

Contrat, concurrence, régulation

Marie-Anne FRISON-ROCHE*

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur de la Chaire Régulation

□ 1. Autant *Contrat et régulation* constitue une alliance plutôt nouvelle, autant *Contrat et concurrence* évoquent un vieux sujet. L'ancienneté n'a pas pour autant aplani toutes les difficultés, l'articulation entre concurrence et contrat étant en outre soumise à de nombreuses évolutions, deux raisons pour qu'on y réfléchisse encore, avant de chercher à comprendre la place des contrats non plus dans les marchés simplement concurrentiels mais dans les marchés régulés. C'est un vieux couple parce que les contrats et la concurrence sont des mécanismes qui sont confrontés depuis longtemps (1) : non seulement les échanges

marchands entre les opérateurs se traduisent par des contrats, mais encore la compétition peut trouver une nouvelle organisation par des contrats entre les entreprises. Le droit de la concurrence ici visé est celui par lequel les juristes désignent les règles de concurrence autres que celles nées du droit civil, suivant en cela davantage le législateur que les économistes, puisque cela vise non seulement la prohibition des comportements anticoncurrentiels mais encore des règles qui se démarquent de la défense du marché pour par exemple se soucier des pratiques discriminatoires ou de la loyauté des relations commerciales. On relève souvent que le contrat est le mode le plus courant de l'entente. Il ne faut pourtant pas réduire l'articulation entre la concurrence et le contrat à cela, non seulement parce

(*) Je remercie Alexandra Scherenberg, maître de conférences à Sciences Po, pour l'aide très précieuse qu'elle m'a apportée dans les recherches bibliographiques ici utilisées.

(1) Leur articulation a été souvent étudiée. On se reportera aux études suivantes. Concernant les thèses : O.-M. Boudou, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français)*, th. Paris II, 2001 ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris I, 2002, Dalloz, *Nouvelles bibliothèques de thèses*, vol. 32, 2004. Concernant les monographies : F. Dreiffuss-Netter, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, RTD civ. 1990.369-393 ; M. Guibal, *Droit public des contrats et concurrence : le style européen*, JCP 1993.I.3667 ; L. Idot, *La protection par le droit de la concurrence*, in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, *Economica*, 1998, p. 71 ; Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 602-616 ; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D. 1995.Chron.51-54 ; *Droit civil es contrats et droit de la concurrence à l'aube de l'an 2000*, *Contrats, conc. consom.* 2000.1 ; *Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents*, *Contrats,*

conc. consom. mars 2003.3 ; J. Mestre, *Le juge du contrat*, in *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, PUAM, 1995, p. 22 ; B. Montel, *La violence économique, illustration du contrat entre droit commun des contrats et droit de la concurrence*, RTD com. 2002.417-432 ; B. Oppetit, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, *Revue des sciences morales et politiques*, Gauthiers-Villars, 1995, p. 241-254 ; G. Parléani, *Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 881-904 ; Y. Picod (dir.), *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998.1-10 et spéc. B. Fages et J. Mestre, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, p. 71-81 ; R. Poesy, *Le conseil de la concurrence, juge du contrat*, *Petites affiches*, 20 oct. 2002.4 et s. ; J. Rochefeld, *Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats*, RTD civ. 2001.671 et s. ; L. Vogel, *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*, *Rev. conc. consom.* 2000.7 et s.

qu'il est des contrats de coopération sur lesquels ne fond pas la qualification de pratique anticoncurrentielle, mais encore parce que même en restant dans cette dernière catégorie, les abus de position dominante aussi peuvent s'exprimer à travers des clauses contractuelles. Plus encore le droit de la concurrence comprend le contrôle des concentrations. Or les concentrations s'opèrent par des contrats (2), dimension souvent ignorée alors même que la jurisprudence a rappelé que les offres publiques d'achat ou d'échange sur les marchés boursiers, mode usuel de concentration, sont des contrats de vente ou d'échange, demeurant soumis au code civil (3). Le sujet est donc immense.

□ 2. A cette première cause de difficulté, s'ajoute le fait que les rapports entre concurrence et contrats sont assez brouillés, donc incertains à saisir et à apprécier, favorisant alors l'idéologie et les pétitions de principe. Cette difficulté à percevoir nettement les rapports entre concurrence et contrat a deux causes principales. Tout d'abord, l'amas des décisions et textes, masse dans laquelle les deux mécanismes sont évoqués, accumulation de petits cas et de petits textes, rend une conception d'ensemble très difficile. Or l'intelligibilité des systèmes suppose qu'on puisse dégager du fatras des décisions particulières des lignes de force, ne serait-ce que pour l'intérêt pratique d'en percevoir les contradictions et d'anticiper plus aisément les solutions particulières à venir.

□ 3. L'autre source de difficulté à traiter dans une vision d'ensemble de la concurrence et du contrat tient dans la prétention même à viser les phénomènes au singulier, c'est-à-dire la concurrence en soi et le contrat en soi, alors qu'il existe de nombreuses structures de marché, que le droit de la concurrence est soumis à de fortes tensions

(2) Pour une conception plus restreinte, confrontant principalement le droit des contrats et le droit des ententes, V. O.-M. Boudou, La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français), préc.

(3) Paris, 17 juin 1999, *Paribas*, RD bancaire et bourse 1999.124, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche.

internes parce qu'il n'a pas pour seule fin le marché et son fonctionnement concurrentiel, tandis que la variété plus encore forte des mécanismes contractuels fait hésiter à parler du contrat en soi (4). Evoquer au singulier *La concurrence* et *Le contrat* pousse à cette abstraction qui nourrit les guerres de tranchées (5), un peu comme le fit le sujet « concurrence et service public », avant que la diversité des situations, des secteurs, des modalités, n'invite à changer d'opinion suivant les cas, variation casuistique des opinions qui constitue une voie efficace pour nuancer sa pensée.

□ 4. Dans ces singuliers affrontés, il faudrait donc être soit pour l'un, soit pour l'autre, et l'on imagine déjà un vainqueur ... Si en plus l'on associe le contrat au droit civil français et le droit de la concurrence au droit économique européen, dans deux raccourcis certes discutables, on voit alors nettement les fossés, les combattants, et les impasses qui en résultent. Mais tout ce qui est tranché abîme (6).

□ 5. Dans une démarche moins guerrière et plus proche de l'évolution du droit positif, on peut percevoir au contraire que montent de concert les règles de fonctionnement et de structuration des marchés d'une part, et les libres procédés contractuels dans ceux-ci d'autre part. Cela fait lit d'une conception naguère répandue selon laquelle la concurrence et le contrat – traditionnellement appréhendé comme expression de la liberté contractuelle – seraient incompatibles et fonctionneraient donc en vase communicant, la montée en puissance de l'une ayant pour prix l'affaiblissement de l'autre.

□ 6. Cette idée longtemps liée d'une incompatibilité entre la concurrence et le contrat est à double sens. En premier lieu,

(4) Comme le montre le pluriel de la nouvelle Revue des contrats, LGDJ.

(5) Un auteur évoque en la matière une « guérilla » (F. Dreifuss-Netter, Droit de la concurrence et droit des obligations, préc. p. 389).

(6) Robert Saint-Esteben met ainsi en garde contre l'inefficacité de ceux qui ne voient dans le droit économique que le droit et ceux qui n'y voient que l'économie (Le droit de la concurrence et la théorie économique des contrats. Nouveau droit des relations contractuelles.

la concurrence heurterait l'idée même de contrat, pour deux raisons principales. D'une part, la loi du marché, d'offreurs toujours offrant, obligés à contracter puisque le refus de vente est soit prohibé soit très encadré, récuse le socle de l'autonomie de la volonté, à savoir la liberté de ne pas contracter. D'autre part, la concurrence interdit que le prix soit le résultat nécessaire et suffisant de la rencontre des volontés souveraines des parties, puisqu'un prix trop distant par rapport au prix de marché est sanctionné, touchant ainsi au cœur la disponibilité des termes du contrat à la volonté des contractants. Symétriquement, le contrat récuserait la concurrence, l'autonomie de la volonté entraînant l'autarcie du contrat, rejetant hors de lui-même l'espace économique dans lequel se meuvent concrètement les parties. Un contrat naissant de la volonté des parties, son contenu ne pourrait être juridiquement dicté par l'extérieur. Il y aurait donc « contradiction fondamentale » (7).

□ 7. Pourtant, même dans le royaume des généralités théoriques, concurrence et contrat sont au contraire des figures associées. En effet, à l'inverse de l'économie administrée, le marché concurrentiel suppose d'une part la propriété privée, d'autre part la circulation des biens grâce à l'échange de ceux-ci contre un équivalent monétaire, par le biais d'un contrat obligatoire entre l'offreur et le demandeur. Ainsi il ne peut y avoir de marché concurrentiel sans contrat, sans doute parce qu'on ne peut avoir d'ordre marchand sans contrat et que le marché concurrentiel n'est qu'une forme ultérieure de l'ordre marchand (8).

□ 8. La preuve de l'association naturelle du marché concurrentiel et du contrat ordinaire peut être doublement fournie. Elle dérive tout d'abord du fait que l'ouverture à la concurrence de secteurs naguère monopolistiques se traduit par une multiplication de contrats, non seulement par les

contrats de vente du produit, mais encore par la contractualisation de l'interconnexion au réseau de transport. Elle résulte encore du fait que, sous l'influence principalement communautaire, les contrats administratifs se rapprochent des contrats civils plus ordinaires, par leur soumission commune au droit de la concurrence (9).

□ 9. Mais présentons maintenant la relation dans un tout autre sens. On observe que le droit de la concurrence, dans son fonctionnement même, se contractualise de plus en plus (10). Par exemple, la bonne issue des procédures de sanction de comportement anticoncurrentiel peut prendre la forme d'engagements de la part des entreprises inquiétées (11), de la même façon que les sanctions encourues peuvent être modérées par l'échange avec une collaboration probatoire de la partie, les procédures de clémence étant une forme de contrat judiciaire.

□ 10. Plus encore, les procédures de contrôle de concentration sont de plus en plus nettement des arrangements négociés entre les entreprises et l'autorité de contrôle, dans un processus d'échange, laissant loin derrière lui la figure unilatérale du contrôle administratif pour entrer dans l'idée d'une négociation aboutissant à des ajustements et obligations réciproques entre l'autorité de contrôle et les parties à la concentration, voire implicitement à un échange de concessions entre les parties à la concentration et les entreprises tierces concurrentes. Le calendrier du contrôle est désormais fait

(9) Ainsi, Michel Guibal affirme : « Ce qui est prioritaire et fondamental, c'est l'amalgame droit des contrats - droit de la concurrence, c'est la diffusion dans tout le droit public des contrats de l'obligation de mise en concurrence » (Droit public des contrats et concurrence : le style européen, préc. n° 1).

(10) Certes, le droit de la concurrence participe en cela à un mouvement plus général de la contractualisation de l'action publique, mais il en constitue une pointe avancée (sur ce mouvement général, V. not. J. Chevalier, L'obligation en droit public, in L'obligation, Archives de philosophie du droit, t. 44, Sirey, 2000, p. 179-194). Sur ses limites, V. Y. Jégauzo, L'administration contractuelle en question, in Mouvement du droit public, Mélanges F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 543-556.

(11) Considérant 13 du règlement n° 1/2003 du 16 déc. 2002 relative à la mise en œuvres des règles de concurrence prévues articles 81 et 82 du Traité.

(7) Expression de Jacques Boré, *Revue des Sciences morales et politiques*, 1995, p. 251.

(8) M.-A. Frison-Roche, *Valeurs marchandes et ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 223-233.

pour accueillir ces négociations d'un type contractuel de plus en plus marqué, comme le montre le nouveau règlement communautaire de contrôle des concentrations adopté le 20 janvier 2004. Cette pratique des engagements, qui prend de l'ampleur dans le contrôle des concentrations, s'installe aussi dans les procédures concernant les comportements anticoncurrentiels, procédure de gestion davantage que procédure de sanction désormais, notamment lorsque la modification d'une clause ou la formation d'un nouveau contrat est l'objet de tels engagements.

□ 11. Il apparaît ainsi que le sujet se retourne comme un gant. Pourtant, la présentation d'homonymie est aussi forcée que celle d'une opposition principielle. En effet, comme l'avait souligné Bruno Oppetit (12), il faudrait que la concurrence soit parfaite pour que le contrat demeure conforme à son image libérale première. Si la rationalité était complète, l'information totalement disponible et les ajustements sans coûts, alors le contenu et résultat d'un contrat passé hors marché ou passé dans un marché serait identique.

□ 12. Mais le contrat n'est que l'instrument de concrétisation d'une concurrence imparfaite et, comme le remarque encore Bruno Oppetit, dans la dissociation entre le résultat contractuel en marché et hors marché, le droit de la concurrence a substitué alors ses propres principes et techniques à ceux du droit civil des contrats. Ce faisant, le marché a fait sa loi, vipère dans le sein contractuel, entravant l'offreur dans son choix du demandeur, interdisant de faire varier par la seule volonté les conditions d'un demandeur à l'autre, excluant la fixation discrétionnaire du prix. On verrait alors aisément dans le droit de la concurrence le dictateur du contrat. Une nouvelle forme, juridique, de la tyrannie des marchés (13)...

(12) La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, préc.

(13) Thème classique. V. par ex., H. Bourguinat, La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle, Economica, 1995.

□ 13. En réalité, s'il fallait encore trouver une césure dans le droit actuel, elle renverrait plutôt à une dualité de la représentation du contrat. A traits grossiers, il s'agit du contrat vu par les commercialistes et les économistes d'une part, du contrat vu par les civilistes d'autre part. En s'excusant de l'inexactitude engendrée par toute distinction simple et radicale, il demeure que les premiers ont une conception plutôt objective du contrat et les seconds une conception plutôt subjective. On pourrait soutenir la même chose au sein du droit de la concurrence, les civilistes semblant plus à l'aise dans une concurrence appréhendée comme superposition de rapports bilatéraux entre opérateurs, perception implicite du droit civil de la concurrence loyale, et les commercialistes ou les économistes intégrant plus facilement la concurrence comme mode de fonctionnement d'un marché, le droit de la concurrence protégeant la concurrence et non les concurrents.

□ 14. Cela explique notamment que les contrats de marché soient par nature assez standardisés, voire se rapprochent du statut de biens en circulation, tandis que les contrats hors marché se prêtent davantage au façonnage liens par liens, dans une plus grande intimité entre le contrat et la personnalité des contractants (14). Cette attraction de la conception objective pour le droit de la concurrence a pu faire craindre que le droit de la concurrence ne mette à mal la catégorie même des contrats *intuitu personae* (15). On trouve d'autres traces fortes de la prévalence objective dans la conception juridique du contrat de marché, face à la prévalence subjective dans la conception juridique du contrat hors-marché. Ainsi, comme cela a été relevé par Judith Rochfeld (16), la loi sur les nouvelles régu-

(14) Ce que nous avons essayé d'exprimer à travers la distinction entre les contrats de marché et les contrats de type « aristocratiques », c'est-à-dire dans lesquels la volonté des contractants est première en tant qu'elle émane de ces personnes là et non d'autres (Le contrat et la responsabilité : Consentements, pouvoirs et régulation économique, RTD civ. 1998.43 et s.).

(15) V., par ex., M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des contrats, préc. p. 51.

(16) Nouvelles régulations économique et droit commun des contrats, préc.

lations économiques du 15 mai 2001 a exigé une proportionnalité objective entre les obligations et la contrepartie qu'elles reçoivent, alors que le droit commun a une conception à la fois plus globale et plus subjective de l'équilibre contractuel.

□ 15. L'observation n'est donc pas que sociologique, suivant le type de juristes et de droit. Elle pose un problème de *cohérence* de système. En effet, une conception objective ou subjective ne produit pas les mêmes interprétations des règles. Dès lors que les branches du droit sont réparties entre des organismes, ou entre des chambres de la Cour de cassation, la variation des prévalences de conception produit des divergences de jurisprudence. En outre, si l'on considère que le droit communautaire est encore pour l'instant un droit de la concurrence avant d'être un droit des contrats, alors la prégnance toujours plus forte sur le droit français du droit communautaire, du fait du nouveau règlement communautaire d'application des articles 81 et 82 (17) et d'un mouvement plus général encore dans le sens d'une intégration méthodologique des droits nationaux dans le droit communautaire (18), sur le droit français, peut distordre celui-ci.

□ 16. La délégation et l'autonomie ne font pas toujours bon ménage. Les rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux de la concurrence, notamment par le règlement précité, opèrent une déconcentration du droit de la concurrence et non pas une décentralisation. Or il n'est pas réaliste que les mêmes juridictions en charge du droit français et du droit communautaire, par exemple la Cour de cassa-

tion, adoptent des méthodologies, des définitions et des raisonnements différents suivant qu'elles appliquent le droit communautaire ou un droit national de la concurrence de plus en plus synonyme du premier. Dès lors, la conception davantage objective du contrat est entrée dans le droit interne, n'en sortira plus, et rencontre la conception traditionnellement plus subjective du lien contractuel, installée et qu'il ne s'agit pas d'anéantir. Il faut donc par méthode que la conception civile et la conception concurrentialiste du contrat ne s'opposent plus, car sinon la fêlure va s'accroître dans le droit français, fêlure consolidée par le droit communautaire, alors même qu'on met en avant aujourd'hui plus qu'hier la vertu de cohérence que doivent engendrer les systèmes juridiques au bénéfice des justiciables.

□ 17. Si l'on n'y prend garde, le risque serait la constitution de sorte de zones institutionnelles d'interprétation à base d'une conception plutôt subjective du contrat (par exemple dans les juridictions civiles ou de droit commercial classique, comme le sont les tribunaux de commerce, relativement indifférents au fonctionnement objectif des marchés) et des zones institutionnelles d'interprétation à base d'une conception plutôt objective du contrat (par exemple dans les autorités de concurrence et les chambres de juridictions en charge des droits de marché). Ce risque, la Cour de cassation, qui demeure une, est en charge d'y parer (19).

□ 18. S'il y a une possibilité de scission, elle ne serait donc pas tant entre concurrence et contrat mais plutôt au sein du droit des contrats, scission entre la conception subjective et la conception objective du contrat. Pourtant, la cohérence, cette cohérence entre concurrence et contrat dont dépend en réalité la cohérence du droit des contrats lui-même, est accessible parce que les écarts sont moins heurtés qu'il n'y paraît. En effet, la figure du contrat est beaucoup

(17) Certes, les autorités nationales - et les juridictions de recours avec elle - vont connaître de nouveaux cas et se substituer aux autorités communautaires, mais c'est à la condition de faire comme si elles étaient la Commission même, celle-ci se réservant le pouvoir d'intervenir devant les juridictions nationales dès l'instant que le droit communautaire est appliqué (considérant 21 et art. 15-3 du règlement n° 1/2003).

(18) Dont l'arrêt de la CJCE du 9 sept. 2003 est un dernier exemple (aff. C-198/01) la Cour ayant indiqué que les autorités nationales de concurrence (et non plus seulement les juridictions) avaient l'obligation d'appliquer le droit communautaire pour écarter les dispositions nationales.

(19) Comme elle le fit en matière d'indétermination du prix. V. *infra* n° 37 et s.

plus flexible et complexe que la présentation si simple qui vient d'en être faite (20). Tout d'abord, ce n'est pas parce que le droit est un prolongement de la liberté des personnes qu'il ignore tout du contexte dans lequel elle s'exerce, et au premier chef le contexte des lois qui préservent des valeurs qui lui sont extérieures. Le contrat supporte l'ordre public concurrentiel comme il supporte toutes les règles d'ordre public.

□ 19. La difficulté vient plutôt du fait que la présentation qui a été jusqu'ici faite du contrat est celle d'un instrument d'échange sur un marché concurrentiel, un contrat internalisé dans le marché donc et dont on veille à ce qu'il n'abîme pas le dynamisme concurrentiel. Mais le contrat est aussi un moyen d'organisation à long terme, de structuration des organisations économiques. La célèbre « théorie de la firme » de Ronald Coase repose sur l'existence de cette dualité d'organisation économique offerte à l'entreprise entre la structuration sociétaire et les agencements contractuels, entre l'accès au marché et l'intégration contractuelle (21).

□ 20. Le face-à-face n'est pas alors entre une structure qui serait la concurrence et un mécanisme ponctuel, effacé dès que réalisé, que serait le contrat, mais bien entre deux organisations économiques, entre la simple concurrence de marché et la structuration contractuelle, envisageant en quelque sorte le contrat comme faisant concurrence à la concurrence.

□ 21. Si l'on en restait au « contrat-échange », les rapports seraient relativement simples, ordonnés autour de l'ordre public. Mais lorsqu'il s'agit de confronter le système concurrentiel du marché et le « contrat-organisation », l'articulation devient plus incertaine. Plus encore, à partir de l'idée que le contrat peut organiser, que du contrat peut même naître la structure économique du secteur, une évolution se

(20) Comme le souligne à juste titre Yves Picod : « le droit du marché n'a pas l'extraordinaire souplesse conceptuelle du droit des obligations » (rapport introductif, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, préc. p. 2).

(21) *The Nature of the Firm*, *Economica*, New Series, vol. 4, n° 16, nov. 1937, p. 386-405.

dessine, qui précisément va subsumer le lien *Contrat et concurrence* sous l'alliance *Contrat et régulation*. En effet, un mouvement dialectique se dessine nettement, qui permet d'utiliser le contrat pour orienter les marchés vers d'autres impératifs que la simple concurrence – l'innovation par exemple. Dès lors, l'enjeu n'est plus de remonter dans l'histoire du rapport entre le contrat et la concurrence, mais de tracer l'articulation nouvelle entre le contrat et la régulation. Le contrat apparaît ainsi comme instrument paradoxal de régulation des marchés, voire comme le moyen de constituer des marchés entiers, comme on peut l'observer dans l'organisation des marchés financiers.

◆ L'ACQUIS : LE CONTRAT SOUMIS À L'ORDRE PUBLIC CONCURRENTIEL

□ 22. La perspective est nette parce qu'elle ménage la figure d'un contrat comme sphère de règles particulières dessinées par la volonté des contrats, simplement limitée par la prohibition extérieure et subie des comportements anticoncurrentiels, issue de la sphère supérieure de l'ordre public. Le principe est acquis et il convient de se concentrer sur la conséquence, à savoir l'impact sur le contrat du constat de sa contrariété avec l'ordre public concurrentiel.

► L'autonomie de la volonté limitée par la prohibition des comportements anticoncurrentiels

□ 23. Il s'agit d'un principe très simple, rappelé par l'article 6 du code civil : la liberté contractuelle, en tant qu'elle exprime la puissance de la volonté, s'arrête là où l'ordre public commence (22). La prohibition des ententes et des abus de position dominante relève de l'ordre public, comme de très multiples autres règles, et les contrac-

(22) Dans ce sens, V. F. Dreifuss-Netter, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, préc. p. 371.

tants qui les méconnaissent voient leur contrat anéanti. Rien de nouveau, rien de choquant. La liberté contractuelle n'a jamais été absolue, elle peut se heurter à des règles générales sans que l'économie cesse d'être libérale (23).

□ 24. En effet, la situation concurrentielle entre les deux contractants, la concurrence réduite donc à la relation bilatérale, est un objet contractuel disponible. Les parties peuvent organiser leur rapport concurrentiel, notamment diminuer l'intensité de leur compétition, par une clause de non-concurrence. Cette liberté s'articule sans difficulté avec le principe selon lequel si une telle clause engendre un dysfonctionnement dans le dynamisme concurrentiel du marché, l'ordre public exige qu'elle soit effacée, voire redessinée selon des contours supportables par celui-ci.

□ 25. La situation est d'ailleurs plus simple dans le rapport entre concurrence et contrat que dans d'autres hypothèses, celles relevant de l'ordre public de protection du consommateur ou du salarié. En effet, pour bien d'autres règles, on hésite entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. On dessine chaque règle, chaque disposition suivant l'intérêt protégé, intérêt général du système pour l'ordre public de direction, intérêts légitimes d'un groupe de personnes qui n'a pas la force de les défendre seul pour l'ordre public de direction. Suivant que l'on affecte à telle ou telle règle, bientôt à tel ou tel alinéa, un tel but, il faut ajuster l'impact de ce que l'on pourrait désigner comme la « règle de contexte », plus ou moins profond suivant l'intensité de l'ordre public. Mais ici, puisque le droit de la concurrence ne protège pas les concurrents mais la concurrence, c'est-à-dire le marché, si l'on utilise la grille d'analyse de l'ordre public, le droit de la concurrence serait nécessairement d'ordre public de direction (24).

(23) On peut ainsi se reporter à la conception d'Hayek, telle que notamment retracée par Bruno Oppetit (La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, préc. p. 247 et s.).

(24) Très subtilement, Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parléani affirment que l'expression d'ordre public de

Le retrait du venin anticoncurrentiel du contrat

□ 26. L'article 420-3 du code de commerce rappelle que tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique anticoncurrentielle est nul (25). La chambre commerciale a rappelé dans un arrêt du 29 janvier 2002 que l'illicéité d'un tel engagement ne peut être sanctionnée d'une autre façon que la nullité de la clause (26). L'annulation est certes souvent plus efficace qu'un simple engagement de responsabilité, car elle donne moins prise à un calcul économique, à l'opposé du prononcé de dommages et intérêts se prêtant davantage à une stratégie consistant à acheter la violation, l'indemnisation pouvant se ramener à un prix. Cela explique encore que la nullité ait été attachée par une loi du 3 janvier 2003 au fait, par exemple, pour un distributeur d'obliger un producteur à payer l'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande (27). La violence de l'annulation a de beaux jours devant elle.

□ 27. Si nous prenons donc l'hypothèse d'un ordre public concurrentiel froissé par un contrat, à première vue la nullité absolue s'impose (28). Mais de nouveaux pro-

direction n'est utilisable que par renvoi à des contraintes de dirigisme économique, la conception libérale du droit économique devenant désormais, parce qu'il laisse par principe jouer le marché et qu'il protège ce libre jeu, un ordre public de protection du marché (L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, préc. p. 602). On peut tout de même en rester à l'idée classique selon laquelle la protection d'une catégorie de personne évoque l'ordre public de protection et la protection d'une organisation structurelle évoque l'ordre public de direction. Les auteurs soulignent d'ailleurs que cette protection ne portant pas sur les concurrents, le droit de la concurrence engendre donc une nature originale d'ordre public. Pour d'autres nuances apportées à l'affirmation, V. *infra* n° 28 et s.

(25) V. d'une façon générale Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, préc.

(26) Et non pas notamment par l'obligation de contracter (Contrats, conc. consom. août 2002, n° 124, p. 22, obs. M. Malaurie-Vignal).

(27) Sur les autres hypothèses auxquelles la loi attache la nullité, V. art. L. 442-6, II.

(28) Com. 18 févr. et 26 mai 1992, D. 1992.47, note Ch. Hannoun. Sur l'idée même, V. par ex. F. Dreiffuss-

blèmes sont en train d'apparaître. On peut certes être tenté d'évoquer la difficulté née du fait que les décisions des autorités de concurrence n'ont pas en la matière autorité de chose jugée et qu'on peut imaginer un tribunal estimant que ne justifie pas une nullité une clause préalablement jugée anticoncurrentielle par l'autorité. Le problème ne se pose guère, car il semble que jusqu'ici la contradiction ait été évitée par un ajustement spontané des institutions en cause. Abordons donc d'autres types de difficulté.

□ 28. Ainsi, peut-on continuer à dire aussi radicalement que le droit de la concurrence est guidé par l'ordre public de direction (29) ? Lorsque le droit français de la concurrence se soucie en tant que tel de l'équilibre et de la loyauté dans les relations commerciales, notamment par la loi sur les nouvelles régulations économiques, lorsqu'il pourchasse en tant que tel l'état de dépendance économique, c'est plutôt une perspective d'ordre public de protection (30). Faut-il en tirer des conséquences et songer notamment à des nullités relatives (31) ?

□ 29. La seconde difficulté tient à l'ampleur de la nullité, qui va du contrat à la clause (32).

Netter, Droit de la concurrence et droit des obligations, préc. p. 383.

(29) On pouvait certes le poser comme acquis il y a 15 ans (V. par ex. F. Dreifuss-Netter, Droit de la concurrence et droit des obligations, préc. : « Le droit de la concurrence se définit en premier lieu par sa finalité économique et en second lieu par sa fonction qui est de promouvoir un ordre public de direction », p. 369), mais l'évolution ultérieure du droit en fait douter.

(30) J. Rochfeld, Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats, préc. p. 671.

(31) Ainsi, le fait que la jurisprudence ait précisé que l'Administration ne peut se substituer aux parties pour demander l'annulation du contrat (Paris, 22 mars 2000, Gaz. Pal. 2000.2.somm.1606) tend à montrer que si l'anéantissement des effets sur le marché du pacte est l'affaire de l'Etat, l'anéantissement juridique du rapport contractuel bilatéral reste l'affaire des parties. C'est pourquoi on est un peu décontenancé lorsqu'à propos des pratiques restrictives de concurrence, pour lesquels l'article L. 442-6 du code de commerce permet expressément au ministre de demander au tribunal de « constater la nullité des clauses ou contrats illicites, un tribunal en a conclu que cette demande ne pouvait être formulée par une partie » (T. com. Nanterre, 20 sept. 2001, RJD 2002, n° 822).

(32) Sur cette dimension, V. Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité

Le plus souvent, seule la clause est annulée, par une nullité ciblée (33), une sorte de nullité absolue au laser. Cette survivance des autres clauses contractuelles a rarement pour fondement le fait que la clause anticoncurrentielle à laquelle la nullité se limite n'aurait pas été décisive de la volonté des parties, car le plus souvent elle l'est. Il peut s'agir plutôt de sanctionner le bénéficiaire de la clause à exécuter un contrat dont l'avantage économique a pour lui disparu. Il peut s'agir encore de tenir compte de la complexité contractuelle et du nouveau souci du contrat d'organiser le dépassement de ses propres difficultés. Ainsi, lorsque la concentration entre Schneider et Legrand a été mise en péril, des clauses contenant des obligations à ce propos ont conservé toute leur puissance (34).

□ 30. Le droit de la concurrence peut aller plus loin, en opérant une sorte de « laser sur laser ». Il s'agit alors franchement de réécrire la clause pour la redessiner selon les contours qu'elle aurait dû avoir pour satisfaire la prohibition des comportements anticoncurrentiels. Par exemple, plutôt que d'effacer une clause anticoncurrentielle pour une durée excessive, le juge pourrait en réduire simplement l'efficacité dans le temps, pour lui donner la juste durée, supportable parce que proportionnée à la concurrence.

□ 31. Cela pourrait se justifier par l'idée que les parties sont toujours supposées vouloir se conformer au droit. Ainsi, l'autorité reformule une clause licite, telle que la rationalité juridique des parties aurait nécessairement voulu l'exprimer. Mais l'argument souffre de sa propre puissance car il faudrait alors appliquer le raisonnement à tous les vices du contrat et le système n'est pas prêt à un pou-

du contrat, préc. p. 613 et s. Les auteurs critiquent d'ailleurs la jurisprudence, qui ne dégage pas fermement les critères utilisés pour n'annuler que la clause ou annuler le contrat dans son ensemble.

(33) B. Fages et J. Mestre, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, préc. p. 73, et les exemples cités, dont l'affaire dite « des cuves » est le plus fameux (Com. 18 févr. 1992, D. 1993.57, note Ch. Hannoun).

(34) Versailles, 29 nov. 2002, *Schneider Electric*, R.G. n° 02/07705.

voir général du juge de réécrire les contrats sur une si faible présomption. Un argument plus fort consiste à poser que les parties doivent pouvoir déployer leur liberté dans le plus grand espace possible. Dès lors, il faut mais il suffit de raboter l'excès de cette liberté pour qu'un équilibre optimal soit trouvé entre liberté contractuelle et marché concurrentiel.

◆ CONCURRENCE ET CONTRAT : L'ARTICULATION DE DEUX MODES D'ORGANISATION

□ 32. Le droit de la concurrence et le droit des contrats soutiennent des organisations, organisation de marché, organisation contractuelle, qui perdurent dans le temps et tiennent difficilement leurs équilibres. Conçus comme des organisations, concurrence et contrat convergent le plus souvent, par coïncidence ou par adhésion à une même rationalité, lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité du marché et l'intégrité du contrat. Cela est particulièrement net en matière de prix. Plus encore, le droit de la concurrence non seulement supporte, mais encore consolide ces structurations économiques fondées sur le contrat que sont les réseaux. Il demeure que le droit de la concurrence analyse le contrat comme une organisation factuelle sans interioriser sa dimension proprement juridique en tant qu'acte, ce qui conduit à une conception archaïsante du contrat, dont on peut trouver quelque trace dans la jurisprudence civile.

► La convergence dans la sauvegarde de l'intégrité (intégrité du marché et intégrité contractuelle)

□ 33. Le contrat, dans sa définition économique de double nécessaire et préalable de l'échange, apparaît comme non seulement en harmonie avec le marché mais encore comme la conséquence automatique de l'organisation concurrentielle de celui-ci, sur

lequel l'échange économique se déroule. Les termes du contrat sont le résultat des comportements individuels et collectifs de marché. Ainsi, le contenu contractuel résulte de la rationalité économique des agents, informés par le mouvement général de la concurrence. Le contrat est alors non seulement poreux par rapport à son contexte, mais encore construit par celui-ci. Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parléani ont pu très justement dire que le contrat acquérait une « dimension collective » (35). Les contractants ne sont plus tranquilles sous leur toit contractuel.

□ 34. Du point de vue théorique, l'articulation entre contrat et marché peut alors se faire en distinguant la volonté et le consentement (36). En effet, le marché est un espace particulier qui n'accueille qu'une part des activités humaines et nul n'est obligé d'avoir une activité économique de marché. Ainsi, la volonté d'entreprendre une activité économique est classique, entière, à la fois individuelle et discrétionnaire. Mais une fois cette volonté cristallisée, l'activité économique consiste à mettre des produits sur un marché et l'objet créé par la volonté, à savoir le consentement à la vente, est intégré dans le produit même. Ainsi, le consentement à vendre circule en même temps que le produit (37). Si la volonté prétend arracher de l'objet ce consentement acquis à contracter avec qui veut atteindre l'objet, par exemple un acheteur, si la volonté veut reprendre son consentement et refaire à sa main l'échange économique, cela constitue un abus. Comme l'a démontré Marie-

(35) Cf. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat*, préc. p. 602.

(36) Sur cette idée, M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats*, RTD civ. 1995.573 et s. Sur sa reprise, O.-M. Boudou, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence*, préc. p. 62 et s.

(37) L'on peut même dire que cette intégration du consentement à vendre dans le produit est ce qui distingue l'ordre concurrentiel par rapport à l'ordre marchand. En effet, l'ordre marchand s'installe à travers la circulation des biens par la volonté des marchands, alors que l'ordre concurrentiel organise la circulation des biens sans requérir le renouvellement des volontés, puisque le consentement est acquis et objectivé dans le produit.

Stéphane Payet (38), l'abus du droit de la concurrence et l'abus du droit civil sont analogues, en ce qu'ils sont tous deux des abus de la volonté.

□ 35. De la même façon, un mouvement commun, et paradoxalement plus nouveau en droit de la concurrence qu'en droit des contrats, vise l'exigence toujours plus forte de transparence. Cette tendance ne pousse donc pas le droit de la concurrence contre le droit des contrats, puisque l'un et l'autre avaient posé la légitimité de garder pour soi ses secrets, ses savoirs et ses avantages compétitifs. Au contraire, le retournement touche les deux. Il s'opéra du côté du contrat lorsqu'il fut décidé que la transparence, dépassant le droit à l'information, apparaissant comme le moyen le plus efficace de mettre le contractant en mesure d'apprécier sa propre situation. Il s'opéra parallèlement du côté du marché lorsqu'il s'est agi d'assurer la loyauté des relations commerciales ou de lutter contre les asymétries d'information, dans une perspective plus nette de régulation (39). D'une façon plus générale, la transparence fournit un moyen de contrôle pour l'autorité en charge de l'équilibre du mécanisme en cause, celui du marché ou celui du contrat (40).

□ 36. Si l'on approfondit cette perspective, la convergence apparaît encore plus forte. En effet, l'exigence de transparence du droit de la concurrence ne porte que sur certains points précis, notamment les conditions générales, les conditions de facturation et les coopérations commerciales. La transparence permet au partenaire de mesurer sa situation, en soi (par les conditions de facturation, notamment) et par rapport aux autres partenaires potentiels (à travers les conditions générales), et permet précisément de redonner des marges à la négo-

ciation contractuelle, mieux admise puisqu'à ciel ouvert (41), mais cette transparence ne porte pas sur le partenaire puissant, qui peut garder secrets notamment ses savoir-faire, ses marges ou ses stratégies (42). Le droit des contrats pareillement n'utilise l'arme de la transparence, qui doit être maniée avec précaution dans un système libéral, que pour permettre au cocontractant d'analyser sa situation et la réalité de l'avantage que lui procure le contrat, mais pas au delà (43).

□ 37. Une autre question, qui fut cruciale, concerne le prix adéquat, le prix contre lequel le droit n'a rien à redire, le « prix supportable » donc, formule moins ambiguë que celle du « juste prix ». Elle a trouvé une solution heureuse dans l'évolution de la jurisprudence sur l'indétermination du prix. En effet, par les arrêts du 6 décembre 1995 (44), la Cour de cassation a remis en selle le mécanisme juridique à travers la notion d'abus dans la fixation du prix et non seulement cette notion est maniée aussi bien par les juridictions commerciales que par les juridictions civiles, mais encore Jacques Mestre a montré que les arrêts rendus sur ce fondement civil ou les arrêts rendus au titre de la prohibition par le droit de la concurrence sur le prix imposé, ont en réalité un même objet (45).

(41) M. Malaurie-Vignal, Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents, préc.

(42) La règle est l'inverse lorsqu'on passe du droit de la concurrence au droit de la régulation, lequel prévoit la transparence de l'opérateur dominant, notamment de ses coûts. En cela, la régulation est à mi-chemin entre la libre concurrence et le dirigisme économique.

(43) C'est pourquoi l'arrêt *Grands Moulins* (Civ. 1^{re}, 27 févr. 1996, JCP 1996.II.22665, note J. Ghestin ; D. 1996.518, note Ph. Malaurie ; Defrénois, 1996.1205, note Y. Dagorne-Labbe ; Petites affiches, 17 févr. 1997.7 et s. note D.R. Martin) a été généralement critiqué car il oblige à la transparence des desseins stratégiques de celui qui offre de contracter.

(44) Sur la comparaison entre le droit civil et le droit de la concurrence dans l'analyse de cet arrêt, V. L'abus dans la fixation des prix, Rev. conc. consom. 1996, n° 92, suppl. juill.-août, spéc. Ch. Jamin, Typologie des théories juridiques de l'abus, p. 7-12.

(45) RTD civ. 1998.898, rapprochant notamment l'arrêt de la chambre civile du 2 déc. 1997 (JCP 1998.I.129, note Ch. Jamin) rendu sur le premier fondement et l'arrêt de la chambre commerciale du 7 oct. 1997 (RJDA 1998, n° 37, p. 24) rendu sur le second.

(38) Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 7, 2001.

(39) Sur le lien entre la transparence et la régulation des secteurs, V. J.-F. Lepetit, Etat, juge et régulateur, in Les régulations économiques : légitimité et efficacité, Dalloz/Presses de Sciences Po, coll. Droit et économie de la régulation, vol. 1, 2004, p. 118-127, spéc. p. 123 et s.

(40) V. par ex. B. Fages et J. Mestre, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, préc. p. 74 et s.

□ 38. Le déploiement jurisprudentiel de cet « abus dans la fixation du prix » peut être interprété à travers le prisme du droit de la concurrence, consistant alors dans le choix unilatéral d'un prix en décalage significatif avec le prix de marché, tandis qu'à travers le prisme du droit civil, il ressortira non plus de l'analyse du montant (conception objective) mais de l'analyse du comportement du contractant titulaire du pouvoir de fixer unilatéralement le prix (conception subjective) (46).

□ 39. L'examen de la jurisprudence ultérieure semble montrer une diversité de conceptions, y compris au sein d'une même chambre de la Cour de cassation. Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale du 14 décembre 1999 (47) considère qu'un prix doit être sanctionné parce que les modalités de fixation ne permettaient pas objectivement de le dégager et de dépasser l'éventuel conflit des parties à son propos. Mais dans un arrêt précédent du 21 janvier 1997 (48), la Cour avait considéré qu'un décalage significatif entre le prix contractuel unilatéralement élaboré et le prix de marché rendait de ce seul fait abusive la fixation du prix.

□ 40. Certes, les prix abusifs sont plus fréquemment sanctionnés par application du droit de la concurrence, notamment parce que l'abus de position dominante se concrétise souvent par des prix anormalement élevés ou bas par rapport à ceux que le libre fonctionnement du marché concurrentiel aurait produits, que par application du droit commun, mais il faut tenir compte au sein de ce dernier de la fonction remplie par le droit de la consommation lorsque le déséquilibre significatif entre le prix et l'avantage reçu frappe un consommateur (49).

□ 41. Après le phénomène de transparence et les règles d'acceptabilité des prix, un troisième mouvement de cohérence peut être observé à propos de l'exploitation par un contractant des contraintes économiques pesant sur l'autre, parce que ce dernier ne dispose pas de solution économique équivalente et se trouve ainsi contraint à entrer dans une relation économique défavorable. Cette situation est saisie par la notion d'abus de dépendance économique, sanctionné désormais sans qu'il faille démontrer l'atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché, comme elle peut l'être à travers le vice contractuel de violence économique, la première chambre civile ayant explicitement associé « contrainte économique » et « violence » (50).

□ 42. Cependant, en l'état de la jurisprudence, le vice contractuel de violence n'est sanctionné que si la preuve est apportée d'un comportement déloyal de l'auteur, ayant sciemment exploité la situation. Cette charge de preuve, dont certaines juridictions du fond avaient cherché à s'affranchir, sans doute influencées par le droit de la concurrence, a été fermement rappelée par la Cour de cassation (51). Elle a de fortes raisons pour cela, mais dans la mesure où l'abus de dépendance économique ne requiert pas une telle preuve, parce que l'objectivité du droit de la concurrence la rend inutile (52), on aboutit à ce résultat que l'opérateur économique est donc plus facilement protégé que la personne civile contractante (53).

la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. 1994.239-254), et prolongée par Jean-Pascal Chazal à propos de « l'artificialité des droits spéciaux » (Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux, in *Études de droit de la consommation*, Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279-309, spéc. p. 288 et s.).

(50) Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, D. 2000.879 et s. note J.-P. Chazal ; JCP 2001.II.10461, note G. Loiseau.

(51) Notamment par l'arrêt de cassation Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, D. 2002.1860, note J.-P. Gridel. Pour une description de ce mouvement jurisprudentiel, V. M. Boizard, *La réception de la notion de violence économique en droit*, Petites affiches, 16 juin 2004, p. 5-21.

(52) Sur cette ligne de partage entre conception objective et conception subjective du contrat, V. *supra* n° 13 et s.

(53) Sur l'analyse critique de cette distance entre droit des contrats et droit de la concurrence, V. not. B. Montel,

(46) Sur la pertinence des conceptions objective et subjective du contrat suivant que les cultures sont de droit civil ou de droit de la concurrence, V. *supra* n° 13 et s. Sur les potentialités de conflit que recèle la référence à l'abus dans la fixation du prix, V. *L'abus en droit de la concurrence*, Revue conc. consom. préc.

(47) RTD civ. 2000.318, obs. J. Mestre et B. Fages.

(48) D. 1997.414, note Ch. Jamin.

(49) Si l'on veut bien reprendre ici l'idée que le droit de la consommation ne fait pas sécession par rapport au droit commun des obligations, idée notamment développée par Jean Calais-Auloy (*L'influence du droit de*

► La préservation par le droit de la concurrence de la structuration économique engendrée par les contrats-organisation

□ 43. Le « contrat-organisation » est une notion extrêmement utile, dégagée par Paul Didier (54). Le contrat-organisation (55) a été un temps insupportable au droit de la concurrence en tant que, par définition, il structure sur le long terme une organisation économique, principalement celle des réseaux d'intégration verticale. Mais le temps est loin où ces réseaux, c'est-à-dire les intégrations économiques structurées par le seul instrument du contrat, étaient anéantis par la prohibition de l'entente. Comme on le sait, la structuration des réseaux est admise désormais par le droit de la concurrence (56), non seulement par le biais de la jurisprudence mais encore par les lignes de la politique de la concurrence de la Commission européenne, qui s'est traduite par les règlements généraux d'exemption des accords d'intégration verticale (57).

La violence économique, illustration du contrat entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, préc. Mais peut-être le droit de la consommation suffit-il à protéger ce dernier, et peut-être n'existe-t-il pas tant de situation dans lesquelles une personne est en dépendance économique sans relever ni du droit de la concurrence ni du droit de la consommation.

(54) Brèves observations sur le contrat-organisation, in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, Dalloz-PUF-Jurisclasses, 1999, p. 635-642.

(55) V. aussi la notion de « contrat de situation », évoquée par Michel Cabrillac (Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mélanges G. Marty, Toulouse, 1978, p. 235-254, spéc. n° 8, p. 238), et dont l'actualité est démontrée par Daniel Mainguy (Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, in Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 165-186). Cette notion renvoie alors plus expressément à des contrats qui organisent des subordinations à long terme. En cela, le contrat sert le mouvement de féodalisation des rapports économiques et sociaux, tel que décrit et décrié notamment par Alain Supiot (Les nouveaux visages de la subordination, Dr. soc. 2000.131-145).

(56) L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ, 1995.

(57) La doctrine a pu justement en conclure que la Commission redonnait toute sa dimension à la liberté de

□ 44. Celui-ci veille simplement à ce que ce qui a été perdu en dynamisme concurrentiel par la fermeture du réseau sur lui-même soit compensé par une concurrence suffisante à l'intérieur du réseau. Plus encore, par un arrêt remarqué du 24 novembre 1998 (58), la chambre commerciale a recouru au principe de la loyauté contractuelle pour engager la responsabilité du producteur qui n'avait pas permis à son distributeur de pratiquer des « prix concurrentiels » pour lutter contre des ventes parallèles. Le principe est donc que le droit de la concurrence supporte, au sens français et anglais du terme, cette structuration contractuelle entre offreurs.

□ 45. On peut même se demander si le droit n'envisage pas d'aller plus loin, non seulement en protégeant contre les initiatives concurrentielles l'intégrité du réseau, mais encore en maintenant contre la volonté des parties la structuration du réseau lui-même. En effet, lorsque le droit de la concurrence pose que la rupture de relations commerciales « établies » (59) peut constituer un abus de position dominante ou une pratique prohibée, la meilleure façon de faire cesser la pratique, et non pas seulement de l'indemniser – souci civiliste auquel le droit de la concurrence est indifférent –, serait alors d'aboutir à la reprise des liens, c'est-à-dire d'ordonner de contracter.

□ 46. Ces injonctions de faire seraient les plus efficaces. Mais la jurisprudence des juridictions économiques, notamment l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 18 septembre 1992 (60), a posé qu'en dehors des cas dans lesquels le refus de contracter est en lui-même constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, « la liberté contractuelle [doit] demeurer la règle ».

contracter. Dans ce sens, *Contrats, conc. consom.* Janv. 1999, n° 10, p. 16.

(58) RTD civ. 1999.98, obs. J. Mestre. Dans le même sens, V. Com. 3 nov. 1992, RTD civ. 1993.124.

(59) Expression retenue par l'article L. 420-2 du code de commerce, définissant l'abus de position dominante et par l'article L. 442-6 listant les pratiques engendrant la responsabilité de son auteur.

(60) JCP 1993.I.3666, p. 159, note approbative.

En outre, non seulement l'autorité de concurrence ne peut proposer à une telle injonction au titre de la cessation des pratiques, mais encore la jurisprudence des juridictions civiles, notamment l'arrêt de la chambre commerciale du 24 octobre 2000 (61), a rappelé que l'article L. 420-3 du code de commerce « ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'ordonner la conclusion d'un contrat ou son renouvellement ». Pourtant, un commentateur a pu ressentir un « sentiment de gêne », car la justice n'aurait pu être faite que par contrat forcé (62).

□ 47. Le même type de raisonnement récusant l'obligation à contracter est sous-jacent dans le cadre de l'engagement de responsabilité pour rupture abusive de relations d'affaires établies, lorsque la jurisprudence rappelle que le dommage qu'il s'agit d'indemniser n'a trait qu'au caractère brutal de la rupture et non pas à l'absence de relations contractuelles et économiques ultérieures (63). On mesure là encore que concurrence et contrat font finalement bon et vieux ménage, parce que tout à la fois la concurrence admet de soutenir les contrats structurant des intégrations économiques verticales entre plusieurs entreprises et qu'elle demeure loin de froisser la liberté de ne pas contracter de nouveau, sans doute aussi parce que cette façon de rebattre les cartes à l'issue d'une première relation intégrée crée une compétition entre les candidats pour intégrer le réseau, dans une émulation entre le distributeur en place et ceux qui convoitent sa place. Finalement, le contrat ne fait pas plus de mal à la concurrence que la concurrence ne fait du mal au contrat.

(61) D. 2000.AJ.429, obs. A. Marmontel ; RTD civ. 2001.163, obs. P.-Y. Gautier. V. aussi le commentaire également réservé de Jacques Mestre (RTD civ. 2001.140).

(62) P.-Y. Gautier, préc.

(63) Douai, 15 mars 2001, D. 2002.307, note André ; RTD civ. 2002.296, obs. J. Mestre et B. Fagès. Pour un raisonnement semblable à propos d'une rupture de pourparlers contractuels, V. *infra* n° 50 et s.

► L'archaïsation du contrat par le droit de la concurrence : de la catégorie juridique au « lien »

□ 48. Mais si l'on devait désigner une crainte, un risque que le droit de la concurrence ferait courir au contrat, si l'on devait trouver une différence forte de perspective entre droit des contrats et droit de la concurrence, on pourrait l'exprimer par l'enjeu de « préséance » entre appréhension du contrat comme situation de fait et appréhension du contrat comme situation de droit. En effet, la maturation des organisations sociales a transformé des liens en des contrats, et le droit a édifié le contrat en une catégorie juridique autonome et fermée, oublieuse du lien qui anthropologiquement l'avait fait naître. Le droit de la concurrence au contraire ne se soucie du contrat que pour saisir par transparence l'accord initial, le lien d'intérêts produisant des comportements articulés (64).

□ 49. On peut en trouver deux manifestations. En premier lieu, cette méthode du droit de la concurrence explique le statut secondaire du contrat, en tant qu'organisation de droit, dans la détermination des ententes. Ainsi, le contrat n'est pas en soi, il est seulement un accord plus nettement perceptible, un accord qui se donne à voir, ni plus ni moins (65). Dès lors, ce qui est attaché au contrat en tant qu'il est un acte juridique, n'a pas de pertinence. Ainsi, peu importe qu'un accord soit ou non doté de la force obligatoire, pourvu qu'il soit exécuté. Le fait de l'exécution supplée l'absence d'obligatoire, l'exécuté se substitue à l'exécutoire, cette notion hautement juridique n'est plus requise.

(64) En cela, le droit de la concurrence est illustratif du droit économique qui saisit les liens, les intérêts et les pouvoirs à travers les catégories juridiques abstraites. Sur ce mouvement, V. l'étude de référence de Gérard Farjat, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts*, RTD civ. 2002.221 et s.

(65) On sait que la démonstration de cet accord est la difficulté probatoire majeure du droit des ententes. V. dernièrement Cons. conc. 7 nov. 2002, *Chapelle et Senavem c/ Darty*, Contrats, conc. consom. 2003, n° 73, p. 18, obs. M. Malaurie-Vignal.

□ 50. En second lieu, lorsque le droit de la concurrence sanctionne la rupture abusive de relations commerciales établies (66), qu'il le fasse au titre de l'abus de position dominante relative ou au titre de la sanction des pratiques discriminatoires, il méconnaît que juridiquement la liberté de ne pas contracter renait pleine et entière une fois le précédent contrat éteint. Cela est pourtant tenable parce qu'une « relation commerciale » forme un lien, créateur notamment d'investissement, de sacrifice et d'attente, lien doté en droit de la concurrence d'une pertinence archaïque que le droit des contrats peine à lui reconnaître (67).

□ 51. Ainsi, la notion si familière au droit civil de la prévisibilité, servie grâce au mécanisme contractuel (68), prend un nouveau tour en droit de la concurrence : il faudrait assurer à l'opérateur une prévisibilité au delà de l'instant du contrat. L'attente légitime du nouveau contrat, à supposer cette légitimité acquise notamment parce que le distributeur a fait des investissements dont la rentabilisation excède le terme contractuel, fait de la passation de ce contrat ultérieur la conséquence – et non plus la source – du principe de prévisibilité. Parce que le contrat a engendré des comportements anticipant l'après-contrat, celui-ci étant concrètement constitué par la passation d'autres contrats analogues, la prévisibilité, qui croise aussi bien la notion d'intérêt légitime que celle d'investissement à long terme, impliquerait une obligation de contracter de nouveau.

□ 52. D'une façon plus générale, le droit de la concurrence ne se départira pas de cette conception archaïsante du contrat, saisi comme un fait liant, car l'efficacité de cette branche du droit tient dans cette méthode factuelle, retrouvant le lien derrière le contrat, voyant en transparence des caté-

gories juridiques, pour se saisir directement des organisations économiques, y compris lorsque celles-ci sont contractuelles. Le droit de la concurrence est méthodologiquement « régressif » par rapport au droit commun des contrats, lequel était formellement plus achevé à l'époque romaine que le droit de la concurrence ne le sera jamais. Le droit de la concurrence, analysé du côté du système juridique, est ainsi doublement régressif, d'un part en ce qu'il contribue à réduire la place du droit commun (69) et en tant qu'il déjuridicise les notions juridiques.

□ 53. Le droit commun des contrats est-il exposé à une telle archaïsation ? On a pu le penser à propos des groupes de contrats, lorsque, avant que l'Assemblée plénière n'y remette bon ordre, la première chambre civile a dans son arrêt du 21 juin 1988 (70) imposé le régime contractuel entre deux personnes parties à des contrats juridiquement distincts d'un même groupe contractuel, par seule référence au lien ainsi établi (71). Il demeure que pour le droit de la concurrence, le contrat est un fait tandis que, par une même tautologie, le contrat est un acte, c'est-à-dire un artefact, pour le droit commun des obligations. La différence méthodologique est difficile à surmonter.

◆ LA PERSPECTIVE : LE CONTRAT COMME MOYEN DE RÉGULATION DES MARCHÉS AU DELÀ DE LA PURE ET SIMPLE CONCURRENCE

□ 54. On prendra ici comme acquis, sans méconnaître par ailleurs les discussions sur

(66) Art. L. 442-6.I.5° c. com.

(67) V. cependant Com. 28 févr. 1995, RTD civ. 1995.885, obs. J. Mestre. L'auteur se réfère donc à cette situation de « liens juridiques » (V. aussi B. Fages et J. Mestre, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, préc. p. 77).

(68) H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, préc. p. 643-659.

(69) L'exemple du droit de la concurrence est expressément pris par Bruno Oppet, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, Mélanges D. Holleaux, Litec, 1990, p. 317-330.

(70) Sur cette évolution, V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil - Les obligations*, 8^e éd. Précis Dalloz, 2002, n° 505 et s., p. 498 et s.

(71) D. 1988.5, note Ch. Larroumet ; RTD civ. 1989.74 obs. J. Mestre ; JCP 1988.II.21125, note P. Jourdain.

cette définition même, qu'il y a régulation des marchés lorsque, par des instruments juridiques divers, ce qu'on a pu appeler un « appareillage juridique » (72), des marchés sont structurés sur un équilibre entre un principe de concurrence et un autre principe. Si l'on s'en tient par méthode à cette définition, il apparaît alors que le contrat peut devenir un instrument de régulation des marchés, pour nuancer ou venir en équilibre avec le principe concurrentiel de ceux-ci. C'est notamment le cas des nouveaux règlements communautaires d'exemption, dessinés pour inciter à des structurations contractuelles traduisant un équilibre heureux entre la concurrence et autre chose. Plus encore, dans des marchés cette fois-ci expressément régulés, on pense ici notamment aux marchés des télécommunications ou de l'énergie, le cœur de la régulation, à savoir l'interconnexion, s'opère désormais par des contrats, prenant la place de simples protocoles techniques. Enfin, les contrats sont aujourd'hui la base non plus seulement de structures se superposant à des marchés – comme le sont les réseaux de distribution – mais le socle des marchés eux-mêmes. C'est notamment le cas désormais pour les marchés financiers, l'entreprise de marché construisant cet espace d'échanges uniquement par le mécanisme du contrat.

► Le jeu dialectique des règlements d'exemption : le contrat, outil d'équilibre des marchés entre concurrence et d'autres choses

□ 55. Là encore, le droit de la concurrence a beaucoup évolué. Le temps n'est plus où les exemptions, individuelles ou collectives, avaient pour seule fonction, type de con-

trat par type de contrat, de ménager la concurrence, en réécrivant au besoin les contrats selon une sorte de contrat-type obligatoire, composées des clauses autorisées, des clauses blanches.

□ 56. Tout d'abord, procédant cette fois-ci par type d'organisation économique et non plus par type de contrat, à travers notamment le règlement sur les accords de distribution, qu'ils soient par exemple de concession ou de franchise, la Commission insiste sur le fait que la liberté contractuelle est première, ce qui signifie qu'elle peut reflleurir sans craindre entre les pavés des clauses noires, c'est-à-dire des clauses interdites (73). Les clauses blanches ne sont plus dictées, la liberté contractuelle y pourvoira.

□ 57. Plus encore, la façon dont les clauses sont interdites ou laissées à la liberté contractuelle n'exprime pas uniquement la résistance admissible à la concurrence par rapport à l'intérêt des parties au contrat. Il s'agit davantage d'un équilibre entre la concurrence et d'autres principes, par exemple la nécessité d'une organisation économique en réseaux plus stable et durable que le seul jeu du marché excessivement mobile pour certains produits. Au delà de cet équilibre entre les bienfaits de la mobilité concurrentielle et la stabilité des réseaux économiques intégrés, ce qui n'est finalement que la balance entre deux organisations économiques à même finalité, la perspective de régulation peut prétendre établir des équilibres plus complexes.

□ 58. Il en est ainsi dans l'équilibre entre la concurrence et l'innovation. Sans entrer dans l'analyse même de ce rapport, notamment dans la question de savoir si le dynamisme concurrentiel peut ou non produire à lui tout seul l'innovation dont le marché se nourrit, la recherche de l'innovation prend la forme de contrats, principalement des contrats pour rechercher l'innovation et des contrats pour transmettre l'innova-

(72) M.-A. Frison-Roche, Définition du droit de la régulation économique, D. 2004.Chron.126-129, et les références citées, notamment d'autres travaux juridiques proposant d'autres définitions, généralement plus large que celle retenue ici. Pour des travaux économiques, V. pareillement les références in M.-A. Frison-Roche, Les nouveaux champs de la régulation, in *La régulation : nouveaux modes ? nouveaux territoires ?*, RF adm. publ. n° 109, 2004, p. 53-64.

(73) Commission européenne, La politique de concurrence en Europe. Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2002.

tion. Les premiers, contrats de recherche et développement, bénéficient depuis longtemps d'un assouplissement de la prohibition des ententes et du contrôle des concentrations, dès l'instant que l'intention anticoncurrentielle ne se cache pas derrière le projet d'accroître le savoir et que la capacité d'innovation des concurrents demeure.

□ 59. Plus encore, le règlement communautaire d'exemption sur les transferts de technologie du 31 décembre 1996 a précocement admis que la liberté contractuelle puisse organiser la circulation de l'innovation par un autre biais que la seule mise sur le marché des produits innovants (74). De ce fait, par le caractère électif du contrat de transfert de technologie, type de contrat correspondant donc par excellence à la catégorie des contrats *intuitu personae* par rapport à l'impersonnelle catégorie des contrats de marché (75), ce transfert est laissé à la liberté des parties, le texte communautaire d'encadrement régulant l'équilibre entre la concurrence et l'innovation, celle-ci étant conservée et accrue par la transmission particulière qui est faite du savoir technique. Le nouveau règlement du 27 avril 2004, influencé par les règles nord-américaines en la matière, recherche plus nettement encore cet équilibre. Ainsi, par le contrat dont le principe est la liberté, les autorités de concurrence parviennent à manœuvrer l'organisation des marchés, à penser et à établir des équilibres entre le principe concurrentiel et d'autres soucis, c'est-à-dire utilisent le contrat comme moyen de régulation des marchés.

► Le jeu nouveau des contrats dans la construction même des marchés

□ 60. L'utilisation du contrat comme moyen de structuration des marchés peut aller plus

(74) V. par ex. G. Bonet, Le nouveau règlement d'exemption par catégorie d'accords de transfert de technologie, RTD eur. 1996.305 et s.

(75) Sur cette distinction préalablement rappelée, V. *supra* n° 14.

loin encore. Il ne s'agit pas ici d'évoquer l'hypothèse dans laquelle des contrats ordinaires pourraient suffire à faire qu'un système ou qu'un marché fonctionne, par le seul ajustement heureux des intérêts et des positions, ce qui renvoie au thème de l'autorégulation (76), mais plutôt des contrats organisés par le droit pour engendrer les contraintes et les pouvoirs nécessaires à la construction de marché, dont naguère la puissance publique avait la charge (77). Il n'en sera ici pris que deux exemples (78). Tout d'abord, il existe des secteurs par nature régulés, parce qu'ils s'organisent autour d'un unique réseau de transport que les opérateurs doivent nécessairement utiliser, par exemple le réseau de transport de l'électricité. Ce réseau technique constitue une infrastructure essentielle constitutive d'un monopole naturel, en ce que les opérateurs ne peuvent s'en passer et qu'ils n'ont pourtant pas les moyens d'en construire un autre à leur profit (79). Le fonctionnement du réseau ne posait pas de problème juridique lorsque l'organisation économique était celle de l'intégration, c'est-à-dire celle d'une entreprise unique, généralement pu-

(76) V. not. E. Brousseau, Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?, in Concurrence et régulation des marchés, Cah. fr. Doc. fr. 2003, p. 64-70.

(77) Sur cette perspective aujourd'hui éloignée, V. Association Droit et Démocratie, La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché, n° spéc. Petites affiches, 17 sept. 2001.

(78) Ces deux exemples sont pertinents parce que la régulation s'y organise à travers des contrats au strict sens juridique du terme. Par ailleurs, il peut arriver que, d'une façon imagée, des économistes évoquent des « contrats de régulation », mais il s'agit alors de viser les contreparties que le régulateur confère aux entreprises régulées pour qu'elles trouvent des avantages compensant les contraintes et qu'elles aient alors intérêt à se soumettre aux impératifs visés par le régulateur (V. not. O. Dumez et A. Jeunemaître, Montée en puissance passée et impasse actuelle de la régulation économique européenne des industries de réseaux, in Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, coll. Droit et économie de la régulation, vol. 2, Dalloz/Presses de Sciences Po, 2004, p. 1-16).

(79) Sur cette notion d'infrastructure essentielle, ou, si l'on prend l'expression tirée littéralement de l'anglais, de « facilité essentielle », V. par ex. dans une perspective économique, J.-M. Chevalier, La gestion des réseaux d'infrastructure essentielle, Rev. conc. consom. 1995, et dans une perspective juridique M.-A. Frison-Roche, Libres propos sur le « service public marchand », dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle, RJDA 1995.847 et s.

blique, maîtresse à la fois de la production, du transport, de la distribution et de la vente, comme le fût EDF en matière électrique.

□ 61. La libéralisation des secteurs, par exemple ceux du téléphone et des services associés, de l'électricité et du gaz, a entraîné une déverticalisation, c'est-à-dire un éclatement des fonctions, dont certaines sont offertes à la concurrence. Pour continuer sur l'exemple du secteur électrique, la vente de l'énergie électrique peut depuis la loi du 20 février 2000 être proposée à certains consommateurs par des concurrents d'EDF, mais la gestion du réseau de transport demeure sous la maîtrise et la propriété de celle-ci. La situation est identique pour le réseau de la téléphonie.

□ 62. Le mixte entre le caractère monopolistique de l'infrastructure essentielle, qui appelle des techniques de régulation (80), et l'ouverture à la concurrence sur les services, qui amène naturellement à la passation de contrats, aboutit à ce que l'accès des concurrents à ces réseaux se fasse par des contrats. Mais cette nouvelle façon, ordinaire donc, d'organiser l'interconnexion, sur le principe de la liberté contractuelle, va susciter des difficultés. En effet, l'interconnexion n'est pas accessoire dans les systèmes de régulation, elle est au contraire en son cœur. L'interconnexion va justifier d'autant plus de contraintes et de pouvoirs d'une partie sur l'autre que la régulation s'éloigne du seul objectif d'ouvrir la concurrence partout où elle est économiquement possible pour s'orienter vers une définition de la régulation davantage conçue comme une gestion des risques et une prévention des crises (81). Dès lors, ces contrats ont pour caractéristique d'être des contrats d'adhésion et d'être contrôlés par le régulateur sectoriel. Ainsi, alors qu'on s'accorde à poser qu'il s'agit de contrats de

droit privé, puisqu'ils s'associent à la libéralisation des secteurs, des textes vont conférer au gestionnaire du réseau de transport des pouvoirs exorbitants (82).

□ 63. Plus encore, le régulateur ayant en charge la bonne organisation de l'interconnexion, il ne peut pas rester en dehors de ces contrats. Le système juridique a ainsi établi le régulateur comme nouveau juge des contrats. Non seulement, celui-ci approuve les contrats-type mais encore il dispose du pouvoir de trancher les différents d'interconnexion entre les opérateurs (83). Par un mouvement logique, si l'interconnexion est organisée par le contrat, le régulateur devient son juge (84), de la même façon que les clauses anticoncurrentielles ont institué le Conseil de la concurrence « juge du contrat » (85).

(82) D'une façon exemplaire, le décret du 30 avril 2004, concernant l'accès au réseau de transport d'électricité, accès sollicité auprès du gestionnaire de réseaux, par ceux qui veulent vendre de l'électricité et par ceux qui veulent en acheter, ce qui suppose l'acheminement du produit de l'un à l'autre, confère au gestionnaire des pouvoirs de régulation, lui permettant notamment de contrôler la solidité financière de ceux qui le sollicitent ou de suspendre tout acheminement si la sécurité du système l'oblige. Les pouvoirs unilatéraux de l'un écrase la force obligatoire du contrat. Cela reflète certes un mouvement plus général observé en droit des obligations (Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme dans le droit des obligations*, Economica, 1999) mais ici c'est un pouvoir général de régulation qui est conféré à l'un sur l'autre.

(83) L'article L. 36-8-I du code des postes et télécommunications donne pouvoir à l'Autorité de régulation des télécommunications pour apprécier un refus d'interconnexion, un échec des négociations commerciales ou un désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion (pour une description des premières décisions, V. E. Rolin, *Le règlement de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications*, in *Régulateurs et juges*, n° spéc. Petites affiches, 23 janv. 2003.26-37). V. Concernant le secteur de l'énergie, l'art. 38 L. du 10 févr. 2000 donne un semblable pouvoir à la Commission de régulation de l'énergie (CRE) (V. Th. Tuot, *Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends*, AJDA 2003.312-323 et L. Richer, *Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie*, in *Mouvement du droit public*, préc. p. 392-406).

(84) Sur la question, ici annexe, de savoir si le régulateur est véritablement un juge, notamment lorsqu'il tranche un litige d'interconnexion, V. not. A. Seban, *Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation*, in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, n° spéc. Petites affiches, 3 juin 2002.63-69.

(85) Pour reprendre l'expression de René Poesy (*Le Conseil de la concurrence, juge du contrat*, préc.).

(80) M. Bazex, *La théorie des facilités essentielles, entre concurrence et régulation*, Rev. conc. consom. n° 199, janv. 2001.

(81) Sur le mouvement économique, V. J. Crémer, *La sortie de crise dans les systèmes de régulation*, à paraître. Sur le mouvement juridique, V. M-A. Frison-Roche, *Les nouveaux champs de la régulation*, préc., spéc. p. 55 et s.

□ 64. Deux ajustements vont alors devoir se faire entre droit de la régulation et droit des contrats, ajustements qui rappellent les difficultés rencontrées lorsque l'autorité des marchés financiers porte des appréciations sur des pactes d'actionnaires, notamment pour en dégager une action de concert. Tout d'abord, le régulateur, compétent au titre de l'interconnexion, va-t-il pouvoir exercer un office sur des clauses du contrat qui ne relèvent pas directement de cela ? A première vue, le régulateur n'a pas de plénitude de juridiction et il doit se cantonner à ce qui est strictement nécessaire pour le bon fonctionnement technique de l'interconnexion. Les régulateurs se présentent eux-mêmes comme n'ayant qu'un office limité à cela (86), mais les décisions adoptées montrent beaucoup plus d'ambition, par exemple lorsque le régulateur engage la responsabilité contractuelle du gestionnaire du réseau (87). Certes, ici comme pour bien d'autres de ses prérogatives, on peut se demander d'où le régulateur tient-il ces pouvoirs qu'il exerce sans qu'on puisse toujours en désigner la source légitime, mais cela pourra éviter un écartèlement du contentieux contractuel et de l'interprétation prétorienne de ce type de contrat entre le régulateur et les juridictions de droit commun. La compétence conférée par les lois à la Cour d'appel de Paris pour connaître des recours contre les décisions de règlement des différends adoptées par les régulateurs devrait aider à ce qu'une unité acceptable soit conservée (88).

(86) Par exemple, le régulateur refuse d'apprécier la légalité du décret en application duquel le contrat a été rédigé (décis. Autorité de régulation des télécommunications n° 98-506 du 24 juin 1998, *Coppers communication c/ France Telecom*) ou de condamner une partie à prendre en charge les frais de procédure exposés par l'autre (décis. CRE du 11 sept. 2003, *Eurotunnel c/ RTE*). La Commission de régulation de l'énergie précise dans sa décision du 24 juin 2003, *RTE c/ RFF et SNCF*, que sa compétence se limite aux « différends relatifs à l'accès aux réseaux ou à leur utilisation », mais pour ajouter aussitôt « jusques et y compris dans les questions annexes qui en sont inséparables » (p. 26). Formule qui peut englober beaucoup.

(87) V. en matière électrique, décis. CRE du 27 mars 2003, *Papeterie de Bègles c/ EDF*.

(88) Par exemple, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler qu'elle pouvait non seulement juridique-

□ 65. En second lieu, le régulateur règle les litiges d'interconnexion non pas pour apaiser un conflit entre personnes, le régulateur étant en charge du secteur et non pas de la protection des droits des entreprises, le droit de la régulation étant en cela de même nature que le droit de la concurrence, mais pour que l'interconnexion, technique sur laquelle repose l'équilibre du secteur, soit efficace. C'est pourquoi le régulateur exerce de fait plus de pouvoir et plus de contrainte, pouvant enjoindre des modifications du contrats, notamment des prix contractuels d'interconnexion (89), voire désigner même les personnes signataires du contrat (90). Ces pouvoirs vont de soi puisqu'il est chargé de l'accès équitable des compétiteurs au réseau, mais il en résulte que ce juge exceptionnel du contrat exerce sur celui-ci plus de prérogatives que le juge de pleine juridiction, ce qui ne peut qu'engendrer des tensions dans le système juridique.

□ 66. L'autre exemple de mécanismes contractuels utilisés non plus pour opérer des échanges sur des marchés, non plus même pour superposer sur les marchés des organisations économiques de principe différenciés, comme dans le cas des réseaux intégrés, mais de contrats qui sont le socle même sur lequel le marché est construit, peut être pris en matière financière.

□ 67. En effet, le mouvement de libéralisation des marchés financiers a mis fin au monopole public des places financières. Désormais, notamment depuis la loi du 2 juillet 1996, des entreprises de marché, dont Euronext est un exemple européen et le

ment mais encore techniquement connaître d'un recours concernant la fixation d'un tarif, par le biais de la nomination d'un expert financier (Paris, 26 févr. 2002, 9 *Telecom c/ France Telecom*).

(89) Ainsi, l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications donne à l'ART le pouvoir de préciser les conditions équitables, techniques et financières d'accès au réseau. La jurisprudence lui permet en conséquence de formuler des injonctions aux parties (Paris, 28 avr. 1998). Dans le même mouvement, le Conseil d'Etat interprète largement les pouvoirs réglementaires du régulateur (CE 26 juin 1998, *AXS Télécom*, AJDA 1998.636, obs. F. Raynaud et P. Fombeur).

(90) CRE, décis. du 24 juin 2003, *RTE c/ RFF et SNCF*, préc.

New York Stock Exchange un exemple outre-Atlantique, peuvent concevoir des espaces d'échange d'instruments financiers, qu'elles offrent tout à la fois aux entreprises émettrices voulant faire appel public à l'épargne et aux investisseurs. L'accès des émetteurs au marché (91) est organisé et régit par un contrat entre ceux-ci et l'entreprise de marché. Ainsi, une dimension essentielle de la régulation financière est laissée à des contrats passés entre des sociétés de droit privé, les entreprises de marché étant elles-mêmes fréquemment cotées.

□ 68. Ces contrats d'accès sont d'une part largement préédigés par le régulateur financier et d'autre part soumis à son contrôle. Plus encore, les contrats confèrent à l'entreprise de marché des pouvoirs exorbitants, de même type que ceux dont sont aujourd'hui dotés les gestionnaires de réseaux d'infrastructure essentielle (92), notamment des pouvoirs disciplinaires et d'exclusion, à tel point que des auteurs ont pu douter avoir affaire à un contrat de droit privé, voire à un contrat (93). Mais la régulation se prête particulièrement mal à la distinction du droit public et du droit

privé (94) et peut-être faudrait-il penser la catégorie contractuelle à partir de ce qui lui est sous-jacent, à savoir l'organisation de la régulation elle-même, ce qui amènerait à la notion de « contrat de régulation ».



En conclusion, il est urgent de penser plus sûrement le droit des contrats lorsqu'il ne s'agit plus de simples contrats d'échange, plus même de contrats structurant une organisation différente du marché mais compatible avec lui, mais de contrats sur lesquels le marché est construit, soit parce que le cœur névralgique du marché repose sur des contrats portant sur l'interconnexion, soit parce que c'est le marché tout entier qui résulte d'un contrat, comme c'est désormais le cas pour les marchés financiers reposant sur des rapports contractuels entre l'entreprise de marché et les utilisateurs. Dans cette pointe avancée du « contrat-organisation », dans ces « contrat-structure », dans ces « contrats de régulation », le droit des contrats doit être manié comme un outil de régulation, c'est-à-dire avec des contraintes et surtout une surveillance nouvelle du régulateur.

(91) Par ailleurs, sur les contrats d'accès des investisseurs, V. S. Bonfils, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, à paraître.

(92) V. *supra* n° 62 et s. Sur l'analogie économique entre organisation des industries de réseaux ouvertes à la concurrence et marchés financiers régulés, V. Ch. de Boissieu, *Comparabilité économique entre système concurrentiel de biens et services et système boursier et financier*, in *Droit boursier et droit de la concurrence*, n° spéc. Petites affiches, 21 juill. 1999, p. 5-7.

(93) V. not. Th. Bonneau (*De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché*, RTD com. 1999.257) et Ph. Neau-Leduc (*A propos de la réglementation des marchés financiers*, Mélanges M. Cabrillac, préc, p. 499-515) qui y voient plutôt un pouvoir réglementaire exercé par des personnes privées.

(94) V. notamment la démonstration de Philippe Neau-Leduc, *La réglementation de droit privé*, coll. Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 1998.

