemblée générale déterminera le montant global ou individuel de la rémunération des administrateurs, y compris des bénéfices de toute nature et de frais de représentation, en tenant compte de leurs responsabilités, du temps dédié à leurs fonctions, de leur compétence et réputation professionnelle et de la valeur de leurs services sur le marché».

de procédure civile tout juste promulgué²³. La loi sur les offres publiques, en particulier, y fait de nombreuses références: prix de marché, prix en vigueur sur le marché, prix manifestement supérieurs à ceux pratiqués sur le marché national, prix contractuel compatible avec le prix pratiqué sur le marché, prix compatible avec la valeur de marché, prix courants sur le marché ou encore l'observation de la variation générale des prix du marché comme limite supérieure²⁴.

Le droit s'en remet également au marché pour déterminer ce qu'est une pratique ou des conditions acceptables. Ainsi, dans la Loi sur les Sociétés par Actions, en matière de conflits d'intérêts entre la société et ses administrateurs, il est prévu qu'un administrateur ne peut contracter avec la société que dans des conditions raisonnables et équitables, identiques à celles qui prévalent sur le marché ou dans lesquelles la société contracterait avec des tiers²⁵. Ici, les conditions du marché sont synonymes de conditions justes et normales en ce qu'elles préviennent tout traitement de faveur lié au fait que l'administrateur n'est pas un tiers vis-à-vis de la société et que, même si, en tout état de cause, il ne peut pas participer de la décision sociale approuvant le principe et les conditions de l'opération, persiste le risque d'un traitement différencié du fait de la proximité avec les autres membres de l'administration. La référence aux pratiques du marché correspond alors au concept de contrat réalisé «*at arm's length*» en *common law*.

Ce qui est intéressant dans cette démarche, c'est le changement de paradigme du législateur brésilien, traditionnellement très dirigiste et centralisateur. En s'en remettant au marché pour déterminer ce qui est juste, plutôt que de déterminer un prix de référence ou une

22 BRÉSIL. *Loi n°11.101/2005*. Art. 24, 22, §1 et 135, respectivement.

23 BRÉSIL. *Loi n°13.105/2015*. Art. 850 et 871, IV.

24 BRÉSIL. *Loi n°8.666/1993*. Art. 15, §6, art. 24, VII, VIII, X, XX, et XXIII, art. 43, IV, art. 44, §3, art. 48, II et art. 120.

25 BRÉSIL. *Loi n°6.404/1976*. Art. 1156, §1.

pratique à être suivie par tous les organismes publics, il donne plus de flexibilité et de capacité d'adaptation au droit. Une illustration en est l'abandon de la politique des prix imposés dans certains secteurs de l'économie — comme en matière de transport aérien — à la faveur d'une fixation des prix par les compagnies aériennes, avec un contrôle *a posteriori* du respect des règles du marché par l'intermédiaire du droit de la concurrence.

En ce sens, l'absence de définition précise du marché est à double tranchant. Elle autorise une plus grande flexibilité et une marge d'adaptation, en permettant que la notion de marché soit adaptée sur mesure à la situation. En contrepartie, elle ouvre la voie à des débats interminables sur ce que recouvre exactement la notion de marché dans un contexte déterminé.

Cette adaptation du droit est symptomatique de la complexité actuelle des relations commerciales et financières. Avec la complexification des pratiques des agents économiques, il est de plus en plus difficile, voire impossible, de prévoir une liste déterminée de pratiques non acceptables assorties de sanctions. Une solution classique, face à une pratique non expressément prévue par la loi mais contraire à son esprit, est le concept de fraude. Le recours aux conditions normales de marché est une solution alternative qui permet de donner plus de liberté au juge dans l'application de la loi et de ce qui est acceptable ou non. Le régulateur prend acte de ce qu'il ne peut pas prévoir toutes les situations appelées à se présenter. Il prend acte également du caractère changeant du marché et de l'impossibilité de le décrire de façon définitive dans un texte de loi, au risque d'être obsolète avant même d'avoir commencé à avoir des effets positifs sur le marché.

Cette référence au marché présente cependant un risque intrinsèque, qui réside dans le mode de détermination, à un instant T, du prix du marché ou de la pratique du marché. Un exemple est particulièrement éclairant: le scandale de la manipulation du LIBOR, qui a explosé au milieu de l'année 2012 et dont les condamnations conti-

nient de tomber. Le *London InterBank Offer Rate* est le taux auquel les banques se prêtent de l'argent sans garantie. Concrètement, chaque matin à 11h, les 16 principales institutions bancaires internationales installées à Londres communiquent à l'*ICE Benchmark Administration*²⁶ le taux auquel elles peuvent emprunter une devise donnée à une maturité donnée, un taux moyen est calculé après avoir écarté les réponses extrêmes et publié pour servir de référence au secteur bancaire. Ainsi, le taux du LIBOR n'est pas fondé sur une série d'opérations déterminées, mais sur de simples déclarations d'institutions bancaires de référence.

En 2011, suite à une dénonciation de l'établissement bancaire UBS aux autorités américaines, un système de manipulation de ce taux — ainsi que de l'Euribor et du Tibor — par les banques participant à sa détermination quotidienne a été mis à jour. Entre 2006 et 2009, au lieu de déclarer le véritable taux auquel elles pouvaient emprunter, ces banques de référence sur la place londonienne se sont entendues pour indiquer un taux différent, plus fort ou plus faible que le taux effectif, et par hypothèse plus favorable à leurs intérêts.

À l'époque des faits, il est estimé que le LIBOR est l'indice de référence pour 350.000 milliards de dollars de transaction²⁷; la réaction a donc été à la hauteur du scandale que cette révélation a causé dans le milieu bancaire et financier et dans la société civile. Des enquêtes et poursuites ont été diligentées des deux côtés de l'Atlantique²⁸, qui se sont conclues par des amendes — imposées ou négoc-

26 Alors la *British Banking Association* — BBA.

27 Voir notamment: ARCHER, Jean-Yves. *Les banques et l'archipel de la cupidité*. Blog de Jean-Yves Archer, Paris, 30 août 2012. Disponible à: www.jeanyvesarcher.com/les-banques-et-l-archipel-de-la-cupidit%C3%A9. Accès le 13 octobre 2015.

28 La *Financial Services Authority* — FSA (puis son successeur, la *Financial Conduct Authority* — FCA) au Royaume-Uni, le *Department of Justice* — DoJ, le FBI, la *Commodity Futures Trading Commission* — CFTC et l'*Office of the Comptroller of the Currency* — OCC aux États-Unis, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers — Finma en Suisse ou encore la Commission Européenne.

ciées dans le cadre d'accords d'immunité — millionnaires et même milliardaires²⁹.

Adam Smith disait que:

Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais plutôt du soin qu'ils apportent à la recherche de leur propre intérêt. Nous ne nous en remettons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme³⁰.

Il semble que malgré tout que s'en remettre à l'égoïsme des acteurs économiques pour assurer le fonctionnement du marché et la satisfaction de ses intérêts personnels ne soit pas dénué de tout risque. Cet exemple est particulièrement révélateur, en ce que le secteur bancaire est un grand pourfendeur de l'autorégulation.

Ainsi, ni sujet du droit, ni objet du droit, le marché est un cadre de référence, une donnée préalable à l'application du droit des affaires. Face à l'impossibilité de le classer parmi les catégories traditionnelles de sujet ou d'objet du droit, une analyse plus empirique permet cependant de se rendre compte de son importance centrale en tant que référentiel d'application du droit des affaires. Mais, ce faisant, elle met en lumière la difficulté et les risques d'utiliser comme référence un concept si méconnu du droit. Loin d'être étranger au droit, le marché est au centre de celui-ci, sans pour autant avoir encore fait l'objet d'une systématisation.

29 Barclays a été condamnée à US\$200 millions par la CFTC, US\$160 millions par le DoJ et £59,5 millions par la FSA; UBS a signé un accord global de US\$1,5 milliards avec ces trois mêmes régulateurs et la Finma; Deutsche Bank a signé un accord global de US\$2,5 milliards avec les autorités britanniques et américaines et a été condamnée par la Commission Européenne à une amende de 259 millions; etc.

30 SMITH, Adam. *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*. Osnabruck: Otto Zeller, 1966. trad. Germain Garnier. T. 1, chap. 2, livre 1, p. 19.

Conclusion

En guise de conclusion, il est intéressant de rappeler la belle chronique de Carlos Eduardo Novaes, un écrivain brésilien, sur le mariage entre le Capitalisme et la Démocratie³¹.

Le Capitalisme est présenté comme un système économique qui a besoin d'un régime politique pour le soutenir et lui permettre de gagner de l'argent. Il rencontre la Démocratie, jeune fille bien-sous-tout-rapport mais qui avait besoin de quelqu'un pour l'entretenir et assurer son train de vie.

Capitalisme et Démocratie se marient et leur idylle se passe à merveille; mais avec le temps, des crises conjugales s'immiscent dans leur couple. Le Capitalisme se montre instable et tempéramental, il n'en fait qu'à sa tête et ne suit que ses propres règles. Parfois, la Démocratie en vient à se demander s'il ne l'aurait pas épousée que pour profiter de son idéal d'égalité.

Le couple a deux enfants, qu'ils dénomment Bourse et Marché.

La Bourse ressemble beaucoup à son Père, le Capitalisme. Elle est cyclothymique et son comportement fait de hauts et de bas.

Le Marché, enfant chéri du couple, prend, en grandissant, une place très importante dans les affaires de son Père. Il acquiert une énorme réputation et devient la personne à qui l'on fait appelle lorsqu'il a un problème: «Laissez-faire, le Marché résoudra; le Marché est la solution».

Mais il arrive au Marché de se tromper, et alors son Père, le Capitalisme, entre dans une crise folle et il faut alors faire appel à la Mère Démocratie.

Dans les premières années du XXème siècle, un couple homo-

31 NOVAES, Carlos Eduardo. Vida a dois. *O Globo*. Rio de Janeiro, 12 février 2012.

sexuel — Le Communisme et le Totalitarisme — s’installe dans la maison voisine à celle de la famille Capitalisme-Démocratie.

Barbus et pas très sympathiques, Communisme et Totalitarisme se disputent avec Capitalisme et Démocratie par dessus le mur qui sépare leurs deux maisons. Ce conflit de voisinage dure plus de 70 ans; une guerre sourde, voire même froide.

Mais en 1989, le mur qui divise les deux maisons tombe et expose l’indigence dans laquelle vivait jusqu’alors le couple gay Communisme-Totalitarisme, qui a pris la fuite et vit aujourd’hui dans une petite île des Caribes, nommée Cuba.

Après la chute du mur qui séparait les deux maisons, le Marché se sent le maître du monde et en demande plus, toujours plus. Sans amarres ni contraintes, le Marché perd peu à peu la notion de limite et plonge le monde dans plusieurs crises, dont la plus récente date de 2008³².

Une commission médicale se réunit périodiquement à Davos afin de diagnostiquer les maladies du Marché et lui préconiser les mesures nécessaires à la récupération de sa santé: être plus humain, plus solidaire, plus centré sur l’environnement; arrêter de ne penser qu’à l’argent et être moins cupide.

Mais le Marché répond que le jour où il fera tout ce qu’on lui demande, il cessera d’être le Marché.

Sa mère, Démocratie, se demande parfois si au lieu de s’être mariée au Capitalisme, elle n’aurait pas dû épouser le Socialisme...

32 A la date à laquelle la chronique de Carlos Eduardo Novaes a été publiée.

