

## Les contrats économiques de souveraineté

Présentés par Pierre-Alexandre Bévière-L'Hopitalier, Hugues de Courrèges d'Agnos et Jade Lequet

L'ordre public est trop souvent considéré au regard de ses composantes historiques que sont la sécurité, la salubrité et la tranquillité, et au travers de la récente et immatérielle notion de moralité publique. Cette quadrilogie classique ne prend pas en compte le volet économique. Et pourtant, la police administrative est à l'ordre public ce que la régulation, soit la police appliquée à l'ordre public économique, est à l'économie. C'est à l'origine sur un fondement théorique de « liberté » que l'ordre public vient s'insérer. « *En Occident, l'activité économique est l'expression de la liberté individuelle d'entreprendre, appuyée notamment en France sur la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aux États-Unis sur la Constitution. Dès lors, chacun perçoit que l'ordre public va contrarier cette liberté individuelle qui est aussi le creuset du développement économique*<sup>1</sup> ». Et Gérard Farjat, dans sa thèse<sup>2</sup>, viendra approfondir cette notion d'ordre public économique, il le fera en l'opposant à la liberté contractuelle. La raison de cette opposition est facilement intelligible, l'État vient imposer sa norme dans des rapports économiques entre individus. La liberté, dans ces développements, est alors amoindrie par cette intervention du régulateur. Mais cette intervention existe parce qu'il existe des rapports de forces qui déstabilisent la société. Dans ce sens, l'État a le devoir d'intervenir, en tant que prescripteur ou régulateur, afin de maintenir un équilibre entre les parties.

Cet ordre, cet équilibre, a deux facettes distinctes et complémentaires. La première est liée à la notion de concentration d'entreprises. Dans sa décision n°2012-280 du 12 octobre 2012, le conseil constitutionnel rapproche « *les objectifs de préservation de l'ordre public économique* » et le contrôle des opérations de concentration qui a « *pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé* ». Le « *fonctionnement concurrentiel du marché* » apparaît comme la première composante de l'ordre public économique. En faisant ainsi, le juge constitutionnel s'approprie les articles L461-1 et L462-4 du Code de commerce qui donne autorité au président de l'Autorité de la concurrence (ADLC) pour suggérer au gouvernement les mesures nécessaires à la régulation des marchés<sup>3</sup>. De cette décision est né un mouvement jurisprudentiel. À ce jour, la plupart des décisions concerne le contrôle des concentrations. En première instance, c'est l'ADLC<sup>4</sup> qui est compétente. Cette autorité administrative indépendante « *intervient quand l'équilibre de la concurrence est faussé et réprime les pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante) en prononçant, si nécessaire, des mesures d'urgence, des injonctions, ou des sanctions pécuniaires*<sup>5</sup> ». Dans certains cas, elle est compétente pour contrôler les opérations de fusion-acquisition et a une activité de consultation au profit du gouvernement.

En dehors du contrôle des concentrations, la sauvegarde de l'ordre public économique passe par la mission de régulation qui incombe aux autorités de l'État. « *Les régulateurs sectoriels n'ont pas pour première ou pour seule fonction de veiller au respect de la concurrence. Les textes leur assignent un cadre d'action plus large et des missions spéciales qui dépendent du secteur*

---

<sup>1</sup> <https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2015-1-page-105.htm>

<sup>2</sup> Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis et directeur de la Revue internationale de droit économique, auteur de cinq œuvres textuelles sur le droit économique. G. Farjat, *Droit économique*, coll. Thémis, Paris, PUF, 1982 ; G. Farjat, *Pour un droit écono- mique*, Paris, PUF, 2004.

<sup>3</sup> Art. L462-4 du Code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés* ».

<sup>4</sup> Loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 (loi LME)

<sup>5</sup> <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/missions>

qu'ils ont la charge de réguler et qui vont au-delà de cette seule préoccupation<sup>6</sup>». La fonction de régulation est dans ce cadre dévolue à tel ou tel acteur en particulier, comme la Commission de régulation des énergies ou l'Autorité des marchés financiers par exemple. Cette régulation sectorielle explique justement la complémentarité avec l'action menée par l'ADLC en intervenant dans différents secteurs d'activité et à des moments différents de la vie du marché.

Au sein de cet amoncellement de règles et d'autorités existe un outil particulier, cela manquerait au droit français de n'en point avoir. Il s'agit des contrats économiques de souveraineté. S'ils existent *de facto* depuis de nombreuses années, au point que leur essence précéda leur existence<sup>7</sup>, leur consécration dans le droit positif remonte aux années 1960, sous le nom de "contrats d'investissement". Ces derniers permettaient à des entreprises de réaliser des investissements considérables dans des pays en ayant cruellement besoin. Ce sont des outils d'organisation de l'économie et de régulation négociée des pouvoirs des entreprises, ayant une capacité d'investissement tout à fait considérable. C'est-à-dire que l'État, représenté par les autorités régulatrices du marché, en acceptant ce type de contrat négocie sa souveraineté, alors même que cette notion est une caractéristique de la notion même d'État. Et c'est cette souveraineté "négociée" qui est au cœur des contrats économiques de souveraineté, outils de régulation de l'ordre public économique.

Initialement, les autorités régulatrices souveraines imposaient une protection de l'ordre public économique principalement au moyen du droit de la concurrence (I). Or dernièrement, lorsque des distorsions de concurrence apparaissent, les autorités régulatrices négocient leur souveraineté par la conclusion de contrats économiques avec les entreprises privées (II).

## **I/ L'ordre public économique, indissociable du droit de la concurrence**

Alors que la régulation du pouvoir économique des entreprises est réalisée au moyen du droit de la concurrence (B), les autorités souveraines le font sur le fondement de la protection de l'ordre public économique (A).

### **A/ L'ordre public économique imposé par des autorités souveraines**

L'ordre public économique français se traduit par l'encadrement des rapports de pouvoirs privés économiques (1). Cet encadrement repose sur des autorités nationales et européennes, souveraines en la matière (2).

#### **1. L'encadrement des pouvoirs privés par l'ordre public économique**

Les pouvoirs privés économiques s'exercent en certains lieux et sous certaines formes mais sont soumis à un cadre déterminé : l'ordre public économique.

Concernant les lieux où se jouent ces rapports de pouvoir, il est principalement question de lieux publics et des lieux privés. Selon l'approche organique<sup>8</sup>, l'organe public qui exerce une fonction publique est censé agir au titre de l'ordre public économique. À l'inverse, l'organe privé exerçant une fonction privée agit au titre d'un pouvoir privé économique. Dans ce cadre, les acteurs publics incarnant l'ordre public économique sont dans une situation de supériorité vis-à-vis des

---

<sup>6</sup> B. Lasserre, « Régulation, mode d'emploi », *Sociétal*, n° 30, 2000, p. 77-78 ; J.-M. Sauvé, « Introduction », *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, 2013, p. 5 et 8 ; M.-A. Frison-Roche, « Régulation », in *Les 100 mots de la régulation*, PUF, p. 114 et s.

<sup>7</sup> G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges Vigreux*, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, tome II, 1981, p. 767 et suiv.

<sup>8</sup> J-S Bergé, "Topographie des rapports"pouvoirs privés économiques" et "ordre public économique" autour de la figure générale du standard, *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, p. 23 à 33

acteurs privés. Pour autant, nous verrons que la pression des acteurs privés économiques incite les acteurs publics, régulateurs de l'ordre public, à reculer. Selon l'approche fonctionnelle, lorsque l'organe contribue à la définition ou à la régulation de l'ordre public économique, par son comportement, ses avis, ses décisions ou ses recommandations, il acquiert une dimension d'intérêt public. Au contraire, lorsque l'organe exprime un pouvoir privé économique, qu'ils soient formellement un acteur public ou privé, son action a une dimension d'intérêt privé. Cette dernière approche est celle retenue par le droit de la concurrence<sup>9</sup>. Il convient également de distinguer les lieux d'exercice de ces pouvoirs privés économiques selon leur niveau. En effet, il faut distinguer le niveau national, le niveau européen et le niveau international. Chacun de ces niveaux est composé d'un législateur, d'un régulateur, d'un juge et d'entreprises. Dans cette étude, les niveaux national et européen seront principalement étudiés, étant imbriqués par le droit de la concurrence, régulant l'ordre public économique français qui nous intéresse.

S'agissant des formes que prennent ces rapports de pouvoirs, elles peuvent être multiples. En matière économique, les rapports de pouvoir peuvent être financiers, juridiques, technologiques, numériques, commerciaux, contractuels, formels, explicites ou implicites... Ces rapports de pouvoir peuvent être extrêmement variés. Cela complexifie la définition de leur cadre et d'un standard d'ordre public économique. Deux courants s'opposent quant à la source de définition de ce standard<sup>10</sup>. L'exclusivisme juridique suppose que la norme d'ordre public économique ne s'alimente exclusivement qu'auprès d'une source étatique et souveraine. L'unicité du modèle de conduite idéal et respectueux de l'ordre public devient ainsi le standard. En passant par la voie étatique, ce standard a l'occasion d'être délibéré dans les enceintes publiques. Sa régulation est ensuite le fait d'autorités administratives indépendantes et le jugement relève du juge étatique. Nous verrons ci-après que c'est ainsi que la régulation des pouvoirs économiques s'opèrent en matière de droit des marchés concurrentiels<sup>11</sup>. Néanmoins, le pluralisme juridique est fondé sur l'adhésion de plusieurs organisations publiques et privées au cadre défini, ici à l'ordre public économique. Le marché économique étant un lieu dynamique où il y a de nombreuses circulations et hybridations, une démarche exclusiviste serait à condamner. La définition de l'ordre public économique devrait donc s'alimenter auprès de sources étatiques et non-étatiques. En pratique, c'est le cas puisque l'ordre public économique français trouve sa source auprès du législateur et d'organes étatiques mais également sous l'influence de sources européennes et internationales. Cela se justifie d'autant plus dans l'environnement globalisé au sein duquel évoluent les pouvoirs privés économiques aujourd'hui.

De façon générale, il semble que la capacité de l'État à imposer effectivement aux acteurs privés les contraintes de l'ordre public économique soit fragilisée. L'économie actuelle est mondialisée, dématérialisée et numérisée<sup>12</sup>. Les rapports de pouvoir sont incontestablement modifiés et le contexte dans lequel l'ordre public économique était imposé par l'État n'est plus le même. L'emploi du droit de la concurrence pour contraindre les pouvoirs privés économiques, voire pour les mettre en concurrence mutuellement dans l'intérêt général, est complexifié. Les acteurs privés définissent leurs propres normes et tentent d'échapper aux normes étatiques<sup>13</sup>. Par ailleurs, le choix d'un État d'accueil par une entreprise privée suppose une mise en concurrence réglementaire (notamment fiscale et sociale) entre les États au sein de l'Union européenne. En outre, c'est également la frontière entre la sphère publique et privée est de plus en plus floue et poreuse.

---

<sup>9</sup> V. I/ B/ 2) sur le champ d'application du droit de la concurrence étendu aux acteurs publics.

<sup>10</sup> J-S Bergé, "Topographie des rapports" pouvoirs privés économiques" et "ordre public économique" autour de la figure générale du standard, *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, p. 23 à 33

<sup>11</sup> V. II/ A/ 2) sur le rôle de l'Autorité de la concurrence en tant qu'autorité administrative indépendante et sur le rôle de l'autorité judiciaire dans les procédures de traitement des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle des concentrations.

<sup>12</sup> Ces termes sont ceux de Marina Teller, professeure agrégée de droit privé.

<sup>13</sup> B. Frydman, "Rapport de synthèse : la fragilisation de l'ordre public économique et le contrôle des acteurs privés dans un environnement globalisé", *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, p. 123 à 130

L'infiltration du privé préoccupe quant à la mission des organismes publics de sauvegarder l'ordre public économique.

Ces organismes sont organisés en un cadre institutionnel national et européen.

## 2. Le cadre institutionnel : entre acteurs souverains, français et européens

En France, le contrôle est opéré par des Autorités Administratives Indépendantes (AAI) ou des Autorités publiques indépendantes (API). Ce sont des organismes publics qui agissent au nom de l'État mais qui ne sont pas soumis au gouvernement. Elles disposent d'une grande autonomie pour accomplir leurs missions, qui peuvent concerner la protection des citoyens ou la régulation d'une activité économique. Créées à partir des années 1970, les AAI constituent une exception au principe de séparation des pouvoirs. Elles cumulent en effet des pouvoirs relevant des trois branches du pouvoir : exécutif (pouvoir réglementaire), législatif (pouvoir de proposition de loi) et judiciaire (pouvoir de sanction). Elles disposent donc d'une forme de souveraineté dans leurs domaines. Il faut évidemment nuancer ce propos puisqu'elles n'ont pas de compétence législative propre mais qu'un pouvoir de recommandation. En aucun cas elles n'ont la capacité de se substituer au législateur. Quant au pouvoir judiciaire, il faut noter que leurs décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. Cela signifie qu'il sera toujours possible à la personne ou au groupement mis en cause d'interjeter appel d'une décision émanant d'une AAI ou d'une API. Ce pouvoir de décision prend forme dans l'adresse de recommandations ou de sanctions financières. Leur indépendance est garantie par un statut juridique spécifique défini par la loi du 20 janvier 2017. Cette loi précise les modalités de désignation des membres des AAI, leur mandat, leur déontologie et leur fonctionnement.

Parmi ces autorités, l'Autorité des marchés financiers (AMF), par exemple, "*est chargée de veiller à la protection de l'épargne investie en produits financiers, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés [...] Elle est composée de deux organes collégiaux distincts : le Collège et la Commission des sanctions. Elle s'appuie sur des commissions consultatives et sur un Conseil scientifique*<sup>14</sup>". La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) peut également être mentionnée. Elle veille à l'équilibre des rapports commerciaux, en s'assurant du respect des lois énoncées dans le titre IV du Livre IV du Code de commerce, telles que l'obligation de conclure une convention unique, le respect des délais de paiement pour les produits alimentaires, l'interdiction de la revente à perte, ainsi que l'interdiction d'imposer un prix minimum à la revente. En cas de constatation d'une infraction, notamment selon l'article L442-6 du Code de commerce, qui concerne les déséquilibres significatifs dans les droits et obligations des parties ou les ruptures abusives de relations commerciales, la DGCCRF agit au nom du ministre en introduisant une action devant le tribunal de commerce spécialisé compétent. Ce volet concerne la préservation de l'équilibre du marché et l'autorité se penche sur le comportement des entreprises. Néanmoins, la DGCCRF assure également une protection économique des consommateurs. Elle agit en faveur de leur protection tout au long du processus d'achat notamment en matière de conformité des produits et des services présents sur le marché et d'information précontractuelle.

À leurs côtés, se tient également l'ADLC, troisième acteur majeur de la régulation du marché. Sa mission principale est de veiller au libre jeu de la concurrence sur le marché français. Elle lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et examine les opérations de concentration pour garantir un environnement économique équitable et durable. Ayant une activité intense, elle rend de nombreuses décisions et avis chaque année, notamment en examinant les opérations de fusion-acquisition. Son indépendance et son impartialité sont essentielles pour assurer l'application efficace des règles de la concurrence en France. Cette autorité fait partie du réseau européen de

---

<sup>14</sup> <https://www.amf-france.org/fr/lamf/presentation-de-lamf/lamf-en-un-clin-doeil>

la concurrence (REC)<sup>15</sup> établi entre les différentes autorités de concurrence des États membres de l'Union européenne. Ce réseau permet l'uniformisation et la cohérence de la politique de concurrence européenne.

La régulation de la concurrence au niveau européen est un pilier fondamental de l'Union européenne (UE), visant à assurer un marché unique dynamique et équitable. Elle est principalement régie par les articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). Ces textes visent à favoriser la libre concurrence pour stimuler l'innovation, la qualité et la compétitivité des entreprises européennes. Ces normes préviennent également les pratiques anticoncurrentielles, telles que les ententes et les abus de position dominante, ainsi que les concentrations nocives<sup>16</sup>. La Commission européenne, assistée par les autorités nationales de la concurrence, est chargée de son application. Elle est compétente pour mener des enquêtes approfondies, infliger des amendes et des mesures correctives en cas de violation des règles de concurrence. Elle assure un dialogue permanent avec le REC et fait partie des membres fondateurs du réseau international de concurrence. En somme, la régulation de la concurrence européenne vise à garantir un marché concurrentiel équitable pour les entreprises ainsi qu'un vaste choix et des prix justes pour les consommateurs.

## **B/ Le droit de la concurrence régulant le pouvoir économique des entreprises**

Le droit de la concurrence est une matière qui s'efforce de concilier la protection de l'ordre public économique et les pouvoirs des acteurs privés. Afin d'appréhender ce domaine, il faut comprendre sa philosophie (1) et ce qu'il régule, à savoir le marché et les opérateurs concernés (2).

### 1. La philosophie et les enjeux du droit des marchés concurrentiels

D'origine américaine, ce droit est né en France sous l'influence du droit de l'Union européenne. Aujourd'hui, la régulation à l'échelle nationale est inextricable de celle présente à l'échelle européenne. La fonction première de cette régulation est de protéger le marché (*antitrust*) et de réguler le pouvoir économique des entreprises. Dans cette quête, le principe de libre concurrence s'est rapidement imposé de part et d'autre de l'Atlantique. Les bienfaits de la concurrence ont été largement admis. La Commission européenne, principal organe chargé de faire respecter les règles de concurrence, prône que la concurrence favorisent les prix bas, la meilleure qualité des produits, la variété du choix, l'innovation et la force de la concurrence européenne face à la concurrence mondiale<sup>17</sup>. Pour autant, il ne faut pas atteindre une "overdose"<sup>18</sup> de concurrence. En effet, si on suit le mouvement de libéralisation totale de l'économie, une concurrence totale, non maîtrisée et mal encadrée peut être nocive. Les droits des personnes, les droits sociaux et l'ordre public économique seraient remis en cause. Des règles doivent être définies pour borner la liberté de concurrence et éviter que certains acteurs en abusent, d'où l'apparition du droit de la concurrence. Ce dernier s'oppose donc au libéralisme sauvage pour s'adosser à l'État, à l'ordre public et au droit.

Ces dernières années, le droit de la concurrence s'est "modernisé" en intégrant davantage une analyse économique. La pertinence de cette dernière a été plébiscitée par les états-unis dès les années 1950-1970<sup>19</sup>. C'est pourquoi, les fondements économiques des règles de concurrence étaient visibles dans le Traité de Rome de 1957. Le droit des marchés concurrentiels européen,

---

<sup>15</sup> <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-competition-network-ecn.html>

<sup>16</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

<sup>17</sup> [https://competition-policy.ec.europa.eu/about/why-competition-policy-important-consumers\\_fr](https://competition-policy.ec.europa.eu/about/why-competition-policy-important-consumers_fr)

<sup>18</sup> M. E. Stucke et A. Ezrachi, *Competition overdose*, Harper Business 2020

<sup>19</sup> D. Gerber, *Global Competition - Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, 2010

initialement trop juridique, s'est "économisé". La présence d'économistes au sein des institutions européennes s'est accrue et les normes se sont davantage fondées sur une approche par les effets (anticoncurrentiels, actuels ou potentiels). L'analyse économique est utilisée comme instrument "d'objectivisation" des prises de décisions, puisque l'économie est présentée comme une science à la différence du droit. Pour autant, cette sophistication du droit de la concurrence par son économisation, questionne en termes de prévisibilité. Le cœur de l'analyse économique est le critère du bien-être du consommateur. Celui-ci n'est pas défini par les autorités de concurrence et est continuellement débattu. Il créerait de l'imprévisibilité qu'il conviendrait d'éviter, en revenant au critère initial de protection du marché.

Par ailleurs, le droit de la concurrence est soumis aux interférences des politiques américaine, européenne et française de concurrence. La Cour Suprême des États-Unis affirme que le droit de la concurrence américain doit rechercher uniquement l'efficacité économique mais une doctrine minoritaire ne partage pas ce point. Des Écoles de pensées américaines, notamment celles de Chicago et d'Harvard s'opposent sur le sujet. En Europe, l'efficacité économique n'a jamais été le but ultime; la concurrence n'étant qu'un moyen d'intégrer pleinement le marché intérieur. Le contexte politique de la construction européenne a déteint sur la politique de concurrence. En effet, afin d'éviter une nouvelle guerre, la liberté de circulation était un gage de paix et les infrastructures incarnaient les bases d'industries communes. L'économie sociale de marché est une spécificité de la politique de concurrence européenne. En France, les buts de la politique française de concurrence sont moins explorés. Les objectifs européens sont retranscrits (efficacité et bien-être du consommateur) et des valeurs plus larges sont ajoutées comme le progrès économique<sup>20</sup>, la protection de l'emploi ou l'intérêt général dans le cadre du contrôle des concentrations par exemple<sup>21</sup>. Politiquement, l'approche économique pure et le critère du bien-être du consommateur ont été remis en question en France lors de l'affaire Alstom. La Commission européenne avait refusé la concentration d'Alstom et Siemens sur le fondement de cette approche. Or, cette affaire a mis en lumière l'impertinence de ne pas tenir compte des autres objectifs des politiques européennes (compétitivité, emploi, protection de l'environnement etc.). Depuis, les parlementaires français et européens intègrent un critère de stratégie industrielle dans les solutions de droit de la concurrence. Ce dernier évolue quant à sa philosophie et ses enjeux avec le temps mais également quant à son champ d'application.

## 2. Le marché et les opérateurs concernés

Le droit de la concurrence n'est mis en jeu que lorsque le ou les marchés sont affectés. Seuls les comportements qui portent atteinte, par leur objet ou leurs effets, au marché pertinent sont incriminés. Avant d'être reprise par le droit de la concurrence, le marché pertinent est une notion économique. Il suppose un lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou service spécifique, au sein duquel les prix sont libres, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas déterminés par l'État lui-même. Les marchés dominés par un monopole étatique sont donc exclus du droit de la concurrence. Ce marché pertinent comprend des produits ou services substituables<sup>22</sup> ou interchangeable<sup>23</sup> en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auxquels ils sont destinés pour le consommateur. L'utilité de la délimitation d'un marché pertinent est d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel des entreprises sont en concurrence. À partir de ce marché pertinent, l'évaluation des parts de marché d'une entreprise pourra être déterminée et par là même son pouvoir de marché. Le recours à cette notion de marché pertinent est également

---

<sup>20</sup> Article L430-6 du Code de commerce

<sup>21</sup> Article L430-7 du Code de commerce

<sup>22</sup> Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2001, [repris par l'Autorité de la concurrence](#)

<sup>23</sup> Commission européenne, [Communication du 9 décembre 1997](#) relative à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence

débat. Les économistes la remettent en cause pour son utilisation floue. La définition d'un marché pertinent suppose de collecter et d'analyser une grande quantité de données fondées sur les préférences des consommateurs. Or, le comportement d'un consommateur n'est pas toujours rationnel<sup>24</sup>. Les sondages et méthodes employées par les autorités de concurrence pour définir le marché pertinent s'avèrent coûteuses et non fiables. Pour autant, celles-ci maintiennent leur position dans l'emploi du marché pertinent et se réfèrent principalement à leur pratique décisionnelle. En effet, la majorité des secteurs d'activité ont déjà fait l'objet d'une décision et elles n'ont qu'à se référer à la définition du marché pertinent précédemment réalisée.

D'une part, les entreprises privées sont les premières cibles du droit de la concurrence. Ce droit ne sanctionne pas des personnes physiques ou morales en tant que telles mais des entreprises. Cette notion d'entreprise est visée par de nombreux textes<sup>25</sup> et est indissociable de celle du marché. Plus économique que juridique, l'entreprise en droit des marchés concurrentiels comprend "*les entités, quelles que soient leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services*"<sup>26</sup>. L'exercice d'une activité économique, à savoir l'offre de biens ou de services sur un marché donné, permet d'identifier une entreprise. Une entreprise peut être reconnue lorsque plusieurs acteurs agissent comme une unité économique. Cette qualification apparaît comme fonctionnelle et pragmatique. Certaines entreprises au sens du droit de la concurrence, ne sont pas des sociétés commerciales, ni des commerçants. Par exemple, des ordres professionnels, des syndicats, des fédérations, des ligues et associations sportives sont autant d'entreprises au sens du droit des marchés. La limite à l'attraction de la notion d'entreprise tient à l'activité à caractère exclusivement sociale, dépourvue de but lucratif.

D'autre part, les entreprises publiques entrent également dans le champ d'application du droit de la concurrence. En effet, l'article L410-1 du Code de commerce cité ci-dessus prévoit que "*les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises (...) y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*". Celles-ci, dès lors qu'elles ont une activité de marché, font partie des cibles du droit des marchés concurrentiels sur le fondement du principe de neutralité du capital. En effet, la propriété du capital -publique ou privée- est neutre dans l'application des règles. C'est pourquoi, les entités publiques ayant une activité économique sont incluses, voire banalisées, dans le champ du droit de la concurrence. Les entreprises publiques devront exercer une concurrence à armes égales avec les autres acteurs économiques, au risque d'être sanctionnées sur le fondement de pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi, nous avons constaté que le droit de la concurrence, par sa philosophie et ses cibles, est l'outil indispensable des autorités souveraines et gardiennes de l'ordre public économique (I). Néanmoins, face à des distorsions de concurrence, celles-ci négocient leur souveraineté au profit des entreprises par le biais de contrats économiques de souveraineté (II).

## **II/ Les distorsions de concurrence résolues par des contrats économiques de souveraineté**

Face aux diverses pratiques anticoncurrentielles, des procédures de traitement sont déterminées (A). Ces dernières peuvent prendre notamment la forme "d'engagements" qui s'apparentent à la négociation de la souveraineté des autorités au profit des entreprises (B).

---

<sup>24</sup> M. Deschamp et S. Ferey, "Économie comportementale et politique de concurrence. Une étude de cas", Rev. française d'éco. 2012/4

<sup>25</sup> Par exemple, article 101 TFUE ou article L420-2 du Code de commerce

<sup>26</sup> Article L410-1 du Code de commerce

## A/ Les pratiques anticoncurrentielles et leurs procédures de traitement

Les comportements portant atteinte au bon fonctionnement des marchés concurrentiels sont protéiformes mais textuellement incriminés (1). Ils engendrent l'ouverture de procédures de traitement par et auprès des autorités régulatrices de la concurrence (2).

### 1. Les différentes pratiques anticoncurrentielles

Le droit des pratiques anticoncurrentielles, aussi appelé le grand droit de la concurrence<sup>27</sup>, est subdivisé en deux types de contrôles *ex post*<sup>28</sup> : le contrôle des ententes et le contrôle du pouvoir de domination économique (abus de position dominante et abus de dépendance économique).

S'agissant des ententes, les articles 101 du TFUE et 420-1 du Code de commerce prohibent les accords par lesquels des entreprises coordonnent leurs comportements au lieu de se concurrencer en toute indépendance. Ainsi, une entente est un comportement collectif d'entreprises (au moins deux) et pas le fait d'un acteur unique sur un marché. La définition d'entente est suffisamment large afin d'englober différentes catégories et formes d'accords anticoncurrentiels. Que l'entente consiste en un accord vertical<sup>29</sup> ou horizontal<sup>30</sup>, que celle-ci prenne la forme d'un contrat, d'une convention, d'une décision d'association d'entreprises ou d'actions concertées, elle pourra tomber sous le coup du droit de la concurrence. L'élément caractéristique de ces formes variables d'ententes réside dans l'accord de volontés entre les entreprises. Ce dernier est également protéiforme (ferme, explicite, implicite, formel, diffus etc.) et n'est prohibé que s'il affecte ou est susceptible d'affecter la concurrence ou s'il a pour objet de restreindre celle-ci. Le caractère anticoncurrentiel d'une entente est donc soit par son objet soit par ses effets.

D'une part, la prohibition des abus de position dominante est fondée sur les articles 102 du TFUE et 420-2 alinéa 1er du Code de commerce. Le texte européen et le texte national s'accordent sur la définition des abus de position dominante en listant de façon non-exhaustive des exemples de pratiques abusives. On y trouve notamment les prix de vente non équitables, les conditions inégales de prestations à l'égard de partenaires commerciaux ou les refus de vente. Les deux conditions préalables pour sanctionner cette pratique sont l'existence d'une position dominante et l'exploitation abusive de celle-ci. Cette pratique anticoncurrentielle est éminemment économique. La position dominante a été définie par la Cour de justice comme étant le pouvoir économique qui permet à l'entreprise dominante de s'extraire du jeu du marché et d'adopter des comportements indépendants des concurrents<sup>31</sup>. La Commission européenne et l'ADLC française se réfèrent quant à elles au pouvoir de marché. Il est déterminé sur le marché pertinent par les parts de marché mais également par des indices complémentaires (de structures<sup>32</sup> ou de comportements<sup>33</sup>). L'abus de cette position dominante est une notion objective en ce qu'elle n'implique pas la preuve d'une intention fautive. À la différence de l'entente, il n'est fait aucune distinction textuelle entre l'objet et

---

<sup>27</sup> Par opposition au petit droit de la concurrence qui se réfère aux pratiques restrictives de concurrence, incriminées notamment par l'article L442-6 du Code de commerce.

<sup>28</sup> Par opposition au contrôle *ex ante* des concentrations d'entreprises, auquel il est uniquement fait référence au sein de cette étude.

<sup>29</sup> Entre entreprises évoluant à un stade différent de la chaîne de production.

<sup>30</sup> Entre concurrents présents sur un même marché.

<sup>31</sup> CJCE, 14 verrier 1978, Aff. 27/76, United Brands Company

<sup>32</sup> Les indices de structures comprennent notamment les barrières à l'entrée du marché. Celles-ci peuvent être techniques, commerciales ou réputationnelles. Par exemple, la notoriété de Coca-Cola est une barrière à l'entrée du marché.

<sup>33</sup> Les indices de comportement prennent la forme de barrières stratégiques à l'entrée du marché. Ces comportements sont ceux qu'une entreprise non dominante ne pourrait poursuivre. Par exemple, les prix prédateurs sont des prix tellement bas que les compétiteurs sont dans l'incapacité d'être concurrentiel.

l'effet anticoncurrentiel de l'abus de position dominante. Pour autant, une analyse approfondie des effets sera réalisée puisqu'aucun comportement donné ne peut être *ipso facto* qualifié d'abus par les autorités. Les abus de position dominante sont eux aussi variés et classifiés entre abus de résultat ou de comportement<sup>34</sup> et abus de structure<sup>35</sup>.

D'autre part, l'autre forme d'abus d'un pouvoir de domination, l'abus de dépendance économique, est sanctionnée uniquement par le droit français de la concurrence sur le fondement de l'article L420-2 alinéa 2 du Code de commerce. Ce texte est apparu en 1986, initialement pour lutter contre les abus de la grande distribution. Sa rédaction neutre et ses termes larges permettent d'appréhender des situations plus variées, notamment les abus émanant de fournisseurs. La sanction d'un abus de dépendance économique suppose la réunion de trois conditions : une dépendance économique, un abus et une affectation du fonctionnement ou de la structure du marché. La dépendance économique peut être la conséquence d'un important pouvoir de négociation<sup>36</sup>, d'une puissance d'achat d'un opérateur en situation de monopsonne<sup>37</sup> ou d'une position dominante sur un marché en amont. Lorsque la dépendance économique est démontrée, il convient d'établir le caractère abusif de l'exploitation de celle-ci. En dehors de la liste non-exhaustive du texte, la preuve de l'abus peut s'avérer complexe. De façon certaine, l'abus de dépendance économique ne sera prohibé qu'en cas d'affectation du fonctionnement concurrentiel ou de la structure de la concurrence. L'affectation réelle ou potentielle de la structure de la concurrence est décriée, elle aussi, comme une notion floue. Dès lors, les conditions de mise en œuvre de ce texte sont appréciées avec sévérité et ce dispositif n'est utilisé que rarement par les autorités de la concurrence, malgré ses potentialités importantes pour réguler les rapports de pouvoir économiques.

La constatation de ce type de pratiques anticoncurrentielles, ainsi que la mise en œuvre du contrôle des concentrations<sup>38</sup>, entraîne des procédures de traitement auprès des autorités administratives de la concurrence.

## 2. Les procédures de traitement de ces pratiques

Le cadre procédural du droit des marchés concurrentiels s'articule entre l'échelle européenne et l'échelle nationale. Dissocier le droit français du droit de l'Union européenne s'avère complexe. Les règles de fond de ces deux corpus ainsi que leurs champs d'application sont imbriqués. Des principes essentiels structurent le système d'articulation entre ces deux droits. Le principe d'effet direct<sup>39</sup> et de primauté<sup>40</sup> du droit de l'Union européenne s'applique en droit de la concurrence. Affirmé par l'arrêt *Costa*<sup>41</sup>, ce principe suppose que le droit européen est un ordre

---

<sup>34</sup> Les abus de résultat ou de comportement consistent en l'exploitation du pouvoir de marché pour obtenir des conditions que l'entreprise n'aurait pu obtenir à défaut de cette exploitation. Par exemple, l'imposition de prix inéquitables illustre cette forme d'abus.

<sup>35</sup> Les abus de structure sont liés au fait que l'entreprise étant dominante sur un marché, tout agissement renforçant sa puissance a des effets sur la structure du marché.

<sup>36</sup> Celui-ci est aussi appelé "bargaining power", distinct du "market power" par les économistes.

<sup>37</sup> Un monopsonne est un marché sur lequel un acheteur unique trouve en face de lui une multitude de vendeurs.

<sup>38</sup> Ce contrôle *ex ante*, présent en droit européen et en droit interne, prévient les risques d'une concentration excessive du marché. En effet, lorsque des opérations de prise de contrôle dépassent des seuils définis, celles-ci doivent être notifiées aux autorités de la concurrence pour obtenir l'autorisation ou non de réaliser cette opération (éventuellement sous conditions via des engagements). V. Règlement européen n°802/04 du 7 avril 2004 et les lois nationales NRE (2001) et LME (2008).

<sup>39</sup> L'effet direct permet aux ressortissants des États membres d'invoquer les dispositions de ce droit devant leurs juridictions nationales.

<sup>40</sup> La primauté du droit de l'Union européenne permet d'imposer ses normes dans le droit positif des États membres, quelle que soit la nature de la norme nationale en conflit avec celle européenne.

<sup>41</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Costa*, Aff 6/64

juridique intégré aux droits des États membres. Il ne s’y superpose pas. Dès lors, le droit national de la concurrence s’est subordonné progressivement au droit européen de la concurrence et l’uniformisation est recherchée.

Concernant l’articulation de ces droits de la concurrence et la répartition des procédures entre les autorités, elles diffèrent en matière de contrôle des concentrations et de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. D’une part, en droit des concentrations, seule l’alternative est possible. Selon le critère de la dimension de l’opération de concentration (communautaire ou nationale), le droit français ou le droit européen sera seulement appliqué. Il existe donc un système de guichet unique (soit la Commission européenne, soit une autorité nationale de la concurrence). D’autre part, en droit des pratiques anticoncurrentielles, l’application du droit français et du droit européen peut être alternative ou cumulative. Le critère mobilisé est celui de l’affectation du commerce entre les États membres. En pratique, lorsqu’une autorité ou une juridiction nationale appliquent le droit national de la concurrence à des pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce entre les États membres, elles ont l’obligation d’appliquer en parallèle les articles 101 et 102 TFUE.

De façon générale, en matière de contentieux des marchés concurrentiels, il faut distinguer deux blocs : le “*public enforcement*” (le seul qui sera traité ci-après) et le “*private enforcement*”. Le “*private enforcement*” recoupe le contentieux indemnitaire devant les juridictions ordinaires alors que le “*public enforcement*” se rapporte au contentieux économique devant les autorités de concurrence. Ces dernières, en tant qu’autorités administratives indépendantes dotées de pouvoir d’enquêtes importants, d’injonction, de composition et de sanction sont des acteurs majeurs du droit de la concurrence. Les décisions qu’elles rendent peuvent faire l’objet de recours devant des autorités judiciaires. En droit interne, la Cour d’appel de Paris connaît des appels formés à l’encontre des décisions de l’ADLC et un pourvoi est éventuellement possible devant la Cour de cassation. Le juge de la concurrence aura finalement le dernier mot.

Les procédures du droit des marchés concurrentiels sont teintées de politiques de sévérité et de négociation. Ces dernières années le montant des amendes infligées augmente de façon spectaculaire, spécifiquement en matière d’ententes horizontales secrètes (aussi appelées cartels). Les amendes infligées doivent être effectives, proportionnées et dissuasives<sup>42</sup>. Pour autant, en parallèle des sanctions effectives, le recours aux “procédures négociées” est accru. Ces mécanismes permettent d’éviter aux entreprises de se voir infliger une amende ou d’écoper d’une amende d’un montant réduit. Ces “procédures négociées” prennent la forme de procédures de clémence<sup>43</sup>, de transactions<sup>44</sup> ou d’engagements<sup>45</sup>. Elles incarnent la négociation qui s’instaure alors entre les entreprises et les autorités. Les entreprises sont encouragées à mettre rapidement fin à leurs comportements, à faciliter le déroulement de la procédure administrative, voire à permettre elles-mêmes la détection des infractions.

Ainsi, les procédures de traitement des pratiques anticoncurrentielles deviennent principalement des procédures négociées. C’est notamment par le biais de la procédure des engagements que des contrats économiques de souveraineté sont conclus entre autorités et entreprises.

---

<sup>42</sup> Ce principe a été rappelé au sein de la directive européenne “ECN +” du 11 décembre 2018

<sup>43</sup> Comm. UE, communication de 2006 sur l’immunité ou la réduction des amendes; C. com. art. L464-2, IV

<sup>44</sup> Comm. UE, communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l’adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil dans les affaires d’entente, modifiée en 2015 : 2015/C256/02

<sup>45</sup> Règlement n°1/2003, art.9; C. com art. L464-2, I et [Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements](#)

## **B/ La souveraineté des autorités négociée au bénéfice de l'économie des entreprises**

Par le développement de la procédure des engagements, les autorités négocient leur souveraineté dans le cadre de contrats économiques (1). Ces derniers renferment des avantages stratégiques considérables pour les acteurs privés (2).

### 1. Les « engagements » comme contrat économique de souveraineté

L'existence des « contrats économiques » est ancienne, leur dénomination ne faisant souvent qu'officialiser une réalité préexistante, comme l'a noté le doyen Vedel<sup>46</sup>. Ces contrats étaient déjà pratiqués depuis des décennies, bien que sous d'autres appellations, notamment dans les diverses formes de gestion déléguée des services publics. Après les périodes de décolonisation, les pays nouvellement indépendants ont rapidement eu besoin d'investissements pour stimuler leur développement. C'est ainsi qu'ont émergé les contrats d'investissement, conclus avec des entreprises étrangères, souvent plus puissantes, dans le but de favoriser le développement économique. Ces partenariats publics-privés constituent des exemples concrets de ce que l'on peut qualifier de contrats économiques de souveraineté, étant donné leur dimension internationale et leur impact sur les politiques économiques nationales.

La définition d'un contrat économique met en lumière son objectif principal : mettre en œuvre des « rapports économiques », qui se superposent aux rapports patrimoniaux traditionnels, en concentrant et/ou organisant l'activité économique<sup>47</sup>. Un exemple historique de l'application des contrats économiques se retrouve dans la planification économique sous les régimes socialistes, où l'État intervient activement dans la gestion économique en établissant des contrats avec le secteur privé pour organiser la production et la distribution des biens et services. Ces pratiques témoignent du recours aux contrats économiques de souveraineté pour réguler la concurrence et orienter l'économie nationale.

Dans le contexte contemporain, les « engagements » du droit de la concurrence s'inscrivent dans cette logique de contrats économiques. Initialement axés sur le contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles, ces « engagements » ont évolué vers un mécanisme plus complexe, impliquant des négociations entre entreprises et autorités de la concurrence.

Avec l'émergence des procédures d'engagements, le schéma traditionnel du contrôle de la concurrence est profondément modifié. Au lieu d'une décision unilatérale des autorités compétentes, ce processus implique désormais des discussions et des négociations entre les entreprises et les autorités de la concurrence, motivées par la volonté des pouvoirs publics de réguler les pratiques économiques plutôt que de les interdire purement et simplement, dans le but de préserver une concurrence effective. Cette évolution reflète une modification de la nature de l'ordre public économique, qui oriente les comportements des acteurs privés selon les objectifs de l'État, remettant ainsi en question la séparation traditionnelle entre la sphère publique et privée. Ces conventions offrent à l'État la possibilité de négocier sa souveraineté, ce qui représente un changement significatif dans le paysage juridique des contrats économiques.

Dès lors, la qualification des "engagements" suscite un débat au sein de la doctrine, opposant les privatistes et les publicistes. Les premiers rejettent la qualification de contrats, arguant de leur nature inégale et unilatérale, remettant ainsi en cause le principe d'égalité contractuelle. Toutefois, cette perspective demande une réflexion approfondie sur sa validité, car elle néglige la

---

<sup>46</sup> G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges Vigreux*, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, tome II, 1981, p. 767 et suiv.

<sup>47</sup> G. J. Martin dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998 ; L. Boy, « Réflexions sur "le droit de la régulation" », D., 2001, Chr., p. 3031.

distinction entre la volonté juridique et la volonté psychologique, comme souligné par M.-A. Frison-Roche<sup>48</sup>, qui considère le consentement comme une soumission partielle. Les publicistes, quant à eux, contestent également cette qualification, invoquant la souveraineté de l'État et son présumé interdit de négocier cette souveraineté. Cette position soulève des doutes quant à la capacité des autorités de la concurrence à entamer des négociations avec les entreprises sans compromettre la souveraineté nationale. Cependant, certains domaines, tels que le droit de l'arbitrage, démontrent l'existence de contrats de souveraineté où l'État accepte de renoncer partiellement à sa force souveraine au profit de partenariats avec des acteurs privés. Par exemple, la convention d'investissement complexe avec Walt Disney Productions en 1986 a nécessité une disposition législative spécifique pour contourner l'interdiction de l'arbitrabilité des litiges impliquant les pouvoirs publics conformément à l'article 2060 du Code civil. Dans le contexte économique actuel, reconnaître les engagements en tant que contrats permettrait aux autorités de la concurrence de mieux encadrer ces pratiques et de garantir le respect des règles de concurrence<sup>49</sup>. Elles pourraient imposer des conditions spécifiques dans les engagements pour prévenir les abus de position dominante ou les effets anticoncurrentiels des opérations de concentration, conciliant ainsi les impératifs de concurrence avec les intérêts des entreprises et des investisseurs.

## 2. Les avantages stratégiques de la procédure d'engagements pour les acteurs privés

La procédure d'engagements est un outil crucial dans le domaine de la concurrence, offrant aux entreprises une voie efficace pour résoudre les préoccupations relatives à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. En pratique, lorsque des entreprises se trouvent confrontées à des accusations d'abus de position dominante ou d'ententes verticales<sup>50</sup>, le recours à cette procédure est privilégié. Précisément, la procédure des engagements permet d'éviter une procédure contentieuse si l'entreprise modifie rapidement son comportement sur le marché. D'abord utilisée dans le droit des concentrations d'entreprise, le succès des engagements a justifié son extension au droit des pratiques anticoncurrentielles. Concrètement, l'entreprise va prendre des engagements, crédibles et vérifiables<sup>51</sup>, de mettre un terme à certaines pratiques ou de les faire évoluer face au risque de fausser la libre concurrence. En contrepartie, les autorités de la concurrence décident de clore la procédure ouverte à son encontre. Aucune sanction ne sera alors prononcée contre l'entreprise. En France, l'ADLC bénéficie de ce pouvoir sur le fondement de l'article L464-2-I du Code de commerce.

En ce sens, l'ADLC peut accepter les engagements proposés par des entreprises qui sont susceptibles de mettre un terme à leurs préoccupations de concurrence concernant des pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles (art. L. 464-2, I al. 1er C. com.). Lorsque ces engagements lui paraissent insuffisants, elle peut ne pas les accepter et décider de renvoyer le dossier à l'instruction en vue de l'application de sanctions pécuniaires si la pratique illicite est avérée.

Fondée sur une logique de « gagnant-gagnant », elle permet aux entreprises de jouer un rôle actif dans la recherche de solutions adaptées, tout en leur offrant une réduction significative des risques juridiques et financiers<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> M.-A. Frison-Roche, « Distinction de la volonté et du consentement », *RTD Civ.*, 1995, p. 373 ; Ph. Coppens, « Sur l'intention et la volonté dans les contrats », in *Mélanges M. Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 83.

<sup>49</sup> Laurence Boy « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence » (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France), *Revue internationale de droit économique* 2010/3 (t.XXIV), pages 271 à 296 Éditions Association internationale de droit économique.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Les engagements sont donc contrôlés en principe par les autorités de concurrence (mais ce contrôle peut être délégué à des tiers, mandataires ou arbitres). En cas de non-respect des engagements, les sanctions peuvent être lourdes.

<sup>52</sup> Point 7 - Communiqué de procédure du 3 avril 2008 Conseil de la concurrence

Contrairement aux procédures traditionnelles, les engagements résultent d'un processus de négociation entre les entreprises et les autorités, guidées par un intérêt mutuel. Pour les entreprises, cette approche présente plusieurs avantages majeurs. Tout d'abord, elle leur permet de participer pleinement au processus, en proposant des solutions sur-mesure pour résoudre les risques anticoncurrentiels identifiés. Les entreprises sont incitées à être proactives en matière de droit des marchés concurrentiels. Dès lors, cette matière n'est plus uniquement celle des autorités régulatrices imposant un ordre public économique. Cela favorise un climat de confiance et de coopération avec les autorités de la concurrence, au sein duquel les entreprises ont une position quasiment dominante. En outre, elle offre une accélération de la procédure, évitant ainsi des délais et des coûts supplémentaires pour les entreprises, souvent associés aux litiges prolongés<sup>53</sup>. Les entités privées évoluent sur un marché dynamique aux changements rapides. Leur temps de réaction face à leur propre comportement potentiellement anticoncurrentiel doit être le plus court possible. Ainsi, ces procédures d'engagements permettent aux entreprises de ne pas perdre leur avantage concurrentiel temporel. L'acceptation des engagements permet aux entreprises de bénéficier de la clôture rapide de l'affaire, sans attendre une appréciation définitive des faits. Leur comportement effectif ne sera pas soumis à l'analyse approfondie des autorités et cela limite leur exposition aux risques réputationnels. La prise d'engagements et la clôture d'une procédure contentieuse préservent indéniablement la réputation des entreprises. Enfin, cette approche réduit l'incertitude juridique. De façon logique, éviter une procédure devant les autorités en proposant des engagements permet d'anticiper et d'échapper à une éventuelle sanction. L'entreprise échappe au passage au risque d'imprévisibilité quant au montant de l'amende par exemple.

En somme, la procédure d'engagements représente un outil précieux pour les entreprises soucieuses de respecter les règles de la concurrence et de développer leur pouvoir économique, tout en minimisant les risques et en préservant leur image de marque.

Pour conclure, les contrats économiques jouent un rôle crucial dans l'orchestration des relations entre l'État, à travers l'ADLC, et le marché concurrentiel. La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles est aujourd'hui en pleine évolution quant à sa nature. En effet, l'État peut influencer le marché non plus uniquement par des mesures coercitives mais par un système d'accords négociés qui prennent en compte les intérêts des acteurs privés. Ce système fructueux, permis par l'instauration de la procédure d'engagements, favorise la croissance économique tout en modifiant l'imposition d'un ordre public économique par les autorités.

L'importance de ces contrats réside dans leur capacité à illustrer l'aptitude de l'État à stimuler le développement économique en concédant en partie sa souveraineté, sans pour autant renoncer à sa prérogative de réguler et d'intervenir dans des domaines stratégiques. La souveraineté économique est en mutation. Elle s'adapte à une réalité plus pragmatique et complexe du marché impactée par la mondialisation, où la puissance publique s'exerce à travers des partenariats stratégiques et d'une régulation négociée. Le droit de la concurrence s'est "économisé" et les comportements anticoncurrentiels sous toutes leurs formes sont réalisés par des opérateurs économiques publics et privés. Par le développement des procédures négociées, l'ADLC cherche donc un équilibre entre la promotion de l'innovation et la compétitivité dans un marché libre et l'impératif de protéger les intérêts publics, de garantir l'équité sociale et de préserver l'ordre public économique durablement.

Les contrats économiques de souveraineté incarnent en d'autres termes une stratégie étatique qui a pour vocation de maintenir sa souveraineté, en laissant la possibilité aux entreprises

---

<sup>53</sup> Marie Cartapanis, Engagements (pratiques anticoncurrentielles), *Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences*, Art. N° 12301

notamment de jouer un rôle proactif dans l'identification de solutions appropriées pour mettre fin à leurs pratiques jugées anticoncurrentielles. Face à l'évolution du marché concurrentiel et à l'accroissement du pouvoir des entités privées, l'État s'est adapté pour rester attractif et faire bénéficier les entreprises d'une diminution notable des risques légaux et financiers pour ces dernières.

Cette notion de contrat économique mérite donc d'être développée par la doctrine en France. En droit chinois, ces accords sont juridiquement qualifiés et reconnus comme des contrats économiques, à la différence du droit français. En effet, l'expression « contrats économiques » est utilisée dans le droit chinois par l'expression « Economic Contract Law », adoptée dans la loi lors de la quatrième session de la Cinquième Assemblée populaire nationale, le 13 décembre 1981. L'article 2 dispose que : « *La présente loi est applicable aux contrats conclus entre des personnes morales constituées parties civiles égales (n'excluant pas les personnes publiques), d'autres organismes économiques, des travailleurs indépendants ou commerçants et des ménages ruraux opérant sous contrat en vue de réaliser certaines activités économiques.* » Ainsi, les contrats économiques sont davantage encadrés, régulés et les droits et obligations de chacun sont clarifiés. Sur ce modèle, le sur-mesure des “engagements” adoptés par l'ADLC française pourrait être régulé afin de limiter les ingérences des pouvoirs privés économiques dans la protection de l'ordre public économique.

## Bibliographie

### Ouvrages :

- B. Lasserre, « *Régulation, mode d'emploi* », *Sociétal*, n° 30, 2000, p. 77-78
- G. Farjat, *Droit économique*, coll. Thémis, Paris, PUF, 1982 ; G. Farjat, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004.
- G. Vedel, « *Le droit économique existe-t-il ?* », in *Mélanges Vigreux*, coll. Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, tome II, 1981, p. 767 et suiv
- G. J. Martin dir., « *Les transformations de la régulation juridique* », LGDJ, coll. Droit et société, 1998
- J.-M. Sauvé, « *Introduction* », Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique, 2013, p. 5 et 8
- L. Boy, « *Réflexions sur "le droit de la régulation"* », D., 2001, Chr., p. 3031
- M.-A. Frison-Roche, « *Régulation* », in *Les 100 mots de la régulation*, PUF, p. 114 et s
- M.-A. Frison-Roche, « *Distinction de la volonté et du consentement* », RTD Civ., 1995, p. 373
- M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, « *Droit de la concurrence* », 2022, Manuel Précis, Éditions Dalloz
- M. Cartapanis, « *Engagements (pratiques anticoncurrentielles)*, *Dictionnaire de droit de la concurrence* », *Concurrences*, Art. N° 12301
- M. E. Stucke et A. Ezrachi, « *Competition overdose* », Harper Business 2020
- Ph. Coppens, « *Sur l'intention et la volonté dans les contrats* », in *Mélanges M. Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 83

### Reuves :

- B. Frydman, « *Rapport de synthèse : la fragilisation de l'ordre public économique et le contrôle des acteurs privés dans un environnement globalisé* », *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, p. 123 à 130
- D. Gerber, « *Global Competition - Law, Markets and Globalization* », Oxford University Press, 2010
- J-S Bergé, « *Topographie des rapports "pouvoirs privés économiques" et "ordre public économique" autour de la figure générale du standard* », *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, p. 23 à 33
- L. Boy, « *Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence* » (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France), *Revue internationale de droit économique* 2010/3 (t.XXIV), pages 271 à 296, Éditions Association internationale de droit économique
- M. Deschamp et S. Ferey, « *Économie comportementale et politique de concurrence. Une étude de cas* », *Revue française d'économie*, 2012/4
- M. Wise, « *Droit et politique de la concurrence de l'Union européenne* », *Revue sur le droit et la politique de concurrence*, 2007/1, p. 7 à 98, Éditions de l'OCDE
- P. Reis, « *Ordre public économique et pouvoirs privés économiques : droit de la concurrence, cœur de l'ordre public économique* », *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, p. 11 à 22

### Rapports/Avis/Communiqués :

- Commission européenne, [Communication du 9 décembre 1997](#) relative à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence
- Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2001, [repris par l'Autorité de la concurrence](#)

- Communiqué UE, communication de 2006 sur l'immunité ou la réduction des amendes; C. com. art. L464-2, IV
- Communiqué de procédure du 3 avril 2008 Conseil de la concurrence
- Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements
- Communiqué UE, communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, modifiée en 2015 : 2015/C256/02

Sites web :

- AMF : <https://www.amf-france.org/fr/lamf/presentation-de-lamf/lamf-en-un-clin-doeil>
- ADLC : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/missions>
- CAIRN : <https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2015-1-page-105.htm>
- UE : <https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/european-competition-network-ecn.html>

Code :

- Code de commerce