

OCTOBRE 2021

RAPPORT

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DU PRIX

Groupe de travail présidé par **Maurice Nussenbaum**,
Expert financier, associé fondateur et président de Sorgem Évaluation,
Professeur émérite de l'université Paris-Dauphine-PSL

Rapporteur : **Diego de Lammerville**,
Avocat Associé, Clifford Chance



LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DU PRIX

RAPPORT DU CLUB DES JURISTES

Commission ad hoc
OCTOBRE 2021



4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04
www.leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	6
I. LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTRÔLE DU PRIX PAR LE JUGE	11
1.1 L'exclusion du contrôle du prix par le juge en droit commun	12
■ 1.1.1 Le retrait de principe du juge au stade de la fixation du prix	13
(a) La tradition : un pouvoir judiciaire variable selon le type de contrat	13
(i) <i>Un pouvoir nul dans les contrats relatifs à un bien</i>	13
(ii) <i>Un pouvoir net pour fixer le prix des services</i>	16
(b) L'actualité : retrait général du juge au stade de la fixation du prix	18
■ 1.1.2 Le rôle ponctuel du juge au stade du contrôle du prix	19
(a) Les cas de correction directe du prix	19
(i) <i>Les cas sanctionnant une rupture de l'équilibre voulu</i>	19
(A) La révision du prix en réponse à une inexécution	19
(B) La révision pour imprévision	21
(ii) <i>Les cas corrigeant l'équilibre initialement convenu</i>	22
(A) Exceptions liées à des motifs de politique publique	22
(B) Exceptions en matière d'honoraires	22
(1) Les justifications en faveur d'une telle exception	23
(2) Applications pratiques de l'exception : les critères pris en compte pour déterminer l'excès	24
(b) Les cas de correction indirecte	25
(i) <i>La lésion en matière de vente immobilière</i>	25
(ii) <i>Les cas sollicitant les ressources de la responsabilité civile</i>	26
1.2 L'affirmation du contrôle du prix dans différentes branches du droit	29
■ 1.2.1 Le contrôle des prix excessifs pratiqués par une entreprise dominante	29
(a) Le principe de la liberté de fixation du prix	29
(b) Les justifications en faveur de l'exercice d'un contrôle des prix fixés par une entreprise dominante en droit de la concurrence	30
■ 1.2.2 Le fondement juridique du contrôle du prix par les autorités de régulation dans le cadre de leur pouvoir de règlement de différends	34

■ 1.2.3 Le contrôle du prix par le juge en droit des pratiques restrictives de concurrence	36
(a) Une réticence historique au contrôle judiciaire du prix, bouleversée par la loi LME	37
(i) Approche historique du contrôle du prix avant la LME du 4 août 2008	37
(A) Les textes fondateurs	37
(1) L'ordonnance du 30 juin 1945	37
(2) L'ordonnance du 1 ^{er} décembre 1986	37
(3) La loi NRE du 15 mai 2001	39
(B) La valeur constitutionnelle de la liberté des prix	39
(ii) Le séisme causé par la LME	42
(b) La consécration du contrôle des prix en matière de pratiques restrictives de concurrence	44
(i) Le contrôle du prix disproportionné des seuls services	45
(ii) Le contrôle du prix sous couvert du déséquilibre significatif	46
(iii) Le contrôle du prix manifestement disproportionné de tout avantage	52
(iv) La résistance de la cour d'appel de Paris	59
(v) Le pouvoir d'astreinte, l'arme absolue du ministre	61
■ 1.2.4 Analyse critique du contrôle des prix	65
(a) Critique générale	65
(i) Arguments contre un contrôle des prix excessifs	65
(ii) Arguments en faveur d'un contrôle des prix excessifs	66
(b) Critique en droit des pratiques restrictives de concurrence	67
(i) Vives critiques d'un contrôle des prix sans condition de soumission	67
(ii) Critiques de la mise en œuvre d'un contrôle des prix avec condition de soumission	68
■ 1.2.5 Les fondements envisageables pour lutter contre l'expansion excessive du contrôle du prix en droit des pratiques restrictives de concurrence	69
(a) La violation de la loi d'habilitation, la loi Egalim	69
(i) Sur la possibilité d'invoquer le dépassement de l'habilitation d'une ordonnance même après l'expiration du délai d'habilitation	70
(ii) Sur la caractérisation du dépassement de l'habilitation par l'ordonnance du 24 avril 2019	74
(b) L'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre	75
(c) L'impossibilité d'invoquer la violation de l'article 1168 du Code civil	76

2. LES MODALITÉS DE CONTRÔLE ET DE FIXATION DU PRIX PAR LE JUGE	78
2.1 Les approches utilisées en matière de pratiques restrictives de concurrence	80
■ 2.1.1 Les méthodes extrinsèques (comparatives)	80
■ 2.1.2 La rentabilité raisonnablement attendue	81
(a) Au moment de la fixation du prix	81
(b) Après la conclusion du contrat	86
2.2 L'apport des approches utilisées en matière de pratiques anticoncurrentielles	87
■ 2.2.1 Les critères retenus pour apprécier le caractère abusif d'un prix	88
(a) Établir que l'écart entre les coûts réels et les prix effectivement pratiqués est excessivement disproportionné	88
(b) Déterminer le caractère non équitable des prix, en tant que tels ou par rapport aux produits concurrents	90
■ 2.2.2 Les approches issues des décisions relatives aux pratiques anticoncurrentielles permettant de qualifier des prix anormalement élevés ou anormalement bas	92
(a) Le recours à des situations contrefactuelles	92
(i) <i>Méthode comparative avant / après</i>	92
(ii) <i>Méthode comparative avec d'autres marchés géographiques ou d'autres marchés de produits</i>	93
(iii) <i>Méthode dite des « doubles différences »</i>	93
(b) La nécessaire référence aux notions de coûts économiques	93
(c) L'analyse des effets	95
(i) <i>Le test du sacrifice de profit</i>	96
(ii) <i>Le test du concurrent aussi efficace</i>	96
(iii) <i>Le test du préjudice du consommateur</i>	97
(iv) <i>Le test de ciseau tarifaire</i>	97
■ 2.2.3 Panorama de jurisprudence	98
2.3 Le contrôle du prix par les autorités de régulation	103
■ 2.3.1 Le contrôle tarifaire exercé par l'Arcep dans le cadre de son pouvoir de règlement de différends	103
(a) Les méthodes de revue des tarifs en matière de règlement des différends par l'Arcep avant 2004	104
(i) <i>Le principe de symétrie tarifaire</i>	105
(ii) <i>Principe d'orientation vers les coûts</i>	106
(iii) <i>Le test de ciseau tarifaire</i>	107
(iv) <i>La comparaison internationale</i>	107
(v) <i>Recours à l'expertise</i>	108
(b) L'absence d'impact du « Paquet Télécom » sur les pouvoirs de fixation de prix du régulateur	108

(c) Les méthodes de revue des tarifs en règlement des différends par l'Arcep après 2004 pour les opérateurs désignés comme puissants	110
(d) Les décisions de l'Arcep post-2004 faisant référence à l'équité à titre quasi-exclusif	111
■ 2.3.2 Le contrôle tarifaire exercé par la CRE, l'ART et le CSA dans le cadre de leurs pouvoirs respectifs de règlement de différends	114
(a) Le contrôle tarifaire exercé par le CoRDîS	114
(b) Le contrôle tarifaire mis en œuvre par l'ART	116
(c) Le contrôle tarifaire exercé par le CSA	117
■ 2.3.3 Conclusion	119
2.4 L'apport d'autres approches	120
■ 2.4.1 L'approche par les coûts	122
(a) Principe	122
(b) Les méthodes fondées sur les coûts issues de la mise en place de politiques de prix de transfert	123
(i) Méthode du prix de revente moins (« Resale Minus »)	124
(ii) Méthode du prix de revient majoré (« Cost Plus »)	124
■ 2.4.2 La prise en compte de l'utilité du service et de la contribution à la création de valeur (i.e. approche fonctionnelle)	125
(a) L'analyse des fonctions associées	125
(b) L'analyse de la proportionnalité de la rémunération au service rendu	126
3. RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE	129
3.1 Recommandations sur le principe même du contrôle du prix	130
3.2 Méthodes de contrôle du prix les plus pertinentes	131
■ 3.2.1 Bien définir une situation contrefactuelle	131
■ 3.2.2 Privilégier une approche multicritères	132
■ 3.2.3 Associer une méthode extrinsèque avec une des méthodes intrinsèques	133
3.3 Fiche méthodologique pratique pour la standardisation de l'utilisation des critères (méthode comparative et valeur ajoutée)	134
3.4 Fiche pratique concernant les documents et pièces à produire pour guider le juge dans le contrôle et la fixation du prix	135
SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS	138
ANNEXES	140
ANNEXE N° 1 : Présentation du Professeur Nicolas Warembourg	141
ANNEXE N° 2 : Le contrôle des honoraires excessifs par le juge	146
BIBLIOGRAPHIE	155
COMPOSITION DE LA COMMISSION	163

INTRODUCTION

Le contrôle judiciaire du prix et la sanction d'éventuels abus dans sa fixation ne sont pas choses nouvelles. Ils sont notamment apparus en droit romain avec l'introduction de la lésion au III^e siècle, au cours du règne de l'empereur Dioclétien. La lésion avait vocation à protéger une partie faible, la petite paysannerie, alors frappée par une dure crise économique, et parfois contrainte, par nécessité, de céder à vil prix ses terres à de riches propriétaires. Le juge romain pouvait prononcer l'annulation d'une vente immobilière dès lors que le prix reçu par le vendeur était inférieur de plus de moitié au juste prix (*iustum pretium*).

La détermination du juste prix, question de fait, incombait au juge¹, le droit romain n'en contenant aucune définition ; plusieurs méthodes pouvaient être utilisées :

- les théologiens moralistes affirmaient que chaque chose avait une valeur intrinsèque et retenaient une analyse a posteriori, à mesure de l'abus commis ;
- le prix d'achat de la matière première et celui du travail fourni pour transformer cette matière première pouvaient notamment être pris en considération ;
- les juges romains procédaient également à des analyses par comparaison, en fonction du marché concerné.

Dès l'Empire romain, le contrôle du prix par le juge et la sanction d'éventuels abus dans sa fixation ont ainsi été utilisés pour assurer la paix sociale et corriger des situations dans lesquelles une partie, en situation de faiblesse, ne parvenait pas à obtenir un juste prix, au terme de la négociation du contrat.

2 000 ans plus tard, ce même impératif de protection a animé le législateur, à l'occasion de l'introduction de la sanction du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au nombre des pratiques restrictives de concurrence figurant dans le Code de commerce.

Corollaire de la liberté retrouvée dans la négociation commerciale, le 2^o du paragraphe I de l'article L. 442-6 du Code de commerce a été modifié par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008² pour prévoir qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, « *de soumettre ou de*

1. Annexe n°1 : Présentation de Nicolas Warembourg, Professeur à l'Université de Paris I.

2. *Ibidem*. Annexe n°1 : Présentation de Nicolas Warembourg, Professeur à l'Université de Paris I.

tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »³.

Ce nouveau dispositif se substituait aux précédentes incriminations dont la mise en œuvre s'était avérée délicate⁴. Il avait vocation à protéger la partie faible dans la négociation, placé dans une situation de soumission par un partenaire commercial. La sanction du déséquilibre significatif devait ainsi « *rassurer le monde des fournisseurs* » et « *introduire (...) "des garde-fous" permettant d'éviter la brutalité de négociations commerciales qui ne se résumeraient plus qu'à une discussion directe sur les prix, sans aucune possibilité d'obtenir des services réels ou révéleraient un rapport de force totalement déséquilibré entre les parties* »⁵.

La similarité de cette notion de déséquilibre significatif avec celle existant en matière de protection des consommateurs contre les clauses abusives a été soulignée dès la genèse du texte⁶. Par décision du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a validé la conformité à la constitution de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce en considérant que la référence faite par le législateur à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties figurant à l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁷ permettait de définir cette infraction avec la précision requise pour la préservation des droits fondamentaux des justiciables⁸.

3. Article L. 442-6 I 2° du Code de commerce devenu L. 442-1 I. 2° du Code de commerce depuis la loi 2020-1525 du 7 décembre 2020. L'exposé des motifs du projet de loi indique que « *la libéralisation des relations commerciales s'accompagne d'un renforcement des sanctions, afin de protéger les acteurs les plus vulnérables.* », texte n° 842 de Mme Christine LAGARDE, ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'emploi, déposé à l'Assemblée nationale le 28 avril 2008, p. 12.

4. « [Le projet de loi] clarifie le système de sanctions pour empêcher les abus de puissance d'achat et de vente : sera désormais sanctionné le fait de soumettre un partenaire à des obligations qui auraient pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette obligation constitue un avantage ou un désavantage dans la concurrence. » (Rapport n° 908 de M. Jean-Paul CHARIÉ, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 22 mai 2008, p. 292).

5. Mme Marie-Dominique Hagelsteen, « *La réforme de la négociabilité des conditions générales de vente et des prix : pourquoi et comment ?* », Revue juridique de l'économie publique, n° 660, janvier 2009, p. 5.

6. « [la rédaction du b du 2° de l'article L. 442-6] renforce l'effectivité de la sanction de l'exploitation abusive d'un rapport de force par l'une des parties en soumettant celle-ci à des sanctions civiles dès lors qu'elle soumet ou tente de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Elle est d'ailleurs inspirée du Code de la consommation et des dispositions relatives à l'interdiction des clauses abusives, qui visent à empêcher les abus de puissance contractuelle dans le cadre d'une relation marquée par un fort déséquilibre entre le consommateur isolé d'un côté et l'entreprise de l'autre » (Rapport n° 908 de M. Jean-Paul CHARIÉ, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 22 mai 2008, p. 318).

7. Devenu l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

8. « *Considérant que, pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* ». Décision n° 2010-85 QPC – 13 janvier 2011, Établissements DARTY et Fils. La notion de « déséquilibre significatif » utilisée par le législateur en 2008 trouve une première source dans la jurisprudence civiliste, notamment dans le domaine des clauses exonératoires de responsabilité, de la lésion et du contrôle de proportionnalité. D'inspiration également consumériste – le texte s'inspire de la loi « *Scrivener* » du 10 janvier 1978 concernant les clauses abusives –, les termes de « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ont été repris du premier alinéa de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, aux termes duquel « *dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 32.

La similarité des deux notions juridiques laissait supposer que le déséquilibre significatif figurant dans le Code de commerce ne pourrait être utilisé pour caractériser une inadéquation au prix ou à la rémunération reçue. Cette possibilité est, en effet, expressément exclue s'agissant de la protection du consommateur contre les clauses abusives :

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »⁹.

Par un arrêt remarqué, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a toutefois considéré que le déséquilibre significatif pouvait être constitué par une inadéquation du prix au bien ou à la prestation de service vendu(e), dès lors que ce prix ne résultait pas d'une libre négociation et caractérisait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. La Cour a ainsi jugé que « l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix »¹⁰.

Novatrice pour une partie de la doctrine¹¹, cette affirmation du contrôle judiciaire du prix s'évinçait déjà, pour d'autres auteurs, de la lettre de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce et de la volonté du législateur lors de sa création¹².

Considérant que l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 constituait un changement de circonstances autorisant un nouvel examen du texte¹³, le Conseil constitutionnel a, par une nouvelle

9. Article L. 212-1 al. 3 du Code de la consommation.

10. « Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines (...) qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au chapitre II du titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. » Arrêt n° 135 du 25 janvier 2017 (n° 15-23.547) Cour de cassation - Chambre commerciale.

11. Martine Behar-Touchais, La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales, J.C.P. G. 2017, n° 10, 6 mars 2017, doctr. 255 ; Cyril Grimaldi, L'absence de contrepartie aux réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur à l'occasion de la négociation commerciale : une nouvelle pratique restrictive de concurrence, obs. sous Cass. Com 25 janvier 2017, Revue des contrats 2017, n° 03, p.470.

12. Muriel Chagny, Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux ?, RTD com. 2017. 593 ; Sophie Le Gac-Pech, L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 10, 9 mars 2017, 1135 ; Frédéric Buy, La cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, Recueil Dalloz 2017 p. 481 ; Dominique Ferré, Des précisions sur l'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, AJ contrat 2017. 132.

13. Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres : « (...) la Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt du 25 janvier 2017, que les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du Code de commerce n'excluent pas que "le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu" et qu'elles autorisent ainsi "un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties". Il en résulte un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées. »

décision du 30 novembre 2018¹⁴, confirmé la conformité à la Constitution des dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du Code de commerce, estimant notamment que « *les dispositions contestées permettent au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux* »¹⁵.

Ce principe étant posé, tant par la Chambre commerciale de la Cour de cassation que par le Conseil constitutionnel, le groupe de travail s'est attaché non pas à remettre en cause la validité ou la pertinence du contrôle judiciaire du prix en matière de pratiques restrictives de concurrence, mais à éclairer sa mise en œuvre. Rien ne vient en effet encadrer ou guider le juge amené, à la demande d'une partie ou du ministre de l'Économie, à contrôler le prix pour estimer s'il emporte ou non caractérisation d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Comment apprécier un tel déséquilibre ? Quelles sont les méthodes de contrôle du prix les plus pertinentes, quelles sont celles devant être écartées ? Pour importantes qu'elles soient, ces questions méthodologiques demeurent sans réponse. La disparité des solutions retenues par la jurisprudence est source d'insécurité juridique, et ce, d'autant plus que le contrôle du prix est réalisé *ex post*, parfois plusieurs années après la conclusion du contrat, à une époque où les motivations de telle ou telle partie l'ayant poussée à accepter les conditions commerciales, ont évolué ou disparu... (volonté d'entrer sur un marché, de consolider les relations avec tel ou tel client stratégique, d'écouler un stock, de réaliser des économies d'échelle...).

Le groupe de travail a analysé les hypothèses dans lesquelles le droit français autorise un contrôle judiciaire du prix et dégagé les enseignements pouvant en découler.

Il s'est ensuite efforcé de dégager des solutions et recommandations pratiques afin de guider le juge dans l'exercice de ce contrôle.

Le rapport du groupe de travail expose, en premier lieu, le champ d'application du contrôle du prix par le juge en distinguant le droit commun, d'une part, et le droit des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence, d'autre part.

Il analyse ensuite les modalités de contrôle et de fixation du prix par le juge en comparant les approches utilisées en droit des pratiques restrictives de concurrence, en droit des pratiques anticoncurrentielles ou par les autorités sectorielles (ARCEP¹⁶, CRE¹⁷, ART¹⁸ et CSA¹⁹).

14. Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

15. Considérant n° 12, décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

16. Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

17. Commission de régulation de l'énergie.

18. Autorité de régulation des transports.

19. Conseil supérieur de l'audiovisuel.

La troisième partie énonce les recommandations pratiques formulées par le groupe de travail, notamment quant au principe même de contrôle du prix en matière de pratiques restrictives de concurrence. Elle détaille les méthodes de contrôle les plus pertinentes et inclut également des fiches méthodologiques aux fins d'une harmonisation de l'utilisation des critères d'appréciation, afin d'améliorer la lisibilité et la prévisibilité des décisions de justice en la matière.

PARTIE I



LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTRÔLE DU PRIX PAR LE JUGE

PARTIE I

LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTRÔLE DU PRIX PAR LE JUGE

Si le contrôle du prix par le juge est principalement exclu en droit commun (1.1.), il est admis dans différentes branches du droit (1.2.), et notamment, pour ce qui nous intéresse, en matière de pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence.

1.1 L'EXCLUSION DU CONTRÔLE DU PRIX PAR LE JUGE EN DROIT COMMUN

Depuis la Révolution française et la fin du régime de fixation d'un prix par les corporations et jurandes, il est acquis que, sauf exception, le prix est l'affaire des parties. Sur cette question, un souffle libéral avait inspiré une partie des économistes du XVIII^e siècle²⁰. Turgot, en particulier, écrivait que, dans un échange particulier, « *la valeur de chacune des choses échangées n'a d'autre mesure que le besoin ou le désir et les moyens des contractants, balancés de part et d'autre, et n'est fixée que par l'accord de leur volonté* »²¹.

Le Code civil reflétait cette idée en 1804 par son article 1104, disposant que le contrat est « *commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle* ». Il la reflète encore aujourd'hui où l'actuel article 1108 du code dispose pareillement que « *le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ». Ces textes consacrent une conception subjective de la valeur d'échange, c'est-à-dire du prix, parce qu'ils disposent que l'égalité qu'appelle l'exigence de justice commutative est réalisée si chacun regarde ce qu'il reçoit comme l'équivalent de ce qu'il offre. Ce regard dépend des goûts et des projets du contractant au moment où il s'engage, de ses besoins et perspectives du moment, dans la situation où il se trouve. Dans ce système, le juge n'a, sauf cas particulier, aucune vocation à substituer son appréciation de l'équivalent à celle adoptée par les parties, sous réserve que leur consentement ait été libre et lucide. Il est, certes, capable d'estimer quelle valeur objective donner aux prestations, notamment quand le contrat est rétroactivement anéanti et qu'il

20. V. Ph. Jouary, « La lésion dans le Code civil de 1804 : étude sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil », *Droits*, n° 41, 2005, PUF, p. 103.

21. Turgot, « Réflexions sur la formation et la distribution des richesses », paru in *Éphémérides du citoyen ou Bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, 1769, t. XII, pp. 34-35 (cité p. 112 de l'article de M. Jouary).

y a lieu à procéder à des restitutions en valeur. Cependant, la valeur d'échange reste, par principe, l'apanage des parties. La distorsion entre ces deux valeurs n'appelle pas de correction *a posteriori* si le contrat, régulièrement convenu, a été parfaitement exécuté.

La conséquence de ce système est que la lésion ne doit pas, sauf exception légalement définie, anéantir l'accord des parties. L'article 1118 du Code Napoléon énonçait ainsi que « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* ». L'actuel article 1168 du code maintient ce principe en disposant que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Une de ces exceptions concerne la vente immobilière et on s'était demandé, en 1804, s'il n'y avait pas lieu d'étendre la solution. Comme Portalis le laissait entendre, des raisons imprégnées de morale chrétienne inclinaient en faveur de cette extension, mais le pragmatisme avait détourné les codificateurs de cette perspective. Ainsi, Portalis exposa-t-il que la lésion en matière mobilière ne saurait être considérée « *à moins qu'on ne voulût jeter un trouble universel dans toutes les relations commerciales, et qu'on ne voulût arrêter le cours des opérations journalières de la vie* »²².

La pensée économique libérale et la prudence du législateur convergèrent donc pour cantonner le juge à un rôle mineur en matière de prix. Le droit civil contemporain, après la réforme du droit des contrats opérée en 2016, confirme et même accroît ce retrait du juge dans la détermination du prix (1.1.1.). En revanche, il lui conserve la possibilité de sanctionner un prix excessif dans quelques cas bien déterminés (1.1.2.).

■ 1.1.1 Le retrait de principe du juge au stade de la fixation du prix

Ce retrait est plus accusé aujourd'hui qu'hier. En effet, traditionnellement, le juge avait le pouvoir de fixer le prix de certains contrats quand les parties avaient manqué à s'entendre sur un moyen de le déterminer (a.). Aujourd'hui, le législateur paraît complètement sortir le juge du jeu (b.).

(a) La tradition :

un pouvoir judiciaire variable selon le type de contrat

Avant la réforme de 2016, il était clair que le juge ne pouvait pas fixer le prix à la place des parties dans les contrats relatifs à la fourniture d'un bien, alors qu'il le pouvait dans ceux portant sur la fourniture d'un service. Son pouvoir était donc nul dans le premier cas (i.) et net dans le second (ii.).

(i) Un pouvoir nul dans les contrats relatifs à un bien

Les contrats nommés visant à transférer à autrui, à titre onéreux, les utilités d'un bien sont la vente, le bail et le prêt d'argent. Dans aucun

22. Portalis, Exposé des motifs du titre relatif à la vente, in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, par P. A. Fenet, tome 14, 1836, p. 140-141.

de ces cas, le juge n'avait le pouvoir de fixer le juste prix à la place des parties lorsque celles-ci n'avaient absolument rien prévu à cet égard.

En matière de vente, l'article 1591 du Code civil dispose que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». Pour autant, la Cour de cassation juge que « *l'exigence légale d'un prix déterminé n'implique pas que l'acte porte l'indication chiffrée du prix, dès lors que le prix est déterminable et ne dépend pas de la seule volonté d'une des parties ni d'un accord ultérieur entre elles* »²³. Il suffit donc que sa liquidation soit réglée par des critères objectifs. Si les parties ne s'accordent pas sur le prix auquel aboutissent concrètement ceux-ci, il appartient alors au juge de les appliquer, au besoin avec le secours d'un expert²⁴.

Ce faisant, l'expert ne fixe pas le prix de sa propre volonté : il traduit en termes concrets celle des parties, telle qu'exprimée par les termes abstraits de leur contrat. Par exemple, la Cour de cassation a estimé que n'était pas nulle la vente stipulant qu'une fraction du prix correspondrait à ce qui serait nécessaire à la venderesse pour « *vivre décemment* » dans le cas où elle se trouverait dans la gêne pour avoir perdu toute source de revenus. La cour d'appel ayant estimé le contraire se trouve censurée au visa de l'article 1591 du Code civil, car « *les termes de la clause précitée lui laissaient la possibilité de déterminer le prix de la vente par relation avec des éléments ne dépendant pas de la volonté des parties* »²⁵. En revanche, si aucune référence objective n'est donnée au juge pour déterminer ce montant, la vente se trouve nulle précisément parce que le juge ne s'autorise pas à se substituer aux parties dans la définition du prix²⁶.

De même, les parties peuvent avoir laissé la fixation du prix à l'estimation d'un tiers. Mais si ce dernier ne peut ou ne veut y procéder, l'article 1592 du Code civil affirme la nullité de la vente. Le juge ne peut suppléer la défaillance du tiers, ni même en nommer un si l'accord des parties a manqué à lui en donner le pouvoir²⁷.

En matière de bail, le Code civil est peu disert sur la nécessité d'une détermination du prix. Les législations spéciales ont souvent exigé que le loyer soit fixé par avance, mais en droit commun, on ne trouve guère que l'article 1716 du Code civil pour offrir une indication et pour le seul cas du bail verbal. Le texte aborde seulement la preuve du montant du loyer, supposant qu'un accord a existé sur ce point mais qu'un conflit s'élève sur son contenu, faute d'écrit. Il dispose alors que « *lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé,*

23. Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2016, n° 15-23548.

24. Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-10168, Bull. civ. IV, n° 99, LPA 1998, n° 38, n. PM.

25. Cass. 3^e civ., 15 janv. 1972, n° 70-13759 Bull. civ. III, n° 182.

26. Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, n° 96-13414, Bull. civ. I, n° 81, RTDC 900, obs. J. Mestre : cassation au visa de l'art. 1591 au motif « *qu'en se déterminant ainsi par des éléments extérieurs à l'acte de cession, la cour d'appel a procédé à une fixation judiciaire du prix et a ainsi violé le texte susvisé* ». Adde Cass. com., 29 juin 1981, n° 80-11821, Bull. civ. IV, n° 298 ; Cass. 3^e civ., 16 juin 1999, n° 97-18985 ; Cass. com., 23 mai 2006, n° 05-11406.

27. Cass. civ., 25 avril 1952, JCP 1952.II.7181, n. E. Becqué. Rapp. Cass. com., 26 juin 1990, n° 88-14444, Bull. civ. IV, n° 197, RTDC 1991.356, obs. Ph. Rémy.

et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts ». La solution est originale et se remarque en ce que, balançant entre une détermination unilatérale ou à dire d'expert, elle met le juge à l'écart de la fixation du prix. Après avoir hésité²⁸, la jurisprudence confirmera nettement l'incapacité du juge à cet égard²⁹.

Quand le contrat de bail est écrit, on admet généralement qu'en l'absence de texte, il convient de raisonner par analogie avec la vente pour régler la question de la détermination du prix³⁰. Un arrêt a semblé démentir cette tradition en jugeant que « *dans les contrats n'engendrant pas une obligation de donner, l'accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel de la formation de ces contrats* »³¹. Toutefois, la formule pouvait tout aussi bien signifier que le loyer n'avait pas besoin d'être déterminé pourvu qu'il soit déterminable, comme le prix en matière de vente. En outre, l'arrêt statuait sur un contrat combinant entreprise et bail, ce qui justifiait à soi seul la mise à l'écart de toute exigence de prédétermination du prix puisque celle-ci n'est pas requise en matière de prestation de services³².

Comme en matière de vente, il devrait donc suffire que le loyer soit déterminable selon des critères objectifs. Par exemple, l'engagement de concéder une licence pour une redevance FRAND (*fair, reasonable and non discriminatory*)³³ devrait permettre au juge d'en fixer le taux en l'absence d'accord des parties sur la signification concrète de cette référence. Cela n'a pas encore été jugé en France mais l'a été à l'étranger, alors que cet engagement se trouvait soumis au droit français³⁴.

Les limites du pouvoir du juge apparaissent, en revanche, quand la volonté des parties ne lui fournit aucune assise pour fonder sa décision. Par exemple, la Cour de cassation a eu à connaître d'un litige relatif à un bail professionnel qu'il était convenu de renouveler à l'identique sauf à l'égard du loyer. En l'absence d'accord des parties sur la révision de son montant, le juge avait-il le pouvoir de le déterminer pour elles ? En se fondant sur le seul droit commun dans la mesure où « *le loyer n'était soumis à aucune réglementation légale* », la Cour de cassation écarte nettement cette éventualité car « *les juges du fond ne pouvaient se substituer aux parties, en désaccord, pour fixer les modalités de sa révision* »³⁵.

28. Cass. 3^e civ., 3 octobre 1968, Bull. civ. III, n° 356, RTDC 1969.351, obs. G. Cornu, qui admet de retenir un chiffre moindre que celui établi par l'expert en se fondant sur une estimation antérieure du loyer faite par le bailleur lui-même.

29. Cass. 3^e civ., 15 mars 2000, n° 98-11855 ; Bull. civ. III, n° 54.

30. J. Huet (dir.), *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ 2012, n° 21143.

31. Cass. com., 26 janvier 1991, n° 89-16446 ; Bull. civ. IV, n° 42 ; JCP 1991.II.21751, n. L. Leveneur.

32. V. *infra*.

33. V. *infra*.

34. UKSC 2018/0214, 26 août 2020, *Unwired Planet International Ltd and another (Respondents) v Huawei Technologies (UK) Co Ltd and another (Appellants)*.

35. Cass. 3^e civ., 3 février 2000, n° 05-10724 ; Bull. civ. III, n° 25 ; Defrénois 2006.1236, obs. R. Libchaber.

Autre contrat onéreux consistant en la mise à disposition des utilités d'une chose, le prêt d'argent reflète un même cantonnement du pouvoir du juge. En effet, le taux d'intérêt définit le prix du crédit. Il doit être déterminé par les parties et être écrit pour valoir (C. civ., art. 1907). S'il est acquis que les parties ont entendu que le crédit soit onéreux mais ont manqué à convenir de son taux, le juge peut-il le déterminer ? La jurisprudence le refuse. Dans un tel cas, il convient d'appliquer le taux d'intérêt légal³⁶. De même, si le taux fixé vient à être annulé, le crédit ne devient pas gratuit. Le juge ne peut cependant pas faire autre chose que de lui substituer le taux légal³⁷.

Pareillement, si le taux franchit le seuil légal de l'usure, le juge n'est pas libre de ramener ce prix abusif à ce qui lui paraît juste au cas d'espèce. Il le ramène simplement au taux maximum autorisé en imputant les perceptions excessives sur ce qui reste dû, ou en ordonnant leur répétition³⁸.

Ces refus successifs de voir le juge déterminer le prix des choses en suppléant la volonté – absente ou irrégulière – des parties contrastent avec la liberté qui lui était traditionnellement reconnue en matière de services.

(ii) Un pouvoir net pour fixer le prix des services

La matière des prestations de services a pour dénominateur commun l'origine particulière de l'utilité que le contrat a pour objet de procurer au client. Celle-ci réside dans l'activité déployée par le prestataire, que ce dernier soit un individu ou une organisation humaine³⁹. C'est le trait commun au chercheur, au professionnel libéral, à l'agent d'affaires, à l'intermédiaire, à l'artiste, au sportif, à l'artisan, à l'ouvrier, à l'informaticien et à tous les fournisseurs de services, qu'ils soient intellectuels, physiques ou matériels.

Dans cet univers, la valeur de la prestation fournie reste d'abord l'affaire des parties mais sa détermination n'est plus, sauf législation particulière, un élément indispensable à la formation du contrat. Si les parties n'ont rien convenu au départ et qu'elles manquent à trouver un terrain d'entente ensuite, la solution traditionnelle est que le juge y pourvoira. Ce principe était bien établi en jurisprudence⁴⁰. En matière

36. Cass. 2^e civ., 31 mai 2001, n° 99-16198 ; Bull. civ. II n° 108 ; Contrats, conc., consom. 2001, n° 134, n. L. Leveneur ; Defrénois 2001.1434, obs. R. Libchaber : « l'arrêt, qui constatait l'omission dans l'acte du montant des intérêts conventionnels, a exactement décidé qu'il convenait de faire application du taux d'intérêt légal ».

37. Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1981, n° 80-12903, Bull. civ. I, n° 234, JCP G 1982.II.19713, n. M. Vasseur ; D. 1982, jur., 397, n. M. Boizard ; RTDC 1982.429, obs. P. Rémy ; RTD com. 1981.809, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié : « En matière de prêt d'argent consenti à titre onéreux et à défaut de validité de la stipulation conventionnelle d'intérêts, il convient de faire application du taux d'intérêt légal à compter de la date du prêt ».

38. C. conso., art. L. 341-48 : « Lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles L. 314-1 à L. 314-9 sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance. Si la créance est éteinte en capital et intérêts, les sommes indûment perçues sont restituées avec intérêts légaux à compter du jour où elles ont été payées ».

39. Dans le même sens, v. notamment P. Puig, Contrats spéciaux, 8^e éd., Dalloz, n° 803.

40. Pourtant, quelques auteurs ont laissé entendre que la jurisprudence aurait admis une fixation unilatérale du prix en ces matières (sur cet épisode, v. P. Puig, « Le prix dans les contrats de prestation de service », in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, PUAM 2017, p. 57, n° 9). Le point est inexact mais a sans doute été à la source d'un malentendu expliquant l'actuelle rédaction de l'article 1165 du Code civil (v. *infra*).

de mandat, la Cour de cassation jugeait, par exemple, qu'il incombait au juge, « *au vu des circonstances de la cause et de l'importance des services rendus, [de] fixer le montant de la rémunération du mandataire à défaut de convention des parties* »⁴¹. En présence d'un contrat d'entreprise, la Cour de cassation jugeait pareillement « *qu'un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage, de sorte qu'en l'absence d'un tel accord, il appartient aux juges du fond de fixer la rémunération compte tenu des éléments de la cause* »⁴².

Comme on y reviendra plus loin, la raison qui justifie ce pouvoir judiciaire tient à la nature même de la prestation de services. Pour le client comme pour le prestataire, la valeur du travail accompli est plus difficile à apprécier que la valeur des choses. Plus le service est détaché de facteurs matériels, tels que la matière première et les outils de production, moins le coût de sa fourniture est palpable. Prenons la construction d'un bâtiment. La réalisation de l'ouvrage nécessitera un ensemble de matériaux et d'outils dont le coût est aisément identifiable. Mais l'activité déployée par l'architecte n'implique à sa charge aucune dépense particulière, alors qu'elle a d'évidence une valeur considérable. L'intérêt d'un service peut également être impalpable. Comment évaluer objectivement l'utilité d'un conseil ou d'un tour de chant ? Enfin, l'implication des personnes physiques, salariées ou indépendantes, dans la fourniture d'un service fait entrer dans l'estimation des facteurs humains, et partant éthiques, qui empêchent de l'analyser par un prisme purement marchand.

Ces éléments ne justifient pas en eux-mêmes l'octroi au juge d'un pouvoir de fixation de la rémunération du prestataire quand les parties n'ont rien convenu à cet égard. Ils signalent cependant combien la question se présente sous un jour différent par comparaison avec le monde des choses. Le pouvoir traditionnellement reconnu au juge s'explique sans doute par l'histoire, d'une part⁴³. Il s'explique peut-être aussi par une considération d'ordre pratique. En effet, si un contrat de vente est exécuté mais se trouve annulé faute d'accord sur le prix, le jeu des restitutions est assez simple, car il peut en général opérer en nature. En revanche, un service étant insusceptible d'être ainsi restitué, la nature des choses imposerait au juge de toujours l'évaluer. Dans ce contexte, pourquoi faire d'un accord sur le prix un élément nécessaire à la validité de l'opération ? S'il n'y a pas eu de prix convenu

41. Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1979, n° 78-13072, Bull. civ. I, n° 252. Adde, par exemple, Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, n° 96-10-718, Bull. civ. I, n° 211, CCC n° 127, n. L. Leveneur : « *gratuit par nature, le mandat est présumé salarié lorsqu'il est exercé par une personne dans le cadre de sa profession habituelle [...] c'est sans se contredire que, dans l'exercice de son pouvoir souverain, la cour d'appel à laquelle il appartenait d'apprécier les honoraires dus, s'est référée aux usages professionnels et aux honoraires versés à M. Y... par M. X... à l'occasion d'autres expertises* ».

42. Cass. 1^{re} civ., 24 novembre 1993, n° 91-18650 ; Bull. civ. I, n° 339, RTDC 1994.631, obs. PY. Gautier ; CCC 1994, comm. 20, n. L. Leveneur. Adde, par exemple, Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 1989, n° 87-19193, Bull. civ. I, n° 301, à propos d'un détective privé ; - Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, n° 89-21970, Bull. civ. I, n° 212, à propos d'un dentiste ; - Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2000, n° 98-17560, Bull. civ. I, n° 305, à propos du traitement de déchets (ordures ménagères), etc.

43. Cf. *infra* 1.1.2 a. ii. B. 1.

et qu'on annulait le contrat pour ce motif, il y aurait nécessairement détermination, par le juge, de la valeur du service fourni. Alors, autant dispenser ces contrats de l'exigence d'une détermination préalable du prix et inviter le juge à le fixer pour en achever l'accomplissement, plutôt que pour sceller l'anéantissement d'une opération qui avait été voulue de part et d'autre.

À l'opposé de cette tradition, la réforme du droit des contrats opérée en 2016 a généralisé le retrait du juge au stade de la fixation du prix.

(b) L'actualité :

retrait général du juge au stade de la fixation du prix

À travers trois dispositions du Code civil, la réforme du droit des obligations a procédé à un alignement du monde des services sur le monde des choses s'agissant du pouvoir qu'a le juge de fixer un prix là où les parties ont négligé de le faire.

Pour l'ensemble des contrats, l'article 1163 du Code civil, prenant le relais de l'article 1129 du Code Napoléon, dispose que la prestation, objet de l'obligation, doit être « *déterminée ou déterminable* ». Ce texte s'applique-t-il au prix ? La question est débattue. Son enjeu est toutefois limité. En effet, dans le monde des choses, le droit spécial des contrats tend, comme on l'a vu, à exiger une telle détermination. Quant à l'univers des services, la réforme elle-même fournit une solution en indiquant que si les parties n'ont rien convenu à cet égard, il appartiendra au prestataire de déterminer unilatéralement le prix dû par le client.

L'article 1165 du Code civil dispose, en effet, que « *dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation* ». La loi préfère donc confier la détermination du prix au créancier plutôt qu'au juge. L'innovation est notable. D'une part, elle renverse la tradition sans qu'on en aperçoive bien la raison et, apparemment, sans que le législateur l'ait bien compris ⁴⁴. D'autre part, le premier avant-projet de réforme prévoyait au contraire qu'« *à défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération, notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties* » ⁴⁵. Il en allait encore ainsi dans l'avant-projet diffusé pour observation en mars 2015 ⁴⁶. Le texte changea ensuite, sans qu'on en identifie les raisons.

Le fait est que le juge se trouve désormais cantonné à un rôle de contrôle du prix déterminé par les parties, voire par une seule d'entre elles.

44. Le rapport au président de la République indique qu'il s'agit de consacrer une jurisprudence. On se demande bien laquelle. Il semble qu'il y ait eu malentendu (P. Puig, art. préc., n° 7 à 9).

45. Avant-projet diffusé le 23 octobre 2013, article 72.

46. Art. 1164 projeté ; v. J. Ghestin et F. Labarthe, « Observations générales » in *Observations sur le projet de réforme du droit des obligations*, LPA, n° spéc., 3-4 septembre 2015, n° 176-177, p. 17 s., spéc., p. 38-41.

■ 1.1.2 Le rôle ponctuel du juge au stade du contrôle du prix

En droit civil, un contrôle du juge sur le prix fixé en dehors de lui n'a jamais été la norme. Il a bien toujours existé des cas particuliers où ce pouvoir pouvait exister, mais l'exception ne masquait pas le principe. Cependant, le nombre et le domaine des exceptions se sont progressivement étendus. Le processus s'est même accéléré depuis que les procédés unilatéraux de fixation du prix ont acquis droit de cité⁴⁷. On peut classer ces contrôles en deux catégories : les uns modifient directement le contrat en corrigeant le prix fixé **(a.)** ; les autres procèdent indirectement pour établir un équilibre plus objectif dans la relation entre les parties **(b.)**.

(a) Les cas de correction directe du prix

Le pouvoir du juge de réviser un prix se rencontre, d'abord, en réponse à une rupture de l'équilibre initial du contrat, ce procédé s'appliquant à tous les contrats **(i.)**. On l'aperçoit aussi en réponse à un déséquilibre initial du contrat, tel qu'il peut s'apprécier objectivement. Le procédé est alors spécial, ne couvrant que quelques contrats déterminés **(ii.)**.

(i) Les cas sanctionnant une rupture de l'équilibre voulu

Deux innovations de la réforme de 2016 ont eu pour objet de permettre une révision du prix dans le cas où l'équilibre économique envisagé par les parties était rompu. La première se rencontre quand cette rupture résulte d'une inexécution **(A)**. La seconde est indépendante de toute inexécution ; elle se rencontre quand l'évolution du contexte rend la poursuite de l'exécution excessivement onéreuse. C'est la révision pour imprévision **(B)**.

(A) La révision du prix en réponse à une inexécution

La possibilité de réviser le prix quand la prestation fournie est défectueuse est connue de longue date en droit de la vente. Ainsi, en cas de vice caché, le Code civil a toujours admis l'action estimatoire, dite aussi *quantum minoris*, à la suite du droit romain. L'article 1644 du Code civil dispose, à cet effet, que si la chose souffre de défauts cachés qui la rendent impropre à cet usage ou diminuent tellement celui-ci que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou en aurait donné un prix moindre, il peut « *se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par expert* ».

Dans le même ordre d'idée, le Code civil connaît une garantie dite de contenance applicable aux immeubles. Si la vente en a été faite avec indication de la contenance, « *à raison de tant la mesure* » et que la contenance réelle est inférieure, « *le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix* » (C. civ., art. 1617). La solution est identique en cas d'éviction partielle (C. civ., art. 1637).

En matière de bail, pareillement, le code prévoit depuis l'origine que certaines privations de jouissance vont se répercuter sur le prix. L'article

47. Sur l'évolution d'ensemble, v. L. Thibierge, « Le juste prix », Mélanges L. Aynès, L.G.D.J., p. 483.

1765 du Code civil institue ainsi une garantie de contenance qui renvoie au droit de la vente, là où les articles 1724 et 1726 s'inspirent de la garantie d'éviction pour justifier une réduction du loyer « *proportionnelle* » au trouble de jouissance. De même, l'article 1722 admet une « *diminution du prix* » si la chose se trouve partiellement détruite par cas fortuit.

Au-delà, le droit de la vente commerciale a toujours connu d'une action dite en réfaction permettant à l'acheteur de se faire restituer une partie du prix payé si la chose était d'une qualité moindre que convenue⁴⁸. La solution s'est étendue aux ventes aux consommateurs dans le cadre de la garantie de conformité (C. cons., art. L. 217-10).

Ces solutions sont relativement aisées à mettre en œuvre, car elles se rapportent aux utilités qu'une chose est censée fournir en propre. L'amputation d'une partie de ces utilités peut s'apprécier objectivement, et on peut projeter cette diminution à due proportion sur le prix. Pour mettre en œuvre ce raisonnement, l'article 50 de la Convention sur la vente internationale de marchandises livre d'ailleurs une formule d'allure très objective. Il dispose que « *l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment* ». Une fois encore, le rééquilibrage entre le prix convenu et la prestation finalement fournie est plus simple à opérer pour le juge quand le contrat porte sur un bien.

Pour autant, la réforme de 2016 a généralisé cette approche en instituant un remède particulier dans une subdivision de la section relative à l'inexécution. L'article unique de cette sous-section, intitulée « *La réduction de prix* », dispose qu'« *en cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix* ». Le second alinéa de cet article 1223 ajoute que « *Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix* ».

Pour mettre en œuvre ce texte, un auteur propose une formule générale⁴⁹.

$$\text{Prix réduit} = \text{prix convenu} \times (\text{valeur de la prestation reçue} / \text{valeur de marché de la prestation promise})$$

Une fois encore, l'identification d'un prix de marché suppose un marché, pertinemment délimité dans l'espace et dans le temps. Cette première difficulté surmontée, il reste à opérer la collecte des données permettant

48. K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, préf. Y. Picod, LGDJ 2006.

49. F. Chénédé, « *La réduction du prix* », RDC 2017.571, n° 11.

de nourrir le raisonnement. Cela nécessiterait souvent des moyens disproportionnés à l'intérêt du litige, de sorte que le juge procédera le plus souvent par gros bon sens mâtiné d'équité.

L'équité n'est sans doute pas absente non plus en matière de révision pour imprévision.

(B) La révision pour imprévision

La révision pour imprévision est la seconde forme de réduction du prix en réponse à une rupture de l'équilibre initialement convenu. À la différence du cas précédent, la révision est ici indépendante de toute inexécution imputable au cocontractant. Comme l'exprime l'article 1195 du Code civil, la voie vers la révision judiciaire s'ouvre aussitôt qu'« *un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ».

Le texte prévoit une procédure spécifique : si la tentative de renégociation à laquelle les parties sont alors invitées échoue, le texte conclut que « *le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

Cette révision concernera le plus souvent le prix. L'article 1195 ne dit rien de l'esprit dans lequel elle devra s'opérer. Pour autant, de nombreux textes admettant le procédé à l'étranger ou à l'échelon international permettent de s'en faire une idée⁵⁰. Ainsi, les principes Unidroit pour le droit du commerce international indiquent que le juge a pour mission de « *rétablir [restaurer] l'équilibre des prestations* » (art. 6.2.3). Les *Principes du droit européen du contrat* disposent, pour leur part, qu'il conviendra d'adapter le contrat « *de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances* » (art. 6 :111). On peut aussi envisager de simplement atténuer le déséquilibre, sans chercher à rétablir l'équilibre de départ. Plusieurs auteurs le recommandent⁵¹. Dans ces différentes optiques, l'équité devient l'élément moteur pour dessiner les contours de la révision.

L'équité devient prépondérante dans une autre forme de réduction directe de prix connue en droit civil. Celle-ci est indépendante de toute rupture de l'équilibre initialement convenu. Elle s'attaque à cet équilibre même en vue de le corriger. Ce procédé ne vaut que dans des cas très particuliers.

50. Cf. Ph. Stoffel-Munck, « La révision du contrat par l'arbitre », *Rev. de l'arbitrage* 2017, p. 51.

51. Ex. : Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Lexis Nexis 2018, p. 478, qui proposent d'assigner à la révision la fonction non pas de rétablir l'équilibre initial de « *raboter* » le déséquilibre dans la seule portion jugée excessive », de sorte « *qu'après révision, le déséquilibre prévu sera maintenu mais seulement dans sa disproportion tolérable* ». Rapp. C-E Bücher, art. préc., n° 15 qui observe une solution analogue en matière de lésion et, surtout, en droit administratif où « *l'indemnité d'imprévision ne peut pas couvrir la totalité du préjudice subi* ».

(ii) Les cas corrigeant l'équilibre initialement convenu

Remettre en cause l'équilibre économique du contrat librement convenu entre les parties indépendamment de toute difficulté d'exécution ne se conçoit normalement pas en droit civil. L'éventuelle lésion qui, d'un point de vue extérieur aux parties, paraît affecter leur accord est, en principe, indifférent (*cf. supra*). Ce principe connaît quelques exceptions. On peut les classer en deux catégories.

(A) Exceptions liées à des motifs de politique publique

La première catégorie concentre les cas où, pour des motifs de politique publique, le législateur a voulu qu'un certain contrôle sur les prix soit établi. Le pouvoir politique sait confier une telle mission à son administration et l'histoire regorge d'exemples de taxation de biens ou de services dans les secteurs politiquement sensibles. Les produits de santé en sont un exemple. La monnaie en est un autre, que ce soit par l'interdiction de l'usure ou de l'indexation d'une obligation financière sur le niveau général des prix. Il arrive exceptionnellement que, pour des motifs d'ordre politique analogue, le juge se voie confier une mission de contrôle du prix et doive vérifier qu'il est exempt de lésion.

Comme on le verra plus loin, cela a été le cas pour la question, ressentie comme éminemment sensible en 1804, des ventes immobilières. Mais la sanction de cette lésion n'a pas consisté en une révision du prix. En revanche, un tel pouvoir a été plus tard confié au juge pour sanctionner d'autres cas de lésion. C'est ainsi qu'on peut expliquer la création en 1907 d'une action en révision au profit de l'acheteur d'engrais, semences et autres plants⁵². On peut en dire autant de celle, cinquante ans plus tard, d'une action en révision au profit de l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique l'ayant cédé pour un prix forfaitaire (C. prop. intell. Art. L. 131-4). Dans tous ces cas de lésion, le déséquilibre s'apprécie par rapport au prix courant ou au prix de marché pour des biens du même ordre⁵³.

(B) Exceptions en matière d'honoraires

La seconde catégorie d'exception au principe d'indifférence de la lésion est d'un esprit moins objectif. Il ne s'agit plus seulement de comparer deux valeurs, mais de tenir compte de circonstances plus variées tenant à la situation personnelle des parties. Elle est illustrée par cette tradition jurisprudentielle admettant que le magistrat réduise le montant de l'honoraire librement convenu au cas où il paraît excessif.

Ainsi, depuis 1863, il est acquis que le juge a « *le droit et le devoir de rechercher le rapport de l'importance des soins, démarches et peines des mandataires, avec l'importance de la rémunération convenue, et de la réduire dans le cas où elle lui paraîtrait excessive* »⁵⁴. La solution est

52. Jouary, art. préc., p. 121.

53. Chantepie, *op. cit.*, n° 502 s.

54. Cass. req., 18 janv. 1863, DP 1863.1.302. C serait l'arrêt princeps d'après M. David Bakouche (*L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ 2005, n° 54). M. Nicolas Dissaux estime, pour sa part, que le premier arrêt en ce sens date de 1824 (*La qualification d'intermédiaires dans les relations contractuelles*, préf. C. Jamin, LGDJ 2007, n° 1214).

demeurée constante en matière d'honoraires « pourvu qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait »⁵⁵ ou simplement « acceptés »⁵⁶ par le client une fois la mission achevée. Au grand dam des avocats, elle s'applique même lorsque la convention d'honoraires stipule qu'elle est forfaitaire⁵⁷.

(1) Les justifications en faveur d'une telle exception

Cette faculté accordée au juge s'enracine dans l'histoire des professions libérales et, plus généralement, des *arts libéraux* qui, dans la cité grecque comme romaine, ne relevaient pas de l'ordre marchand. Pour Aristote, le savoir ne se monnayait pas⁵⁸. Mis en œuvre au service d'autrui et du bien commun par le philosophe, le pédagogue, l'avocat ou le médecin, il assurait à ces hommes de l'esprit une notabilité qui était leur récompense. Il s'agissait d'activités nobles, propres aux hommes libres, relevant en principe d'une logique de don et de contre-don. Les activités laborieuses appliquées à la matière, celles de l'artisan ou du commerçant, s'inscrivaient en revanche dans une logique marchande⁵⁹. Elles appelaient une rémunération, un salaire, là où les premières ne permettaient qu'un *honoraire*. La société chrétienne poursuivra cette opposition entre les activités de l'esprit et le travail physique ou de la matière physique⁶⁰. Même si les premières ont été largement absorbées dans l'ordre marchand depuis le dernier tiers du XX^e siècle, un facteur lié à la nature des choses continue à les distinguer : la valeur du service intellectuel reste mal appréciable objectivement, car les concepts de coût de production ou de valeur ajoutée y ont peu de place. Un bon conseil peut être extrêmement précieux, tout en restant inestimable.

Cette histoire explique la survivance de la faculté de réduction judiciaire des *honoraires*, et des seuls *honoraires*. Elle fait aussi comprendre la difficulté à identifier les critères permettant de déterminer le prix d'une prestation intellectuelle. Elle fait, en revanche, sentir combien la dimension humaine du contrat est davantage présente dans cette catégorie de services, permettant ainsi aux juges de s'appuyer sur des considérations éthiques. Enfin, elle permet d'expliquer pourquoi le juge, lorsqu'il est saisi d'une action en révision des honoraires, effectuera un contrôle de l'excès mais jamais de l'insuffisance. Les honoraires peuvent se réduire par décision de justice, non s'augmenter.

55. Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1986, n° 85-10486 ; Bull. civ. I, n° 150, JCP G 1987.II.20791, n. A. Viandier : « les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés, pourvu qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait ». L'exclusion du pouvoir de réduction suppose cependant que la facture soit régulière (Cass. 2^e civ., 6 juillet 2007, n° 16-19354 ; PBRI ; D.2017.1478 ; D. 2017.1969, obs. N. Dissaux ; RDC 2018.23, obs. Ph. Stoffel-Munck).

56. Cass. 2^e civ., 5 juin 2003 n° 01-15411 Bull. civ. II n° 169.

57. Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, n° 95-15799 ; Bull. civ. I, n° 85, JCP G 1998.II.10115, n. J. Sainte-Rose.

58. Chantepie, *op. cit.*, n° 479.

59. Sur l'ensemble, v. notamment, G. Chantepie, *La lésion*, préf. G. Viney, n° 476 s.

60. C. Noblot, « L'opposition des activités matérielles et intellectuelles en droit privé », JCP G 2010.69.

(2) Applications pratiques de l'exception : les critères pris en compte pour déterminer l'excès

On peut prendre pour exemple les professions du monde du droit et, plus particulièrement, les avocats. Ceux-ci sont libres de déterminer leurs honoraires mais doivent obligatoirement conclure une convention d'honoraires avec leur client⁶¹. Néanmoins, si le client estime ces honoraires « *exagérés au regard du service rendu* », il peut saisir le bâtonnier du barreau auprès duquel l'avocat est inscrit afin qu'il en réduise le montant. Le client qui paye après service rendu les honoraires réclamés par son avocat ne peut en contester ultérieurement le montant⁶² et le juge ne pourra pas réduire le montant des honoraires en cas de paiement sans contestation par le client⁶³. La décision du bâtonnier est susceptible de faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel du ressort dont relève le bâtonnier.

Les critères pris en compte pour déterminer l'excès sont notamment la difficulté de l'affaire, la situation de fortune du client, ce qui renvoie aux notions d'humanité et d'équité, mais aussi les frais exposés par l'avocat (notamment pour la location et l'entretien des locaux professionnels, les salaires des employés, les charges sociales personnelles) dans la mesure où les honoraires doivent permettre à l'avocat d'assurer le fonctionnement de son cabinet⁶⁴. Les diligences accomplies constituent l'élément essentiel de la fixation des honoraires puisqu'elles couvrent à la fois la valeur ajoutée du travail de l'avocat à savoir, sa prestation intellectuelle, et le temps passé à la préparation de l'affaire, ce qui implique pour l'avocat de fournir une liste précise des diligences qu'il effectue (par exemple, le nombre et la durée des rendez-vous et entretiens téléphoniques ou encore le type et nombre de recherches). En outre, le juge saisi d'une action en contestation des honoraires d'un avocat peut apprécier souverainement ces critères mais doit néanmoins s'appuyer *a minima* sur un des critères légaux⁶⁵ et devra, en toute hypothèse, justifier sa décision en faisant état des critères qui ont été déterminants dans son analyse⁶⁶.

Les critères utilisés pour contrôler les honoraires des avocats sont également ceux retenus pour d'autres professions juridiques telles que les notaires, les greffiers des tribunaux de commerce, les huissiers de justice, ou encore les mandataires judiciaires⁶⁷. Les experts judiciaires doivent, lors du dépôt de leur rapport, présenter un

61. Loi Macron du 6 août 2015 et loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, article 10.

62. Dictionnaire Permanent Droit des affaires – Avocat, §167 - Modification judiciaire des honoraires de l'avocat ; Cass. 2^e civ., 1^{er} juin 2011, n° 10-21.947.

63. Dictionnaire Permanent Droit des affaires – Avocat, §167 - Modification judiciaire des honoraires de l'avocat ; Cass., 2^e civ., 2 juill. 2015, n° 14-22.177.

64. Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, article 10.

65. Voir par exemple : Cass. 2^e civ., 9 février 2012, n° 11-10.273.

66. Voir par exemple : Cass. 1^{er} civ., 21 janvier 1997, n° 95-12.326.

67. Annexe n° 2 : Tableau sur le contrôle des honoraires excessifs par le juge.

mémoire précisant leurs honoraires et frais en vue de leur contrôle par le juge en fonction des diligences accomplies, de la qualité et l'utilité du travail fourni⁶⁸.

De même, les médecins doivent fixer leurs honoraires avec « *tact* » et « *mesure* » en s'appuyant notamment sur la valeur de l'acte – en termes de temps passé ou de complexité technique de l'acte –, de service rendu que le médecin doit apprécier en son âme et conscience, ou encore en prenant en compte les capacités financières du patient⁶⁹.

En revanche, les prix librement convenus avec des prestataires de services matériels sont intangibles. Ils ne pourront être remis en cause que s'ils ont été unilatéralement déterminés par le prestataire et traduisent un abus de sa part. Cela se rencontre, mais la remise en question du prix n'est pas directe. C'est une des hypothèses de correction indirecte du prix par le juge qu'admet le droit civil.

(b) Les cas de correction indirecte

Le premier cas pouvant indirectement déboucher sur une correction du prix est la lésion telle que l'article 1674 du Code civil l'envisage (i.). Le mécanisme est complètement objectif. Il n'est pas certain qu'on puisse en dire autant de ceux qui sollicitent la logique de la responsabilité civile, à commencer par l'abus dans la fixation unilatérale du prix (ii.).

(i) La lésion en matière de vente immobilière

L'article 1674 du Code civil dispose que « *si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente* ». Le contrôle est objectif : trois experts, nommés par le juge ou sur accord conjoint des parties, vont rendre un avis sur la valeur de marché qu'avait le bien dans l'état qui était le sien quand le demandeur l'a acquis. Cette époque ne peut être très lointaine, car l'action est enfermée dans un délai de deux ans à compter de la vente. On se réfère usuellement à « *la valeur objective [du bien] compte tenu du marché local de l'immobilier* »⁷⁰. C'était l'optique de Portalis lui-même qui, en réponse à l'objection tirée de la subjectivité des valeurs, répliquait que « *dans chaque localité, on connaît en général la valeur réelle et la valeur relative des propriétés, l'on décide du prix de celles qu'il faut estimer par comparaison avec celles qui l'environnent* »⁷¹.

68. Article 284 du Code de procédure civile ; voir par exemple : Cass. 2^e civ., 6 juillet 2000, n° 98-18119 : « *Que si le magistrat taxateur fixe souverainement le montant des frais et honoraires dus à un expert judiciaire, il n'en doit pas moins motiver sa décision au regard des critères objectifs fixés par la cour de cassation en la matière, soit l'utilité des actes accomplis, compte tenu de l'importance et des difficultés des opérations réalisées et du travail fourni ; qu'en se bornant à affirmer, pour justifier la réduction des frais et honoraires dus à l'expert à la somme de 35 000 francs TTC, le caractère "déraisonnable" du temps (285 heures) consacré par lui à sa mission, l'ordonnance n'a pas justifié sa décision au regard des critères objectifs fixés par la cour de cassation et, partant, de l'article 284 du nouveau Code de procédure civile* ».

69. Code de déontologie des médecins, article 53.

70. Cass. 3^e civ., 19 juin 2007, n° 06-17699. La citation est tirée des constatations des juges du fond, rapportée par la cour. La valeur à retenir relève de leur appréciation souveraine.

71. Cité par F. Chénédé, Napoléon Bonaparte, lésion et violence, RDC 2014.527, p. 530.

Les experts rendent leur avis à l'unanimité ou à la majorité, ce qui renforce l'objectivité de l'estimation. Si la comparaison avec le prix de vente caractérise une lésion suffisante, l'acheteur a alors la possibilité soit de rendre le bien, soit de payer « *le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total* » (C. civ., art. 1681). Autrement dit, la vente lui restera plus avantageuse qu'elle ne l'aurait été au prix estimé par les experts. Le choix lui appartient, ce pour quoi on ne peut pas parler de correction directe du prix par le juge.

La raison pour laquelle ce dispositif a été adopté en 1804, après de remarquables discussions, mérite d'être soulignée. Les travaux préparatoires montrent combien l'accueil de la lésion repose sur une combinaison de motifs d'équité et de politique. L'un ne va pas sans l'autre, car si seule l'équité avait dirigé la question, l'accueil de la lésion aurait dû être généralisé, ce que nul ne concevait. Alors, pourquoi avoir excepté la vente d'immeuble ? Bonaparte lui-même en exprima la raison : « *Ne voit-on pas que la loi de la rescision est une loi de mœurs qui a pour objet le territoire ? Peu importe comment un individu dispose de quelques diamants, de quelques tableaux ; mais la manière dont il dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société* » ⁷². L'immeuble, c'est le territoire. Ce trait physique lui imprime une dimension politique ; il justifie son régime d'exception.

On ne peut en dire autant à l'égard des autres formes de contrôle indirect du prix que le droit contemporain a dégagées. Ce sont les ressources de la responsabilité qui leur servent techniquement de support.

(ii) Les cas sollicitant les ressources de la responsabilité civile

Le droit de la responsabilité a cette souplesse qui lui permet d'être employé pour des objectifs très différents de sa fonction naturelle de réparation. Il n'est pas surprenant de le voir sollicité pour parvenir à l'équivalent d'une réduction de prix. Par exemple, on pourrait dire qu'un prix excessif caractérise un manquement au devoir de former le contrat de bonne foi (C. civ., art. 1104). Il suffirait ensuite de dire qu'il en résulte un préjudice souverainement apprécié à hauteur de ce que le juge estime être la fraction excessive du prix. Conceptuellement, rien ne l'empêche vraiment tant ces grands mots se prêtent aux sophismes. Seule la sagesse du juge peut endiguer leurs conséquences pratiques.

On n'est donc pas étonné que la jurisprudence se serve parfois de la responsabilité civile dans une optique de contrôle des prix. Ainsi, lorsque la Cour de cassation a fini par valider les clauses de détermination unilatérale du prix dans les contrats de fourniture en 1995, elle a érigé le concept d'abus comme garde-fou contre l'arbitraire. Elle l'a identifié à une faute. Inscrivant son raisonnement dans une logique de responsabilité, elle lui a donné comme sanction non la réduction du prix

72. Fenet, *op. cit.*, t. 14, p. 57.

mais des dommages et intérêts ou l'extinction du contrat, « *l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »⁷³.

Cette approche n'est pas exempte de critiques, car l'exercice abusif d'une prérogative de cette nature est plus un dépassement des limites d'un droit qu'une faute de comportement⁷⁴. Par suite, elle appelle plus une neutralisation de l'exercice du droit qu'une indemnité⁷⁵. L'avant-projet de réforme du droit des contrats, tel que diffusé par la chancellerie en mars 2015, s'était placé dans cette optique. Son article 1163 projeté disposait qu'« *en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix de marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* »⁷⁶.

L'ordonnance du 10 février 2016 a finalement écarté cette sanction en nature. Aujourd'hui, les deux textes qui prévoient une possibilité de détermination unilatérale du prix, à savoir l'article 1164 dans le contexte des contrats-cadres et l'article 1165 en matière de prestation de services, disposent tous deux qu'« *en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat* ».

Ce changement de perspective témoigne visiblement d'une réticence à laisser le juge corriger le prix, ce qui a déjà été aperçu au stade de la fixation initiale de ce dernier (*cf. supra* 1.1.1.). Cela étonne car, d'une part, un tel pouvoir lui a par ailleurs été donné comme on vient de le voir (*cf. supra*) et, d'autre part, l'allocation de dommages et intérêts ou la résolution produisent indirectement le même effet.

Ce n'est pas toujours vrai s'agissant des dommages et intérêts. En général, l'indemnité viendra se compenser avec le prix, mais il se peut fort bien que cette compensation n'opère pas, par exemple parce que la créance de prix a été cédée⁷⁷. Dans les contrats de prestation de service, en revanche, la résolution du contrat devrait permettre un rééquilibrage de la relation par le biais des restitutions : le prestataire devra rendre le prix perçu, et le client rendra la valeur du service reçu telle qu'elle sera souverainement déterminée par le juge. L'un dans l'autre, cela réalisera l'équivalent d'une réduction. Il aurait quand même été plus simple de maintenir le pouvoir de directement réduire le prix. Plus opportun aussi, car la résolution peut être une mesure disproportionnée pour sanctionner un abus ponctuel.

73. Cass. ass. plén., 1^{re} décembre 1995, Grands Arrêts de la Jurisprudence civile, par F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, t. 2, 13^e éd., Dalloz 2015.

74. V. par exemple Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, LGDJ 2000, n° 745 s.

75. *Ibid.*, n° 789 s. Dans le même sens, à vingt ans de distance, L. Molina, *la prérogative contractuelle*, thèse Paris 1, dir. L. Aynès, 2020 n° 452 s.

76. J. Ghestin et F. Labarthe, « Observations générales » in *Observations sur le projet de réforme du droit des obligations*, LPA, n° spéc., 3-4 septembre 2015, n° 176-177, p. 17 s., p. 38.

77. Sur ces possibles incidents, v. Ph. Stoffel-Munck, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », RDC 2018, hors-série, p. 52, n° 17 (115h1).

Quant à l'abus lui-même, le texte de l'avant-projet en donnait la clé. C'est à nouveau par référence au prix de marché, aux usages, que l'on va généralement mener l'appréciation. Ce sera aussi par rapport aux motifs par lesquels le titulaire du pouvoir de fixer le prix aura justifié l'usage qu'il en a fait. L'article 1165 dispose en effet que si le prestataire de services peut unilatéralement fixer le prix, c'est « *à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation* ». L'article 1164 prévoit la même réserve pour le cas où une clause du contrat-cadre aurait investi une partie de ce même pouvoir. Ce contrôle par les motifs invite à se demander ce qui justifiait l'octroi de ce pouvoir et à comparer s'il a été exercé conformément à cette justification ⁷⁸.

On peut aussi concevoir ce contrôle dans une autre perspective. Le seuil de l'abus est alors franchi lorsqu'il est établi que le titulaire du pouvoir n'a pas cherché, en l'exerçant, un juste équilibre entre la défense de son intérêt et la préservation de ceux de son cocontractant. Une telle approche est avérée en jurisprudence mais, semble-t-il, dans la seule catégorie des contrats de distribution et autres contrats-alliances ⁷⁹. L'intervention du juge est, en effet, beaucoup plus naturelle et développée dans cette dernière grande catégorie de contrats que dans les contrats-échanges.

En synthèse, le droit civil tend, par principe, à écarter le pouvoir du juge de fixer ou de contrôler le prix déterminé en application de l'accord des parties. Il l'admet dans certains cas mais ponctuellement, soit dans certaines circonstances (imprévision, inexécution partielle), soit pour certaines espèces particulières de contrat (prestation de service, spécialement intellectuelles, et surtout les « *contrats alliance* »). Pratiquant ainsi l'art des distinctions, il reste fidèle à sa tradition comme à la réalité des choses.

L'approche est très différente en matière de pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence, le contrôle judiciaire du prix y étant largement admis. Le périmètre de ce contrôle semble d'ailleurs en voie d'extension au-delà de ses contours initiaux.

78. Sur ce type de contrôle appliqué à la fixation unilatérale du prix, v. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 779.

79. Ex. : Cass. com., 4 novembre 2014, n° 11-14026, NPB, JCP G 2014, n° 1310, n. AS. Choné ; D. 2015.183, n. J. Ghestin ; RDC 2015.233, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2015.293, obs. M. Béhar-Touchais : « *en l'état de ces motifs, dont il ressort que les prix unilatéralement fixés par la société Camargo, excessifs dès l'origine, ne permettaient pas à la société Larzul de faire face à la concurrence, la cour d'appel a pu retenir que la société Camargo avait abusé de son droit de fixer unilatéralement le prix des marchandises* ».

1.2 L’AFFIRMATION DU CONTRÔLE DU PRIX DANS DIFFÉRENTES BRANCHES DU DROIT

La possibilité d’un contrôle judiciaire du prix est désormais entérinée dans différentes branches du droit. Ce contrôle est effectué par l’Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles (1.2.1.), les autorités de régulation sectorielles (1.2.2.), et enfin le juge judiciaire en matière de pratiques restrictives de concurrence (1.2.3.).

Après avoir présenté le contrôle du prix tel qu’il a été consacré dans ces différentes matières, il sera procédé à une analyse critique du contrôle du prix existant (1.2.4.) avant d’envisager les fondements qui pourraient permettre de contenir son expansion (1.2.5.).

■ 1.2.1 Le contrôle des prix excessifs pratiqués par une entreprise dominante

Historiquement, le principe consacré était celui de la liberté des opérateurs économiques dans la fixation de leur prix (a.). Pour cette raison, le contrôle des prix pratiqués par les entreprises en position dominante n’était pas, à l’origine, unanimement accepté (b.).

(a) Le principe de la liberté de fixation du prix

L’article L. 410-2 du Code de commerce⁸⁰ prévoit que « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de (l’ordonnance du 30 juin 1945) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

En vertu de ce principe, tout opérateur économique est libre de fixer les prix des biens, produits ou services qu’il met sur le marché au niveau qu’il souhaite, étant le seul à pouvoir évaluer le retour qu’il estime adéquat sur les investissements consentis. C’est le fondement même du fonctionnement concurrentiel des marchés qui suppose que les opérateurs déterminent leurs politiques commerciales en toute indépendance les uns des autres. Ainsi que l’a souligné l’Autorité de la concurrence dans sa décision 09-D-24, « *l’existence d’une pression concurrentielle, au moins potentielle, est le corollaire de la liberté de fixation des prix par les entreprises* »⁸¹.

Cette liberté de fixation du prix est le corollaire du droit de propriété, mais elle est également essentielle dans une économie de marché pour permettre un fonctionnement optimal du marché.

Cette liberté n’est, cependant, pas absolue. Ainsi, par exemple, en l’absence de pression concurrentielle, le législateur a réservé le droit à l’État de réglementer les prix, à l’article L. 410-2 précité, que

80. Codification de l’article 1^{er} du titre I, intitulé « De la liberté des prix », de l’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et abrogeant l’ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

81. Autorité de la concurrence, décision 09-D-24 du 28 juillet 2009.

cette situation soit (i) structurelle : « *Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence* »⁸², ou (ii) conjoncturelle : « *Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le gouvernement arrête, par décret en Conseil d'État, contre des hausses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois* »⁸³.

(b) Les justifications en faveur de l'exercice d'un contrôle des prix fixés par une entreprise dominante en droit de la concurrence

Le niveau de fixation des prix par des opérateurs économiques indépendants les uns des autres n'est pas, en soi, un sujet traité par le droit des pratiques anticoncurrentielles.

La constatation de prix élevés sur un marché par rapport aux prix constatés sur un marché comparable peut, en revanche, être un symptôme de dysfonctionnement de la concurrence, appelant des réformes de structure du marché ou une régulation spécifique des prix, conformément à l'article L. 410-2 du Code de commerce. L'Autorité de la concurrence a ainsi pu préconiser des réformes structurelles ou une régulation des prix, dans différents avis, concernant des marchés où la concurrence était dysfonctionnelle⁸⁴. De même, le contrôle des concentrations vise à éviter que ne se constituent, à la faveur de rapprochements entre entreprises, des puissances de marché susceptibles de porter atteinte au fonctionnement concurrentiel des marchés, en termes de prix plus élevés ou de qualité inférieure des produits pour les consommateurs.

Les prix élevés peuvent également révéler l'existence d'ententes entre opérateurs économiques, par lesquelles ceux-ci, au lieu de déterminer leurs prix en toute indépendance, décident de les fixer d'un commun accord avec leurs propres concurrents. Les ententes ont ainsi pour objectif de fixer leurs prix à un niveau supra-concurrentiel, c'est-à-dire à un niveau supérieur à celui qui résulterait du jeu concurrentiel normal du marché, au détriment des acheteurs intermédiaires et des consommateurs finaux. Pour caractériser le caractère anticoncurrentiel de cette pratique, il n'est

82. Voir, par exemple, l'avis A-03 de l'Autorité de la concurrence du 3 février 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer.

83. Voir, notamment, le décret n° 2020-858 du 10 juillet 2020 relatif aux prix de vente des gels et solutions hydroalcooliques et des masques de type ou de forme chirurgicale à usage unique, qui plafonne le prix de ces produits dans une situation de rareté de l'offre.

84. Voir, par exemple, l'avis 20-A-11 de l'Autorité de la concurrence du 17 novembre 2020 relatif au niveau de concentration des marchés en Corse et son impact sur la concurrence locale.

pas nécessaire que les autorités de concurrence examinent le niveau des prix en valeur absolue, ou, plus simplement l'existence d'un surprix par rapport aux prix concurrentiels, car l'entente sur les prix entre concurrents est une infraction par objet qui présume ces effets. La mesure du surprix retrouve en revanche sa pertinence dans une certaine mesure pour l'évaluation du dommage à l'économie⁸⁵, et donc pour la fixation des sanctions à infliger aux entreprises, mais surtout dans le cadre de l'évaluation du préjudice subi par les victimes de ces ententes pour déterminer les dommages-intérêts à allouer à celles-ci.

En dehors de la détermination concertée de prix entre concurrents, toujours répréhensible et constitutive de la pratique la plus grave en droit de la concurrence, la fixation autonome des prix par un opérateur en position dominante ou en monopole ne constitue un abus de position dominante que dans des circonstances assez rares où les prix sont jugés excessifs par les autorités de concurrence, sur des marchés difficilement contestables.

Ainsi que l'a souligné l'OCDE en 2011, « *Le concept d'abus visant à exploiter autrui – et plus précisément l'interdiction de pratiquer des prix excessifs –, est de toute évidence l'un des sujets les plus controversés de la politique de la concurrence* »⁸⁶.

Plusieurs arguments sont avancés pour justifier l'absence d'intervention du droit des abus de position dominante sur le niveau excessivement élevé des prix.

En premier lieu, sur un marché ouvert et sans barrières à l'entrée, la fixation de prix excessifs ne nuit pas aux concurrents existants ou potentiels de l'entreprise dominante, mais au contraire, incite ceux-ci à entrer sur le marché, et donc à faire pression à la baisse sur les prix par l'augmentation de l'offre. En d'autres termes, le marché se régule tout seul.

En deuxième lieu, une situation de monopole non contestable appelle une régulation qui n'entre pas dans le champ d'intervention des autorités de concurrence.

En troisième lieu, le flou du concept de « prix excessifs » est de nature à entraîner une insécurité juridique forte, de nature à décourager les investissements des entreprises les plus productives.

En quatrième lieu, il est souligné les moyens matériels insuffisants des juridictions et des autorités de concurrence pour évaluer le caractère excessif des prix.

85. L'Autorité de la concurrence n'a pas à chiffrer précisément le dommage à l'économie, mais doit l'établir à la fois dans son existence et dans son importance.

86. OCDE, *Excessive prices*, DAP/COMP/W2, octobre 2011, note du secrétariat.

87. Si l'augmentation des marges résultant des prix excessifs conduit l'entreprise à innover et donc à améliorer la qualité des services offerts aux consommateurs.

Enfin, corollaires des précédents points, les dangers de « faux positifs » sont souvent mis en exergue. Il s'agit des erreurs d'appréciation sur la nature de la pratique conduisant à sanctionner des comportements inoffensifs pour le marché, voire pro-concurrentiels ⁸⁷.

Ces arguments expliquent qu'en droit américain, les autorités de concurrence soient réticentes à considérer des prix élevés comme abusifs ⁸⁸.

En droit de l'Union, au contraire, la pratique de prix excessifs par un opérateur en position dominante est considérée comme un abus d'exploitation. L'article 102 a) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») ⁸⁹ prévoit en effet que le fait d'**imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables**, constitue un abus de position dominante. Les tribunaux européens et la Commission ont ainsi jugé que l'expression « **conditions de transaction non équitables** » englobait les prix excessifs.

Signalons que cette notion de « *conditions de transactions inéquitables* » englobe aussi d'autres formes d'abus que les prix excessifs au sens strict ⁹⁰. En effet, elle est définie par les circonstances de la transaction : il s'agit « *de rechercher si le détenteur de cette position a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transactions qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace* » ⁹¹.

Les autorités de concurrence européennes mettent en avant les circonstances qui plaident en faveur d'une interdiction des prix excessifs et leur qualification d'abus de position dominante, à savoir « *les cas dans lesquels le marché est peu susceptible de s'autocorriger en raison d'importantes barrières à l'entrée et de l'absence d'autorité de tutelle ou de mesures efficaces de la part d'une autorité existante* » ⁹². Des

88. Cour suprême des États-Unis, 13 janvier 2004, *Verizon Communications Inc. v. Law. Offices of Curtis V. Trinko LLP* : « The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful ; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices, at least for a short period, is what attracts "business acumen" in the first place ; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct ». Décision accessible à l'adresse suivante : <https://www.concurrences.com/IMG/pdf/index-2.pdf?64406/7f3ffb755cdea40b7e154dea4deddedfe019d4e>

89. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne publié au JOUE du 26/10/2012 (C 326/47).

90. Par exemple, la reconduction automatique de contrat avec avenants comportant des prix à caractère indéterminé : CJCE, 5 octobre 1988, aff. 247/86, *AlsateL*.

91. CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, *United Brands c. Commission*, point 249.

92. OCDE, *Excessive prices*, DAP/COMP/W, 2 octobre 2011, note du secrétariat.

93. Le Conseil de la concurrence a ainsi jugé que « si, en règle générale, les abus de position dominante réprimés par le Conseil consistent, pour l'entreprise considérée, à empêcher des concurrents de pénétrer sur le marché ou à gêner l'activité de ceux qui s'y trouvent, le Conseil de la concurrence peut, dans certaines circonstances, s'assurer, sur la base de l'article 8 (actuel article L. 420-2 du Code de commerce), que les prix pratiqués par une entreprise en position dominante, et notamment par un monopole, ne sont pas manifestement excessifs ; qu'il en va notamment ainsi lorsqu'une entreprise détient un monopole qu'aucune autre entreprise n'est susceptible de venir contester et que le gouvernement n'a pas fixé les prix sur le fondement de l'article 1^{er} de l'ordonnance susvisée » (décision n° 00-D-27 du Conseil de la concurrence en date du 13 juin 2000 et décision n° 09-D-24 de l'Autorité de la concurrence en date du 28 juillet 2009).

barrières juridiques, telle l'existence de monopoles légaux, ou encore économiques, tels des coûts d'entrée excessivement élevés ou les effets de réseau, peuvent rendre très hypothétique, voire impossible, toute entrée sur le marché, susceptible de contrer les pratiques de prix de l'opérateur dominant ⁹³.

Par ailleurs, l'argument décisif en faveur de l'intervention des autorités de concurrence tient au fait que la pratique de prix excessifs porte un préjudice direct aux consommateurs, « *alors même que ces derniers sont, la plupart du temps, au cœur des préoccupations du droit de la concurrence* » ⁹⁴.

En effet, « lorsqu'une entreprise dominante applique des prix supérieurs à ceux qui résulteraient d'une situation concurrentielle, il en résulte une répartition inefficace des ressources et une diminution du bien-être des consommateurs (une partie du bien-être est transférée à l'entreprise dominante, tandis qu'une autre partie est tout simplement perdue). Dès lors, d'un point de vue théorique, tout écart par rapport à un prix compétitif sur un marché réglementé pourrait justifier une intervention des autorités de la concurrence. En effet, toute différence entre le prix de référence et le prix effectif implique une perte de bien-être pour le consommateur qui n'aurait pas eu lieu si le marché avait été concurrentiel » ⁹⁵.

Dans le sillage de la Commission européenne, le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence, appellent à la vigilance en cas de monopoles non régulés et soulignent que l'intervention des autorités de concurrence se justifie en ces cas, très particuliers, sans encourir le reproche de réguler les prix : « *En effet, dans des situations de monopoles de droit ou de fait très difficilement contestables, les prix font généralement l'objet d'une réglementation ou d'une régulation afin que l'absence de pression concurrentielle n'aboutisse pas à la constitution de rentes générant un fonctionnement sous-optimal des marchés ou à des distorsions de concurrence sur des marchés connexes. Néanmoins, lorsque l'entreprise en situation de monopole, en l'absence d'une réglementation ou d'une régulation de ses tarifs, dispose de la latitude suffisante pour fixer des prix manifestement disproportionnés « par rapport à la valeur du service », l'Autorité de la concurrence est compétente pour apprécier ce comportement tarifaire au regard de la répression des abus de position dominante. Si le rôle de l'autorité de concurrence est avant tout de protéger les conditions concurrentielles d'une libre fixation des prix par les acteurs du marché et non pas d'être un régulateur des prix, la politique tarifaire d'une entreprise en position dominante est un comportement susceptible d'être appréhendé par le droit de la concurrence au regard, notamment, de ses effets réels ou potentiels sur la concurrence* » ⁹⁶.

En outre, pour certains biens dont l'élasticité-prix est nulle, il n'existe aucune limite de prix, ou une limite très élevée, au-delà de laquelle le consommateur réduirait ses achats.

94. OCDE, Excessive prices, DAP/COMP/W, 2 octobre 2011, note du secrétariat.

95. Conclusions de l'avocat général Wahl du 6 avril 2017, aff. C 177/16, Biedriba « *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība* » contre *Konkurences padome*, § 101.

96. Autorité de la concurrence, décision 09-D-24 du 28 juillet 2009, § 168.

■ 1.2.2 Le fondement juridique du contrôle du prix par les autorités de régulation dans le cadre de leur pouvoir de règlement de différends

Si le débat sur l'opportunité pour les autorités de concurrence de contrôler l'existence de prix excessifs demeure vif, un tel débat est quasiment inexistant s'agissant des autorités de régulation. Il apparaît légitime d'accorder aux autorités de régulation une mission de contrôle des prix « excessifs » dans la mesure où leur action doit justement permettre une plus grande contestabilité des marchés des secteurs régulés. Cette dernière peut être remise en cause, ou à tout le moins rendue plus difficile, par l'imposition de prix « excessifs ».

L'existence d'une défaillance de marché durable, préconstatée, ne pouvant être réglée par l'intervention du droit de la concurrence, qui doit rester le régime de droit commun, apparaît ainsi justifier une possible intrusion d'un régulateur dans la fixation de prix via l'action de certaines autorités.

Plusieurs autorités de régulation sectorielle, comme l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (« Arcep »), l'Autorité de régulation des transports (« ART ») ou encore la Commission de régulation de l'énergie (« CRE »), ont ainsi été instituées afin de permettre l'ouverture des secteurs historiquement sous monopole à la concurrence en réglant, notamment, les défaillances de marché qui ne peuvent être adéquatement résolues par l'application des seules règles de concurrence. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (« CSA ») lui-même, bien qu'institué aux fins de maintenir le pluralisme (des courants de pensée et d'opinion notamment) et la protection de la liberté de communication, s'est vu doter de la mission de « *veiller à favoriser la libre concurrence* ».

Afin de leur permettre d'effectuer leur mission, la loi a notamment doté ces autorités de missions de « *règlement de différends* »⁹⁷. Dans ce cadre, les autorités agissent comme des quasi-juridictions civiles et commerciales tranchant des litiges entre parties de manière assez similaire à ce que ces dernières peuvent faire. La poursuite de leur mission les habilite ainsi à contraindre la liberté contractuelle des opérateurs économiques régulés, notamment en revoyant le niveau des tarifs appliqués et en leur ordonnant, le cas échéant, de les corriger.

L'Arcep a été la première autorité de régulation à se voir doter par le législateur d'un pouvoir de règlement de différends⁹⁸. L'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques dispose aujourd'hui qu'en « *cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec*

97. Olivier Fréget est intervenu sur un certain nombre d'affaires citées dans la présente note. Les opinions exprimées sont personnelles et ne reflètent pas nécessairement celles des clients qu'il a pu représenter ou représentera toujours actuellement.

98. Par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, publiée au JORF du 27 juillet 1996.

*des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse peut être saisie du différend par l'une des parties [...] Sa décision est motivée et **précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés** [...] »⁹⁹.*

Le pouvoir de règlement des différends de l'Arcep l'autorise ainsi à définir les conditions « équitables », y compris financières, d'interconnexion ou d'accès, ce qui a permis à l'Arcep d'intervenir tôt dans la définition des tarifs des opérateurs régulés.

La loi a également confié à la Commission de régulation de l'énergie, dès 2000¹⁰⁰, un pouvoir de règlement de différends désormais délégué au Comité de règlement des différends et sanctions de la commission de régulation de l'énergie (« CoRDIS ») l'autorisant à « **précis[er] les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés à l'article L. 134-19 ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés** »¹⁰¹ sans assortir le terme « conditions » de l'adjectif « équitables ».

Le CSA s'est vu confier un pouvoir de règlement de différends en 2004¹⁰² lui permettant de préciser « **les conditions techniques et financières de mise à disposition du public** [du service de radio, de télévision ou de médias audiovisuels à la demande] » lorsque le différend qui lui est soumis est susceptible « **de porter atteinte** » à plusieurs objectifs¹⁰³ dont « **la qualité et à la diversité des programmes** », ou lorsque ce différend « **porte sur le caractère transparent, objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes et de services ou de leur numérotation ou des relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services** »¹⁰⁴.

De même, les acteurs des secteurs des transports peuvent saisir l'Autorité de régulation des transports¹⁰⁵ (« ART », anciennement « ARAF », puis « ARAFER »), « **d'un différend, dès lors qu'il s'estime victime**

99. Mise en gras et soulignement ajoutés.

100. Par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

101. Article L. 134-20 du Code de l'énergie, mise en gras et soulignement ajoutés.

102. Par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 créant l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Le CSA disposait auparavant d'un pouvoir de règlement de différends, mais très limité puisqu'il ne portait que sur les conditions techniques et financières relatives à la mise à disposition auprès du public des chaînes de la TNT (par l'article 50 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000).

103. Parmi lesquels le « **caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, aux missions de service public assignées aux sociétés nationales de programme mentionnées à l'article 44 ou à leurs filiales répondant à des obligations de service public, à La Chaîne parlementaire mentionnée à l'article 45-2, à la chaîne Arte et à la chaîne TV5, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes** ».

104. Article 17-1 de la loi n° 86-1067 précitée.

105. Anciennement Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.

*d'un **traitement inéquitable**, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés à l'accès au réseau ferroviaire [...] [ou] aux installations de service [...] », le régulateur pouvant « préciser[r] les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans le délai qu'elle accorde », « prend[re] les mesures appropriées pour corriger toute discrimination ou toute distorsion de concurrence » et « [fixer], de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités d'accès au réseau ferroviaire ou aux installations de service et aux prestations qui y sont fournies, ainsi que leurs conditions d'utilisation » ¹⁰⁶.*

L'ensemble de ces régulateurs a ainsi la **possibilité**, dans le cadre des règlements des différends qui leur sont soumis, **de définir les conditions financières d'accès au réseau ou au service** en cause. Les dispositions légales qui fondent le pouvoir de règlement de différends des régulateurs font toutes, à l'exception de l'article L. 134-20 du Code de l'énergie, référence à la notion d'« équité ».

Les décisions de règlement de différends prises par les régulateurs ont un impact et un pouvoir normatif aussi importants que les décisions de sanction, de sorte que ceux-ci doivent s'appuyer sur des méthodes, raisonnements économiques et référentiels afin de fonder leurs décisions. Les méthodes définies par les régulateurs pour la détermination des conditions tarifaires dans le cadre de décisions de règlement de différends sont en effet souvent reprises par les acteurs tiers au différend dans le cadre de leurs conventions privées ¹⁰⁷.

Ces décisions peuvent être vues par les acteurs intervenant sur les marchés régulés comme proches de « lignes directrices » : elles ont nécessairement un effet d'homogénéisation des pratiques sur les points tranchés par le régulateur, lorsqu'elles ne deviennent pas un standard juridique du seul fait que l'entreprise contrainte de s'y soumettre est tenue par une obligation de non-discrimination.

En dehors des secteurs régulés, les acteurs de marché adaptent leur conduite au regard des décisions rendues par le juge judiciaire.

■ 1.2.3 Le contrôle du prix par le juge en droit des pratiques restrictives de concurrence

Après avoir rappelé les modalités de l'admission d'un contrôle des prix en matière de pratiques restrictives de concurrence (a.), nous dresserons un état des lieux du contrôle des prix tel qu'il existe actuellement (b.).

106. Article 1263-2 du Code des transports.

107. À titre d'exemple, la décision de l'Arcep Cegetel Entreprises c. France Telecom (décision de l'ART n° 99-539) qui a promu le principe de symétrie tarifaire pour les tarifs d'interconnexion a eu pour effet en pratique de fixer pour tous les opérateurs le prix de la terminaison d'appel.

108. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite « LME ».

(a) Une réticence historique au contrôle judiciaire du prix, bouleversée par la loi LME

Sans remonter trop loin dans le passé, il convient néanmoins de revenir sur l'évolution du contrôle du prix depuis la fin de la guerre jusqu'à la promulgation de la loi de modernisation de l'économie (dite « LME ») du 4 août 2008 ¹⁰⁸ (i.), afin de mettre en exergue la rupture, voire le séisme qu'a provoqué cette dernière (ii.).

(i) Approche historique du contrôle du prix avant la LME du 4 août 2008

(A) Les textes fondateurs

Plusieurs textes se sont succédé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale jusqu'à nos jours.

(1) L'ordonnance du 30 juin 1945

Au sortir de la guerre, les articles 1^{er} à 12 et 15 à 32 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 avaient habilité l'administration à intervenir à tout moment, par voie de simple arrêté, en matière de fixation de prix. Cette intervention a pu revêtir, selon les gouvernements et les périodes économiques, différentes formes : blocage des prix au niveau atteint à une date déterminée, taxation des prix selon une limite maximale, fixation des marges en valeur absolue et relative, encadrement des prix sur la base de conventions passées entre les pouvoirs publics et les organisations professionnelles (tels que des engagements de lutte contre l'inflation ou des accords de régulation), ou encore liberté contrôlée ou surveillée des prix faisant obligation aux professionnels de déposer leurs tarifs auprès de l'administration avant toute hausse.

Peu avant l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la plupart des prix des produits et services étaient devenus libres, sur la base d'agréments ministériels, d'engagements ou d'accords avec le ministère. Néanmoins, le ministère de l'Économie pouvait remettre en question cette liberté à tout moment.

(2) L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ¹⁰⁹, fondatrice de notre droit de la concurrence, a abrogé l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 et conféré à la liberté des prix une valeur de principe légal, pour tous les produits et services qui relevaient antérieurement de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 ¹¹⁰.

Le principe a donc été renversé. **La liberté des prix est devenue la règle, et les pouvoirs publics ne pouvaient y déroger que dans des cas limités et selon une procédure d'intervention plus lourde.**

109. Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

110. Sur les raisons historiques ayant conduit à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, voir le rapport du Club des juristes « Pour une réforme du droit de la concurrence », janvier 2018, pp. 13-14.

L'État s'est toutefois réservé **le droit d'intervenir dans les secteurs ou zones caractérisés par une absence structurelle de concurrence** (en raison de l'existence de monopoles ou d'entraves légales ou réglementaires) et, de manière conjoncturelle, en cas de hausses ou de baisses excessives de prix dues à des situations exceptionnelles ou manifestement anormales ¹¹¹.

En outre, depuis 1986, de nouvelles exceptions ont vu le jour. Par exemple, la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987, introduisant un nouvel article L. 162-38 dans le Code de la Sécurité sociale, a rétabli le contrôle réglementaire des prix des médicaments et services médicaux remboursables. Le fait que la Sécurité sociale procède au remboursement des médicaments justifie que la fixation des prix ne soit pas laissée à la seule discrétion des laboratoires.

Toutefois, l'irréversibilité de la liberté des prix n'a valeur de principe qu'à l'égard du pouvoir réglementaire. Rien n'empêche le législateur de revenir sur ce principe, de manière générale ou limitée, sous réserve de ne pas porter d'atteinte disproportionnée à cette liberté ¹¹².

Il convient néanmoins de noter que la libération des prix ne signifie pas que les entreprises disposent d'une liberté totale dans la fixation de leurs prix. En effet, l'ordonnance de 1986 prohibe les pratiques anticoncurrentielles, parmi lesquelles les **ententes sur les prix, et l'abus de position dominante consistant à pratiquer des prix excessifs ou, au contraire, des prix prédateurs** ¹¹³.

L'ordonnance de 1986 interdit également de nombreuses pratiques restrictives de concurrence, régies par le titre IV du livre IV du Code de commerce, dont certaines concernent les prix, telles que :

- le refus de communiquer ses conditions générales de vente et **ses barèmes de prix** (C. com., art. L. 441-6 ¹¹⁴) ;
- l'interdiction de revente à perte (C. com., art. L. 442-2) qui implique que le prix de vente soit **inférieur au seuil de revente à perte** (ou SRP) ;
- l'interdiction **d'imposer un prix de revente minimal** sous réserve des prix conseillés (C. com., art. L. 442-5) ;
- les **discriminations notamment dans les prix** (C. com., art. L. 442-6, I, 1o), ancienne pratique restrictive de concurrence aujourd'hui abandonnée.

111. On trouve un exercice de ce pouvoir dans l'actualité récente, avec le plafonnement du prix des gels hydroalcooliques et des masques chirurgicaux (décret n° 2020-197 du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydroalcooliques ; décret n° 2020-396 du 4 avril 2020 relatif au régime du contrôle des prix de vente des gels hydroalcooliques dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ; décret n° 2020-858 du 10 juillet 2020 relatif aux prix de vente des gels et solutions hydroalcooliques et des masques de type ou de forme chirurgicale à usage unique).

112. Sur le caractère constitutionnel de la liberté de fixer son prix : cf. *infra*.

113. Cf. *supra*.

114. Il s'agit de la numérotation des articles avant la réforme de l'ordonnance du 24 avril 2019.

(3) La loi NRE du 15 mai 2001

La loi relative aux nouvelles régulations économiques, dite « loi NRE », du 15 mai 2001 ¹¹⁵ est venue sanctionner l'obtention d'un avantage injustifié en contrepartie d'un service (C. com., art. L. 442-6, I, 2° à l'époque, devenu ensuite 1° avant la réforme de l'ordonnance du 24 avril 2019 ¹¹⁶). Ce texte visait pour l'essentiel à contrôler le prix des opérations de coopération commerciale, et notamment le prix des têtes de gondole ¹¹⁷. Il était toutefois rédigé dans des termes très généraux puisqu'il visait le prix de **tous** les services. Il convient toutefois de souligner que **seuls les services, à l'exclusion, donc des contrats portant sur des marchandises, étaient visés**.

La loi NRE a ajouté des contrôles, puisqu'elle a permis de sanctionner les **abus dans les conditions de règlement**, en particulier dans le délai de paiement (C. com., art. L. 442-6, I, 7o à l'époque), ou le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, [...] manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente* » (C. com., art. L. 442-6 I 4°).

Ces textes, qui sont antérieurs à la LME, démontrent que le droit positif avait abouti à une liberté de fixer son prix, cette liberté étant toutefois encadrée par le contrôle des pratiques abusives. De plus, la valeur constitutionnelle de la liberté de fixer son prix a également été consacrée dès avant la LME.

(B) La valeur constitutionnelle de la liberté des prix

C'est en effet après l'ordonnance de 1986, que le Conseil constitutionnel a admis que la liberté de fixer son prix était constitutionnellement protégée.

On savait que la **valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre** avait été consacrée, en 1982, par la censure partielle de la loi sur les nationalisations. Dans cette décision fondatrice de 1982, le Conseil constitutionnel avait décidé que « *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* » ¹¹⁸. En effet, si la liberté d'entreprendre n'est pas expressément mentionnée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, elle se déduit de la combinaison des articles 2 et 17 de la Constitution, relatifs au droit de propriété, ainsi que de l'article 4 de la Constitution, relatif à la liberté.

115. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite « loi NRE ».

116. Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

117. La tête de gondole est l'emplacement situé en bout de rayon et donnant sur les allées de circulation sur lequel sont exposés des produits mis en avant.

118. Cons. constit., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, relative à la loi de nationalisation.

La liberté d'entreprendre se traduit par une **liberté d'établissement** et une liberté d'exercice de son activité. Or, la liberté de fixer son prix fait partie de cette liberté d'exercice de l'activité. Elle est également incluse dans la liberté contractuelle, elle-même constitutionnellement protégée¹¹⁹.

Ainsi, dans une **décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991**¹²⁰, le Conseil constitutionnel s'est autorisé à contrôler une loi portant homologation tarifaire. C'est pourquoi Arnaud Sée écrira : « *On comprend alors qu'en contrôlant une législation tarifaire au regard de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel constitutionnalise la liberté des prix* »¹²¹.

Dans une autre **décision n° 2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013**¹²², le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'en permettant que soit fixé un minimum de prix de vente des produits du tabac et en encadrant la détermination de ce minimum par les conseils généraux, le législateur a assuré une conciliation, qui n'est pas manifestement déséquilibrée, entre l'exercice de la liberté d'entreprendre et les exigences du onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatives à « la protection de la santé* »¹²³.

Ces décisions ne censurent pas les lois ayant fixé le prix, mais **admettent néanmoins que la liberté de fixer son prix fait partie de la liberté d'entreprendre**.

L'ancien président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, l'a également reconnu, en écrivant, à propos de la décision de 1991, que « *le Conseil a reconnu [...] la liberté de fixer ses tarifs [...]* »¹²⁴ au titre de la liberté d'exercice de sa profession, qui est une des composantes de la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs montré qu'il était très attaché à la liberté de l'entrepreneur de fixer ses prix. Ainsi, dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 sur la loi Macron du 6 août 2015¹²⁵, le Conseil a justifié le caractère inconstitutionnel de l'injonction structurelle sans faute, prévue par la loi Macron, permettant d'imposer à une entreprise de céder des actifs au motif que le marché serait trop concentré, par

119. Cons. constit., décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, relative à la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 ; voir également Cons. constit., décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, relative à la loi pour l'égalité des chances, et Cons. constit., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, concernant la loi relative au secteur de l'énergie.

120. Cons. constit., décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, relative à la loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales.

121. Arnaud Sée, *Liberté d'entreprendre : Le Conseil constitutionnel mobilise la liberté d'entreprendre pour protéger la libre concurrence*, 23 mai 2013, *Revue Concurrences* n° 4-2013, Art. n° 59392, p. 177.

122. Cons. constit. décision n° 2012-290/291 QPC, concernant le droit de consommation du tabac dans les DOM.

123. Cons. constit., décision n° 2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013, concernant le droit de consommation du tabac dans les DOM, § 16.

124. Liberté d'entreprendre et droit de la concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in « À quoi sert la concurrence ? Concurrences p. 673 et s. spécialement p. 674.

125. Cons. constit., décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, relative à la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

le fait que « *les dispositions contestées peuvent conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises* ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel, tout au moins dans sa composition de l'époque, a montré qu'il était très attaché à **la liberté de l'entrepreneur de fixer les conditions principales de son contrat, et notamment de fixer son prix.**

Dire que la liberté de fixer son prix a une valeur constitutionnelle ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse jamais y être porté atteinte. En effet, le législateur peut restreindre la liberté de fixer son prix si cette atteinte est justifiée, notamment par un objectif d'intérêt général, et sous réserve qu'elle ne soit pas disproportionnée. La liberté des prix ne correspond donc pas à une totale dérégulation.

Même dans une économie de marché, un encadrement du prix, voire parfois un contrôle, peut exister. Néanmoins cet encadrement, ou ce contrôle, ne saurait porter atteinte de manière disproportionnée à la liberté de fixer son prix, composante essentielle de la liberté d'entreprendre.

Jusqu'à la LME du 4 août 2008, cet équilibre entre contrôle du prix et liberté d'entreprendre était assez bien respecté.

Même en matière de pratiques anticoncurrentielles, où la qualification d'abus de position dominante consistant à pratiquer des **prix excessifs, et donc inéquitables**, existait dans son principe, **elle n'était utilisée, à ses débuts, qu'avec une grande parcimonie**. La Commission européenne avait même déclaré, dans son rapport sur la concurrence pour l'année 1994, qu'elle ne comptait pas contrôler ou condamner les prix élevés en tant que tels¹²⁶. Ce qui avait fait remarquer à Catherine Prieto que « *la condamnation de prix excessifs crée un malaise au regard du risque d'instauration d'un contrôle des prix par nature aux antipodes des mécanismes fondamentaux d'une économie de marché* »¹²⁷.

A fortiori, en droit des pratiques restrictives de concurrence, où la caractérisation d'une position dominante n'est pas nécessaire, la période antérieure à la LME ne portait pas atteinte à cet équilibre.

Cependant, curieusement, en posant le principe de la libre négociabilité des prix, la LME a créé un séisme en conduisant au contrôle des prix. Le Professeur Behar-Touchais considère que ce contrôle des prix apparaît aujourd'hui « disproportionné » à la suite des nouveaux textes issus de l'ordonnance du 24 avril 2019 (opinion partagée par certains membres du groupe de travail).

126. XXIV^e rapport sur la politique de concurrence, 1994, point 207.

127. JurisCL. Concurrence-consommation, Fasc. 561 Abus de position dominante, Notion d'abus en droit communautaire, n° 117.

(ii) Le séisme causé par la LME

La LME du 4 août 2008 a provoqué un véritable séisme en posant le principe de la libre négociabilité des prix, et donc en supprimant l'interdiction *per se* de la discrimination¹²⁸. À la suite de cette loi, il n'était plus nécessaire de justifier l'avantage qui était **conféré à un partenaire, mais non à un autre**.

Pour mémoire, avant la LME, existait l'interdiction *per se* de la discrimination. Tout avantage devait être justifié. L'article L. 441 6 du Code de commerce disposait à l'époque que « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, par ailleurs, convenir avec un acheteur de produits ou un demandeur de prestation de services des conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus, qui ne sont pas soumises à cette obligation de communication* ». Les conditions particulières de vente devaient donc être **justifiées**.

Depuis la LME, le mot « **justifié** » a disparu. L'article L. 441-6 du Code de commerce, dans sa rédaction postérieure à cette loi, dispose que « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa [...]* ».

Toutefois, bien que la discrimination n'ait plus à être justifiée par une contrepartie, certaines exigences de contrepartie, sans lien avec la discrimination, demeurent.

Ainsi, l'exigence selon laquelle tout service doit avoir une contrepartie proportionnée a été maintenue.

L'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce, dans sa rédaction postérieure à la LME, disposait en effet qu'« *engage la responsabilité de son auteur [...] le fait : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu [...]* ».

La LME a toutefois voulu **mettre fin à une analyse ligne** par ligne obligeant à chercher pour chaque poste une contrepartie, et qui incitait finalement à créer des contreparties fictives.

Le rapport Charié, fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie¹²⁹, l'affirme expressément. L'objectif est : « **d) ne plus obliger le « ligne à ligne » afin de dissuader les lignes fictives** »¹³⁰.

128. M. Behar-Touchais, Le séisme tranquille du « Rapport Hagelsteen » - À propos de la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, RLC 2008/15, n° 1073.

129. Projet de loi de modernisation de l'économie n° 842.

130. J.-P. Charié, Rapport n° 908 fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), enregistré le 22 mai 2008, accessible à l'adresse suivante : <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0908.asp>

Le rapport de la Commission spéciale du Sénat sur ce même projet de loi LME le confirme également. En effet, il précise : « *L'obligation que ces CPV soient "justifiées par la spécificité des services rendus" disparaît, ce qui est en réalité le point central de l'article 21, puisque désormais, il n'y a plus à justifier de l'établissement de CPV* »¹³¹.

Or, il convient d'ores et déjà de noter que cela n'a pas été respecté ensuite par les juges qui ont, de manière prétorienne, exigé de nouvelles justifications¹³².

Il n'en demeure pas moins que la liberté créée par la LME a provoqué un renversement de tendance. En effet, face à cette **libre négociabilité des prix, a émergé une volonté de lutter plus encore contre les abus des puissants, et notamment de la grande distribution et du numérique.**

On remarquera toutefois que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif spécial se sont traduits par la création de dispositions générales.

Il s'agissait d'abord de **lutter contre les prix trop élevés**, en utilisant le déséquilibre significatif, créé par la LME, qualifié d'« *arme de destruction massive* »¹³³ ou de « *machine à hacher le droit* »¹³⁴. Les juges, convaincus qu'ils n'allaient pas trop loin, puisqu'il existait une condition de soumission au déséquilibre significatif, ont consacré un certain contrôle du prix¹³⁵. Néanmoins, la DGCCRF, galvanisée par ce premier succès, a voulu aller plus loin. Elle a ainsi consacré, sans état d'âme et sans peut-être même s'en apercevoir, un **contrôle généralisé de la proportion entre l'avantage et son prix** (article L. 442-1 I 1° issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 précitée)¹³⁶.

La volonté de **lutter contre les prix bas** a parallèlement émergé. En particulier, les États généraux de l'alimentation ont fait ressortir la nécessité de protéger **les agriculteurs**. Ce constat a abouti à la loi EGalim¹³⁷ qui a notamment habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance.

Une première ordonnance n° 2018-1128 a été prise le 12 décembre 2018¹³⁸ pour limiter les nouveaux instruments promotionnels (NIP)

131. L. Bétaille, E. Lamure, Ph. Marini, *Rapport n° 413 (2007-2008) fait au nom de la commission spéciale*, déposé le 24 juin 2008, accessible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/107-413-1/107-413-15.html#toc91>

132. Cf. *infra*.

133. Chagny M., « *Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ?* », Contrats, conc. consom. 2008, alerte 70.

134. Behar-Touchais M., « *Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce va-t-il devenir "une machine à hacher le droit" ?* » obs. sous T. com. Lille, 6 janv. 2010, RLC 2010/23, n° 1584 ; cette expression avait déjà été employée pour l'enrichissement sans cause, avant que la cour de cassation ne vienne le contenir dans des limites strictes avec, notamment, le principe de subsidiarité.

135. Cf. *infra*.

136. Cf. *infra*.

137. Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, dite « loi EGalim ».

138. A.S. Choné-Grimaldi, Seuil de revente à perte et encadrement des promotions, L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence 2019 - n° 02 – p. 1.

en quantité et augmenter le seuil de revente à perte (SRP) en matière alimentaire.

C'est également à cette occasion que le gouvernement a été habilité à simplifier, par voie d'ordonnance, le titre IV du livre IV du Code de commerce, ce qui a abouti, pour ce qui nous intéresse, à deux ordonnances du 24 avril 2019. L'une permet d'instituer un contrôle généralisé du prix abusivement élevé ¹³⁹, tandis que l'autre revivifie le contrôle du prix abusivement bas ¹⁴⁰.

C'est ainsi que s'est peu à peu mis en place, sous certaines conditions, un contrôle des prix par le juge.

(b) La consécration du contrôle des prix en matière de pratiques restrictives de concurrence

L'expression de « contrôle du prix » est controversée, et déplaît à certains, qui considèrent que le juge n'exerce pas un tel contrôle, mais sanctionne simplement des abus en matière de prix.

Il est toutefois manifeste qu'il s'agit ici d'une distinction simplement sémantique. En effet, le fait de sanctionner des abus dans la fixation du prix se confond finalement avec un contrôle du prix abusif. Est-ce bien différent quand le contrôle émane d'un juge, de l'administration, ou encore de la loi ? Lorsque le législateur plafonne le prix des gels hydroalcooliques, il intervient parce qu'il a constaté des abus dans la fixation des prix par certains qui auraient voulu profiter de la crise sanitaire pour s'enrichir. N'est-ce pas là aussi remédier à un abus, ou le prévenir ?

Ce débat sémantique semble avoir été tranché par la jurisprudence. **L'expression de contrôle du prix est, en effet, désormais employée par les plus hautes juridictions.**

Ainsi, dans une affaire Galec du 25 janvier 2017 ¹⁴¹ sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, la Cour de cassation énonce très clairement que *« l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »*.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 30 novembre 2018 ¹⁴², met lui aussi en exergue le fait que la Cour de cassation a consacré un contrôle judiciaire du prix sous certaines conditions :

« depuis cette déclaration de conformité, la Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt du 25 janvier 2017, que les dispositions du 2° du paragraphe I de

139. Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, précitée.

140. Ordonnance n° 2019-358 du 24 avril 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas, cf. *infra*.

141. Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23547, dite « affaire Galec » ; et cf. *infra*.

142. Cons. constit. décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres* ; cf. *infra*.

l'article L. 442-6 du Code de commerce n'excluent pas que "le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu" et qu'elles autorisent ainsi "un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties" ».

Il est donc légitime d'employer l'expression de « contrôle du prix » ou de « contrôle judiciaire du prix », **mais il convient de garder à l'esprit que ce contrôle n'en reste pas moins soumis à des conditions.**

Pour montrer l'évolution vers un renforcement du contrôle judiciaire du prix, et aujourd'hui vers un risque de contrôle du prix par l'administration, il convient de rappeler qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence, était d'abord consacré le contrôle du prix disproportionné d'un service (i.). Puis, la jurisprudence a admis que le contrôle du prix entrait dans le contrôle du déséquilibre significatif (ii.). Enfin, la DGCCRF a institué un contrôle judiciaire généralisé du prix hors déséquilibre significatif et, comme tel, échappant à la condition de soumission (iii.). Une résistance de la cour d'appel de Paris a commencé à voir le jour (iv.). Toutefois, le ministre de l'Économie s'est vu depuis lors doter d'un pouvoir particulièrement puissant, celui de prononcer et de liquider des astreintes pour rendre effective la cessation des infractions punies d'une amende civile (v.).

Il convient de souligner que si les deux premiers temps de cette évolution ont consacré un contrôle judiciaire du prix encadré (i. et ii.), ce contrôle est devenu plus souple à partir de la réforme élaborée par la DGCCRF (iii., iv. et v.), au point que certains auteurs tels que Martine Behar-Touchais parlent d'un contrôle du prix devenu "disproportionné" (opinion partagée par certains membres du groupe de travail).

Il convient de souligner que si les deux premiers temps de cette évolution ont consacré un contrôle judiciaire du prix supportable car suffisamment encadré (i. et ii.), le contrôle est toutefois devenu disproportionné à compter de la réforme élaborée par la DGCCRF (iii., iv. et v.).

(i) Le contrôle du prix disproportionné des seuls services

L'article L. 441-7 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 24 avril 2019, dispose que « [...] La rémunération des obligations relevant des 2° et 3° ainsi que, le cas échéant, la réduction de prix globale afférente aux obligations relevant du 3° ne doivent **pas être manifestement disproportionnées** par rapport à la valeur de ces obligations [...] ».

L'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce, à la même époque, dispose quant à lui, qu'« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque

ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs [...] ».

Les décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° ancien du Code de commerce, à l'initiative du ministre, ont diminué ces dix dernières années. À titre d'exemple, elles étaient vingt-deux au cours de l'année 2007, puis seulement trois en 2015 et deux en 2016.

Il convient toutefois de relativiser ces chiffres, qui sont le signe d'un transfert d'une partie du contentieux sur celui du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce.

(ii) Le contrôle du prix sous couvert du déséquilibre significatif

Compte tenu de la force d'attraction du déséquilibre significatif, et sans doute pour éviter d'être limitée aux seuls services, la DGCCRF s'est tournée vers l'ancien article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, dans sa rédaction post LME.

Très vite, elle a été suivie par les juges du fond, et notamment par les juges de la cour d'appel de Paris qui ont rendu à cet égard trois arrêts particulièrement significatifs.

Tout d'abord, l'arrêt IKEA de la cour d'appel de Paris du 23 mai 2013 ¹⁴³ a relevé que si le juge n'a pas à fixer le prix, il doit néanmoins « *examiner si les prix fixés par les parties [...] créent [...] un déséquilibre [...] significatif* ». Dans cette affaire, la réponse s'est avérée négative, mais le principe est clair pour la cour d'appel de Paris : la lésion peut être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce. Il s'agit cependant d'une lésion qualifiée, s'appliquant en présence d'un partenaire en état de soumission.

La cour d'appel de Paris a réitéré la solution dégagée en 2013 dans un deuxième arrêt en date du 29 octobre 2014 concernant le GIE « Les indépendants » ¹⁴⁴.

Cette espèce concernait un GIE de radios que deux de ses membres voulaient quitter. Le règlement intérieur du GIE prévoyait un préavis de douze mois. Pour échapper à son application, les radios sortantes pouvaient payer un dédit égal à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale perçu dans les douze derniers mois précédant la décision de retrait.

¹⁴³. CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.

¹⁴⁴. CA Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059.

La radio s'engageait donc à respecter le contrat pendant le préavis, **ce qui n'a rien d'extraordinaire**. Si elle voulait être libérée du respect de ce préavis, la radio devait payer à titre de **prix du dédit**, 30 % de son chiffre d'affaires réalisé avec le GIE.

La cour d'appel de Paris a néanmoins considéré que ces dispositions contractuelles étaient disproportionnées pour plusieurs motifs.

Premièrement, l'interdiction de faire apparaître une audience séparée dans Médiamétrie, pendant le préavis, rendait aléatoire le lancement des deux radios sortantes et retardait leur introduction dans les plans médias des annonceurs, compromettant ainsi leurs chances de réussite.

Ensuite, le montant de l'indemnité qu'il convenait de payer à titre de dédit s'élevant à 30 % de leur chiffre d'affaires était dissuasif. En effet, en plus d'affronter la perte du chiffre d'affaires provenant du GIE, les radios sortantes devaient *« ajouter à cette perte inéluctable [...] le versement de 30 % de leur chiffre d'affaires, qui pouvait être prélevé d'office par le GIE, s'avérerait disproportionné »*.

Ainsi dans cette affaire, **la cour d'appel a considéré que le prix de la faculté de rétractation était excessif**; et ce, alors même que la Cour de cassation avait toujours refusé de contrôler le prix de la faculté de dédit ¹⁴⁵.

Il convient toutefois de souligner que **l'arrêt ne se fonde sur aucun élément rationnel** pour admettre que le prix était excessif. La cour d'appel s'est en effet fondée sur une appréciation intuitive comparant un préavis de douze mois et un dédit de 30 % du chiffre d'affaires des radios. **L'arrêt ne comporte aucun motif économique, mais repose uniquement sur un raisonnement empirique.**

Il peut d'ores et déjà être relevé que le contrôle du prix expose le justiciable à une grande insécurité juridique s'il ne fait pas l'objet d'une motivation rigoureuse.

Sur le plan pratique, les conséquences de cette décision ont finalement été circonscrites par la Cour de cassation qui, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, a jugé que l'article L. 442-6 I 2° ne s'appliquait pas au GIE. L'arrêt de la Cour de cassation a donc mis un terme au débat dans cette affaire ¹⁴⁶.

Enfin, dans un troisième arrêt en date du 1^{er} juillet 2015 rendu dans le cadre de l'affaire Galec évoquée précédemment ¹⁴⁷, la cour d'appel de

¹⁴⁵. Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-16863.

¹⁴⁶. Cass. com., 11 mai 2017 n° 14-29707 ; M. Behar-Touchais, *La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce par la règle specialia generalibus derogant*, J.C.P. éd.G n° 27, 3 Juillet 2017, 763.

¹⁴⁷. Cf. *supra*.

Paris a admis un contrôle du prix et a condamné la société Galec à verser au Trésor Public la somme de 61.288.677,84 euros¹⁴⁸, à charge pour lui de restituer les sommes dues aux fournisseurs. Les juges ont estimé que « *l'obligation à la charge des fournisseurs de verser à la société coopérative groupements d'achats des centres LECLERC [GALEC] les ristournes "RFA GALEC" calculées sur le chiffre d'affaires de l'année en cours, soit en contrepartie de la constatation d'un courant d'affaires non chiffré, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires limité par rapport au chiffre d'affaires réalisé l'année précédente et sans commune mesure avec le chiffre d'affaires prévisionnel, soit sans aucune contrepartie, crée un déséquilibre significatif [...] et contrevient aux dispositions de l'article L. 442-6-I-2°) du code de commerce* ».

Pourtant, dans cette affaire, le raisonnement adopté par le tribunal dans le jugement infirmé était cohérent. **Dans son jugement du 24 septembre 2013, le tribunal de commerce de Paris avait jugé que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ne s'appliquait pas au prix**, dans la mesure où le Conseil constitutionnel, dans sa décision QPC du 13 janvier 2011¹⁴⁹, avait déclaré ce texte conforme au principe de légalité des délits et des peines, au motif que « *pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation... qu'en référence à cette notion, dont le contenu a déjà été précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer [...]* »¹⁵⁰. Or, l'article L. 132-1 du code de la consommation ne permet pas de déclarer le prix abusif.

Ce même raisonnement a été soutenu devant la **Cour de cassation** lors du pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} juillet 2015. Mais cette dernière, dans son **arrêt du 25 janvier 2017** précité¹⁵¹, a rejeté cette argumentation pour les raisons suivantes :

« *La similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce relevée par le Conseil constitutionnel*

148. CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251, dite « affaire Galec ».

149. Cons. constit., décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils*.

150. TC Paris, 24 septembre 2013, n° 20111058615, dite « affaire Galec ».

151. Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547 ; V. également M. Behar-Touchais, *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales* (À propos de l'arrêt Galec, Cass. com. 25 janvier 2017), J.C.P. G. 2017, n° 10, 6 Mars 2017, doctr. 255 ; Cyril Grimaldi, L'absence de contrepartie aux réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur à l'occasion de la négociation commerciale : une nouvelle pratique restrictive de concurrence (Cass. com. 25 janvier 2017)? *Revue des contrats* – 2017, n° 03 - page 470 ; Nicolas Eréséo, Déséquilibre significatif : la cour de cassation entérine la libre négociabilité des prix, lettre de la distribution février 2017 p. 1 et s ; M. Chagny, RTDcom 2017 p. 606 à 608 ; F. BUY, La cour de cassation juge que l'article L. 442-6 I 2° C.com permet au juge de contrôler les prix et approuve la cour d'appel de Paris d'avoir jugé qu'une clause de réduction de prix créait un déséquilibre significatif, *Concurrences* 1/5/2017 p.115-116 ; J.-C. Grall et G. Mallen, La cour de cassation confirme que le déséquilibre significatif peut justifier la modification par le juge du prix convenu par les parties, *RL concurrence*, 1/5/2017, p. 32-38 ; N. Mathey, *Contrôle judiciaire des réductions de prix*, CCC 1/4/2017 p.24-28 ; S. LE GAC-Pech, *L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion*, JCP E, 9/3/2017 p. 36-41.

dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité [...] n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu.[...]

En outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Elle juge enfin que « le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du Code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties ». Ce texte « a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur » ¹⁵².

Martine Behar-Touchais s'interroge sur la compatibilité de cet arrêt avec le principe de légalité des délits et des peines visant à permettre au justiciable de **déterminer s'il risque ou non une peine en commettant telle ou telle pratique** ¹⁵³. Martine Behar-Touchais souligne que dans cette espèce les ristournes de fin d'année dataient de 2009 et 2010. Selon elle, à cette date, rien ne permettait d'imaginer que le contrôle du prix pouvait s'exercer. Le premier arrêt d'appel qui pouvait laisser penser à un justiciable que le contrôle du prix était susceptible d'entrer dans le champ du contrôle du déséquilibre significatif remonterait à 2013, soit postérieurement aux faits litigieux. Dès lors, selon Martine Behar-Touchais, au moment où le Galec a commis les pratiques poursuivies, il lui aurait été impossible de prévoir qu'il encourait une sanction répressive. Il convient cependant d'atténuer cette critique par le fait que la Cour de cassation relève aussi que la cour d'appel a fait ressortir que le déséquilibre reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis, mais du mécanisme de la ristourne de fin d'année.

152. Mais l'article L. 441-7 du Code de commerce imposait la transparence des obligations, mais non un contrôle du prix. Il a été relevé que déduire le contrôle de la lésion de la transparence imposée par l'article L. 441-7 du Code de commerce est tout à fait artificiel (cf. M. BEHAR-TOUCHAIS, chr. préc. : « Si l'on suivait ce raisonnement, l'obligation d'afficher les prix dans les commerces, permettrait un contrôle des prix par l'administration, et on ressusciterait l'économie administrée de l'ordonnance du 30 juin 1945 ! »).

153. CEDH, 6 mai 2010, n° 46535/08, *Stoica c/ France*.

À la suite de cet arrêt, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC pour déterminer si la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le déséquilibre significatif peut porter sur le prix ne rendait pas le texte inconstitutionnel. **Dans sa décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018 précitée¹⁵⁴, le Conseil constitutionnel a validé l'instauration d'un contrôle des prix par le juge, sanctionné par une amende civile.**

La décision est intéressante en ce qu'elle précise d'abord que la jurisprudence Galec, récemment délogée par la Cour de cassation, constitue un changement de circonstances justifiant le réexamen des dispositions litigieuses. En effet, le Conseil constitutionnel relève que *« depuis cette déclaration de conformité, la Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt du 25 janvier 2017, que les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du Code de commerce n'excluent pas que "le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu" et qu'elles autorisent ainsi "un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties". Il en résulte un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées »*.

Une partie de la doctrine déduit de ce *« changement des circonstances »* que le contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° n'était auparavant pas admis.

Le recours a toutefois été rejeté par le Conseil constitutionnel qui juge : *« Pour les mêmes motifs que ceux énoncés au considérant 4 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011, les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe de légalité des délits. Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 doit donc être écarté »*¹⁵⁵.

Le Professeur Behar-Touchais regrette que le Conseil constitutionnel n'ait pas davantage motivé sa décision pour justifier dans quelle mesure le changement de circonstances résultant de l'arrêt Galec rendait le texte inconstitutionnel ou, au contraire, ne modifiait pas l'appréciation antérieure de la constitutionnalité.

Il serait paradoxal, selon elle, d'admettre l'existence d'un *« changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées »*, si celui-ci ne justifie pas un complément de motivation par rapport à la décision de 2011¹⁵⁶.

Il convient, par ailleurs, de noter qu'après cette décision du Conseil constitutionnel de 2018, le contrôle judiciaire du prix a acquis un champ

154. Cons. constit., décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres ; V. également M. Behar-Touchais, *Le Conseil constitutionnel instaure un contrôle des prix à la française*, JCP E 2018.1638 ; C. Grimaldi, *Le contrôle du prix dans les contrats de distribution : contrôle de l'évolution ou du niveau des prix ? L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence* - janvier 2019, n° 01 - page 4.

155. Cons. constit., décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres, considérant 9.

156. Cons. constit., décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils*.

d'application plus large que celui issu de la jurisprudence de la Cour de cassation de 2017.

En effet, même s'il existait à l'époque des discussions en doctrine, la Cour de cassation avait pris soin en 2017 de limiter la nouvelle jurisprudence, peu ou prou, à la grande distribution. Elle s'était fondée sur le fait que « *le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du Code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties* », affirmant que ce texte « *a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur* ».

Ce motif avait le mérite de limiter l'exercice d'un contrôle du prix au seul cas où l'article L. 441-7 était applicable, à savoir principalement en matière de grande distribution ¹⁵⁷.

Dans ce contexte, la demande de QPC reposait également sur l'article L. 441-7. Était ainsi posée la question suivante : « *L'article L. 441-7, I du Code de commerce qui, tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'exercer, en application de l'article L. 442-6, I, 2° du même code, un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, respectivement garanties par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 ?* »

La Cour de cassation avait, toutefois, refusé de renvoyer la QPC portant sur l'article L. 441-7 du Code de commerce, au motif que « **le contrôle du prix repose sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce invoquée par la première question et non sur celle de l'article L. 441-7, I du même code** ».

Dès lors, la décision du Conseil constitutionnel consacre un **contrôle des prix sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° (ancien) du Code de commerce d'application générale, et non plus seulement dans le cas où l'article L. 441-7 du Code de commerce est applicable**.

Il est toutefois important de souligner que le contrôle du prix ainsi consacré portait uniquement sur les prix imposés à un partenaire commercial. En effet, le contrôle du prix sur le fondement des dispositions du déséquilibre significatif implique que soient remplies les conditions d'application de cet alinéa, à savoir, notamment, la caractérisation du fait de soumettre ou tenter de soumettre.

La jurisprudence Galec n'admet donc pas un contrôle des prix totalement généralisé, mais uniquement un contrôle du prix lorsqu'il a été imposé à une partie soumise.

157. En ce sens, M. Behar-Touchais, chr. Précitée, N. ERESEO, note préc. ; plus hésitant C. Grimaldi, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence novembre 2018 - n° 10 - p. 1.

Notons toutefois **qu'au moment où l'arrêt Galec a été rendu par la Cour de cassation, la condition de soumission exigée par ce texte n'était pas encore très effective.** En effet, à cette époque, aucun juge n'avait encore débouté le ministre au motif qu'il ne prouvait pas la soumission, considérant qu'en matière de grande distribution, elle résultait de la seule structure du marché. Ce n'est que depuis l'arrêt ITM de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017 ¹⁵⁸, suivi ensuite par la Cour de cassation ¹⁵⁹, que la condition de soumission est devenue une véritable exigence. Il a été requis du ministre qu'il prouve la situation de soumission, qui est un élément constitutif de l'infraction. Cette solution doit être approuvée.

Dès lors, la crainte d'un contrôle généralisé des prix suscitée par l'arrêt Le Galec pouvait être en partie apaisée. Le contrôle des prix ne s'exerçait plus sous la condition théorique d'une soumission présumée, mais requérait que la condition de soumission soit dûment prouvée.

Toutefois, certaines entreprises invoquent aujourd'hui le contrôle du prix, bien que ce dernier ait été librement négocié. Une affaire assez récente, dans laquelle la cour d'appel de Paris s'est prononcée par un arrêt le 10 avril 2019 ¹⁶⁰, en est une illustration. Après avoir cédé un fonds de commerce de supermarché et de station-service à une enseignes de la grande distribution, le cédant avait pris ledit fonds en location-gérance. Le contrat de location-gérance ayant été résilié par l'enseigne, le locataire-gérant évincé a cherché à obtenir l'annulation de la cession du fonds de commerce, en invoquant le déséquilibre significatif qui aurait affecté le prix convenu entre les parties. Fort heureusement, la cour d'appel l'a débouté en jugeant que *« dans la mesure où seules les activités de production, de distribution ou de services entrent dans le champ d'application [du texte], ces dispositions ne sont pas applicables à la vente d'un fonds de commerce, le prix de celui-ci résultant de la libre négociation des parties »*.

(iii) Le contrôle du prix manifestement disproportionné de tout avantage

Ainsi qu'il a été exposé plus haut, la loi EGalim a donné au gouvernement le pouvoir de réécrire le titre IV du livre IV du Code de commerce afin, essentiellement, de **le simplifier**. Ce titre a effectivement été réécrit par une ordonnance du 24 avril 2019 : l'ordonnance n° 2019-359.

158. CA Paris, 20 décembre 2017, n° 13/04879 ; V. également M. Behar-Touchais, *Les fournisseurs non soumis à la grande distribution existent*, RDC 2018 - n° 02 - page 224.

159. Cass. com., 20 novembre 2019, n° 18-12.823 ; V. également M. Behar-Touchais, *Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question*, RDC 2020 Tome 1.

La nécessité de prouver la soumission (ou tentative de soumission) s'impose quand on voit que certains fournisseurs sont plus puissants que les grands distributeurs : cf. Quand un grand distributeur est victime d'un abus de position dominante de son fournisseur. V. TC Paris, 16 janvier 2020, n° 2020001069, SAS ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL contre SAS COCA COLA EUROPEAN PARTNERS France, M. Behar-Touchais, *L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence* – mars 2020 n° 03 – p. 2 ; V. aussi M. Behar-Touchais, *Absence de soumission d'un distributeur agréé en position de force à l'égard de la tête de réseau*, CA Paris, 5-4, 6 nov. 2019, n° 18/03352, *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence* sept. 2020 – n° 08 – p. 2.

160. CA Paris, 10 avril 2019, n° 18/00311.

Afin de mieux appréhender le contexte dans lequel s'inscrit cette ordonnance, il convient de rappeler l'état d'esprit dans lequel se trouvait la DGCCRF lors de l'élaboration du texte.

Dans l'arrêt Galec, qui marquait une grande victoire pour la DGCCRF, le ministre s'était fondé sur le déséquilibre significatif. Ce texte était, en effet, assez confortable pour lui : dès lors que le contentieux concernait le domaine de la grande distribution, la soumission était présumée. Pour mémoire, l'absence de soumission n'avait, jusqu'alors, jamais été admise lorsqu'une enseigne de la grande distribution était en cause ; fût-ce le fournisseur tout aussi, voire plus puissant que l'enseigne en question.

Cette situation privilégiée, dans laquelle se trouvait cette autorité de poursuite à qui peu de preuves étaient demandées, commençait pourtant à être remise en cause. Dans un arrêt Carrefour, la Cour de cassation, le **4 octobre 2016**¹⁶¹, avait admis que dans **certains domaines**, comme celui de la grande distribution, il existait ce qui ressemblait fort à une **présomption simple de soumission** du fournisseur à un déséquilibre significatif. Elle avait en effet relevé que « *les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certains d'entre eux [les fournisseurs], à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce* »¹⁶².

En d'autres termes, il existait une présomption simple de soumission dans le marché de la grande distribution alimentaire. Cette présomption pouvait être renversée si le distributeur rapportait la preuve de la puissance économique du fournisseur, du nombre important de références proposées par ce dernier, ainsi que de son caractère incontournable.

Cet arrêt demeurait toutefois assez théorique, car ces faits n'étaient pas allégués en l'espèce.

Ce n'est qu'avec l'arrêt ITM de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017¹⁶³, qu'il a véritablement été exigé du ministre qu'il prouve effectivement la soumission, dans un litige de grande distribution¹⁶⁴.

161. Cass. com., 4 octobre 2016, n° 14-28.013.

162. M. Behar-Touchais, *Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif*, RDC 2017 p. 81.

163. CA Paris, 20 décembre 2017, n° 13/04879.

164. M. Behar-Touchais, *Les fournisseurs non soumis à la grande distribution existent (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017)*, RDC 2018 – n° 02 – p. 224.

Dans cette décision importante, la cour d'appel de Paris a admis que certains fournisseurs puissent être considérés comme puissants et non soumis, dans les termes suivants :

« [...] Certains fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Tous les fournisseurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par les distributeurs. Certes, la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, mais il est notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action ».

Dans cet arrêt, la cour d'appel rejette l'action du ministre pour absence de preuve de la soumission des fournisseurs concernés.

Ce faisant, la cour d'appel ne retient pas, semble-t-il, une présomption simple, puisqu'elle affirme que, si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de rapports de force déséquilibrés, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, **cette seule considération ne peut suffire à démontrer l'élément de soumission** d'une clause du contrat signé entre eux, même si ce contrat est un contrat-type. Cet indice doit être complété par d'autres.

La Cour ajoute que, contrairement aux assertions du ministre, **il ne peut être inféré du seul contenu des clauses ou du contexte économique caractérisé par une forte asymétrie du rapport de force en faveur du distributeur, la caractérisation du fait de soumettre ou tenter de soumettre exigée par le législateur :**

« L'insertion de clauses "déséquilibrées" dans un contrat-type ne peut suffire en soi à démontrer cet élément, seule la preuve de l'absence de négociation effective pouvant l'établir, la soumission ne pouvant être déduite de la seule puissance de négociation du distributeur, in abstracto [...]. S'il a pu être déduit, dans d'autres cas, un indice de soumission ou de tentative de soumission de déséquilibre significatif, de l'adoption, par un nombre significatif de fournisseurs, de clauses identiques qui leur étaient manifestement défavorables, indice conforté par d'autres indices, tel n'est pas le cas dans la présente espèce. La société ITM Alimentaire international relève en effet, à juste titre, que les clauses litigieuses ne figurent que dans cinq contrats conclus par des fournisseurs, dont elle justifie qu'ils ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE. »

La Cour ne s'est toutefois pas contentée d'établir que les fournisseurs étaient puissants. **Elle a ensuite vérifié s'il y avait bien eu une négociation effective des clauses querellées :** « Sur ces 5 conventions, la société Danone Eaux France a négocié l'article 2 prétendument imposé par les sociétés poursuivies, dont elle a obtenu modification par un "avenant à la convention d'affaires ITM 2009", annexé à la convention 2009 et paraphé

par les deux parties (annexe 4.1 de l'assignation devenue pièce n° 20.1 du ministre), ce qui démontre **l'existence de négociations bien réelles** sur les clauses litigieuses. En outre, la société ITM Alimentaire international verse aux débats **le résultat des négociations concernant la convention d'affaires 2009 par deux autres fournisseurs, Orangina/Schweppes et Herta** (pièces 27 et 28 d'ITM). Il en résulte que la société Orangina/Schweppes a obtenu la modification du texte même de la convention, notamment s'agissant des articles 2 et 4.2 critiqués par le ministre, et que la société Herta a fait adopter par la SCA LS Frais un avenant à la convention d'affaires modifiant les articles 2 et 4.2 prétendument imposés. »

La cour d'appel de Paris a réitéré cette solution quelque temps plus tard dans une affaire Système U ¹⁶⁵, et ce, alors même que le ministre, surpris par la première décision ITM, avait fourbi ses armes pour tenter de revenir à la solution antérieure.

Dans cette affaire, le ministre soutenait que le principe selon lequel la soumission n'est pas caractérisée dès lors que sont dans la cause des grands fournisseurs, commercialisant des produits incontournables et disposant d'un fort pouvoir de négociation, ne pouvait pas être retenu. Il expliquait que de telles conditions étaient absentes du texte et qu'elles n'étaient, en tout état de cause, pas remplies en l'espèce.

Toutefois, la cour d'appel de Paris ne lui a pas donné raison et a maintenu son motif général selon lequel les fournisseurs puissants pouvaient résister à la grande distribution. Elle a ensuite distingué les cas dans lesquels une soumission était caractérisée, de ceux où il n'y avait pas eu soumission.

Par exemple, la cour d'appel a constaté que Système U avait demandé à Bonduelle une baisse de 5 % du tarif de douze de ses références et n'avait obtenu que partiellement gain de cause. Les juges relèvent que : « *La société Bonduelle Conserve International ne fai[sai]t pas état de menaces de la société Système U dans l'hypothèse d'un refus de sa part. Ainsi, s'agissant des réductions accordées par la société Bonduelle Conserve International dans ces conditions, elles ne [pouvaient] caractériser l'infraction reprochée, celles-ci ayant été le fruit d'un accord entre les parties non contesté par le fournisseur* ». Bonduelle n'avait donc pas été placée dans une situation de soumission par Système U, sur ce point du moins.

À l'inverse, « *L'interdiction d'accéder à ses magasins opposée par la société Système U aux représentants commerciaux de la société Ferrero après le refus par celle-ci d'accéder à sa demande de compensation de 2 % du chiffre d'affaires, ainsi que les menaces de déréférencement de la société Système U pour obtenir des remises supplémentaires de la part de son fournisseur, caractérisent l'absence de réelle négociation entre les*

165. CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187, Système U. Voir également : M. Behar-Touchais, *La condition de soumission à un déséquilibre significatif : « le ministre contre-attaque »*, CA Paris, 5-4, 16 mai 2018, n° 17/11187, Système U c/ ministre de l'Économie, LEDICO sept. 2018, n° 111, n° 4, p. 5.

parties sur ces points, et donc la soumission par la société Système U de la société Ferrero à une obligation, en l'espèce, l'obtention de remises sur le prix de trois références Kinder et une demande de compensation de 2 % du chiffre d'affaires ».

Par la suite, la Cour de cassation elle-même entérinera cette évolution, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt ITM de la cour d'appel de Paris précité dans son arrêt en date du 20 novembre 2019 ¹⁶⁶.

Dans cette décision, la Cour de cassation a en effet abandonné la présomption simple qu'elle avait implicitement admise précédemment :

*« Si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, **ce seul élément ne peut suffire et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective** ».*

Elle relève que la condition de soumission est le « **premier élément constitutif** de la pratique de déséquilibre significatif », employant ainsi un vocabulaire pénal.

La Haute juridiction va même plus loin, en énonçant que : « *L'adoption, par un certain nombre de fournisseurs, de clauses identiques qui leur étaient manifestement défavorables* » peut être un indice de soumission, mais ce ne sera un indice que « *dans certains cas* ».

La Cour de cassation approuve donc une analyse concrète, sans *a priori*, en faveur de l'une ou l'autre des parties.

En l'espèce, elle retient que « *si le ministre prétend que les clauses litigieuses ont été intégrées dans toutes les conventions ou que tous les fournisseurs de la société ITM Alimentaire International ont été concernés par ces clauses, **il n'appuie cette affirmation sur aucun élément de preuve, ne versant aux débats que cinq contrats comportant les clauses litigieuses, signés par des fournisseurs qui ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE**, sur lesquels il n'apporte aucun élément de preuve quant aux circonstances factuelles dans lesquelles ils ont été conclus et n'établissant donc pas qu'ils n'ont pas fait l'objet de négociations effectives* ».

En tout état de cause, elle retient qu'**ITM a prouvé la négociation effective des clauses avec les cinq grands fournisseurs concernés par l'espèce.**

La Cour de cassation s'appuie aussi sur le fait que « *les clauses litigieuses [ont été] signées par des fournisseurs **qui ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE** [...]* ». La formule est plus réservée que celle de la cour d'appel

¹⁶⁶. Cass. com., 20 novembre 2019, n° 18-12.823. Voir également : M. Behar-Touchais, *Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question*, RDC 2020 Tome 1.

de Paris qui visait « *les grands groupes* », mais le sens est le même. Il existe des fournisseurs puissants qui peuvent négocier avec la grande distribution. Cela ne signifie pas qu'il y a toujours négociation effective, mais cette négociation étant possible, il sera nécessaire de prouver l'absence de négociation effective.

Le dogme de la soumission de tous les fournisseurs à la grande distribution a vécu.

À la suite de cette jurisprudence, poursuivre un grand distributeur sur le fondement du déséquilibre significatif n'est plus aussi aisé pour le ministre. **En effet, ce dernier doit désormais prouver les éléments constitutifs de l'infraction, et notamment le fait de soumettre ou tenter de soumettre, qui en est la pierre angulaire.**

En réaction, le ministre a, dans un premier temps, cherché à échapper à la condition de soumission, comme il tentera par la suite d'échapper au juge civil ¹⁶⁷.

Pour échapper à la condition de soumission, le ministre a changé son fusil d'épaule et a tenté de se fonder sur l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce pour poursuivre les réductions de prix. Ces dernières étaient pourtant traditionnellement traitées sur le fondement du 2° de ce même article, comme l'illustre notamment l'arrêt Galec précité.

Après avoir reçu un avis favorable de la part de la Commission d'examen des pratiques commerciales (« CEPC »), le ministre a finalement obtenu de la cour d'appel de Paris ¹⁶⁸ que le contrôle des réductions de prix puisse être opéré en application de l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce, pourtant traditionnellement réservé aux prestations de services. Il convient de rappeler que cet alinéa n'impose pas, lui, la condition de soumission.

Ainsi, en se fondant sur le 2° de l'article L. 442-6 I du Code de commerce, en lieu et place du 1°, la DGCCRF a trouvé le moyen de s'octroyer un contrôle des réductions de prix sans preuve de soumission.

Dans le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance de réforme de 2019 ¹⁶⁹, le ministre s'est d'ailleurs appuyé sur cet unique arrêt pour affirmer que la jurisprudence admettait que le contrôle du prix soit effectué sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce. De la sorte, le ministre a soutenu qu'il ne modifiait pas fondamentalement le texte, en adoptant dans l'ordonnance l'article L. 442-1 I 1° du Code de commerce.

¹⁶⁷. Cf *infra*.

¹⁶⁸. CA Paris, 13 septembre 2017, n° 15/24117. V. également : Lettre distr. nov. 2017, obs. N.E.

¹⁶⁹. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

Selon Martine Behar-Touchais, ce texte **est potentiellement dévastateur**.

En effet, alors que l'ancien article L. 442-6 I 1° du Code de commerce, ne requérant pas la soumission, s'appliquait uniquement aux services, le nouvel article L. 442-1 I 1° du même code consacre, quant à lui, un contrôle généralisé du prix, exempté de la condition de soumission. Cet article sanctionne, par la responsabilité ou par la nullité, le fait *« 1°/ D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie »*.

Le contrôle du prix détaché de la condition de soumission est élargi au-delà des seuls services, ce contrôle s'appliquant désormais à tout avantage sans contrepartie ou avec une contrepartie disproportionnée.

Le rapport au président de la République explique cela de la manière suivante :

« La définition de la pratique du 1° du I du nouvel article L. 442-1 a également été précisée. Ainsi, les termes : "à aucun service commercial effectivement rendu" sont remplacés par les termes : "aucune contrepartie". En effet, l'actuelle rédaction peut être interprétée comme limitant le champ d'application de cette pratique aux accords de coopération commerciale du fait de la référence au "service commercial". Or, les juridictions appliquent ce texte dans les relations commerciales en examinant à juste titre les contreparties aux avantages obtenus sans se limiter aux opérations de coopération commerciale. La suppression des termes : "service commercial effectivement rendu" est donc pertinente ».

En d'autres termes, le contrôle du prix déséquilibré se passe maintenant de la condition de soumission, sauf à ce que les juges la réintroduisent de manière prétorienne.

Or, comme cela a été souligné précédemment¹⁷⁰, il existe une différence entre un contrôle du prix avec condition de soumission et un contrôle du prix sans cette soumission. Quand la soumission est exigée, le déséquilibre significatif concernant le prix sanctionne une **lésion qualifiée, c'est-à-dire une lésion sur une personne se trouvant en situation de faiblesse ou, comme dans le cas qui nous intéresse, de dépendance**.

À l'inverse, sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce, sans condition de soumission, le juge se voit octroyer le pouvoir d'effectuer un pur contrôle du prix, et donc de la lésion, et ce, même dans les contrats négociés.

Il n'est même pas sûr que le rééquilibrage des obligations, qui a été admis par la jurisprudence pour le 2° de l'article L. 442-6 I du Code

170. Cf. *supra*.

de commerce, puisse être invoqué, sur le fondement du 1°. Il semble toutefois possible d'invoquer l'objectif constitutionnel de rééquilibrage des relations, dégagé dans la décision du Conseil constitutionnel précitée¹⁷¹, afin d'admettre un tel rééquilibrage, même sur le fondement du 1° de cet article.

En outre, il convient d'attirer l'attention des entreprises sur le fait que ce contrôle ne concernera pas uniquement la grande distribution. La formulation du texte permet en effet de l'appliquer à « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ».

Même si cette précision ne figure pas dans le texte, il est toutefois permis de penser que la « victime » devra être un professionnel puisque le texte est inscrit dans le Code de commerce. Mais il convient également d'envisager l'hypothèse dans laquelle un professionnel qui achète un produit trop cher pourra demander *a posteriori* la nullité du contrat sur le fondement de l'article L. 442-1 1° nouveau du Code de commerce.

Ce texte porte une grave atteinte au principe de la sécurité juridique.

Le contentieux de la franchise en est une bonne illustration. Le franchisé, qui invoquait souvent de manière opportuniste la nullité du contrat pour défaut de savoir-faire (ce qu'il obtenait très rarement), demandera à l'avenir la nullité du contrat au motif qu'il aurait payé des redevances manifestement disproportionnées au regard de la valeur du savoir-faire.

Dans ces cas, il serait vain de prouver la libre négociation de la redevance, par exemple parce qu'elle a été diminuée par deux pendant les négociations.

C'est dans ce contexte que s'inscrit un récent arrêt de la cour d'appel de Paris. Si dans son arrêt du 13 septembre 2017¹⁷², la Cour avait suivi le ministre de l'Économie et opéré un contrôle du prix sur le fondement de l'ancien article L. 422-6 I 1°, elle refuse désormais d'effectuer un tel contrôle sur cet alinéa.

(iv) La résistance de la cour d'appel de Paris

Dans un **arrêt du 4 novembre 2020, la cour d'appel de Paris**¹⁷³ a débouté le ministre qui sollicitait de la Cour qu'elle opère un contrôle du prix sur le fondement de l'article L. 422-6 I 1°, en ces termes très fermes :

*« En raison du principe de la libre négociation du prix, le contrôle judiciaire du prix demeure **exceptionnel** en matière de pratiques restrictives de concurrence. **Ce contrôle ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une***

171. Cons. constit., décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres*.

172. CA Paris, 13 septembre 2017, n° 15/24117.

173. CA Paris, 4 novembre 2020, n° 19/09129.

libre négociation, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-749 QPC (voir considérant n° 7) à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 (Cass. xom. 25 janv. 2017, N° 15-23547). Dès lors, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° précité ne s'appliquent pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial. Or, faute pour le ministre de l'Économie et des Finances de caractériser en l'espèce la soumission et le déséquilibre significatif, le jugement entrepris doit être réformé s'agissant de la pratique relative à la remise de 2 %. Le ministre de l'Économie sera débouté de ses demandes formées à ce titre » ¹⁷⁴.

Cet arrêt revient sur la solution dégagée antérieurement par la cour d'appel de Paris dans son arrêt 13 septembre 2017. Cette solution doit être approuvée.

Il faut souligner que, depuis lors, le tribunal de commerce de Paris est également entré en résistance. Par un jugement Le Galec du 11 mai 2021 ¹⁷⁵, il a décidé que « les remises visées par le ministre, toutes dénommées « Remise sur facture inconditionnelle », ne se réfèrent à aucun service commercial sur lequel les parties se seraient accordées. Dès lors, le ministre ayant formulé sa demande au titre exclusif de l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce..., le tribunal dit l'action du ministre mal fondée ». Que resterait-il, en effet, de la négociation commerciale si le grand distributeur ne pouvait même pas négocier le prix avec son fournisseur ? Mais le ministre n'avait pas fondé sa demande sur le déséquilibre significatif, car il aurait dû prouver la soumission, ce qui aurait été très difficile dans cette espèce, les 22 fournisseurs concernés étant tous des entreprises très puissantes (Danone, Fleury Michon, Heineken, Nestlé Mars, Unilever, Lactalis, etc.) ¹⁷⁶.

Si ces décisions ne concernent que l'article L. 442-6 I 1° ancien du Code de commerce, elles laissent néanmoins augurer une **volonté de résistance** au contrôle généralisé de la lésion, sans condition de soumission, dessiné par la DGCCRF dans l'article L. 442-1 I 1° nouveau du Code de commerce.

Toutefois, il semblerait que le ministre dispose d'un ultime pouvoir lui permettant de contourner cette solution.

174. Voir aussi CA Paris 18 novembre 2020, n° 19/12813 ; et TC Paris, 11 mai 2021, RG n°2018014864 qui déboute le ministre de l'Économie de son action critiquant le montant de réductions de prix accordées par des fournisseurs lors de négociations commerciales, au motif que cette critique est formulée sur le seul fondement de l'ancien article L. 442-6 I 1° du Code de commerce qui concernait uniquement le prix disproportionné de certains services, ce que ne sont pas les réductions de prix.

175. TC Paris 11 mai 2021 RG 1018014864 ministre de l'Économie contre Le Galec, Leduc juillet 2021, obs. M. Behar-Touchais

176. Certains membres du groupe ont exprimé l'opinion selon laquelle la démonstration du fait de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial doit prendre en compte la structure de marché, le rapport de force entre les parties et l'effectivité des négociations des clauses concernées (voir par exemple CA Paris, 11 janvier 2019, RG n° 17/00234, CA Paris, 12 juin 2019, RG n° 18/20323). La simple existence de négociations ne serait pas susceptible de remettre en cause la démonstration du fait de soumettre ou tenter de soumettre, s'il existe un rapport de force déséquilibré et si la négociation n'a pas été « effective » (aucune réelle marge de manœuvre n'étant laissée au cocontractant).

(v) Le pouvoir d'astreinte, l'arme absolue du ministre

Le meilleur moyen de ne pas avoir à prouver la soumission en cas de contrôle du prix est encore celui d'échapper au juge judiciaire.

Cette voie est désormais ouverte au ministre depuis la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020, dite « DDADUE ». En effet, le texte énonce, en son article 9 II 2° et III :

« 2° L'article L. 470-1 est ainsi modifié :

a) Le I est complété par une phrase ainsi rédigée : « Dans les mêmes conditions, ils peuvent enjoindre à tout professionnel de se conformer aux dispositions du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, ainsi que lui enjoindre de cesser tout agissement ou de supprimer toute clause contraire à ces dispositions. » ;

*b) Il est ajouté un III ainsi rédigé : « III1. Lorsque l'injonction est notifiée à raison d'un manquement passible d'une amende civile, les agents mentionnés au I du présent article peuvent assortir leur mesure d'une **astreinte journalière ne pouvant excéder un montant de 0,1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes** réalisé au cours du dernier exercice clos. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.*

« Dans ce cas, l'injonction précise les modalités d'application de l'astreinte encourue, notamment sa date d'applicabilité, sa durée et son montant. Le montant de l'astreinte est proportionné à la gravité des manquements constatés et tient compte, notamment, de l'importance du trouble causé.

« L'astreinte journalière court à compter du jour suivant l'expiration du délai imparti au professionnel pour se mettre en conformité avec la mesure d'injonction notifiée.

*« En cas d'inexécution, totale ou partielle, ou d'exécution tardive, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation procède, dans les conditions prévues au IV de l'article L. 470-2, à la **liquidation de l'astreinte**. Toutefois, le total des sommes demandées au titre de la liquidation de l'astreinte ne peut être supérieur à 1 % du **chiffre d'affaires mondial hors taxes** réalisé au cours du dernier exercice clos. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.*

« La décision prononçant la mesure d'injonction et celle prononçant la liquidation de l'astreinte journalière sont motivées. Elles sont susceptibles d'un recours de pleine juridiction et le juge des référés,

saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner leur suspension dans les conditions prévues à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

« 2. L'injonction mentionnée au premier alinéa du 1 du présent III peut faire l'objet, en cas d'inexécution totale ou partielle ou d'exécution tardive, d'une mesure de publicité sur le site internet de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation ainsi que, aux frais de la personne sanctionnée, sur un support habilité à recevoir des annonces légales que cette dernière aura choisi dans le département où elle est domiciliée. La décision peut en outre être publiée, à ses frais, sur d'autres supports.

« Dans ce cas, le professionnel est informé, lors de la procédure contradictoire préalable au prononcé de l'injonction, de la nature et des modalités de la mesure de publicité encourue. »

Il convient d'attirer l'attention du lecteur sur le danger que représente cette réforme pour les entreprises.

Elle est, encore une fois, dissimulée derrière la volonté, louable, de faire entrer les manquements des plateformes numériques à la loyauté, et plus généralement au Règlement européen *Platform to Business*, dans le champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce, afin de donner au ministre de l'Économie le pouvoir de poursuivre de tels comportements. Ces plateformes du numérique étant, pour certaines, extrêmement puissantes, le ministre a facilement convaincu le Parlement qu'il était nécessaire de lui accorder un pouvoir d'injonction et d'astreinte.

D'ailleurs, le texte n'a été présenté aux parlementaires comme ne concernant que les acteurs de la grande distribution et les géants du numérique : *« Le texte entend également lutter contre les pratiques restrictives de concurrence : il introduit un nouveau dispositif d'astreinte, avec des montants très dissuasifs, pour mieux lutter contre les déséquilibres commerciaux, qu'ils soient le fait de la grande distribution ou des géants du numérique »*¹⁷⁷.

Cependant, profitant du contexte de lutte contre les GAFAM dans lequel s'inscrivait cette loi, qui entraîne l'adhésion du Parlement, le ministère a introduit dans le texte une extension des pouvoirs du ministre *« lorsque l'injonction est notifiée à raison d'un manquement passible d'une amende civile »*.

En d'autres termes, le ministre s'est ainsi fait attribuer le pouvoir de prononcer une astreinte pour faire cesser, par exemple, un déséquilibre significatif ou un avantage sans contrepartie ou avec contrepartie disproportionnée, et ce, face à n'importe quel opérateur, TPE comme PME.

177. Compte rendu n° 81, présidence de M. Roland Lescure, commission des affaires économiques. Disponible à l'adresse suivante : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion-eco/115cion-eco1920081_compte-rendu

Les entreprises ne sont que peu protégées, comme en témoignent les nouveaux articles L. 470-1 et L. 470-2 du Code de commerce.

Les modalités de la liquidation de l'astreinte sont une bonne illustration de cette faible protection. En effet, au stade de la liquidation de l'astreinte, les entreprises ne disposent que de soixante jours pour présenter leurs observations.

Il est vrai que ce délai s'appliquait déjà pour des amendes administratives qui sont plafonnées à 375 000 euros. Désormais, les entreprises auront soixante jours pour se défendre face au risque d'être condamnées par l'administration à une astreinte liquidée à 1 % de leur chiffre d'affaires mondial hors taxes. À cela s'ajoute le fait qu'elles sont loin de se défendre devant un juge impartial. En effet, elles devront se défendre devant une autorité de poursuite qui sera, le plus souvent, déjà convaincue de leur culpabilité, sans quoi celle-ci ne leur aurait pas enjoint de cesser la pratique en question. Il sera donc extrêmement difficile de convaincre l'administration, même si cette dernière a tort.

Ensuite, ce texte permet au ministre d'échapper en grande partie au juge judiciaire, et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord, ce n'est pas le juge judiciaire qui est compétent pour statuer sur un recours intenté contre une décision de condamnation. En effet, l'entreprise condamnée devra former un recours de pleine juridiction, et initier un référé suspension, **devant une juridiction administrative non spécialisée**. Il convient d'ailleurs de relever que cette dernière n'a jusqu'à présent pas manifesté un grand intérêt face au contentieux de l'amende administrative, qui lui a déjà été transféré depuis la loi Hamon du 17 mars 2014¹⁷⁸.

Ensuite, si le ministre identifie une réduction de prix susceptible de caractériser un manquement, il pourra enjoindre à l'entreprise de cesser cette pratique, sans avoir rien à prouver, et pourra parallèlement ordonner une astreinte. Deux situations sont alors envisageables :

- **Si l'entreprise se soumet**, quand bien même elle aurait *in fine* raison en droit, le ministre liquidera l'astreinte, à un montant que l'on peut espérer pas trop élevé dans la mesure où l'entreprise s'est conformée à l'injonction de l'administration. Le ministre aura obtenu la cessation de la pratique et la sanction de celle-ci sans avoir eu recours à un quelconque juge, et en faisant prévaloir sa position, pourtant potentiellement erronée en droit.
- **Si l'entreprise ne se soumet pas**, le ministre liquidera l'astreinte à un montant plus élevé, pouvant atteindre 1 % du chiffre d'affaires mondial consolidé de l'entreprise en question, c'est-à-dire un montant bien plus

178. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon ».

élevé que tout ce qui a été décidé jusqu'alors ¹⁷⁹. L'entreprise pourra alors former un recours devant le juge administratif. De nouveau, deux hypothèses sont envisageables. Dans la première, le ministre attend et s'il s'avère, par la suite, que la pratique de réduction de prix continue, il enjoindra de nouveau à l'entreprise de cesser cette pratique et ordonnera une nouvelle astreinte. Dans la seconde, le ministre pourrait saisir le juge civil sur le fondement de l'article L. 442-1 du Code de commerce, ce dernier pouvant alors décider qu'il n'y a pas lieu à condamnation, alors que concomitamment, le juge administratif pourrait éventuellement valider l'astreinte ordonnée.

Finalement, enjoindre à une entreprise sous astreinte de baisser un prix considéré comme excessif, et liquider l'astreinte à 1 % de son chiffre d'affaires consolidé, permettra en réalité à la DGCCRF de se passer le plus souvent du juge judiciaire, dans la mesure où le prononcé d'une telle astreinte lui permettra d'obtenir la cessation de la pratique et sa sanction.

Il suffit de prendre comme exemple le récent jugement Subway rendu par le tribunal de commerce de Paris ¹⁸⁰ en matière de franchise. Si le tribunal a retenu le déséquilibre significatif de certaines des clauses litigieuses, il a par ailleurs refusé d'annuler de très nombreuses clauses. Avec son pouvoir d'astreinte, le ministre aurait donc pu exiger de Subway de supprimer certaines clauses que le tribunal de commerce de Paris a pourtant jugées *in fine* régulières.

Les entreprises qui sont convaincues de leur innocence devront donc résister à ces pouvoirs tentaculaires de l'administration.

Le contrôle judiciaire du prix est donc de plus en plus important en matière de pratiques restrictives de concurrence.

Dans un premier temps, seul le prix disproportionné des services pouvait être contrôlé et concernait, pour l'essentiel, les services de coopération commerciale.

Dans un deuxième temps, le contrôle judiciaire du prix a été élargi, en l'incluant au sein du contrôle du déséquilibre significatif. Le contrôle était donc encadré et supposait, notamment, que soit prouvée la soumission de l'entreprise à un prix déséquilibré. Il s'agissait en quelque sorte d'un contrôle de lésion qualifiée.

179. Par exemple, dans l'affaire Amazon, le tribunal de commerce de Paris a condamné Amazon à 4 millions d'euros d'amende civile. Avec ce nouveau texte, une astreinte de 2,8 milliards \$ aurait pu être ordonnée contre Amazon dont le chiffre d'affaires de 2019 est de 280 milliards.

180. TC Paris, 13 octobre 2020, n° 2017005123 ; J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais, *Actualité du droit de la franchise 2020*, Cont. Conc. Conso. n° 2, févr. 2021, étude 3.

Dans un troisième temps, l'administration économique, en rédigeant l'ordonnance du 24 avril 2019, a consacré un contrôle judiciaire généralisé du prix disproportionné, *a priori* sans condition de soumission. Il s'agit désormais d'un contrôle généralisé de la lésion, pouvant même concerner un prix librement débattu par les parties, sauf aux juges à prévoir de manière prétorienne des limites que le texte ne prévoit pas.

En outre, en se faisant octroyer le pouvoir de prononcer et de liquider une astreinte pour les manquements passibles d'une amende civile avant toute saisine d'un juge, l'administration s'est vu accorder la possibilité de contrôler administrativement les prix qu'elle juge excessifs. Il suffira à l'administration de prononcer une astreinte jusqu'à ce que l'entreprise renonce audit prix (même librement débattu) ou de liquider l'astreinte pour un montant maximal de 1 % du chiffre d'affaires de l'entreprise, si celle-ci résiste. Ce sera alors au juge administratif, saisi *ex post* par l'entreprise, de contrôler judiciairement s'il y avait bien un manquement passible d'une amende civile, et donc si l'astreinte était légitime.

Cette évolution du contrôle des prix va sans doute trop loin, ce qui invite à mener une analyse critique du contrôle des prix.

■ 1.2.4 Analyse critique du contrôle des prix

Faut-il se satisfaire d'un contrôle du prix à ce point élargi, ou faut-il s'en méfier ? Le contrôle élargi du prix emporte un certain nombre de critiques. Tout d'abord une critique générale (a), puis une critique plus spéciale en matière de pratiques restrictives de concurrence (b).

(a) Critique générale

Les concurrentialistes sont partagés sur le contrôle du prix, même quand le prix élevé émane d'une entreprise en position dominante. Divers arguments reviennent de manière récurrente dans un sens (i.) comme dans l'autre (ii.).

(i) Arguments contre un contrôle des prix excessifs

Il est tout d'abord avancé qu'un contrôle des prix excessifs briderait les incitations à l'investissement, en réduisant les chances de récupérer les coûts investis en recherche et développement et de réaliser des profits.

L'Office of Fair Trading (OFT) en 2004 écrivait : « *Il est important de ne pas perturber les mécanismes naturels du marché grâce auxquels des prix et des profits élevés mènent à de nouvelles entrées ou à des innovations opportunes, intensifiant ainsi la concurrence. Il est particulièrement important que le droit de la concurrence ne freine pas les incitations à l'innovation* »¹⁸¹.

181. UK Office of Fair Trade (April 2004), Assessment of Conduct: Draft competition law guideline for consultation, pp. 7-8.

Il convient également de relever que la notion de prix excessifs est floue. Dans certaines situations, il est difficile de trouver des contrefactuels permettant de déterminer si un prix est excessif ou non. Il en résulte une difficulté de prévoir la décision future, et donc une insécurité juridique.

Enfin, la consécration d'un tel contrôle pourrait pousser les autorités de concurrence à outrepasser leur mandat sous la pression politique.

(ii) Arguments en faveur d'un contrôle des prix excessifs

Il est tout d'abord mis en avant le fait que dans une économie de marché, le marché serait capable de s'autocorriger et qu'en l'absence de barrière à l'entrée, des prix élevés devraient normalement attirer les nouveaux entrants. Cela ne serait cependant pas le cas dans les secteurs non régulés en cas de barrières à l'entrée. Ce constat justifierait la nécessité de contrôler les prix excessifs.

Le fait que les prix excessifs portent préjudice aux consommateurs est également invoqué.

Certains proposent d'instaurer des filtres supplémentaires pour exercer un contrôle : ce dernier ne s'imposerait que (i) si le prix est fixé par un opérateur super dominant¹⁸² ou (ii) s'il existe un risque que les prix excessifs empêchent de nouveaux biens ou services de voir le jour sur les marchés voisins, ou enfin (iii) si l'investissement et l'innovation ne jouent qu'un rôle mineur dans le secteur en cause.

Au cœur de cette discussion, le problème le plus aigu demeure tout de même **la quantification du prix excessif**.

182. Les situations de superdominance sont décrites en doctrine et dans la pratique décisionnelle. Ainsi, Catherine Prieto écrit-elle « Les exemples abondent. En 1998, Microsoft occupait 98 % du marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels (TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, Microsoft c/ Comm., préc. n°1). Tomra détenait 70 % des parts du marché des appareils de collecte d'emballages de boisson usagé (CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-549/10 P, Tomra Systems SA, préc. n°13). Tout au long de la période de 2002 à 2007, Intel a occupé une part de 70 % au moins sur le marché mondial des puces informatiques dénommées processeurs x86 (Trib. UE, 12 juin 2014, aff. T-286/09, Intel Corp). En 2008, Google occupait plus de 90 % des parts sur le marché de la recherche générale sur internet dans l'Union (Comm. UE, déc. 27 juin 2017, Google Search shopping, DG COMP/39.740. - Comm. UE, communiqué IP/17/1784, 27 juin 2017). Entre 2011 et 2016, Qualcomm a détenu au moins 90 % des parts du marché des microprocesseurs de bande de base LTE (Comm. UE, communiqué IP/18/421, 24 janv. 2008, Qualcomm, DG COMP/40.220). Sur le marché français de la publicité en ligne liée aux recherches, l'Autorité de la concurrence relève « une position dominante de Google qui présente, à bien des égards, des caractéristiques extraordinaires » : son moteur de recherches totalise plus de 90 % des recherches effectuées en France et sa part de marché sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches est probablement supérieure à 90 % (Aut. conc., déc. n° 19-D-26, 19 déc. 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches) » (Jurisclasseur Europe Traité, Synthèse Abus de position dominante, N°15 ; voir aussi L. Idot, Comment mettre fin à une superdominance ? Europe oct 2007, focus). Les auteurs visent souvent la situation de superdominance, en ajoutant qu'elle est proche du monopole (cf Nils Wahl, From Greek olive oil to Latvian music : Is there any such thing as unfair prices ? mai 2018, Concurrences N° 2-2018, Art. N° 86617, qui écrit « a situation of "superdominance" or near monopoly »). On retrouve la notion dans les conclusions des avocats généraux (cf. concl. Mengozzi, aff. C-209/10 Post Danmark n° 92 : « les entreprises dominantes concernées se trouvaient dans une situation de puissance économique proche de celle d'un monopole, leurs parts respectives des marchés concernés avoisinant, en effet, 90 %. Il existait donc des barrières élevées à l'entrée sur le marché en raison de l'existence d'une "superdominance"... » ; la Commission européenne n'hésite pas non plus à employer l'expression : cf. Case N° COMP/M.6093 - BASF/ INEOS/ STYRENE/ JV n° 63 : « It follows from above that the merged entity will have a dominant position in the EEA merchant market for ABS, as well as a super dominant position in terms of production and production capacity, with only two other producers remaining in the EEA market ».

En effet, des économistes ont montré qu'il y avait beaucoup de risques d'erreurs, parmi lesquelles des erreurs de type 1, à savoir condamner à tort, ainsi que des erreurs de type 2, à savoir ne pas condamner quand il aurait fallu le faire.

Sur un plan théorique, le contrôle du prix est ainsi très controversé.

Les critiques sont encore plus vives en droit des pratiques restrictives de concurrence.

(b) Critique en droit des pratiques restrictives de concurrence

La critique du contrôle du prix varie selon qu'est imposée (ii.) ou non (i.) la condition de soumission.

(i) Vives critiques d'un contrôle des prix sans condition de soumission

En matière de pratiques anticoncurrentielles, le contrôle des prix ne peut s'exercer que si certaines conditions sont réunies, telles qu'une position dominante, la preuve de prix inéquitables, le calcul des coûts, etc.

La solution est tout autre en droit des pratiques restrictives de concurrence où, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, il est possible de se passer, intégralement ou presque, de conditions. Par exemple, il n'est pas exigé une position dominante, ce qui est normal. Mais surtout, la soumission n'est pas une condition nécessaire au regard du nouvel article L. 442-1 I 1° du Code de commerce. Un prix librement consenti entre deux entreprises d'égale puissance est donc, en théorie, soumis à un contrôle judiciaire du prix. Enfin, n'est pas non plus requis un calcul très précis pour quantifier le prix excessif ; l'appréciation de l'excès étant **très intuitive et non scientifique**.

Si l'on veut bien faire crédit au ministre qu'il se concentrera sur les cas où il lui semble qu'il y a effectivement abus de la force contractuelle, tel ne sera pas forcément le cas dans les actions privées. Un contractant qui a librement accepté un prix pourrait se prévaloir du caractère excessif de ce prix devant les juridictions.

Dès lors, ce sont des remparts du droit civil qui s'effondrent. En effet, le droit civil enseigne que l'erreur sur la valeur n'est pas sanctionnée (C. civ., art. 1136). Qu'à cela ne tienne, le contractant qui s'est trompé sur la valeur de la chose pourra invoquer le prix excessif. Le droit civil enseigne également que ne constitue pas un dol le fait, pour une partie, de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation (C. civ., art. 1137, aL. 3). Qu'à cela ne tienne, si le contrat a été conclu entre professionnels et qu'un acheteur entrant dans le champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce a acheté des photographies pour 1 000 euros, alors qu'il les a déjà revendues 85 000 euros, le vendeur pourra demander un contrôle du prix trop faible. La jurisprudence Baldus¹⁸³, en vigueur avant l'article 1137 aL. 3, visait pourtant précisément à éviter de tels errements.

183. Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000, n° 98-11381.

Une condition de soumission, effectivement appliquée et prouvée, est un élément essentiel, sans lequel le contrôle du prix est tout simplement intolérable ¹⁸⁴.

Toutefois, la mise en œuvre du contrôle des prix avec condition de soumission prête également le flanc à la critique.

(ii) Critiques de la mise en œuvre d'un contrôle des prix avec condition de soumission

Au-delà d'un encadrement insuffisant, c'est la mise en œuvre de ce contrôle qui pose ici problème.

Il convient alors de se demander si le juge civil ou commercial, qui ne dispose pas de service économique, est bien armé pour effectuer un contrôle des coûts en tenant compte des coûts supportés à long terme par le distributeur, tout en prenant en considération à la fois les besoins des consommateurs, la nécessité d'une rémunération satisfaisante du capital et la situation concurrentielle du marché, y compris les tarifs pratiqués par d'autres distributeurs, pour reprendre en l'adaptant la formule de l'arrêt Ahmed Saeed ¹⁸⁵.

Certes, le juge pourrait ordonner une expertise, mais un tel pouvoir n'est pas mis en œuvre pour l'instant. Les juges apprécient de manière approximative le caractère excessif du prix.

D'ailleurs, dans la **circulaire du 16 mai 2003** ¹⁸⁶ relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, la DGCCRF avait énuméré des critères **très flous** de disproportion : « *Le caractère disproportionné pourra notamment s'apprécier au regard des éléments suivants : variation de la rémunération en dehors de toute rationalité économique, diminution sensible et injustifiée de la consistance de la prestation prévue au contrat, participation financière excessive à une opération commerciale dont l'intérêt n'est pas avéré [...]* ».

Dans de nombreux d'arrêts, **il est clairement apparu que les juges font de la disproportion une appréciation très intuitive et empirique.**

Par exemple, dans un arrêt Interdis en date du 11 septembre 2012, la Cour de cassation a relevé que « *l'évaluation des services en cause révèle une disproportion manifeste, seule "l'utilisation d'un centre de règlement des fournisseurs", qui n'était d'ailleurs facturée que 1,20 % du chiffre d'affaires, paraissant correspondre au service rendu ; que [...] le coût élevé de la prestation "classification, sélection, assortiment" des produits, facturée 25 à 26 % du chiffre d'affaires selon les années, et qui, selon*

184. L'un des membres du groupe de travail a exprimé, pour sa part, des réserves quant à l'existence de cette condition autonome.

185. CJCE, 11 avril 1989, aff. C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*

186. Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (NOR : ECOC0300050C).

*eux, ne devait pas excéder la moitié de ce taux, et de la "mise en avant en magasins", facturée à 14,30 %, sans, d'ailleurs, que la différence entre les deux types de prestations apparaisse nettement ; [que] les facturations n'étaient pas établies en considération de la consistance des services rendus, mais en fonction d'un taux global arrêté préalablement, ainsi qu'il résulte d'un document dans lequel la société Interdis compare les tarifs de la société Salins du Midi à ceux de l'un de ses concurrents, puis conclut que, pour être compétitif, "il est nécessaire de mettre 50 % de coopération commerciale" ; qu'ils constatent qu'effectivement, **un taux global, de 46 % en moyenne du chiffre d'affaires, dénué de rapport avec la valeur réelle des prestations fournies**, était imposé à la société Salins du Midi, laquelle avait intérêt à ce que ses marques soient représentées dans la grande distribution où le groupe Carrefour détient une importante part de marché, ce qu'elle a accepté de plus en plus difficilement les trois dernières années, provoquant finalement la rupture des relations ; qu'ils en déduisent qu'est établie une disproportion manifeste entre la rémunération et la valeur des services commerciaux rendus ; qu'en l'état de ces constatations [...] d'où ressort **l'absence de lien entre la valeur effective des services rendus et leur rémunération forfaitaire, manifestement excessive, la cour d'appel a légalement justifié sa décision** » ¹⁸⁷.*

Ce caractère très empirique est générateur d'une grande insécurité juridique.

■ 1.2.5 Les fondements envisageables pour lutter contre l'expansion excessive du contrôle du prix en droit des pratiques restrictives de concurrence

Dès lors, comment contenir cette expansion excessive du contrôle du prix depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 24 avril 2019 ?

L'enjeu essentiel, aujourd'hui, consiste à s'opposer à l'élargissement considérable du contrôle du prix permis par l'article L. 442-1 du Code de commerce.

À cet effet, plusieurs pistes doivent être examinées : tout d'abord, ce texte, ainsi élargi, ne viole-t-il pas la loi d'habilitation **(a.)** ? Ensuite, ne crée-t-il pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre **(b.)** ? Enfin, peut-on invoquer l'article 1168 du Code civil selon lequel seule la loi permet de déroger à l'interdiction d'un contrôle de la lésion **(c.)** ?

(a) La violation de la loi d'habilitation, la loi EGalim

Afin de déterminer s'il est permis d'invoquer un tel argument, il convient en premier lieu de se demander s'il est possible d'arguer qu'une ordonnance est contraire à sa loi d'habilitation, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a conféré valeur législative aux ordonnances. Nous verrons que tel est bien le cas **(i.)**. Une fois ce point établi, nous

¹⁸⁷. Cass. com., 11 septembre 2012, n° 11-14620.

montrons que cette expansion caractérise un dépassement de l'habilitation (ii.).

(i) Sur la possibilité d'invoquer le dépassement de l'habilitation d'une ordonnance même après l'expiration du délai d'habilitation

À supposer qu'il y ait eu dépassement de l'habilitation, peut-on invoquer un tel argument, alors que le Conseil constitutionnel a donné valeur législative aux ordonnances sous certaines conditions ?

Jusque très récemment, on considérait qu'à la suite de la promulgation d'une loi d'habilitation, le gouvernement prenait une ordonnance, puis déposait un projet de loi de ratification. Seule la ratification par le Parlement donnait valeur législative à l'ordonnance et faisait obstacle à ce que cette dernière soit attaquée devant le Conseil d'État.

Cependant, par une décision du 28 mai 2020, dite *Force 5*, le Conseil constitutionnel a décidé que « *si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification. Toutefois, conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1^{er} septembre 2013, les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives* »¹⁸⁸.

En d'autres termes, lorsque l'ordonnance a été adoptée pendant le délai d'habilitation et qu'un projet de loi de ratification a été déposé dans le délai fixé, l'ordonnance devient loi à l'expiration du délai d'habilitation.

Il est certain que l'ordonnance du 24 avril 2019 a bien, pour sa part, été adoptée pendant le délai d'habilitation, fixé à neuf mois à compter de la publication de la loi EGalim du 30 octobre 2018¹⁸⁹.

Il est, par ailleurs, possible qu'un projet de loi de ratification de l'ordonnance ait été déposé dans le délai fixé de trois mois à compter de sa publication, expirant le 24 juillet 2019. Lors de la journée annuelle de droit économique de la FNDE de 2019, la DGCCRF a expliqué qu'il n'y aurait pas de loi de ratification, car l'agenda législatif était trop contraint¹⁹⁰. Cependant, cette affirmation ne préjuge pas du fait que ses agents aient pu, malgré tout, déposer un projet de loi de ratification dans le délai imparti.

En conséquence, et si ce projet de loi a bien été déposé dans les délais, il est permis de penser que l'ordonnance du 24 avril 2019 a acquis

188. Cons. constit., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*.

189. Article 17 de la loi EGalim.

190. Journée annuelle FNDE, Synthèse de droit économique, 24 septembre 2019.

valeur législative depuis le 30 ou le 31 juillet 2019, soit neuf mois après la publication de la loi EGalim.

Faut-il en déduire qu'on ne pourrait, dès lors, plus soutenir que l'ordonnance serait contraire à la loi d'habilitation ?

La question a vite été posée devant le Conseil d'État en ces termes dans une autre affaire : la valeur législative à la fin de la période d'habilitation signifie-t-elle que l'ordonnance devenue loi ne peut plus être contestée que devant le Conseil constitutionnel, ou bien le Conseil d'État peut-il encore intervenir pour apprécier l'ordonnance après le délai d'habilitation ?

Par une décision du 1^{er} juillet 2020 ¹⁹¹, le Conseil d'État a accepté d'apprécier la validité de l'ordonnance n° 2019-36 du 23 janvier 2019 ¹⁹², en relevant par exemple qu'*« il résulte des termes même des dispositions rappelées ci-dessus de la loi du 19 janvier 2019 que le législateur a habilité le gouvernement à définir un régime procédural simplifié et temporaire comportant, notamment, des dérogations en matière d'urbanisme. Il était ainsi loisible au gouvernement, dans le choix des aménagements ou dérogations aux règles en principe applicables aux constructions, installations et aménagements en cause et énoncées au deuxième alinéa de l'article 3 de cette loi, de prévoir, s'agissant de l'urbanisme, une dispense totale »*.

Ainsi, le Conseil d'État a admis qu'il était toujours compétent pour apprécier la conformité de l'ordonnance à la loi d'habilitation, quand bien même le délai d'habilitation était dépassé.

Toutefois, le Conseil constitutionnel ne l'a pas entendu ainsi. En effet, par une décision du 3 juillet 2020 ¹⁹³, le Conseil constitutionnel a discrètement énoncé ce qui s'apparente à une affirmation de principe, qui n'était pourtant pas nécessaire et sonne donc comme une mise au point :

« 11. Si les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité ».

Le Conseil d'État semble finalement s'être rangé à cette position en deux temps.

191. CE, 1^{er} juillet 2020, n° 429132.

192. Ordonnance n° 2019-36 du 23 janvier 2019 portant diverses adaptations et dérogations temporaires nécessaires à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière avec le Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne.

193. Cons. constit., décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A et autres*.

Par une décision du 28 septembre 2020¹⁹⁴, le Conseil d'État a admis la possibilité d'une QPC contre une ordonnance non ratifiée :

« L'article 3 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid 19 a habilité le gouvernement, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, à prendre, par voie d'ordonnance, dans un délai de deux mois, les mesures destinées à adapter le dispositif de l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie. Sur le fondement de cette habilitation, l'ordonnance du 22 avril 2020 adaptant l'état d'urgence à la Nouvelle-Calédonie a inséré au Code de la santé publique l'article L. 3841-2 du Code de la santé publique. Un projet de loi de ratification de cette ordonnance a été déposé au Sénat le 13 mai 2020. Le délai d'habilitation ayant expiré et les dispositions de l'article L. 3841-2 étant intervenues dans des matières qui sont du domaine législatif, la circonstance que l'ordonnance du 22 avril 2020 n'ait pas encore été ratifiée ne fait pas obstacle à ce que, dans le cadre d'un recours dirigé contre un décret pris pour son application, la question de la conformité des dispositions en cause aux droits et libertés garantis par la Constitution soit transmise au Conseil constitutionnel ».

Enfin, par une décision d'Assemblée du 16 décembre 2020¹⁹⁵, le Conseil d'État a jugé que les ordonnances pourront toujours être **contestées devant lui au regard, notamment, des engagements internationaux de la France, de la loi d'habilitation et des principes généraux du droit.**

La conformité des ordonnances aux droits et libertés garantis par la Constitution ne pourra, quant à elle, faire l'objet que d'une QPC.

Le Conseil d'État a ainsi exposé :

« 5. Une habilitation donnée par le Parlement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution élargit de façon temporaire le pouvoir réglementaire dont le gouvernement dispose, en l'autorisant à adopter des mesures qui relèvent du domaine normalement réservé à la loi, que ce soit en vertu de l'article 34 de la Constitution ou d'autres dispositions de celle-ci. Alors même que les mesures ainsi adoptées ont la même portée que si elles avaient été prises par la loi, les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution conservent le caractère d'actes administratifs, aussi longtemps qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification, qui ne peut être qu'expresse, par le Parlement. À ce titre, elles doivent respecter, outre les règles de compétence, de forme et de procédure qui leur sont applicables, les règles et principes de valeur constitutionnelle et les engagements internationaux de la France, elles ne peuvent intervenir dans le domaine de la loi, abroger ou modifier des lois ou y déroger que dans la limite de l'habilitation conférée par le législateur et, sauf à ce que cette habilitation ait permis d'y déroger, elles sont soumises au respect des principes généraux du droit s'imposant à toute autorité administrative. Leur légalité peut être contestée par voie d'action, au moyen d'un recours pour excès

194. CE, 28 septembre 2020, n° 441059.

195. CE, 16 décembre 2020, n° 440258.

*de pouvoir formé dans le délai de recours contentieux devant le Conseil d'Etat, compétent pour en connaître en premier et dernier ressort, qui peut en prononcer l'annulation rétroactive, ou **par la voie de l'exception, à l'occasion de la contestation d'un acte ultérieur pris sur leur fondement, devant toute juridiction, qui peut en écarter l'application, sous réserve, le cas échéant, d'une question préjudicielle.***

6. Toutefois, celles de leurs dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au gouvernement. L'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même celles-ci seraient illégales. Par sa décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel en a déduit que les dispositions d'une ordonnance qui relèvent du domaine législatif entrent, dès l'expiration du délai d'habilitation, dans les prévisions de l'article 61-1 de la Constitution et que leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut ainsi être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.

7. Il suit de là que, lorsque le délai d'habilitation est expiré, la contestation, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi n'est recevable qu'au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui doit être transmise au Conseil constitutionnel si les conditions fixées par les articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont remplies. Si le Conseil constitutionnel, jugeant que ces dispositions portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, les déclare inconstitutionnelles, elles sont, en vertu de l'article 62 de la Constitution, abrogées à compter de la publication de sa décision ou d'une date ultérieure qu'elle fixe, le Conseil constitutionnel pouvant, en outre, déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

En conséquence, en l'état de cette jurisprudence, et sauf nouvelle évolution, il est toujours possible de faire grief à l'article L. 442-1 I 1° du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 24 avril 2019, d'avoir méconnu la loi d'habilitation.

**(ii) Sur la caractérisation du dépassement de l'habilitation
par l'ordonnance du 24 avril 2019**

Cette méconnaissance est, en effet, assez claire.

L'article 17 de la loi EGalim dispose :

« I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour modifier le titre IV du livre IV du Code de commerce afin :

1° De réorganiser ce titre et clarifier ses dispositions, notamment en supprimant les dispositions devenues sans objet et en renvoyant le cas échéant à d'autres codes ;

2° De clarifier les règles de facturation, en les harmonisant avec les dispositions du code général des impôts, et modifier les sanctions relatives aux manquements à ces règles ;

3° De préciser les dispositions relatives aux conditions générales de vente, en imposant notamment la formalisation par écrit, par le distributeur, des motifs de son refus d'acceptation de celles-ci, mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix, avec les dispositions du Code rural et de la pêche maritime et modifier les sanctions relatives aux manquements à ces règles pour prévoir des sanctions administratives ;

4° De simplifier et de préciser les dispositions relatives aux conventions mentionnées aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1, et notamment :

a) Pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, ainsi qu'entre les fournisseurs et les grossistes, le régime des avenants à ces conventions ;

b) Pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix, ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel ;

5° De modifier les dispositions relatives aux dates d'envoi des conditions générales de ventes et aux dates de signature des conventions mentionnées aux mêmes articles L. 441-7 et L. 441-7-1 ;

6° De simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles ;

7° De modifier les dispositions de l'article L. 442-9 pour élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas aux produits

agricoles et aux denrées alimentaires, tout en supprimant l'exigence tenant à l'existence d'une situation de crise conjoncturelle, et préciser notamment les modalités de prise en compte d'indicateurs de coûts de production en agriculture ».

Il n'y a que deux points sur lesquels le gouvernement a reçu le pouvoir de modifier. Premièrement, il s'agit du pouvoir de modifier les dispositions relatives aux dates d'envoi des conditions générales de vente et des conventions annuelles, bisannuelles ou trisannuelles¹⁹⁶. Le gouvernement ne l'a cependant pas fait, la pratique y étant opposée. Deuxièmement, le gouvernement a reçu le pouvoir de modifier les dispositions de l'article L. 442-9 pour élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas¹⁹⁷, ce qu'il a fait afin de revivifier l'interdiction des prix abusivement bas.

En revanche, le gouvernement n'avait aucun pouvoir pour modifier l'article L. 442-6 I 1° ou 2° du Code de commerce. Le gouvernement disposait seulement du pouvoir « **6° De simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles** ».

Or, ici, en "retirant" le contrôle du prix du déséquilibre significatif du champ de l'article L. 442-6 I 2°, le gouvernement l'a soustrait à la condition de soumission. Il s'agit d'une modification importante, même si elle est dissimulée sous l'apparence d'un droit quasi constant.

Dès lors, créer un contrôle du prix sans condition de soumission, alors que tant la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel n'avaient admis qu'un contrôle judiciaire de la lésion **qualifiée, qui aurait été imposé à une personne soumise**, constitue une modification profonde contraire à la loi d'habilitation.

L'ordonnance serait donc contraire à la loi d'habilitation, et la modification du 1° de l'article L. 442-6 du Code de commerce ne pourrait donc s'appliquer.

(b) L'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre

Certains auteurs considèrent qu'un **contrôle du prix détaché de toute condition de soumission** constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel a refusé d'admettre l'atteinte à la liberté d'entreprendre d'un contrôle du prix exercé par le biais d'un déséquilibre significatif soumis à la condition de soumission¹⁹⁸. Cependant, la situation serait ici différente.

196. Article 17, I, 5°) de la loi EGalim.

197. Article 17, I, 7°) de la loi EGalim.

198. Cons. constit., décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres ; V. également M. Behar-Touchais, Le Conseil constitutionnel instaure un contrôle des prix à la française, JCP E 2018.1638.

Un contrôle judiciaire du prix sans condition de soumission permettrait de revenir sur des prix librement consentis par les parties. Selon le Professeur Behar-Touchais, l'atteinte à la liberté d'entreprise serait alors disproportionnée.

À supposer qu'il y ait eu dépôt d'un instrument de ratification dans le délai imparti par la loi d'habilitation, une QPC contre l'article L. 442-1 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 (qui aurait donc valeur législative, puisque le délai de ratification est dépassé) serait envisageable.

Or, comme cela a été précédemment étudié, il résulte de deux décisions du Conseil constitutionnel que la QPC est admise pour faire valoir qu'une ordonnance méconnaît les droits fondamentaux¹⁹⁹.

(c) L'impossibilité d'invoquer la violation de l'article 1168 du Code civil

L'article 1168 du Code civil dispose que « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Ce texte admet donc que seule une loi puisse déroger au principe qu'il pose, selon lequel la lésion n'est pas sanctionnée.

Il était donc permis de croire que l'ordonnance du 24 avril 2019, dont le gouvernement avait prévu qu'elle ne serait pas ratifiée compte tenu d'un agenda législatif trop chargé, n'était pas une loi permettant de créer un nouveau cas d'admission quasi généralisé de la lésion en droit commercial.

Cependant, cette analyse est remise en cause par la nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel exposée précédemment²⁰⁰ qui admet la valeur législative de l'ordonnance, dès lors qu'un instrument de ratification a été déposé dans le délai imparti par la loi d'habilitation, et que le délai de ratification est dépassé sans qu'il y ait eu ratification. Dans une telle situation, l'ordonnance acquiert valeur de loi et peut ainsi déroger au principe posé par l'article 1168 du Code civil.

Finalement, même s'il est évident qu'un texte réformant le titre IV du livre IV du Code de commerce en vue de le simplifier ne pouvait qu'être rédigé par le gouvernement, et que le recours à l'ordonnance s'imposait, il n'en demeurerait pas moins essentiel que ce texte, plus encore qu'une autre ordonnance, soit effectivement soumis à la ratification du Parlement.

En effet, il a été donné au gouvernement le soin de légiférer sur ses propres pouvoirs dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence. La tentation de les augmenter était forte et le gouvernement n'a pas

199. Cf. *supra* 1.2.5 a. i. Cons. constit., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5, précitée.

200. Cons. constit., décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5, précitée.

su y résister. Il fallait donc absolument que le pouvoir législatif exerce un contrôle *ex post* sur cette ordonnance, à l'occasion d'une procédure législative de ratification.

Cela ne sera *a priori* pas le cas.

La Cour de cassation pourrait alors réintroduire de manière prétorienne la condition de soumission, dans l'article L. 442-1 du Code de commerce, qui est tout de même un texte dont la raison d'être est de protéger les entreprises soumises à des conditions contractuelles par une entreprise plus puissante, dont elles ont besoin.

Le juge est maître des modalités selon lesquelles le contrôle du prix sera opéré. Précisément, les modalités d'exercice d'un tel contrôle seront déterminantes pour asseoir la légitimité de la fixation judiciaire du prix issue de l'application du nouvel article L. 442-1 du Code de commerce.

On peut donc critiquer le nouveau texte de l'article L. 442-1 I 1° du Code de commerce qui crée un contrôle généralisé de la lésion, à la suite de l'ordonnance du 24 avril 2019 qui, quoique non ratifiée, a aujourd'hui valeur législative.

Il serait possible d'invoquer devant le Conseil d'État un dépassement de l'habilitation donnée par la loi EGalim qui ne permettrait pas au gouvernement de modifier les textes sur ce point, mais seulement de les clarifier. Il serait également possible de prétendre, à l'occasion d'une QPC, que la liberté d'entreprendre est atteinte de manière disproportionnée par le nouveau texte instaurant un contrôle généralisé du prix, même dans l'hypothèse où le prix a été librement débattu.

Toutefois, étant acquis qu'un tel contrôle existe, il est essentiel d'en connaître les modalités.

PARTIE II



LES MODALITÉS DE CONTRÔLE ET DE FIXATION DU PRIX PAR LE JUGE

PARTIE II

LES MODALITÉS DE CONTRÔLE ET DE FIXATION DU PRIX PAR LE JUGE

Une fois le contrôle judiciaire admis, encore faut-il doter le juge des outils lui permettant d'exercer ce contrôle²⁰¹. La détermination du prix qui aurait dû régir la relation des parties dans une situation saine peut s'avérer particulièrement ardue. La tentation peut alors être grande de s'en remettre à une appréciation intuitive. Les développements ci-dessous vont tenter de recenser les différentes méthodes et outils d'analyse économique pouvant être utilisés pour effectuer un contrôle du prix rigoureux.

Les méthodes actuellement utilisées par le juge judiciaire en matière de pratiques restrictives (2.1) pourraient s'inspirer des approches développées dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles (2.2) et des secteurs régulés (2.3.). Les notions économiques exploitées dans d'autres contextes, notamment en matière de prix de transfert en fiscalité internationale (2.4.), pourraient également être mobilisées dans le cadre du contrôle judiciaire du prix.

À titre liminaire, beaucoup aiment à préciser que le juge ne fixe pas le prix mais se contente d'annuler la clause de fixation de prix, ou bien condamne à des dommages et intérêts pour prix abusif. Si la différence est très importante sur le plan théorique, elle nous semble perdre de son ampleur sur le plan économique. En pratique, les effets de l'allocation de dommages et intérêts se confondent avec ceux d'une fixation du prix. Dans toutes ces hypothèses, le juge est tenu de déterminer quel prix aurait dû régir la relation des parties.

En cas d'annulation de la clause relative au prix, cette détermination est nécessaire pour l'évaluation des restitutions à intervenir. Une telle détermination est également nécessaire pour fixer le montant des dommages et intérêts, la réparation du préjudice matériel devant en principe correspondre au surplus payé. Par conséquent, les développements ci-dessous utiliseront tout à la fois des termes « contrôle du prix » et « fixation du prix ».

201. Comme l'avait relevé un précédent rapport du Club des juristes, « en ce qui concerne l'appréciation des préjudices, les juges ont également besoin de comparer la situation infractionnelle avec une situation contrefactuelle si la concurrence avait joué sur ce marché ou sur un marché similaire. Ceci implique que les juges aient reçu une formation économique ou aient les moyens de faire appel à une expertise économique indépendante des parties » (rapport du Club des juristes, « Pour une réforme du droit de la concurrence », janvier 2018, pp. 31-33).

2.1 LES APPROCHES UTILISÉES EN MATIÈRE DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Différentes méthodes sont utilisées en matière de pratiques restrictives de concurrence. Certaines sont dites extrinsèques (2.1.1.), tandis que d'autres se fondent sur la rentabilité qui peut être raisonnablement attendue (2.1.2.).

■ 2.1.1 Les méthodes extrinsèques (comparatives)

Les méthodes comparatives sont couramment employées en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ces méthodes présentent l'avantage de ne pas reposer sur des analyses normatives telles que le taux de marge normal, et de ne pas formuler d'hypothèses sur l'évolution des ratios de rentabilité de l'entreprise.

Dans une décision concernant une action privée, et non une action du ministre, la cour d'appel de Paris a ainsi relevé que « *le caractère manifestement disproportionné des redevances peut se déduire de la comparaison du niveau des redevances supportées par les deux éditeurs de jeu avec le coût des services fournis en contrepartie par les sociétés Sony, ou encore avec le coût des services équivalents rendus par des opérateurs comparables. Il peut aussi se déduire des modalités de calcul des rémunérations litigieuses ou encore de l'appréciation in concreto du service par l'analyse de son contenu* »²⁰².

Par un arrêt du 17 janvier 2008, la cour d'appel de Nîmes a pris comme point de comparaison le prix payé par les fournisseurs pour une prestation de même type, mais de plus grande ampleur, réalisée quelques mois auparavant.

En outre, dans un avis n° 15-21 du 23 juin 2015, relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises, la Commission d'examen des pratiques commerciales a indiqué :

« L'examen de la jurisprudence (v. notamment les bilans de jurisprudence publiés sur le site de la Commission et l'analyse proposée dans les rapports annuels) montre que les méthodes comparatives ont les faveurs des juridictions appelées à se prononcer sur l'existence d'une disproportion manifeste. La circonstance que le taux (de 50 %) pratiqué soit très nettement supérieur au taux en usage dans le secteur (compris entre 10 et 20 %) est incontestablement à prendre en considération ; ce différentiel de 2,5 à 5 paraît bien traduire un niveau de tarif élevé. [...] Par ailleurs, et en toute occurrence, le prestataire de services conserve la possibilité, sous réserve de supporter la charge de la preuve, de démontrer que la rémunération n'est pas manifestement disproportionnée à partir d'éléments intrinsèques à la prestation accomplie au profit d'un client déterminé et dans les circonstances de l'espèce ».

202. CA Paris, 4 octobre 2017, n° 16/06674.

La comparaison peut donc avoir lieu avec des éléments extrinsèques (prix pratiqués par des tiers pour des services comparables) et avec des données intrinsèques au distributeur concerné (tarification appliquée à d'autres fournisseurs et selon les contrats, tarification appliquée antérieurement).

En revanche, il faut se méfier d'une comparaison qui ne serait pas « éclairée ».

Dans le domaine des relations industrie-commerce, où les CGV sont le socle de la négociation commerciale, l'arrêt Galec précité a semblé vouloir imposer la recherche du prix excessif par la comparaison entre le prix du tarif fournisseur et le prix final obtenu.

Ce critère est très contestable dans certaines situations.

Un fournisseur peut en effet faire des CGV catégorielles pour les grandes surfaces alimentaires, donc pour la grande distribution alimentaire. Dans ce cas, nul n'ignore qu'il va partir d'un tarif élevé, car il anticipe qu'il va devoir le dégrader ensuite lors de la négociation avec le grand distributeur.

Comparer le tarif de départ, stratégiquement élevé en prévision d'une négociation musclée, avec le tarif final pour en déduire un déséquilibre significatif ne serait pas pertinent.

L'argument vaut moins si, en revanche, le fournisseur n'a pas de CGV catégorielle et si l'on part du tarif qu'il applique à tous, d'où l'idée de préconiser une comparaison « éclairée ».

En tout état de cause, si un fournisseur pratique des prix élevés, il ne faudrait pas admettre un déséquilibre significatif dans le fait de les lui avoir fait baisser, si finalement le distributeur a obtenu un prix équivalent à la valeur du bien.

■ 2.1.2 La rentabilité raisonnablement attendue

Il convient ici de s'interroger sur la possibilité, afin d'apprécier le déséquilibre ou la disproportion, de tenir compte de la rentabilité raisonnablement attendue du contrat au moment de la fixation du prix (a.) et s'il est, dans ce cadre, permis de prendre en compte des éléments futurs apparaissant postérieurement à la conclusion du contrat (b.).

(a) Au moment de la fixation du prix

Peut-on prendre en compte l'utilité du service pour le fournisseur, c'est-à-dire le chiffre d'affaires qu'il en a tiré ?

Cette question de la prise en compte du supplément de profits liés au service est très importante pour apprécier la proportion. Concrètement, lorsqu'un fournisseur contracte avec un grand distributeur, il va tenir

compte du gain supplémentaire espéré grâce à la tête de gondole. Combien va-t-elle lui rapporter ?

Or, si l'on peut tenir compte de la rentabilité de la tête de gondole, il serait possible qu'une tête de gondole rapporte plus à une multinationale dont les produits sont très connus, et moins à un fournisseur PME (ce qui est toutefois relatif, certaines PME ayant aussi des marques très attractives).

La DGCCRF a longtemps prôné **l'impossibilité de tenir compte des gains induits, pour apprécier la proportionnalité du prix d'une tête de gondole, ou tout simplement l'équilibre d'un contrat**. Elle obtient encore parfois gain de cause auprès de premiers juges qui refusent de tenir compte des profits escomptés du contrat en cause²⁰³ pour apprécier la disproportion ou, aujourd'hui, le déséquilibre significatif.

L'intérêt retiré d'un service a toutefois parfois été pris en compte.

Ainsi, le tribunal de commerce d'Evry, dans le jugement évoqué précédemment du 16 novembre 2005, a validé le système de singularisation d'ITM, et a relevé que « *le concept de singularisation ne relève pas uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur. Qu'en effet, il en résulte pour les fournisseurs une amélioration des conditions de commercialisation de leur produit créatrice de valeur. Que ces avantages dont bénéficient les fournisseurs améliorent leur efficacité commerciale en leur permettant de générer des économies [...]* »²⁰⁴.

Par arrêt du 20 décembre 2006²⁰⁵, la cour d'appel de Paris, a réformé ce jugement. La Cour a toutefois admis que le service de singularisation est un vrai service spécifique qui procure une meilleure efficacité commerciale.

L'allusion aux bénéfices retirés de la prestation de coopération commerciale est certes assez indirecte, mais le tribunal vise tout de même la **création de valeur**.

Dans l'affaire du TAC de Système U, dont l'appel a été jugé en 2016, si l'argument fondant la valeur du service rendu sur le fait que « **les chiffres d'affaires des fournisseurs sont en progression** » n'a pas prospéré, ce n'est pas parce que la cour d'appel aurait considéré que le chiffre d'affaires induit ne pouvait jamais être pris en considération, mais c'est parce

203. Le tribunal de commerce de Paris, par un jugement du 23 novembre 2015 (15° ch., n° 2014049781) a jugé que « *l'équilibre des droits et des obligations s'apprécie ainsi au regard de l'économie du contrat et non en considération des contreparties économiques et stratégiques extérieures à celui-ci ou retirées de celui-ci ; que le juge n'est pas tenu de mesurer les effets précis du déséquilibre identifié (Cass. com. 3 mars 2015)...* » (jugement p. 8). Il ajoute que « *les données économiques et stratégiques dont la divulgation est demandée ... sont des données extérieures aux droits et obligations des parties et étrangères à l'économie juridique du contrat et que les conséquences économiques sont indifférentes, et notamment la rentabilité (du smartphone)* » (jugement p. 9).

204. M. Behar-Touchais, *Du TAC de Système U à la singularisation d'ITM*, Rev. Lamy de la concurrence 2007, n° 11.

205. CA Paris, 20 déc. 2006, n° 05/24361.

qu'elle a jugé que dans cette espèce, « la progression du chiffre d'affaires des quatre fournisseurs en 2002 et 2003 invoquée par Système U » s'expliquait par « l'augmentation de la surface de vente de Système U de 35,5 % entre 2000 et 2004, et le ministre souligne opportunément que l'augmentation de la surface de vente fait l'objet d'une facturation pour service "opération promotionnelle d'ouverture et de réouverture" qui a été payée par les quatre fournisseurs en cause »²⁰⁶.

Un arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 2011 s'est également prononcé en ce sens²⁰⁷. Dans cette affaire, les têtes de gondole avaient généré un chiffre d'affaires insignifiant, parfois inférieur au prix payé pour bénéficier de la tête de gondole.

Il était soutenu qu'il y avait disproportion entre le prix de la coopération commerciale et la valeur du service rendu, **puisque ce service n'avait servi à rien, dans la mesure où il n'avait pas vraiment accru les ventes.**

La Cour de cassation écarte cette argumentation, tout en relevant : « Attendu que si la faiblesse du **chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence** au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste entre ces deux éléments, elles ne **peuvent à elles seules constituer la preuve de cette disproportion manifeste**, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat »²⁰⁸.

Cet arrêt est intéressant, car il reconnaît que l'on peut prendre en compte, comme un des éléments d'appréciation de la disproportion ou de son absence, le chiffre d'affaires réalisé pendant la période de référence. Il s'agira toutefois uniquement d'un indice parmi d'autres : le chiffre d'affaires ne peut pas être le seul critère pour déduire la proportion ou la disproportion.

Dans cette affaire particulière, la cour d'appel de renvoi a jugé qu'il n'y avait pas disproportion²⁰⁹.

La cour d'appel de Nîmes a également reconnu que l'on pouvait tenir compte des profits induits pour apprécier la valeur de la tête de gondole. Par un arrêt du 17 janvier 2008²¹⁰, la Cour de Nîmes a comparé la rémunération versée au distributeur au titre de la prestation de tête de gondole au chiffre d'affaires réalisé pendant la période concernée. Elle

206. CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/09786.

207. Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-13690.

208. Cass. com., 27 avril 2011, 10-13.690.

209. CA Orléans, 12 avril 2012, n° 11/02284.

a expliqué que la comparaison est pertinente dans la mesure où une tête de gondole est un service censé générer une hausse des ventes du produit sur une courte période, les effets engendrés après la fin de la période de réalisation de la prestation étant très aléatoires.

Cette motivation a permis à la cour d'appel de Nîmes de condamner le distributeur. Dans cette espèce, **l'opération n'avait pas généré de hausse du chiffre d'affaires**, car la tête de gondole n'avait pas été respectée dans tous les magasins :

« que la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de l'Ardèche a relevé que pendant la période du 9 au 19 octobre 2002 tous les supermarchés concernés par l'opération promotionnelle stipulée au contrat du 5 août 2002 n'avaient pas été approvisionnés en pots de la SA CLÉMENT FAUGIER ; que, d'ailleurs, le montant des ventes des pots de crème de marrons de la SA CLÉMENT FAUGIER du 1^{er} septembre au 19 octobre 2002 dans les supermarchés concernés par l'opération CASINO SAVEURS n'a été que 6 199 euros HTVA et ce, malgré la campagne promotionnelle ; que pour le service « tête de gondole », la SAS EMC DISTRIBUTION a facturé à la SA CLÉMENT FAUGIER la somme de 30 490 euros HTVA ; que la rémunération du service de « tête de gondole » litigieux est manifestement disproportionnée par rapport au service rendu et représente 5 fois le montant des ventes de pots de crème de marrons »²¹¹.

Il convient de souligner que les espèces citées ont davantage tenu compte de **l'absence de rentabilité plutôt que de la rentabilité elle-même**. Dès lors, s'il peut être tenu compte de **l'absence de rentabilité du service, quid de la rentabilité dudit service ?**

En synthèse, pour apprécier la disproportion manifeste du prix d'un service tête de gondole, on peut tenir compte d'un **faisceau d'indices**. Les indices sont notamment :

- la variation de la rémunération en dehors de toute rationalité économique²¹² ;
- la diminution sensible et injustifiée de la consistance de la prestation prévue au contrat²¹³ ;
- la participation financière excessive à une opération commerciale dont l'intérêt n'est pas avéré²¹⁴ ;
- le coût de la tête de gondole pour le grand distributeur ;
- les profits induits pour le fournisseur, comme un simple indice parmi d'autres²¹⁵ ;

210. Cité dans « BILAN DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE PÉNALE Année 2007 » https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cepc/bilan_dgccrf2007_2008.pdf.

211. Motifs de l'arrêt issus des moyens du pourvoi reproduits en annexe de Cass. com., 16 déc 2008 n° 08-13162, qui a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes.

212. Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (NOR : ECOC0300050C).

213. Circulaire du 16 mai 2003, précitée.

214. Circulaire du 16 mai 2003, précitée.

215. Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-13690.

- la comparaison avec les prix pratiqués par les autres distributeurs ;
- la comparaison avec les prix pratiqués avec les autres fournisseurs.

En tout état de cause, pour apprécier le déséquilibre ou la disproportion, il nous semble nécessaire de tenir compte de la rentabilité raisonnablement attendue en ce qu'elle est entrée dans le champ contractuel²¹⁶.

Quand un fournisseur accepte de payer une ristourne de fin d'année (RFA), qui est une ristourne de quantité, il le fait avec le mobile déterminant que cela soit rentable pour lui. En vendant plus de produits, il paiera une RFA, mais *in fine*, son bénéfice net sera plus important.

Or, dans l'arrêt EURAUCHAN²¹⁷, la Cour de cassation a relevé que « l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son **économie** ». Le juge doit donc tenir compte du contexte de la clause et de l'économie du contrat.

Or, la rentabilité raisonnablement attendue du contrat pour le fournisseur fait partie de cette économie. Dès lors, cette rentabilité attendue, entrée dans le champ contractuel²¹⁸, doit être prise en compte pour le calcul d'un éventuel prix excessif.

Notons, d'ailleurs, que la rentabilité entrée dans le champ contractuel est utilisée pour déduire la nullité d'un contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité²¹⁹, ou un défaut de cause ou de contrepartie, celle-ci étant illusoire²²⁰.

S'il est tenu compte du défaut de rentabilité, il convient de tenir également compte de la rentabilité attendue lorsque cette dernière est entrée dans le champ contractuel.

Implicitement, la Cour de cassation l'a indirectement admis dans un autre contexte²²¹. Dans l'affaire concernant le partenariat exclusif entre Orange

216. En ce sens M. Behar-Touchais, *La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion*, in Mélanges G. Parléani, IRJS Éditions, 2021.

217. Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525.

218. La nécessité qu'elle soit entrée dans le champ contractuel vient encore d'être affirmée pour l'achat de panneaux photovoltaïques : Cass. 1^{re} civ. 21 octobre 2020 n° 18-26761, JCP éd E n° 3, 21 janvier 2021, 1024, note M. Behar-Touchais.

219. Cass. com., 4 octobre 2011 n° 10-20956 ; Cass. com., 24 juin 2020 n° 18-15249 ; cf. N. DISSAUX, *L'erreur sur la rentabilité en matière de franchise : fin de partie ?* JCP 2020 éd E n° 45, 5 novembre 2020, 1443 ; J.-F. Hamelin LEDC sept 2020 p. 3 ; M. Malaurie Vignal, *L'erreur sur la rentabilité à nouveau devant la cour de cassation*, Cont. Conc. Conso. n° 10, Octobre 2020, comm. 138 ; J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais, *Actualité du droit de la franchise 2020*, Cont. Conc. Conso. n° 2, Février 2021, étude 3, n° 18 et s.

220. Cass. 1^{re} civ. 3 juillet 1996 n° 94-14800.

221. Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11968 et n° 09-65440.

et Apple lors de l'entrée de l'iPhone sur le marché français, la Cour de cassation avait admis qu'il s'agissait de rechercher si la restriction de concurrence liée à l'exclusivité accordée à Orange et à sa durée, était proportionnée aux avantages escomptés du contrat de partenariat. Pour effectuer cette recherche, la Cour de cassation avait admis qu'il fallait comparer l'exclusivité, non pas aux seuls avantages directs tirés de la vente du terminal iPhone, mais **aux avantages tirés de la commercialisation des services de téléphonie mobile associés à la vente du terminal**. La haute juridiction avait admis qu'une partie du bénéfice net réalisé par Orange, en commercialisant des services de téléphonie mobile associés à l'iPhone, devait être prise en compte pour apprécier si la durée de l'exclusivité était, ou non, proportionnée aux investissements spécifiques faits par Orange.

La Cour de cassation avait cependant relevé que l'intégralité des revenus retirés des abonnements liés à la vente d'un iPhone ne constituait pas un bénéfice du contrat avec Apple. Orange aurait sans doute contracté certains abonnements même sans l'iPhone, le client se reportant sur un autre terminal. Si tous les revenus générés par les forfaits liés à la vente d'un iPhone n'étaient pas la contrepartie du contrat d'exclusivité Apple-Orange de l'époque, la Cour reconnaissait tout de même qu'une grande partie de ceux-ci l'était :

« Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la prise en compte de l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des acheteurs d'iPhone, et non d'un revenu additionnel, ne revenait pas à considérer qu'Orange aurait perdu ou n'aurait pas gagné l'intégralité des clients ayant souscrit à ses offres de services de téléphonie mobile comprenant un iPhone si elle n'avait pas commercialisé ce terminal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

De la même façon, une tête de gondole ne produit pas tous les bénéfices des ventes qui sont réalisées au cours de l'opération. Les produits du fournisseur se seraient probablement vendus pendant la période de l'opération, même en l'absence de tête de gondole. Toutefois, les produits se seraient vendus en moindre quantité. **C'est donc seulement la quantité supplémentaire vendue et les profits que la tête de gondole a induits qu'il faudrait prendre en considération.**

(b) Après la conclusion du contrat

La fixation du prix prend en compte les éléments qui existent à un instant donné. Elle peut donner lieu à révision si l'équilibre évolue et que la révision n'est pas exclue contractuellement.

Dès lors qu'elle s'établit pour une période longue, la fixation du prix prend en compte non seulement les éléments actuels, mais aussi leur évolution attendue.

De ce fait, le prix fixé aujourd'hui, comme il a été indiqué plus haut, peut tenir compte des avantages futurs que l'on est fondé à espérer

aujourd'hui. La question qui se pose est de savoir comment ces avantages s'intègrent dans le prix fixé aujourd'hui. Il est tenu compte de la valeur actuelle de ces avantages qui inclut les coûts et revenus futurs associés, non pas pour leur valeur nominale mais pour une valeur réduite prenant en considération des aléas inhérents aux prévisions.

Il s'agit, pour l'économiste, d'une actualisation qui consiste à calculer la valeur aujourd'hui de revenus attendus dans le futur. En pratique cela revient à diviser leur valeur future par un facteur d'actualisation qui est égal à $(1 + \text{taux d'actualisation})^n$ où n désigne la période future et le *taux d'actualisation* prend en compte le risque plus ou moins élevé de réalisation. On voit, dans cette formule, que plus ces avantages sont attendus pour une période lointaine, plus faible sera leur impact dans le prix à fixer aujourd'hui.

La révision future peut être envisagée si elle est contractuellement possible, ou bien encore si elle résulte de modifications substantielles des conditions du contrat, comme c'est le cas dans le cadre de l'article 1195 du Code civil, si la partie demanderesse se trouve face à une situation imprévue rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque. Le mécanisme est le même et consiste à prendre en compte l'impact d'un changement significatif dans les avantages attendus du contrat à travers une modification de la valeur actuelle des avantages attendus.

Le prix peut également être révisable périodiquement en fonction d'indices prédéfinis, tels que des coûts de matières premières ou d'énergie.

2.2 L'APPORT DES APPROCHES UTILISÉES EN MATIÈRE DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Au-delà des approches déjà mises en œuvre dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence, il est intéressant de regarder quelles sont les approches développées dans d'autres contextes, notamment dans le cas de pratiques anticoncurrentielles, et d'analyser la contribution qu'elles peuvent avoir dans la recherche d'un prix équilibré.

Nous reviendrons d'abord sur les critères retenus par les tribunaux pour apprécier le caractère abusif d'un prix (2.2.1.). Nous verrons ensuite comment ces critères se traduisent par des méthodes préconisées à la fois par l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne (2.2.2.) et analyserons, à travers quelques décisions, comment celles-ci sont mises en œuvre (2.2.3.).

■ 2.2.1 Les critères retenus pour apprécier le caractère abusif d'un prix

La Cour de justice a précisé les méthodes à utiliser pour caractériser l'existence d'un prix excessif constitutif d'abus dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles.

Dans l'affaire General Motors Continental du 13 novembre 1975, la Cour a estimé qu'une entreprise abusait de sa position dominante en imposant un prix « **excessif par rapport à la valeur économique du service fourni** »²²². L'arrêt United Brands, du 14 février 1978 a précisé qu'un prix excessif était un « **prix sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie** »²²³.

Dans l'arrêt United Brands, la Cour a conclu « *qu'il convient [...] de rechercher si le détenteur de cette position [dominante] a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages commerciaux qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace* » et considère que tel est le cas si l'entreprise en position dominante fixe un prix excessif, sans lien raisonnable avec la valeur économique du bien fourni.

Selon la Cour, deux conditions parfois présentées comme cumulatives²²⁴, sont nécessaires pour en faire la démonstration²²⁵ : une disproportion entre les coûts réels et les prix effectivement pratiqués (a.), ainsi que le caractère non équitable du prix (b.).

(a) Établir que l'écart entre les coûts réels et les prix effectivement pratiqués est excessivement disproportionné

Cet écart n'est pas toujours aisé à mesurer, les entreprises étant réticentes à communiquer leurs coûts, couverts par le secret des affaires, même aux autorités de concurrence.

L'Autorité de la concurrence devrait examiner non seulement les coûts de production directs et indirects du produit ou service en question,

222. CJCE, 13 novembre 1975, aff. 26-75, General Motors Continental, § 12 : « *Attendu qu'on ne saurait exclure la possibilité, de la part du détenteur de la position d'exclusivité ci-dessus décrite, d'une exploitation abusive du marché par la détermination du prix, en ce qui concerne une prestation qu'il est seul en mesure de fournir, au détriment de tout acquéreur d'un véhicule automobile importé d'un autre État membre et soumis aux prescriptions sur le contrôle de conformité* » (§ 11 de l'arrêt), « *qu'un tel abus pourrait consister, notamment, dans la perception d'un prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie, ayant pour effet de freiner les importations parallèles, du fait qu'elle neutraliserait le niveau éventuellement plus favorable des prix pratiqués dans d'autres zones de vente dans la Communauté, ou qu'elle conduirait à des transactions non équitables au sens de l'article 86, alinéa 2, lettre a)* ».

223. CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands ; voir aussi CJCE, 11 décembre 2008, aff. C-52/07, Kanal 5.

224. Mais en réalité, plutôt alternatives, l'objectif étant de déterminer, ainsi que le souligne l'avocat général Wahl dans ses conclusions du 6 avril 2017, relatives à l'affaire Biedriba « *Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība* » contre Konkurences padome (C 177/16, § 15), « *s'il existe un écart excessif – à savoir une différence très importante – entre le prix effectivement facturé par l'entreprise dominante sur le marché pertinent et le prix que l'entreprise aurait hypothétiquement facturé s'il existait une concurrence efficace sur le marché (ci-après le "prix de référence")* ».

225. La cour réservant, par ailleurs, l'existence d'autres méthodes.

ainsi que le coût du capital, mais aussi tous les types de frais généraux, y compris, notamment, de publicité et de recherche et développement.

Le fait de facturer des services non rendus ou insuffisants est considéré comme un prix excessif ²²⁶.

Par ailleurs, les coûts de biens immatériels, telles des redevances pour l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, par exemple, ne peuvent être mesurés. D'autres méthodes sont alors utilisées pour évaluer la valeur économique de l'usage des droits qui est concédé. La pratique décisionnelle et la jurisprudence des autorités de concurrence et, surtout, de la Cour de justice, fournissent des méthodes alternatives, pour mesurer l'écart entre la valeur économique et les prix pratiqués, essentiellement en ce qui concerne les tarifs des sociétés de gestion des droits d'auteur.

Selon la Cour de justice, la valeur de l'utilisation des services concédés dans les échanges économiques peut servir d'approximation au prix de revient.

Dans une affaire SABAM du 25 novembre 2020 ²²⁷, la Cour, saisie de questions préjudicielles de sociétés organisatrices de festivals, devait déterminer si le tarif élaboré par la SABAM, organisme de gestion collective des droits d'auteur belge, entraînait l'imposition de prix excessifs par rapport à la valeur du service pour les utilisateurs. Une partie de la valeur pour l'utilisateur est représentée par une économie de temps et de ressource dans la recherche des œuvres. L'autre partie est représentée par les bénéfices que les œuvres musicales lui permettent de réaliser. La Cour valide donc le principe selon lequel la rémunération peut être fondée sur le chiffre d'affaires réalisé grâce à l'utilisation des œuvres. La Cour était saisie plus particulièrement de la question de savoir si, en l'espèce, un tarif calculé en pourcentage des recettes brutes tirées de la vente de billets d'entrée, sans déduction des charges sans rapport avec les œuvres exécutées, et prévoyant un barème forfaitaire par tranches, était abusif.

Il était avancé par les organisateurs de festivals que les recettes brutes résultant des spectacles étaient en partie dues à leurs efforts propres, indépendamment de la musique diffusée. La Cour répond qu'il appartient aux juridictions de renvoi de déterminer si ce barème présente un rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation, en termes de nombre réel de personnes qui profitent des œuvres protégées et de l'importance de l'utilisation des œuvres, sans que puissent être déduites de ces recettes les charges extérieures. Quant au caractère forfaitaire du barème par tranche, elle juge qu'il

226. CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-385/07P, *Der Grüne Punkt*.

227. CJUE, 25 novembre 2020, aff. C-372/19, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)*.

incombe à la juridiction de déterminer si aucune autre méthode de calcul alternative ne permettrait de quantifier l'utilisation des œuvres de manière plus précise ²²⁸.

**(b) Déterminer le caractère non équitable des prix,
en tant que tels ou par rapport aux produits concurrents**

Cette méthode repose sur une comparaison avec les produits similaires, sur des marchés équivalents.

La Cour a ainsi estimé que *« lorsqu'une entreprise en position dominante impose des tarifs pour les services qu'elle rend, qui sont sensiblement plus élevés que ceux pratiqués dans les autres États membres, et lorsque la comparaison des niveaux des tarifs a été effectuée sur une base homogène, cette différence doit être considérée comme l'indice d'un abus de position dominante. Il appartient, dans ce cas, à l'entreprise en question de justifier la différence en se fondant sur des divergences objectives entre la situation de l'État membre concerné et celle prévalant dans tous les autres États membres »* ²²⁹.

Cette opération présente également des risques, car il est rare que les marchés soient suffisamment homogènes pour qu'une comparaison significative puisse être effectuée immédiatement et automatiquement, sans un certain nombre d'ajustements aux données existantes et corrections préalables ²³⁰.

L'homogénéité d'une comparaison nécessite en effet que, non seulement les produits et services en question, mais également le contexte économique dans lequel ils sont fournis, soient globalement similaires.

C'est ainsi que l'indice de parité du pouvoir d'achat (indice PPA) peut être pris en compte afin d'effectuer des comparaisons significatives entre pays ²³¹. Ces opérations permettent ainsi d'ajuster les données devant être comparées, en fonction des différents niveaux de prix existant dans les différents pays.

Dans un arrêt du 16 juillet 2020 ²³², la Cour de justice a récapitulé les comparaisons retenues dans les affaires passées. Les indices de référence, à comparer aux prix effectifs pratiqués par l'opérateur dominant, dont le caractère équitable est contesté, peuvent être :

228. Pour un récapitulatif des affaires de gestion collective des droits : « *Collecting Societies and competition law: An overview of EU and national case law* », 2 avril 2020, Adriana Zablocka-Abi Yaghi, Concurrences, n° 92517.

229. Voir CJCE, 13 juillet 1989, aff. 395/87, *Tournier*, § 38, ainsi que CJCE, 13 juillet 1989, aff. 110/88, 241/88 et 242/88, *Lucazeau e.a.*, § 25.

230. Voir les conclusions de l'avocat général Wahl du 6 avril 2017, aff. C 177/16, *Biedriba « Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība » contre Konkurences padome*.

231. Les indices PPA sont utilisés afin de convertir les indices économiques d'une monnaie nationale dans une monnaie commune fictive, dénommée « standard de pouvoir d'achat » (SPA), qui égalise le pouvoir d'achat de différentes monnaies nationales.

232. CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-372/19, § 32.

- les prix pratiqués dans le passé par l'entreprise dominante pour les mêmes services sur le même marché pertinent ²³³,
- les prix pratiqués par une telle entreprise pour d'autres services ou à l'égard de différentes catégories de clients, ou encore
- les prix pratiqués par d'autres entreprises pour le même service ou pour des services comparables sur d'autres marchés nationaux, pour autant toutefois que cette comparaison soit faite sur une base homogène ²³⁴.

La méthode du faisceau d'indices doit être privilégiée selon la Cour, un seul critère pouvant ne pas être suffisant. Il appartient ainsi aux autorités d'examiner s'il existe d'autres méthodes appropriées et disponibles, la difficulté n'étant pas un obstacle.

En outre, les prix ne peuvent être considérés comme abusivement élevés dès lors que les disproportions constatées comportent une justification, ainsi que l'a admis la Cour de justice, dès l'arrêt fondateur *General Motors* : « *attendu que la question de savoir s'il y a eu exploitation abusive de la position dominante occupée par la requérante doit être appréciée au regard de l'ensemble des faits concernés qui ont donné lieu à la décision de la Commission* » ²³⁵. Les prix excessifs du contrôle de conformité des véhicules Opel importés de Belgique, par *General Motors Continental NV*, ont, ainsi, été justifiés par le caractère imprévu de ce contrôle, imposé par une réforme récente et par la restitution du surprix perçu.

Enfin, il n'y a pas de seuil au-delà duquel le prix est considéré comme excessif par rapport à un prix de marché.

Encore récemment, dans l'affaire dite *AKKA/LAA* ²³⁶, la Cour de justice a indiqué, alors qu'elle était interrogée sur les conditions dans lesquelles un prix pouvait être regardé comme inéquitable au regard de la jurisprudence *United Brands*, qu'« *il n'existe [...] pas de seuil minimal à partir duquel un tarif doit être qualifié de "sensiblement plus élevé", étant donné que les circonstances propres à chaque espèce sont déterminantes à cet égard. Ainsi, un écart entre des redevances pourra être qualifié de "sensible" s'il est significatif et persistant à la lumière des faits, en ce qui concerne, notamment, le marché en cause, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner* » ²³⁷ et a précisé que « *cet écart doit persister pendant une certaine durée et non être temporaire ou épisodique* ».

233. C'est l'approche adoptée par la Commission européenne dans l'affaire *British Leyland* (CJCE, 11 novembre 1986, aff. 226/84, *British Leyland*), par exemple, et aussi, dans une certaine mesure, dans l'affaire *United Brands* (CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, *United Brands*).

234. Voir, en ce sens, CJCE, 14 septembre 2017, aff. C 177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība*, § 38 et jurisprudence citée.

235. CJCE, 13 novembre 1975, aff. 26-75, *General Motors Continental*, § 15.

236. CJUE, 14 septembre 2017, aff. C 177/16, *AKKA*.

237. CJUE, 14 septembre 2017, aff. C 177/16, *AKKA*, § 55.

■ 2.2.2 Les approches issues des décisions relatives aux pratiques anticoncurrentielles permettant de qualifier des prix anormalement élevés ou anormalement bas

Ces outils, issus des pratiques anticoncurrentielles, servent à la fois pour établir ces pratiques et pour évaluer des préjudices privés résultant des pratiques anticoncurrentielles. La comparaison avec une situation contrefactuelle permet de déterminer le prix qui aurait émergé d'une situation de concurrence normale (a.). Il est, en outre, nécessaire d'analyser les coûts économiques (b.). D'autres tests ont pour objectif d'identifier les effets produits par les pratiques anticoncurrentielles sur le marché (c.).

(a) Le recours à des situations contrefactuelles

L'ensemble des approches issues des pratiques anticoncurrentielles repose, tout d'abord, sur la définition d'une situation contrefactuelle pertinente. En effet, l'objectif étant de déterminer la situation qui aurait prévalu en l'absence de pratiques anticoncurrentielles, ceci suppose tout d'abord de définir la situation contrefactuelle.

Plusieurs éléments doivent être pris en compte.

Si l'on se situe dans le cadre d'une problématique de prix, la situation contrefactuelle conduit à déterminer le prix qui aurait dû être appliqué en l'absence de pratiques anticoncurrentielles et donc à déterminer un prix qui aurait prévalu dans le cadre d'une situation de concurrence normale.

Selon la complexité des espèces, la construction d'un scénario contrefactuel implique le choix d'hypothèses tant sur l'état des marchés que sur les comportements des entreprises.

Le guide de la Commission européenne de 2013 a précisé, de manière détaillée, les différentes méthodes qui peuvent être mises en œuvre pour reconstruire une telle situation de référence.

Pour construire la situation contrefactuelle, on a recours, le plus souvent, à une approche comparative plutôt que normative, qui implique la définition de trop nombreux paramètres discutables. Les méthodes les plus couramment utilisées sont les suivantes : la méthode comparative avant / après (i.), la méthode comparative avec d'autres marchés géographiques ou d'autres marchés de produits (ii.), et la méthode dite des « doubles différences » (iii.).

(i) Méthode comparative avant / après

Cette méthode consiste à comparer la situation réelle au cours de la période pendant laquelle l'infraction a produit ses effets, avec la situation sur le même marché avant qu'elle ne produise ses effets ou après leur disparition.

Le scénario contrefactuel devra ensuite être comparé à la situation réelle pendant la période des pratiques, pour ajuster des éventuels

écarts qui ne seraient pas exclusivement imputables à l'infraction (problématique du lien direct).

La construction du scénario contrefactuel, qui s'appuie sur une approche pendant/après, devra faire l'objet d'une attention particulière dans la mesure où, même si l'infraction a cessé, l'ampleur et la durée de celle-ci a pu avoir un effet sur les prix après la fin des pratiques (effet de rémanence).

(ii) Méthode comparative avec d'autres marchés géographiques ou d'autres marchés de produits

Cette méthode consiste à examiner les données observées sur un marché géographique distinct ou à s'intéresser à un marché de produits différents ayant des caractéristiques similaires afin de déterminer le scénario contrefactuel.

La méthode reposant sur un marché géographique distinct est utilisable quand l'infraction concerne des marchés dont l'étendue est locale, régionale ou nationale.

(iii) Méthode dite des « doubles différences »

Cette méthode consiste à combiner les méthodes comparatives dans le temps et entre marchés lorsque l'on dispose de suffisamment de données. Elle présente l'avantage d'éliminer les changements, non imputables à l'infraction, qui se sont produits au cours de la même période que cette dernière. Elle repose toutefois, dans une large mesure, sur l'hypothèse que ces autres changements ont eu des répercussions analogues sur les deux marchés.

Cette approche comparative peut s'appliquer à partir de plusieurs référentiels : la période (avant ou après les effets des pratiques) ou le marché (qu'il s'agisse d'un critère géographique ou de produits distincts).

(b) La nécessaire référence aux notions de coûts économiques

L'analyse des coûts économiques est complexe, car si elle part de la matière première que constitue l'information comptable, elle se distingue des définitions comptables du fait que la comptabilité n'a pas la même finalité. En effet, l'information comptable vise à présenter des performances annuelles dans des rapports annuels et, de ce fait, donne une vision rétrospective. Les coûts comptables incluent des dépenses effectives ayant une contrepartie en trésorerie, ainsi que des éléments tels que les coûts d'amortissement déterminés souvent par des règles fiscales que les économistes ne prennent pas en compte.

L'analyse économique des coûts a une autre finalité puisqu'elle répond à la nécessité d'optimiser l'allocation de ressources rares et est tournée vers l'avenir. Elle vise à cerner les coûts d'utilisation des ressources dans le processus de production en distinguant les coûts

que l'entreprise peut contrôler et ceux qu'elle ne peut pas²³⁸. Elle s'intéresse en particulier aux coûts d'opportunité, c'est-à-dire aux coûts des opportunités auxquelles l'entreprise a renoncé en n'utilisant pas ses ressources de la manière la plus efficace.

À titre d'exemple, une entreprise qui possède un immeuble et l'occupe ne paye pas de loyer, mais le coût d'opportunité de ses locaux correspond à leur valeur locative, alors que leur coût comptable est nul. De même, le chef d'entreprise qui ne se verse pas de salaire représente un coût comptable nul pour son entreprise, alors qu'il supporte le coût d'opportunité correspondant à la rémunération qu'il aurait perçue en travaillant à l'extérieur.

L'analyse économique fait également la distinction entre coût fixe et variable et y ajoute celle entre les coûts fixes récupérables si l'entreprise sort du marché et ceux qui, tout en étant fixes, sont irrécupérables. Ces derniers peuvent correspondre à des équipements spécialisés qui ne pourront pas être revendus si l'entreprise sort du marché.

De même, sont différenciées les notions de coût marginal et de coût total moyen, ce dernier comprenant deux composantes : le coût fixe moyen et le coût variable moyen.

Enfin, le coût de court terme, pour lequel les coûts fixes ne varient pas, se différencie du coût de long terme, pour lequel tous les facteurs de production varient.

Certaines décisions se sont également référées à d'autres concepts tels que le coût évitable moyen (test du sacrifice de profit (cf. *infra*)) qui correspond aux coûts fixes moyens récupérables, c'est-à-dire les coûts qui cessent de courir si l'entreprise arrête son activité.

Certaines décisions ont également utilisé le coût incrémental à long terme (test de ciseau tarifaire (cf. *infra*)) qui correspond aux coûts supplémentaires induits par la production d'un service par rapport à ceux déjà induits par la production d'autres activités. Il correspond donc, à long terme, à l'économie de coût qui résulterait de la non-production de ce service.

Cette notion se rapproche de celle de coût marginal, sauf que ce dernier concerne des augmentations de production limitées et non des augmentations liées à une activité complémentaire, qui peut entraîner des coûts fixes complémentaires, notamment d'investissement²³⁹.

238. Microéconomie : R. Pindyck et D. Rubinfeld 6^e éd. Pearson chap. 7.

239. Cf. annexe II de la décision 00-1171 de l'ARCEP du 31 octobre 2000. Méthode de calcul des coûts incrémentaux de long terme relatifs à l'accès à la boucle locale définie en application de l'article D. 99-24 du Code des postes et télécommunications.

Cette notion a joué un rôle central dans l'affaire des vedettes vendéennes²⁴⁰, où il s'agissait de savoir si l'utilisation d'un navire complémentaire de grande capacité était nécessaire à l'activité de service public pour assurer la continuité territoriale qui lui incombait. Si ce n'était pas le cas, le surdimensionnement pouvait alors trahir une volonté d'éviction du concurrent privé.

À la lumière de ces analyses, on constate que l'analyse conduite dans les décisions relatives aux pratiques restrictives de concurrence n'est généralement pas aussi précise que dans les pratiques anticoncurrentielles et, notamment, ne prend pas en compte systématiquement la valeur du service rendu et la dimension stratégique des dépenses, qui est centrale, notamment dans l'analyse économique des prix prédateurs.

Dans ce contexte, la référence aux méthodes issues des prix de transfert (cf. *infra*) présente l'avantage de se référer au principe de pleine concurrence et de faire ainsi appel à une analyse comparative systématique.

L'établissement d'un prix excessif devrait suivre également la même approche dans les pratiques restrictives de concurrence que dans les pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles une pratique de prix abusivement élevés ne peut être établie que s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant, et que cette disproportion ne s'appuie sur aucune justification économique²⁴¹ (cf. *infra* 2.4.2).

(c) L'analyse des effets

Il ne suffit pas de constater des écarts par rapport à la situation contrefactuelle, il faut en plus analyser les effets sur la concurrence des pratiques anticoncurrentielles à l'aide d'un bilan concurrentiel. Cette analyse des effets est différente de l'analyse « *per se* » qui consiste à caractériser un abus indépendamment de ses effets et ne peut se faire qu'en se référant aux notions de coûts économiques.

La concurrence exerce un double rôle : (i) permettre d'adapter l'offre des entreprises aux besoins des consommateurs et (ii) sélectionner les entreprises les plus efficaces. Par conséquent, pour juger si une pratique est anticoncurrentielle, il convient d'analyser les effets de cette dernière pour savoir si (a) elle génère un effet d'exclusion des concurrents et si (b) elle nuit au consommateur.

L'analyse « *per se* » de la pratique (*i.e.* analyse uniquement de la forme) peut conduire à sanctionner une pratique ayant un effet d'exclusion pourtant bénéfique pour les concurrents (du fait de gains d'efficacité)

240. Cf. G. Decocq Les entreprises publiques et le prix prédateur, Contrats Concurrence Consommation, n° 8, 8 août 2008 comm 21.

241. Sur ces points, voir aussi CJCE, 13 novembre 1975, aff. 26-75, *General Motors Continental* et CJCE, 11 novembre 1986, aff. 226/84, *British Leyland*.

et les consommateurs (*i.e.* baisse des prix pendant la période) ; c'est pourquoi l'analyse des effets est essentielle.

Pour guider l'action des autorités de la concurrence dans l'analyse des effets et cadrer la part d'arbitraire des juges, plusieurs tests existent : le test du sacrifice de profit (i.), le test du concurrent aussi efficace (ii.), le test du préjudice du consommateur (iii.), ainsi que le test de ciseau tarifaire (iv.).

Il convient de mettre en balance les effets négatifs et positifs des pratiques, à l'aide de ces différents tests, pour éviter les dangers d'une approche trop formaliste.

(i) Le test du sacrifice de profit

Ce test permet d'identifier les pratiques consistant, pour une entreprise dominante, à adopter un comportement prédateur en supportant des pertes évitables ou en renonçant à des bénéfices à court terme. Il repose sur le calcul du Coût Évitable Moyen (« CEM ») qui correspond aux coûts fixes supportés pendant la période examinée.

L'application de ce test est complexe, car le sacrifice peut être réalisé avec des recettes nettes inférieures à celles obtenues avec un autre comportement et suppose la volonté délibérée d'adopter une stratégie prédatrice non profitable afin d'éliminer un concurrent.

(ii) Le test du concurrent aussi efficace

Ce test consiste à vérifier si la pratique tarifaire litigieuse a restreint ou est capable de restreindre la concurrence de concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante.

Il y a abus lorsque le comportement de l'entreprise conduirait à l'éviction d'un concurrent aussi efficace qu'elle.

Ce test implique (i) de vérifier si un concurrent aussi efficace aurait pu pénétrer le marché sans encourir de pertes, car seule l'éviction d'un concurrent aussi efficace porte atteinte à la concurrence, ainsi qu'une (ii) analyse des prix et des coûts de l'entreprise en position dominante.

Ce test est souvent complexe et peut s'avérer utopique à mettre en œuvre, car il n'existe pas nécessairement, en présence d'un opérateur dominant, de concurrent aussi efficace, et il serait, par ailleurs, dénué de portée en cas de barrières à l'entrée. De même, en cas d'économie d'échelles ou de gamme, il est possible d'exclure un concurrent globalement aussi efficace mais n'ayant pas atteint la taille critique.

(iii) Le test du préjudice du consommateur

Ce test consiste à montrer que l'entreprise dominante maintient ou augmente son pouvoir de marché au détriment de ses clients et, *in fine*, des consommateurs.

Il y a abus lorsque le comportement de l'entreprise dominante conduirait à l'éviction d'un concurrent dont la présence bénéficie au consommateur. Cet impact négatif peut consister à augmenter les prix ou réduire les volumes, ou encore à diminuer ses investissements de productivité ou d'innovation.

Ce test est difficile à mettre en œuvre puisqu'il suppose d'établir à la fois l'éviction d'un concurrent, mais aussi l'impact négatif sur le consommateur.

(iv) Le test de ciseau tarifaire

Un dernier test, celui du ciseau tarifaire, est couramment utilisé, notamment pour les opérateurs téléphoniques²⁴² ou encore dans l'énergie²⁴³.

Une pratique de ciseau tarifaire est le fait, pour une entreprise intervenant à deux niveaux de la chaîne verticale allant de la production à la distribution, de facturer à ses clients aval des prix inférieurs ou égaux à ceux qu'elle facture à ses clients situés en amont, et qui doivent nécessairement se fournir chez elle.

Cette pratique devient abusive si l'entreprise est en position dominante, car elle met ses concurrents des marchés aval, qui doivent obligatoirement se fournir chez elle sur les marchés intermédiaires, dans une situation impossible puisqu'ils ne peuvent pas couvrir leurs coûts de commercialisation et, de ce fait, risquent de se trouver évincés du marché.

Ce test a donc pour but de vérifier qu'un opérateur alternatif efficace est en mesure de proposer des offres similaires au même tarif de détail.

Le test consiste à vérifier si la tarification choisie par un opérateur intégré permet à ses concurrents sur le marché aval d'opérer de manière viable. On étudie la rentabilité de l'opérateur dominant compte tenu de ses contraintes autres que les coûts de gros qu'il applique à ses concurrents.

Les coûts pris en compte sont, le plus souvent, les coûts incrémentaux de long terme qui intègrent, en plus des coûts marginaux, certains coûts fixes notamment d'investissements. Cela revient à rendre variable à long terme certains coûts fixes et à prendre en compte des coûts communs à plusieurs activités.

242. Deutsche Telekom 2008, France Telecom/SFR.

243. Direct Energie 2007.

Ainsi, l'efficacité d'un opérateur est dépendante de sa taille et de sa gamme de produits et services. Il faut donc neutraliser cet effet de taille. Si on applique le test en tenant compte des opérateurs de taille plus réduite, cela peut conduire à maintenir une structure de marché inefficace.

Un choix de politique économique fondé sur l'équilibre concurrentiel à long terme peut conduire à amender le test.

La difficulté de mise en œuvre tient à la fois à la prise en compte de facteurs de politique économique et à l'analyse des coûts pour lesquels les données comptables doivent être sensiblement retraitées.

■ 2.2.3 Panorama de jurisprudence

Le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité de la concurrence, saisis par des entreprises, se sont prononcés sur des pratiques alléguées de prix excessifs, à plusieurs reprises.

Plusieurs décisions retiennent l'attention, car elles permettent d'éclairer sur la façon dont le Conseil a appliqué les méthodes préconisées par les juridictions européennes.

Le point commun de toutes ces décisions est, en premier lieu, qu'elles ont été rendues à la suite de plaintes de victimes par rapport aux pratiques d'opérateurs en situation de monopole et qu'elles se sont soldées par un rejet, sauf pour les décisions n° 09-D-24 et n° 18-D-14. En second lieu, elles s'appuient sur un faisceau d'indices utilisant les critères d'examen prescrits par la Cour de justice.

Le Conseil résumait ainsi, dans sa **décision n° 05-D-15²⁴⁴**, les éléments constitutifs de l'abus de position dominante concernant les prix abusivement élevés et les autres conditions de transaction inéquitable.

Selon sa pratique décisionnelle, une pratique de prix abusivement élevés peut être établie s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant, et que cette disproportion ne s'appuie sur aucune justification économique²⁴⁵. S'il n'est pas possible d'établir cette disproportion par examen des coûts, la jurisprudence permet de recourir à une évaluation par comparaison avec les prix pratiqués par des entreprises placées dans des situations équivalentes. Enfin, « *La disproportion manifeste entre "le prix et la valeur du service correspondant" n'est pas en elle-même constitutive d'un abus. En effet, afin de qualifier le comportement tarifaire d'abus de position dominante, il est nécessaire d'établir qu'une telle disproportion a eu un objet et/ou a produit*

244. Conseil de la concurrence, décision n° 05-D-15 du 13 avril 2005.

245. Sur ces points, voir aussi, CJCE, 13 novembre 1975, aff. 26-75, *General Motors Continental* et CJCE, 11 novembre 1986, aff. 226/84, *British Leyland*.

des effets perturbateurs réels ou potentiels sur le jeu la concurrence et, in fine, sur le bien-être du consommateur » ²⁴⁶.

La première décision rendue par le Conseil de la concurrence, **décision n° 00-D-27** ²⁴⁷, portait sur les prix « cantinés » pour les détenus de la maison d'arrêt d'Osny. La supérette qui avait le monopole d'approvisionnement de ce lieu de détention pratiquait des prix excessivement élevés, selon la plainte d'une association de consommateurs. Le Conseil a rejeté la saisine, aucun des deux critères rappelés plus haut n'étant établi.

Dans une décision **n° 03-D-18** ²⁴⁸, relative à l'exploitation des droits relatifs aux archives des sociétés nationales de programmation, le Conseil de la concurrence s'est prononcé sur des pratiques de prix excessifs dont il était saisi par la société Glem, société de production audiovisuelle. Celle-ci reprochait à l'INA, seul opérateur susceptible de commercialiser les archives audiovisuelles, en situation de monopole, les conditions de facturation à ses clients des droits de diffusion des documents audiovisuels archivés. La société Glem dénonçait, d'une part, le fait que cette facturation s'effectuait à la minute indivisible, même si la durée de l'extrait diffusé lui était inférieure et, d'autre part, l'inclusion, dans cette facturation, des frais de recherche et de documentaliste même si l'extrait était déjà identifié. Il était ainsi reproché à l'INA de pratiquer des prix abusivement élevés.

Le Conseil a constaté que les prix des prestations facturées par l'INA, bien qu'ils fussent plus élevés que ceux pratiqués par d'autres intervenants dans le domaine de la réutilisation des images audiovisuelles, tels que Gaumont Cinémathèque ou Pathé Archives, ne permettaient pas, pour autant, de couvrir l'intégralité des coûts afférents à la prestation, en raison de contraintes spécifiques subies par l'INA. Ainsi, aucune disproportion entre prix de revient et prix de vente ne pouvait être constatée. Par ailleurs, le Conseil a relevé que la méthode par comparaison ne pouvait être utilisée, faute d'opérateurs ayant les mêmes compétences que l'INA. La saisine a donc été rejetée.

La **décision n° 05-D-15** du 13 avril 2005 a rejeté la plainte de la société Regal Pat contre la société Électricité de Strasbourg, à laquelle il était reproché d'avoir, de manière inconsidérée, augmenté les tarifs « *de raccordement provisoire* » pour la fourniture d'électricité permettant de faire fonctionner ses manèges, dans les communes du Bas-Rhin où la plaignante stationnait lors des fêtes foraines. Cette augmentation des tarifs de raccordement au réseau était, selon la plaignante, constitutive d'un abus de position dominante, de la part de la société Électricité de Strasbourg, sur le marché de la distribution d'électricité.

246. Autorité de la concurrence, décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009, § 169.

247. Conseil de la concurrence, décision n° 00-D-27 du 13 juin 2000.

248. Conseil de la concurrence, décision n° 03-D-18 du 10 avril 2003.

S'agissant de la disproportion manifeste entre le prix du branchement et le coût du service correspondant, il était constaté que les tarifs concernés avaient augmenté au moment du changement de tarif de juillet 2001, de 46 % pour le tarif bleu et de 121 % pour le tarif jaune. Mais Électricité de Strasbourg a justifié ces augmentations par un rattrapage tarifaire, orienté vers les coûts effectifs de raccordement ; les tarifs n'ayant pas été revus depuis de longues années et le nouveau système de tarification prenant en considération la puissance demandée, ce qui n'était pas le cas auparavant.

Le Conseil a donc souligné que l'augmentation était justifiée et qu'en tout état de cause, l'effet des hausses en cause devait être relativisé au regard du montant absolu auquel les pourcentages mentionnés s'appliquaient et qui ne dépassaient pas quelques dizaines d'euros.

Par ailleurs, en appliquant la méthode comparative, le Conseil a constaté qu'Électricité de Strasbourg pratiquait des tarifs comparables à ceux des autres DNN ou d'EDF.

Dans une **décision n° 09-D-24** ²⁴⁹, l'Autorité a estimé que France Télécom avait abusé de sa position dominante en louant des capacités haut débit pour le transport de données entre la Réunion et la métropole sur la seule liaison reliant la métropole et la Réunion, à des tarifs excessifs. Cette pratique avait eu pour objet et pour effet de limiter le développement du marché des accès à internet à haut débit à la Réunion, retardant ainsi l'émergence d'une concurrence effective sur un marché dynamique et confortant la position largement dominante de l'opérateur historique sur les marchés de communications électroniques réunionnais. Cette pratique avait également eu pour objet et pour effet d'imposer des prix abusivement élevés aux consommateurs résidentiels et professionnels réunionnais.

Faute de comparaison existante, l'Autorité s'est largement fondée sur une étude de l'Arcep, faisant apparaître « *une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé* ».

Enfin, dans une **décision n° 18-D-17** du 20 septembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux (DARSI) en Corse, l'Autorité a sanctionné un opérateur, en situation de monopole de fait pour le traitement des DASRI en Corse, pour avoir pratiqué des hausses brutales de prix, significatives et non transitoires, sans que celui-ci ait pu justifier ces hausses.

L'Autorité a souligné la responsabilité particulière du monopole, non régulé : « *Elle [l'Autorité] peut ainsi, comme en l'espèce, considérer comme abusive une augmentation tarifaire qui met en œuvre **une stratégie d'exploitation de clients captifs**, dont la mise en évidence ressort à la fois*

249. Autorité de la concurrence, décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009, décision de non-contestation des griefs.

du caractère brutal, significatif et non transitoire de l'augmentation tarifaire et de l'absence de justification objective et pertinente de celle-ci, au regard des conditions de fonctionnement du marché ».

L'importance de la décision réside dans l'accent mis sur le caractère brutal des augmentations tarifaires imposées à des opérateurs totalement dépendants, à côté du caractère significatif (hausse des prix de plus de 60 %) et non transitoire des augmentations tarifaires (exigé pour la démonstration de prix excessifs).

L'Autorité n'a pu, dans cette espèce, procéder à la comparaison des prix pratiqués avec ceux d'autres opérateurs, faute de situation comparable, ni à l'étude des coûts de l'opérateur. Comme dans l'affaire British Leyland, c'est **l'élévation brutale et sensible des prix** qui a servi de critère de base pour démontrer l'existence de conditions de transaction non équitables.

Sur le caractère brutal des augmentations, l'Autorité a précisé : « *Le caractère brutal des augmentations ressort principalement des conditions dans lesquelles celles-ci ont été imposées. En effet, l'instruction a démontré qu'elles sont intervenues sans préavis, dans un **contexte de menace implicite de résiliation ou de non-renouvellement** des contrats, SANICORSE s'abstenant systématiquement de répondre aux appels d'offres lancés par les établissements de santé à l'échéance des contrats qui les liaient à cette entreprise* ».

Cette décision a été annulée par la cour d'appel²⁵⁰, dans un arrêt qui illustre les difficultés d'appréhension des abus de position dominante en matière de prix. La Cour de cassation a, de façon surprenante, confirmé l'arrêt de la cour d'appel dans un arrêt du 7 juillet 2021

(D 19-25-586 ; W 19-25.602) dont le caractère laconique élude la question inédite du caractère inéquitable d'une augmentation importante, soudaine et non justifiée de prix, imposée par un opérateur en situation de monopole, à un partenaire totalement captif et contraint par la législation sur l'élimination des déchets, sous la menace de résiliation de contrats.

Signalons que plusieurs autorités nationales de concurrence ont sanctionné des pratiques de prix abusifs dans le secteur des médicaments.

L'Office of Fair Trading (OFT) a ainsi sanctionné le 30 mars 2001, la société Napp Pharmaceutical Holdings Limited, une société pharmaceutique basée à Cambridge, pour avoir abusé de sa position dominante au Royaume-Uni dans la fourniture de comprimés et de capsules de morphine à libération, en pratiquant des prix excessifs.

250. Pour une énumération de ces décisions, voir note 14 des conclusions de l'avocat général Pitruzzella dans l'affaire SABAM (CJUE, 25 novembre 2020, aff. C-372/19, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA - SABAM*).

Napp détenait environ 95 % du marché total des comprimés et capsules de morphine à libération orale au Royaume-Uni, la grande majorité des ventes s'opérant en ville et le reste de l'approvisionnement étant dirigé vers les hôpitaux achetant par appel d'offres.

Le *Competition appeal tribunal* a confirmé l'analyse de l'OFT, dans un arrêt du 15 janvier 2002, par lequel il retient la valeur probatoire et concordante des méthodes retenues par l'autorité britannique de concurrence. Il s'agissait de diverses comparaisons entre (i) les prix de Napp et les coûts de Napp, (ii) les prix de Napp avec les coûts de son plus proche concurrent le plus rentable, (iii) les prix de Napp avec ceux de ses concurrents et (iv) les prix de Napp avec les prix pratiqués par Napp sur d'autres marchés. Les prix et les marges de Napp étaient nettement plus élevés que sur ses autres produits et nettement supérieurs à ceux de ses concurrents, même les plus efficaces.

La Commission européenne a très récemment, dans une communication publiée le 15 juillet 2020 ²⁵¹ dans l'affaire AT.40394-Aspen ²⁵², soumis à un test de marché les engagements proposés par la société Aspen à la suite de son évaluation préliminaire. Lors de cette évaluation, la Commission a fait part de sa crainte qu'Aspen ait abusé de sa position dominante en imposant des prix non équitables au regard de l'article 102, point a), du TFUE, sous la forme de prix excessifs, en ce qui concerne six médicaments contre le cancer dans l'Espace économique européen, à l'exception de l'Italie. Le 10 février 2021, les engagements de baisse de prix de l'ordre de 73 % proposés par Aspen ont été acceptés par la Commission européenne qui leur a conféré valeur obligatoire ²⁵³.

Enfin, pour terminer par les **États-Unis**, signalons le procès intenté récemment par quatre propriétaires d'iPhone à Apple devant les juridictions américaines pour avoir illégalement monopolisé « *le marché secondaire des applications iPhone* », en conservant 30 % du prix de vente, sur chaque vente d'application. La Cour suprême a tranché le problème de recevabilité de l'action des consommateurs ²⁵⁴, mais la question de la qualification d'abus n'est pas encore jugée à ce jour.

Le bilan de ce panorama de décisions fait donc apparaître une application extrêmement mesurée de la qualification de prix excessifs, dans des situations de monopole incontestable, avec des prix manifestement hors de proportion avec les coûts de l'entreprise dominante ou sans rapport raisonnable avec les prix de biens ou services comparables dans des conditions de marché similaires, sans aucune justification objective.

251. Conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil.

252. Affaire 2020/C 233/06.

253. Communiqué de presse du 10 février 2021 disponible à la page : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_524

254. Supreme Court of the United States, 13 mai 2019, n° 17-204, *Apple Inc. V. Robert Pepper, et al.*

En synthèse, on constate, à travers ce panorama, que les jurisprudences relatives aux pratiques anticoncurrentielles fournissent de nombreux enseignements pour objectiver l'appréciation des situations de déséquilibre significatif.

On dispose ainsi, avec l'ensemble de ces tests (cf. *supra*, 2.2.2.), de méthodologies éprouvées qui sont susceptibles de servir de guide dans le cas des pratiques restrictives de concurrence.

Ces tests reposent sur une analyse des coûts économiques qui est souvent beaucoup plus précise que celle effectuée aujourd'hui dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence. En effet, lorsqu'une telle analyse des coûts est mise en œuvre sur la seule base d'une analyse superficielle de la comptabilité dans ces pratiques, elle peut donner l'impression d'aller au-delà de la seule analyse *per se* de la pratique visée mais elle reste, le plus souvent, limitée à une interprétation très statique des méthodes mises en œuvre dans les prix de transfert (cf. *infra*, 2.4.1 b.).

La référence à la notion de coûts économiques est ainsi plus pertinente à utiliser dans le cadre de pratiques restrictives de concurrence que la notion de coûts comptables, à condition de bien mettre en œuvre cette notion, en particulier en prenant en compte l'utilité du service et sa contribution à la création de valeur pour la société qui en bénéficie.

2.3 LE CONTRÔLE DU PRIX PAR LES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Le contrôle du niveau des tarifs pratiqués exercé par les autorités de régulation s'inspire amplement des approches développées ci-dessus en matière de droit de la concurrence.

Le contrôle du prix par les autorités de régulation a d'abord été historiquement exercé par l'Arcep (anciennement Autorité de régulation des télécommunications) (2.3.1.), puis par les autres autorités de régulation sectorielle (2.3.2.). La revue de ces décisions permet de dégager quelques remarques synthétiques sur l'intérêt qu'elles peuvent revêtir en matière de contrôle du déséquilibre significatif (2.3.3.).

■ 2.3.1 Le contrôle tarifaire exercé par l'Arcep dans le cadre de son pouvoir de règlement de différends

L'Arcep – et sa prédécesseure, l'Autorité de régulation des télécommunications ou « ART » – est une des autorités de régulation les plus actives. En raison du caractère précurseur de la dérégulation du secteur des télécoms, elle est aussi l'autorité avec la plus importante pratique décisionnelle en matière de règlement de différends relatifs au contrôle tarifaire des prestations d'interconnexion ou d'accès des opérateurs télécoms.

L'Arcep est en effet parvenue, par le biais de son pouvoir de règlement de différends²⁵⁵, à mettre en place une véritable régulation tarifaire en contrôlant les prix des acteurs qu'elle régule. La cour d'appel de Paris a approuvé cette pratique décisionnelle en énonçant que « *le principe de liberté tarifaire [des opérateurs] [...] n'est pas absolu et n'exclut pas que [l'Arcep] y apporte des restrictions tenant compte notamment d'un objectif d'efficacité économique, de la nécessité d'assurer un développement compétitif du marché, ainsi qu'un équilibre équitable entre les intérêts légitimes des différents opérateurs du secteur des télécommunications* »²⁵⁶.

L'Arcep s'est, en particulier, fondée sur le caractère imprécis de la notion de « *conditions équitables* » issue de l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications (CPCE), afin de s'octroyer une marge de manœuvre importante allant probablement au-delà de ce que le législateur avait à l'esprit. La cour d'appel de Paris, en se fondant sur cette notion de « *conditions équitables* », en a en effet déduit que « *le recours à l'équité qui est autorisé par la loi permet à l'Autorité, dans l'exercice de sa mission, de s'écarter de la stricte application de la règle de droit* »²⁵⁷. Il peut pourtant sembler étonnant qu'un organisme quasi juridictionnel, dont la compétence est d'ordre public et auquel les parties ne peuvent donc pas se soustraire, puisse se voir doté d'un pouvoir de résoudre un litige en lui permettant de « *s'écarter de l'application de la règle de droit* » sans que les parties ne lui aient conféré cette possibilité.

Cette analyse n'a jamais pourtant été discutée en dépit des difficultés évidentes qu'elle soulève.

Avant la transposition des directives du « Paquet Télécom » en 2004 qui, ainsi qu'on le verra, aurait pu/dû entraîner une modification de cette approche, l'Arcep a utilisé divers référentiels et méthodes pour tenter de justifier le contrôle des tarifs des acteurs qu'elle régule, afin d'objectiver ses décisions et ainsi légitimer l'interprétation qu'elle donnait à son pouvoir de définir des conditions tarifaires équitables (a.). La transposition de ces directives aurait dû/pu avoir un impact sur l'usage par le régulateur de ses pouvoirs de fixation des prix en règlement des différends mais ses conséquences ont, en réalité, été ignorées par l'Arcep (b.) bien qu'une différenciation de son approche en matière tarifaire, entre les opérateurs désignés comme puissants (c.) et les autres opérateurs (d.), ait été perceptible.

(a) Les méthodes de revue des tarifs en matière de règlement des différends par l'Arcep avant 2004

L'Arcep a très tôt utilisé une diversité de méthodes et référentiels pour fonder ses décisions de fixation de prix en matière de règlement de différends, adoptant par ailleurs une approche pragmatique en

255. En profitant notamment de la rapidité de ces procédures qui durent généralement entre quatre et six mois.

256. CA Paris, 20 janvier 2004, n° 2003/12848.

257. CA Paris, 24 février 2011, n° 2010/16143, *LRN c. Mobius*.

fonction des données et informations dont elle dispose ou qui lui étaient transmises par les parties au litige. Ces méthodes, qui sont variées, sont les suivantes : le principe de symétrie tarifaire (i.), le principe d'orientation vers les coûts (ii.), le test de ciseau tarifaire (iii.), la comparaison internationale (iv.) et enfin, le recours à l'expertise (v.).

(i) Le principe de symétrie tarifaire

Ainsi, pour définir les tarifs d'interconnexion²⁵⁸ des opérateurs alternatifs, qui n'étaient pas soumis à une obligation d'orientation vers les coûts tout en évitant l'imposition par ces derniers de « charges excessives »²⁵⁹ à l'opérateur historique, le régulateur a dégagé un **principe de symétrie tarifaire** dans plusieurs affaires entre 1999 et 2003²⁶⁰. Cette méthode consiste à fixer le prix des prestations des opérateurs alternatifs à un montant égal à celui offert par France Télécom et, en conséquence, à faire supporter à l'opérateur historique et aux opérateurs alternatifs des tarifs d'interconnexion équivalents qui, en pratique, deviennent orientés vers les coûts de l'opérateur historique. Cette méthode ne peut, cependant, satisfaire les nouveaux entrants pour autant que ceux-ci ont pu atteindre des économies d'échelle équivalentes à celles de l'opérateur historique.²⁶¹

Cette méthode a été, pour cette raison, fortement critiquée en ce qu'elle ne tenait précisément pas compte des avantages acquis par France Télécom lorsqu'elle bénéficiait d'un monopole de droit alors que la faiblesse des parts de marché des opérateurs alternatifs leur faisait nécessairement supporter des coûts unitaires supérieurs à ceux de l'opérateur historique .

En ce qu'elle pouvait favoriser une situation acquise en période de monopole, le régulateur a choisi d'amender cette approche en retenant un **principe de symétrie tarifaire décalée/retardée** dans plusieurs affaires, dès 2003²⁶². Ce principe revient à définir des tarifs d'interconnexion pour les opérateurs alternatifs qui sont identiques à ceux que France Télécom appliquait **cinq ans auparavant, ce qui revient à considérer, in abstracto, qu'à cet horizon de temps, les nouveaux entrants devaient nécessairement avoir pu récupérer leur handicap en termes d'économies d'échelle.**

258. Le tarif d'interconnexion, appelé également « terminaison d'appel », est le montant par minute payé par un opérateur téléphonique fixe ou mobile pour écouler une conversation téléphonique à travers le réseau d'un autre opérateur qui amène alors l'appel jusqu'à destination.

259. Qu'elle fondait sur l'article D. 99-10 du Code des postes et des communications électroniques qui prévoyait entre 1997 et 2004 que les conventions d'interconnexion « ne doivent pas conduire à imposer indûment aux opérateurs utilisant l'interconnexion des charges excessives ».

260. Voir, par exemple, la décision n° 99-539 en date du 18 juin 1999 de l'Autorité de régulation des télécommunications se prononçant sur un différend entre Cegetel Entreprises et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de Cegetel Entreprises ou décision n° 01-1235 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 21 décembre 2001 se prononçant sur un différend entre les sociétés UPC France et France Télécom.

261. En raison d'une présence moins importante sur le marché, d'effets d'apprentissage moindres et de coûts fixes importants qui ne pouvaient être amortis aussi facilement que ceux de France Télécom en raison d'un volume d'activité moindre.

262. Voir, par exemple, la décision n° 03-701 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 5 juin 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés France Télécom et Completel, et également les décisions n° 03-702 et 03-703 du même jour.

(ii) Principe d'orientation vers les coûts

De manière plus orthodoxe, le régulateur a également fait application du **principe d'orientation vers les coûts** dans certaines affaires impliquant l'opérateur historique. L'application de ce principe nécessite cependant de procéder à une analyse des coûts, ce qui est en règle générale toujours complexe et ne l'est pas moins dans le cas du secteur des télécoms en raison de ses caractéristiques (infrastructures à durée de vie longue, évolution rapide du secteur, nombreux coûts fixes et conjoints²⁶³). Pour effectuer cette analyse, le régulateur pouvait cependant s'appuyer sur des coûts audités et une comptabilité réglementaire, lesquels n'existent que dans des secteurs régulés.

La circonstance que dans ces secteurs existe une comptabilité réglementaire ne fait cependant pas disparaître toutes les difficultés car de nombreuses données sont dépendantes de choix qui confèrent au régulateur une certaine marge de manœuvre. Il faut ainsi identifier, entre autres, :

- quels coûts fixes prendre en considération, selon quelle approche (coût variable moyen, coût évitable ou coût incrémental moyen de long terme²⁶⁴) ?
- Quelle rémunération du capital et quelle durée d'amortissement pour les infrastructures ?
- Quelle allocation des coûts communs et conjoints ?

Ces coûts intègrent, en outre, parfois les inefficacités du réseau de l'opérateur régulé, ce qui peut nécessiter de les retraiter sur la base d'une approche « *bottom-up* » en fonction des meilleures technologies disponibles. Il s'agit alors, ni plus ni moins, que de reconstituer une infrastructure hypothétique d'un opérateur efficace.

Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 03-27²⁶⁵ relative aux conditions tarifaires des prestations de transport de l'offre ADSL Connect de France Télécom, et en raison du refus de l'opérateur historique de fournir les éléments nécessaires pour apprécier l'adéquation entre sa structure de coûts et le niveau tarifaire de son offre, l'Arcep a dû reconstituer elle-même les coûts des différents segments de l'offre (taille du réseau, coûts moyens unitaires des infrastructures, volumes de trafic transportés).

Une difficulté supplémentaire consistait en la protection par le secret des affaires des données comptables, ce qui privait alors les parties saisissantes d'un accès à ces données pour les contester.

263. Les services offerts par un opérateur peuvent en effet être acheminés sur plusieurs réseaux.

264. Décision n° 02-147 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 12 février 2002 se prononçant sur le différend opposant MFS Communications à France Télécom relatif à la fourniture par France Télécom de liaisons louées aux opérateurs tiers.

265. Décision n° 03-27 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 janvier 2003 se prononçant sur un différend entre les sociétés LDCOM et France Télécom.

(iii) Le test de ciseau tarifaire

Lorsqu'une approche en termes d'orientation vers les coûts ne semblait pas adaptée (infrastructure nouvelle et non historique), le régulateur a pu également être amené à utiliser un **test de ciseau tarifaire** afin de s'assurer que l'opérateur alternatif pouvait effectivement entrer sur le marché.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 01-253²⁶⁶ relative aux conditions tarifaires de l'offre de transport de données ADSL Connect ATM proposée par France Télécom, le régulateur a décidé de valoriser les éléments de réseau constituant la prestation, puis de fixer les conditions tarifaires de cette offre de transport à un niveau tel qu'elles permettent non seulement une juste rémunération de l'opérateur historique, mais également à LibertySurf d'entrer sur le marché dans des conditions de concurrence loyale, grâce à un test de ciseau tarifaire. L'Arcep a pris en considération les coûts, notamment techniques et commerciaux, de l'opérateur alternatif afin de vérifier que celui-ci pouvait proposer des offres de collecte en mesure de concurrencer les offres de France Télécom.

(iv) La comparaison internationale

Le régulateur procède également parfois à une **comparaison internationale**.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 00-1092²⁶⁷ relative aux tarifs de terminaison d'appels sur le réseau de France Télécom, que l'opérateur historique facturait dans le cadre de son interconnexion avec un opérateur alternatif, l'Arcep souhaitait comparer le revenu moyen tiré par France Télécom dans ses relations avec le demandeur et le coût moyen de terminaison d'appel sur son réseau.

France Télécom n'ayant pas souhaité communiquer les éléments sur le coût moyen de terminaison d'appels sur son réseau, l'Arcep a décidé d'utiliser une méthode alternative en effectuant une comparaison internationale des tarifs de terminaison d'appel pratiqués dans les principaux pays européens en les corrigeant au regard de divers critères qui ont un impact sur les tarifs concernés (densité et répartition de la population, notamment).

L'Arcep est parvenue à la conclusion que les tarifs pratiqués dans ces pays sont inférieurs d'au moins 20 % à ceux de France Télécom en France et lui a donc demandé d'appliquer une baisse de 20 % du tarif moyen à la minute sur la terminaison d'appels en provenance du demandeur au règlement de différends.

266. Décision n° 01-253 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 2 mars 2001 se prononçant sur un différend entre Liberty Surf Télécom et France Télécom relatif aux conditions tarifaires de l'offre ADSL Connect ATM.

267. Décision n° 00-1092 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 13 octobre 2000 se prononçant sur un différend entre MFS Communications et France Télécom Mobiles relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic à destination du réseau radioélectrique de France Télécom Mobiles.

(v) Recours à l'expertise

Ce n'est que dans des cas vraiment exceptionnels que le régulateur a pu être conduit à recourir à **une expertise**. Un tel moyen a été employé lorsque le régulateur ne se considérait pas en mesure de déterminer les coûts de certaines prestations dont le tarif était discuté.

Le recours à l'expertise s'observe uniquement dans des affaires très anciennes comme celle ayant donné lieu à la décision n° 97-209²⁶⁸ relative au prix des prestations de mise à niveau du réseau câblé de Paris. Dans cette décision, le régulateur a imposé aux parties une procédure en trois temps, rythmée par des délais imposés, prévoyant le recours à une expertise en cas de désaccord. Dans le cadre d'une première phase, les parties étaient tenues d'établir la liste et la description détaillée des prestations et fournitures nécessaires pour la mise à niveau objet du contentieux. Si les parties ne s'accordaient pas sur cette liste dans le délai imparti, un expert indépendant était désigné à leurs frais. Enfin, s'il n'y avait pas d'accord sur les tarifs des prestations et fournitures, les parties devaient préparer un cahier des charges des marchés correspondants et organiser un appel d'offres dont le dépouillement aurait lieu en leur présence.

(b) L'absence d'impact du « Paquet Télécom » sur les pouvoirs de fixation de prix du régulateur

Les directives du Paquet Télécom²⁶⁹ adopté en 2002 ont entendu encadrer le pouvoir des États membres en matière d'imposition d'obligations d'accès et de régulation tarifaire, afin d'éviter tout risque de surréglementation qui aurait été de nature à retarder l'émergence d'un marché concurrentiel.

La directive « accès » de 2002²⁷⁰ a ainsi prévu de limiter le pouvoir des autorités de régulation nationale d'imposer « *des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et les obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts [...]* »²⁷¹ en leur enjoignant de le faire exclusivement dans le cadre d'une procédure spécifique.

La directive exige ainsi, pour imposer ces obligations, que le marché soit préalablement défini, qu'une défaillance structurelle de marché y soit identifiée et que le régulateur désigne, le cas échéant, une (ou plusieurs) entreprise(s) responsable(s) de cette défaillance²⁷².

268. Décision n° 97-209 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 10 juillet 1997 se prononçant sur un différend entre Paris TV Câble et France Télécom.

269. Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et services de communications électroniques (directive « autorisation »), et directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), publiées au JOUE L 108 du 24 avril 2002.

270. Directive 2002/19/CE précitée.

271. Article 13 de la directive 2002/19/CE précitée.

272. Article 8 de la directive 2002/19/CE précitée.

L'identification de ces marchés susceptibles d'être contrôlés impose, par conséquent, de constater l'existence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires (qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire), une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective et, enfin, l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances constatées ²⁷³. Dès lors qu'un marché « pertinent » qui réunit ces conditions a été identifié par l'Arcep, cette dernière analyse l'état et l'évolution prévisible de la concurrence afin d'établir, après avis de l'Autorité de la concurrence, la liste des opérateurs « puissants » ²⁷⁴ sur ces marchés.

Cette analyse de marché, qui doit être renouvelée tous les trois ans, permet d'identifier « *que l'opérateur concerné [par l'obligation que souhaite imposer l'autorité de régulation] pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals* », condition nécessaire pour que l'Autorité de régulation nationale puisse imposer des obligations liées au contrôle des prix selon la directive « accès » ²⁷⁵.

L'Arcep peut alors imposer à ces opérateurs puissants plusieurs obligations, parmi lesquelles celles de « *ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause* » et « *pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants* » ²⁷⁶, étant précisé que les obligations imposées doivent toujours être proportionnées aux objectifs poursuivis.

Cette procédure vise à garantir que l'ingérence dans la stratégie commerciale des opérateurs du secteur des télécoms – aussi majeure que le contrôle de leurs prix, en ce qu'elle est exorbitante du régime juridique normal dans une économie de marché – soit réservée à des situations spécifiques. Cette ingérence ne peut intervenir que dans le cadre de la résolution de problèmes de concurrence permanents sur un marché identifié, à la suite d'une analyse rigoureuse permettant, en outre, une consultation des opérateurs du marché.

L'Arcep aurait, par conséquent, dû voir son pouvoir d'intervention et de fixation des prix considérablement réduit à la suite de la transposition de ces directives par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 ²⁷⁷, y compris

273. Voir, par exemple, Recommandation de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, considérant 6 (publiée au JOUE L 295 du 11 octobre 2014).

274. Défini comme un opérateur « *qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs* » par l'article L. 37-1 du Code des postes et des communications électroniques.

275. Article 13 de la directive 2002/19/CE précitée. Cette disposition précise d'ailleurs que « *les autorités réglementaires nationales veillent à ce que tous les mécanismes de récupération des coûts ou les méthodologies de tarification qui seraient rendues obligatoires visent à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages pour le consommateur* ».

276. Article L. 38-1 du Code des postes et des communications électroniques.

277. Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, publiée au JORF n° 159 du 10 juillet 2004.

en matière de règlement de différends, sauf pour préciser l'application d'une obligation *ex ante* imposée par l'analyse précitée.

Cela n'a pourtant pas été le cas. À l'inverse de la prise de conscience du régulateur anglais qui a restreint son pouvoir de fixation des prix, l'Arcep a en effet maintenu son pouvoir de contrôle tarifaire en continuant d'utiliser le terme de « conditions équitables » avec une très faible supervision des juridictions de contrôle.

(c) Les méthodes de revue des tarifs en règlement des différends par l'Arcep après 2004 pour les opérateurs désignés comme puissants

L'Arcep impose aux opérateurs, désignés comme « puissants » sur un marché, une obligation d'orientation des tarifs de leurs prestations d'interconnexion et d'accès vers leurs coûts, sans que ces tarifs ne puissent avoir pour effet d'évincer les opérateurs alternatifs.

Les décisions de règlement de différends qui concernent ces opérateurs désignés comme « puissants » sur les marchés régulés peuvent ainsi viser à préciser cette obligation d'orientation vers les coûts en appliquant une méthodologie comptable et réglementaire, afin de déterminer les coûts à prendre en considération et pour les allouer aux prestations sur lesquelles ils s'appliquent.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 07-0502 ²⁷⁸ concernant les modalités de tarification de la prestation d'acheminement du trafic livré par France Télécom en mode IP, l'Autorité a ainsi vérifié que **les tarifs de l'opérateur historique reflétaient bien ses coûts de production et n'avaient pas pour effet d'évincer les opérateurs alternatifs**. L'Arcep a ainsi (i) évalué les coûts de France Télécom sur la base des extraits de la comptabilité réglementaire – aucun élément n'ayant été fourni par les parties permettant une analyse technico-économique – et (ii) évalué le niveau d'éviction en deçà duquel France Télécom n'est pas autorisée à établir les tarifs de son offre en tenant compte des coûts d'un opérateur alternatif efficace déployant son propre réseau, dont la part de marché retenue pour cet exercice était de 20 % conformément à la demande de l'opérateur alternatif.

Dans le cadre de règlements de différends qui concernent des marchés régulés, **l'Arcep vérifie ainsi essentiellement que les tarifs de l'opérateur, dont les prestations sont régulées, sont bien orientés vers les coûts**, et analyse les arguments avancés par cet opérateur pour justifier ses tarifs. Dans une affaire ayant donné lieu à la décision n° 10-1254 ²⁷⁹ qui portait sur la majoration des services à valeur ajoutée dans le tarif du départ d'appel dans les conventions d'interconnexion entre France Télécom

278. Décision n° 2007-0502 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 7 juin 2007 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Free SAS et France Télécom.

279. Décision de l'Arcep n° 2010-1254 en date du 25 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés SFR et France Télécom.

et SFR, l'Arcep a précisément rejeté les justifications de l'opérateur historique sur cette majoration en raison, après analyse, d'une **allocation trop large de certains de ses coûts** qui était injustifiée. Bien qu'elle n'ait pas pu identifier précisément les coûts pertinents de France Télécom, l'Autorité en a conclu que ces coûts étaient « *nettement inférieurs* » aux coûts censés être reflétés dans les tarifs pratiqués par l'opérateur historique et lui a, par conséquent, imposé de diminuer cette majoration.

De même, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 2015-0971-RDPI²⁸⁰ qui portait, entre autres, sur les prestations d'hébergement associées à la boucle locale de fibre optique d'Orange pour l'acheminement des flux issus des sites mobiles raccordés à cette fibre, l'Arcep a estimé que, dès lors que l'opérateur alternatif (demandeur au règlement de différends) hébergeait déjà des équipements pour l'acheminement des flux fixes, aucun élément n'établissait l'existence de coûts spécifiques pour l'acheminement des flux mobiles. Or, en l'absence de démonstration de ces surcoûts spécifiques, Orange ne pouvait facturer un tarif supplémentaire pour l'hébergement d'équipements permettant l'acheminement des flux mobiles (qui serait supérieur au tarif « de base » dans son offre permettant l'hébergement d'équipements pour les flux fixes) qui excéderait alors les coûts correspondants.

La pratique de l'Arcep concernant les prestations régulées se fonde ainsi, désormais, essentiellement sur les obligations tarifaires *ex ante*, imposées à la suite d'analyses de marchés approfondies effectuées dans le cadre d'une procédure transparente, et consiste à appliquer ces obligations et à les préciser.

(d) Les décisions de l'Arcep post-2004 faisant référence à l'équité à titre quasi exclusif

Les opérateurs qui n'ont pas été désignés comme puissants à la suite d'une analyse de marché de l'Arcep ne sont, en revanche, pas soumis à une obligation tarifaire *ex ante*, par exemple d'orientation vers les coûts. L'Arcep adopte en conséquence, pour les affaires qui concernent ces opérateurs, une approche différente qui ne se fonde pas uniquement sur l'analyse des coûts.

L'Arcep a ainsi indiqué, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 2005-0929²⁸¹, qu'« *en l'absence d'obligation de contrôle tarifaire ex ante, consistant par exemple en une obligation d'orientation vers les coûts, l'analyse des coûts ne peut constituer, au cas d'espèce, qu'une référence parmi d'autres. Pour juger du caractère équitable de la charge de terminaison d'appel SMS, l'Autorité ne peut donc se fonder sur la seule base des coûts* »²⁸².

280. Décision n° 2015-0971-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 28 juillet 2015 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, les sociétés Free et Free Mobile et, d'autre part, la société Orange.

281. Décision n° 2005-0929 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 8 novembre 2005 se prononçant sur un différend opposant la société Bouygues Telecom à la société Orange France.

282. Mise en gras ajoutée.

Dans cette affaire, l'Autorité a imposé un tarif de terminaison d'appel SMS en le diminuant de 20 % par rapport à l'ancien tarif négocié entre les parties en se fondant sur trois éléments, à savoir sur le fait que (i) les parties étaient prêtes à appliquer cette baisse, (ii) l'évolution du prix moyen du SMS avait fait apparaître une baisse de moins de 20 %, et (iii) les coûts de terminaison d'appels étaient inférieurs au tarif fixé sur la base des éléments de coûts fournis par l'opérateur concerné. Il convient de relever que l'Arcep a entendu justifier sa position en ayant recours à la théorie des jeux, indiquant que « [l'accord entre les opérateurs télécoms] se serait fait sur la base d'une réciprocité tarifaire » puisqu'en l'absence d'une régulation *ex ante*, « la symétrie tarifaire constitue le résultat naturel d'une obligation dans la mesure où elle résulte d'un équilibre de Nash ».

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 06-551 ²⁸³, l'Arcep a dressé le bilan de l'application du principe de symétrie tarifaire s'agissant de la fixation des tarifs d'interconnexion des opérateurs alternatifs, pour en conclure que ce principe n'était plus pertinent. En raison des critiques récurrentes contre ces méthodes de contrôle ²⁸⁴ et en raison de leur risque d'instrumentalisation, l'Arcep a décidé d'adopter exclusivement une analyse en **équité**, avec une **approche au cas par cas**, pour définir les tarifs d'interconnexion des opérateurs alternatifs (par définition non puissants).

En l'espèce, l'Autorité a décidé de procéder en **deux temps** pour déterminer le caractère équitable des tarifs de terminaison d'appel de Neuf Télécom : (i) analyse du tarif de référence de France Télécom pour une prestation équivalente, afin d'éviter toute distorsion concurrentielle sur les marchés avals, puis (ii) analyse de la situation économique de l'opérateur alternatif, afin de prendre en considération les différences avec l'opérateur historique et de fixer un tarif suffisamment élevé pour participer à la rémunération de ses investissements. Les critères d'analyse pour prendre en compte les différences de déploiement d'infrastructures et d'économies d'échelle ont été la date d'entrée sur le marché, la technologie retenue pour le pénétrer, les investissements sous-jacents et le caractère intégré ou non de l'opérateur concerné. La prise en compte de la situation économique de l'opérateur alternatif a entraîné la nécessité, selon l'Arcep, d'un retard temporel de trois ans sur le tarif de référence de l'opérateur historique et l'application d'un facteur correctif de 10 % sur ce tarif, correspondant à la prime de risque de l'opérateur alternatif et la juste rémunération de ses capitaux investis.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 10-1351 ²⁸⁵, relative aux conditions tarifaires des prestations de départ d'appel que SFR fournit

283. Décision n° 06-0551 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 30 mai 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés France Télécom et Neuf Télécom.

284. La méthode de symétrie tarifaire décalée/retardée ne tenait pas compte des coûts de l'opérateur qui offrait la prestation de terminaison d'appel.

285. Décision n° 2010-1351 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 décembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés France Télécom et SFR.

à France Télécom, l'Arcep a évalué le caractère raisonnable de ces tarifs en retenant une grille d'analyse comportant trois critères :

- (i) **la rentabilité de cette prestation**, en estimant le gain net (après amortissement et rémunération du capital) à partir du coût complet de la prestation (pour un opérateur efficace), puis en le comparant avec la marge brute d'exploitation de l'opérateur. En l'espèce, il s'est avéré que le gain net de SFR était de 63 % du revenu généré, soit une proportion très importante si on la compare à sa marge brute d'exploitation (compris entre 15 et 20 %) ;
- (ii) **« l'équité »**, en comparant ces tarifs à ceux de France Télécom. En l'espèce, l'Arcep a constaté un écart important d'un facteur de x2,44 et une augmentation importante de cet écart entre 2007 et 2010 (passée d'un facteur de x1,98 à x2,44) ;
- (iii) **le partage de la valeur**, en comparant la retenue de la valeur par SFR et celle de France Télécom.

Dans cette affaire, l'Arcep a ainsi fixé un tarif raisonnable correspondant à un taux de marge de 50 % et un tarif qui reste supérieur à celui de l'opérateur historique d'un facteur de x1,78, étant donné que les deux acteurs ne sont pas soumis aux mêmes obligations.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 2015-0971-RDPI précitée²⁸⁶ qui concernait, outre la prestation régulée d'hébergement, la prestation non régulée de collecte des flux provenant de sites mobiles raccordés en fibre optique de France Télécom, l'Arcep a analysé les conditions tarifaires proposées par l'opérateur historique pour cette prestation au regard du **principe d'équité** et en tenant compte des objectifs de la régulation.

L'Arcep a ainsi pris en considération plusieurs éléments, et notamment le fait (i) que le principe de différenciation tarifaire en fonction des usages et de la nature du raccordement était « *en rupture par rapport à la pratique des autres offreurs du marché* », (ii) que la tarification supplémentaire était de nature à limiter l'incitation de l'opérateur alternatif à investir pour remplacer les paires de cuivre par des fibres optiques, dans le contexte spécifique du passage à un réseau de nouvelle génération, (iii) qu'aucun investissement d'Orange dans l'infrastructure de collecte ne justifiait cette surtarification (l'Arcep estime ainsi qu'aucun élément ne justifie qu'Orange puisse s'approprier la valeur susceptible d'être créée par les seuls investissements de son concurrent, Free), (iv) qu'aucun des risques de distorsion de concurrence soulevés par Orange n'était justifié, (v) que la stratégie de l'opérateur alternatif était économiquement rationnelle, et avait d'ailleurs été suivie par Orange

286. Décision n° 2015-0971-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 28 juillet 2015 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, les sociétés Free et Free Mobile et, d'autre part, la société Orange.

(imposer une surtarification reviendrait à priver Free du bénéfice des synergies dont Orange a elle-même bénéficié), et enfin (vi) qu'aucune prestation spécifique, génératrice de coûts supplémentaires pour Orange, n'était nécessaire pour collecter les flux issus des sites mobiles raccordés en fibre optique. L'Autorité a estimé, sur la base de l'ensemble de ces éléments, qu'il était « équitable » d'enjoindre à Orange de proposer à Free la collecte des flux issus des sites mobiles raccordés en fibre optique sans tarif supplémentaire.

L'analyse de la pratique décisionnelle de l'Arcep relative aux prestations non régulées révèle que cette autorité se réserve le droit d'intervenir en matière tarifaire et, qu'en l'absence de toute obligation tarifaire *ex ante*, **elle exerce son contrôle des tarifs par le biais de méthodologies et à de référentiels variés**, en favorisant l'application combinée de ces méthodes et référentiels. Lorsqu'aucune méthode ne fait consensus, notamment par les parties au règlement de différends, l'Arcep conserve une marge de manœuvre importante en se fondant essentiellement sur son pouvoir de statuer « en équité ».

■ 2.3.2 Le contrôle tarifaire exercé par la CRE, l'ART et le CSA dans le cadre de leurs pouvoirs respectifs de règlement de différends

L'analyse de la pratique décisionnelle des autres autorités de régulation disposant d'un pouvoir de règlements de différends, bien que plus récente et moins abondante que celle du régulateur des télécoms, est également intéressante en ce qu'elle révèle les difficultés et problématiques qui peuvent émerger lors du contrôle tarifaire des acteurs régulés.

Seront ainsi successivement étudiés les contrôles tarifaires mis en place par le CoRDîS (a.), par l'ART (b.) ainsi que par le CSA (c.).

(a) Le contrôle tarifaire exercé par le CoRDîS

Une décision récente du CoRDîS²⁸⁷ relative à la rémunération des prestations de gestion de clientèle réalisées par un fournisseur d'énergie alternatif au bénéfice du gestionnaire de réseau de distribution²⁸⁸ dites « Peines & Soins »²⁸⁹, est particulièrement intéressante. Elle révèle les difficultés dans la définition d'un contrefactuel, notamment lorsque cette définition est en réalité déléguée à un cabinet de consultant tiers, dont les travaux manquent de transparence.

287. Décision qui se place dans la lignée d'un long contentieux ayant déjà donné lieu à plusieurs décisions.

288. Les fournisseurs d'énergie assurent ainsi, en raison de l'existence d'un contrat unique conclu par les clients (qui comprend à la fois les stipulations liées à la fourniture par le fournisseur et la distribution gérée par le gestionnaire de réseau de distribution), les prestations de gestion de clientèle liées aux problématiques de distribution et prennent en charge les impayés de la part « acheminement » de la facture.

289. Prestations similaires à celles dont a été saisie par le passé l'Arcep : voir par exemple décision n° 01-474 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 18 mai 2001 se prononçant sur le différend opposant 9 Télécom Réseau à France Télécom relatif aux modalités de l'interconnexion pour l'acheminement du trafic à destination des services à revenus partagés.

Comme l'a rappelé à juste titre la cour d'appel de Paris dans le cadre de ce contentieux, le gestionnaire de réseau de distribution « *ne peut imposer au fournisseur d'accomplir des prestations relevant de ses missions de service, sans lui offrir une juste et équitable rémunération couvrant les coûts évités par lui* »²⁹⁰. Il est intéressant de constater que la cour d'appel a eu recours à la notion de « rémunération équitable » alors que l'article L. 134-20 du Code de l'énergie, qui fonde le pouvoir de règlement de différends du CoRDiS, ne recourt pas à cette notion. Cette référence démontre que le recours à la notion d'« équité » est ancré en ce domaine.

Le CoRDiS aurait ainsi dû définir ce qui relevait d'une « *juste et équitable rémunération couvrant les coûts évités* ». Il a, cependant, refusé de le faire dans le cadre d'une procédure de règlement de différends conforme au principe du contradictoire. Dans les faits, le CoRDiS a préféré déléguer la détermination de cette « rémunération équitable » à la CRE, qui a elle-même choisi de mandater un cabinet de consultants pour faire une étude des coûts des gestionnaires et des fournisseurs s'agissant des prestations de gestion de clientèle.

Or, non seulement cette étude a été réalisée par le cabinet de consultants sur la base d'éléments auxquels n'a pas eu accès le fournisseur alternatif ayant précisément saisi le CoRDiS, mais n'a en outre pas été transmise dans son intégralité à ce dernier.

Le recours à une méthodologie non transparente, fondée sur des éléments de coûts et de revenus qui ont été transmis directement par le gestionnaire de réseau de distribution, partie au règlement de différends, qui n'ont pas été dévoilés au fournisseur ayant saisi le CoRDiS, a ainsi été contesté alors même que ces éléments avaient, semble-t-il, été présentés par le gestionnaire de réseau lors de sessions privées de travail sans que le fournisseur n'ait été convié ou invité à s'exprimer.

Alors même que ces éléments de coûts apparaissent avoir été déterminants dans la conception même du modèle de coûts de cette étude et qu'ils n'avaient pas été communiqués au fournisseur dont le tarif de la prestation devait être fixé, le CoRDiS les a reçus et utilisés aux fins d'établir, dans une décision du 18 juin 2018, une « *juste et équitable rémunération* »²⁹¹.

Considérant que le principe du contradictoire n'avait pas à s'appliquer, le CoRDiS a ainsi fondé sa décision fixant la rémunération qui devait être versée au fournisseur alternatif l'ayant saisi pour les prestations qu'il serait amené à effectuer sur cette seule étude.

290. CA Paris, 2 juin 2016, n° 2014/26021.

291. Décision du CoRDiS n° 11-38-13 du 18 juin 2018 relative à un différend qui oppose DIRECT ENERGIE et la société ENI GAS & POWER à la société GRDF, dans le cadre de l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 juin 2016.

Ce refus de soumettre au contradictoire les éléments de coûts ainsi que l'étude intégrale, pourtant fondamentaux dans la fixation de la rémunération décidée par le CoRD*i*S, est d'autant plus critiquable que le caractère de secret des affaires des données utilisées était fondamentalement contestable dès lors qu'elles sont intimement liées à la réalisation d'une mission de service public par le gestionnaire de réseau de distribution, ce qui implique nécessairement une transparence indispensable de ces informations.

Cette affaire illustre la difficulté d'un débat sur la détermination d'un niveau de rémunération en l'absence d'une comptabilité appropriée préalable, d'une méthode économique solide et d'une approche rigoureuse selon des principes établis en droit de la concurrence, ainsi que les difficultés en termes de principe de contradictoire, d'opposabilité et de transparence que le recours par le régulateur à des expertises externes peut générer.

(b) Le contrôle tarifaire mis en œuvre par l'ART

L'ART a été saisie de plusieurs différends qui illustrent les questions soulevées par la définition du retour sur investissements des entités publiques qui ont des conditions de financement particulières par rapport aux entités privées en raison de leur statut. Il s'agissait, dans ces affaires²⁹², de définir le taux de rémunération du capital appliqué par la filiale Gares & Connexion de SNCF Mobilités que les demanderesses au règlement de différends estimaient excessif, et qui était, selon Gares & Connexion, nécessaire afin de permettre le financement pérenne de ses investissements.

Dans ces affaires, le régulateur a rappelé certains principes :

- le coût du capital doit assurer une rentabilité minimale en tenant compte des risques encourus : il s'agit du seuil minimal de rentabilité permettant de justifier l'engagement d'un investissement ;
- la prise en compte d'une rémunération du capital dans les redevances relève donc d'une démarche de vérité des prix ;
- en revanche, le coût du capital ne doit pas excéder le coût de la ressource financière.

Aux termes de son analyse dans ces affaires, l'ART a encadré le taux de rémunération du capital appliqué par Gares & Connexion en lui imposant (i) d'évaluer son niveau de coût du capital uniquement par rapport aux seuls actifs régulés, et non à l'ensemble de ses actifs, ce qui s'explique aisément par l'existence de risques différents et donc logiquement de niveaux de rémunération du capital différents, et (ii) de déterminer le coût du capital en additionnant le taux sans risque, correspondant au rendement moyen des obligations d'État français à dix ans, et une prime de risque qui doit être spécifique au type d'activité en cause.

292. Voir par exemple les décisions n° 2015-002 du 3 février 2015 et n° 2015-017 du 13 mai 2015.

Cette prime de risque doit prendre en considération le caractère faiblement sensible aux variations de l'ensemble de l'économie de l'activité de Gares & Connexion en raison de sa nature régulée (c'est une activité à flux de trésorerie prévisible) et le fait que le système de tarification (s'apparentant à un mécanisme de type « cost-plus ») permet, par construction, de couvrir l'ensemble de ses coûts en réajustant annuellement sa trajectoire financière au vu des dépenses effectivement constatées.

L'ART a donc défini, par une approche économique et financière rationnelle, une méthodologie pour encadrer le taux de rémunération du capital demandé par Gares & Connexion²⁹³.

(c) Le contrôle tarifaire exercé par le CSA

Une décision de règlement des différends du CSA établit que ce dernier se considère, tout comme les autres autorités de régulation, autorisé à déterminer le caractère équitable d'un prix, tout en illustrant également la difficulté de donner à ce contrôle du niveau de prix un caractère objectif.

Dans cette affaire ayant donné lieu à la décision n° 2007-471²⁹⁴, le CSA s'est en effet saisi d'un différend entre la société Voyage, éditant la chaîne du même nom, et la société Canal Satellite, opérateur de télévision payante par satellite, concernant les modalités de commercialisation de la chaîne Voyage et notamment le montant de la redevance annuelle.

La société Canal Satellite souhaitait fortement diminuer la redevance annuelle due à la société Voyage lors du renouvellement du contrat de reprise de sa chaîne dans son bouquet satellite.

Le CSA, dans sa décision, a d'abord analysé le caractère objectif, puis le caractère équitable de la proposition commerciale de Canal Satellite à la société Voyage.

S'agissant du caractère objectif de la proposition de Canal Satellite, le CSA a analysé les explications que l'opérateur a apportées quant à sa décision de proposer une rémunération en baisse pour la chaîne Voyage, à savoir que l'écart de redevance avec la chaîne National Geographic n'était pas justifié par la différence de performance entre ces deux chaînes et que la part d'audience de la chaîne Voyage avait baissé.

Le CSA a rejeté ces explications en contestant la pertinence de la comparaison entre ces deux chaînes en raison de la différence de leur mode de distribution – Voyage étant disponible à l'ensemble des

293. et s'est par ailleurs référée à des rapports de groupe d'experts sur le calcul du risque des investissements publics pour fixer un des déterminants de la prime de risque.

294. Décision du CSA n° 2007-471 du 17 juillet 2007 relative à un différend opposant les sociétés Voyage et CanalSatellite.

abonnés aux bouquets de Canal Satellite alors que la chaîne National Geographic était commercialisée dans une offre optionnelle – de sorte qu’elles ne génèrent pas les mêmes revenus pour Canal Satellite. Le CSA a ensuite précisé que la baisse de l’audience de la chaîne Voyage « ne suffi[sai]t pas à justifier objectivement une diminution de la redevance », d’autant plus que l’attractivité de cette chaîne était confirmée par les propos de Canal Satellite.

S’agissant ensuite du caractère équitable de la proposition de Canal Satellite, le CSA l’a analysé par rapport à :

- **la qualité et la diversité des programmes**, en tenant compte du niveau d’investissement de la société Voyage dans les programmes de sa chaîne (coût de la grille, investissements en œuvres inédites et taux de primo-diffusion) et en le comparant aux autres chaînes de la même thématique (en l’espèce, la thématique « documentaires ») ; et
- **les conséquences sur l’économie et le format de la chaîne Voyage de la proposition** de Canal Satellite, en analysant si cette rémunération permettait à l’éditeur de « *maintenir le format correspondant au positionnement de la chaîne et à la convention qu’il a conclue avec le Conseil* ». Le CSA tient compte, dans cette analyse, « d’un niveau réaliste de recettes complémentaires » et des « économies qu’il apparaît pertinent de mettre en œuvre ».

Au regard de ces critères, le CSA a estimé que la chaîne Voyage contribuait « *de manière déterminante [...] à la qualité et la diversité des programmes au sein de la thématique "documentaire"* » en raison de ses investissements élevés pour la qualité de ses programmes, notamment dans les œuvres inédites, couronnés par des distinctions de la profession, ainsi que le taux de primo-diffusion. Plus discutable, le CSA a invoqué la diffusion par la chaîne France 5 de certains des documentaires produits par la chaîne Voyage pour « attester » de la « *qualité de ses programmes* ».

Le CSA a pris en considération les conséquences de l’offre de Canal Satellite sur la société Voyages, en estimant en substance que les perspectives de nouveaux revenus de cette dernière (notamment avec les fournisseurs d’accès à internet) ne permettaient pas de compenser la baisse des revenus résultant de la proposition de Canal Satellite. Dès lors qu’aucune économie n’était réalisable, selon le CSA, en dehors d’une diminution du budget des programmes, le régulateur en a conclu que « *la proposition de la société Canal Satellite menace la viabilité économique de la chaîne, à tout le moins nécessite une réduction sensible de son budget de programmes et porte ainsi une atteinte grave et irréversible à la qualité et à la diversité des programmes* », et lui a donc enjoint d’adresser à la société Voyage une proposition de distribution et de rémunération de sa chaîne « *présentant un caractère objectif, équitable et non discriminatoire* ».

Dans cette décision, le CSA a ainsi contrôlé la proposition tarifaire de Canal Satellite sur des critères principalement qualitatifs, tenant

compte essentiellement d'un objectif de « *qualité et de diversité des programmes* » particulièrement abstrait qui lui interdirait de cautionner une pratique qui conduirait à une diminution du budget des programmes d'une chaîne.

■ 2.3.3 Conclusion

Dans le cadre de leur mission de règlement de différends, les autorités de régulation exercent effectivement un contrôle des prix dans le cadre duquel elles déterminent les tarifs qui auraient dû être pratiqués par les acteurs régulés.

Toutefois, les autorités de régulation exercent ce contrôle uniquement dans l'hypothèse où l'entreprise accusée d'avoir voulu proposer un prix trop élevé se trouvait, en pratique, dans l'obligation d'accepter la transaction. Cette obligation peut résulter d'une contrainte réglementaire ou d'une décision administrative. En l'absence d'une telle impérativité, la possibilité pour le régulateur de déterminer un prix non excessif apparaît très discutable, d'un point de vue théorique. Le prix prétendument excessif peut en effet refléter un refus légitime de contracter et constituer une application pure et simple du principe de liberté contractuelle, lequel est constitutionnellement protégé²⁹⁵.

En revanche, lorsque l'entreprise est obligée, ou s'est obligée à fournir une prestation (en présence par exemple de droits de propriété intellectuelle essentiels), la contraindre à ne pas paralyser cette obligation en exigeant un prix qui rendrait l'obligation ineffective en pratique, pose peu de problèmes théoriques :

- si l'obligation a été imposée par la voie réglementaire, c'est qu'une défaillance de marché a été constatée ;
- si l'entreprise a volontairement renoncé à sa liberté contractuelle (hypothèse d'une utilisation stratégique de droits de propriété intellectuelle, *i.e.* embuscade de droits ou « Patent ambush »), elle ne saurait prétendre la récupérer. Donner et retenir ne vaut.

Dans la première situation, qui est presque toujours celle constatée dans les précédents analysés, les autorités de régulation se heurtent à la difficulté d'objectiver le niveau de prix. Elles tentent de résoudre cette difficulté en procédant :

- soit à une **décomposition des coûts nécessaires à la production du service**, auxquels seront ajoutés un « mark-up » au moins égal à la rémunération du capital engagé, en prenant en compte le niveau de risque exposé (principe d'orientation vers les coûts) ;
- soit à une **analyse comparative** (approche de non-discrimination).

295. Le Conseil constitutionnel juge ainsi, de manière constante, que la liberté contractuelle induit le droit de contracter ou de refuser de contracter (décision du Conseil constitutionnel du 18 décembre 2003, n° 2003-487-DC), le droit de choisir son cocontractant (décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, n° 2013-672-DC), mais également le droit de choisir le contenu du contrat que l'on souhaite conclure (décision du Conseil constitutionnel du 18 décembre 2003 précitée).

- Il peut s'agir d'une **comparaison « interne »**, ayant pour but de mettre évidence un éventuel effet de ciseau. Il s'agit de déterminer si l'entreprise en cause pourrait vendre ses produits en réalisant une marge suffisante²⁹⁶, dans l'hypothèse où elle s'appliquerait à elle-même en amont les termes et conditions qu'elle propose à ses partenaires.
- Il peut s'agir d'une **comparaison « externe »** : comparaison des conditions appliquées aux autres partenaires de l'entreprise placés dans la même situation.

Dans tous les cas, se pose la double question de l'opposabilité des méthodes et de l'accès aux données. Ce dernier sujet devrait désormais pouvoir être résolu grâce aux dispositions en matière de protection du secret des affaires.

2.4 L'APPORT D'AUTRES APPROCHES

Il apparaît des développements qui précèdent que le prix n'est contrôlé que lorsqu'il traduit un dysfonctionnement de la concurrence (cf. *supra*. 1.2.1 b.). En matière de pratiques restrictives de concurrence, l'essentiel du contrôle du prix se concentre sur les cas où le prix est disproportionné par rapport aux services rendus et crée ainsi un déséquilibre significatif.

La situation est différente de celle des pratiques anticoncurrentielles, pour laquelle il ne suffit pas que l'opérateur soit en situation de position dominante ou de monopole ; il faut en plus que l'on puisse considérer que la transaction est inéquitable, c'est-à-dire qu'elle permet à l'opérateur d'obtenir des avantages qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable²⁹⁷.

Il existe un corpus méthodologique pour permettre de caractériser l'existence d'un prix excessif constitutif d'abus. Il faut, tout d'abord, qu'il existe une disproportion manifeste par rapport au service rendu.

Afin d'apprécier cette disproportion manifeste, la jurisprudence a mis en avant différentes approches consistant, notamment, à comparer les coûts réels et les prix pratiqués lorsque l'écart est manifestement disproportionné, ce qui suppose d'être en mesure à la fois de connaître et d'apprécier les coûts.

Une autre méthode consiste à comparer la rémunération versée et les avantages tirés du service par le fournisseur en s'appuyant à la fois sur la valeur objective et subjective du service fourni tout en recherchant la

296. Test du « concurrent hypothétique aussi efficace ».

297. Cf. *infra* 2.2.1, arrêt CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, *United Brands*.

rentabilité induite du contrat pour le cocontractant. Il existe néanmoins des différences d'approches entre les pratiques restrictives de concurrence et les pratiques anticoncurrentielles, car dans ce dernier cas, la disproportion entre le prix et la valeur du service n'est pas, en elle-même, constitutive d'un abus²⁹⁸.

Une approche par comparaison peut également être employée, qu'il s'agisse d'autres services comparables mais situés sur d'autres marchés à la même date, ou du même service à d'autres époques (cf. *supra* 2.2.2 a.).

Un autre type de contrôle a également été évoqué et porte sur le prix abusivement bas (cf. *supra* 2.2.2. a. i et ii.). La référence aux pratiques restrictives de concurrence renvoie, à cet égard, aux concepts de prix prédateurs et à la mise en œuvre du test du concurrent aussi efficace.

Néanmoins, comme le montrent des décisions récentes de l'Autorité de la concurrence²⁹⁹, la question posée est celle du standard de preuve approprié pour apprécier tant le coût disproportionné d'un service que le prix abusivement bas.

Il faut donc examiner la possibilité de transposer les tests utilisés dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles pour les pratiques restrictives de concurrence.

Dans ce dernier contexte, on observe que les motivations des décisions s'appuient soit sur le déséquilibre significatif, soit sur le fait de soumettre ou tenter de soumettre l'un des deux cocontractants à l'autre ou l'absence de négociation effective. De ce fait, elles ne constituent pas un véritable bilan économique de l'opération, mais plus une analyse *per se* des pratiques qu'une analyse par les effets.

C'est le cas notamment des décisions liées au déséquilibre significatif, qui excluent tout recours à l'analyse économique concurrentielle.

Dans l'affaire IKEA³⁰⁰, la cour d'appel a considéré que les prix fixés par les parties ne créaient pas de déséquilibre significatif sans nécessairement se référer à une analyse concurrentielle du fournisseur.

Dans l'affaire du GIE de radios³⁰¹, la cour a jugé que le prix de la faculté de rétractation était excessif sans justification économique.

Dans l'affaire Galec³⁰², la cour d'appel a jugé que les ristournes de fin d'année Galec créaient un déséquilibre significatif sans se prononcer

298. CJCE, 13 novembre 1975, aff. 26-75, *General Motors Continental* et CJCE, 11 novembre 1986, aff. 226/84, *British Leyland*.

299. Cf. *infra* 2.2.3, décision de l'Autorité de la concurrence n° 18-D-17 du 20 septembre (affaire Sanicorse).

300. CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.

301. CA Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059; Cass. com., 18-01-2011, n° 09-16863.

302. CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251 et Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547.

sur leur caractère économiquement disproportionné eu égard à la valeur des avantages obtenus. Cette référence au déséquilibre significatif est confirmée par la Cour de cassation.

Il en est de même du critère de soumission (ou tentative de soumission) qui, *a priori*, exclut également toute référence à une analyse économique des avantages, car les critères retenus pour apprécier la disproportion demeurent flous en dehors de la référence aux méthodes comparatives qui gagneraient à être rendues plus systématiques.

Il convient de noter cependant, comme dans le cas des têtes de gondole, l'existence d'une oscillation entre la volonté de comparer le prix aux coûts et celle d'apprécier la valeur du service rendu. Celle-ci peut être détachée de son coût et est essentielle pour l'analyse économique, car l'acceptation d'un prix est fonction, non pas du prix de revient pour le producteur, mais de son utilité pour l'acquéreur.

L'objet de cette partie est de dresser l'inventaire des outils à la disposition du juge dans des domaines différents de celui des pratiques restrictives, mais qui pourraient être importés pour contrôler ces deux catégories de pratiques et conduire un véritable bilan économique permettant de connaître les effets réels des pratiques visées.

En effet, la jurisprudence, en se focalisant sur l'analyse du déséquilibre significatif ou de la soumission considère, de fait, les effets comme secondaires par rapport au fait générateur, alors qu'il convient de **s'interroger pour savoir si la pratique visée a réellement été défavorable en prenant en compte l'ensemble des paramètres économiques en cause** et en menant une analyse partant de la situation contrefactuelle pour savoir si la situation réelle a contribué à améliorer les résultats, et non uniquement en analysant la pratique en elle-même.

Il sera examiné la possibilité de transposer les méthodes issues des problématiques fiscales de prix de transfert qui portent sur l'analyse des coûts et permettent de qualifier les prix anormalement élevés ou anormalement bas (2.4.1.), ainsi que celles permettant de mesurer l'utilité d'un service, issues des approches mises en œuvre dans le cadre des prix de transfert ou en matière de rémunération non discriminatoire des brevets (FRAND) (2.4.2.).

■ 2.4.1 L'approche par les coûts

Le principe de l'approche par les coûts, utilisé dans plusieurs domaines du droit (a.), l'est plus particulièrement en matière de prix de transfert (b.).

(a) Principe

Le coût du service est souvent mis en avant dans les décisions relatives aux pratiques restrictives de concurrence.

Ainsi, la cour d'appel de Nîmes, par un arrêt du 25 avril 2010, a considéré qu'un grand distributeur n'avait donné **aucune explication « logique**

se fondant sur le coût objectif » de la prestation facturée à certains fournisseurs. En l'espèce, le distributeur offrait un accès internet sur son site permettant de suivre le traitement des factures et de les régler par virement. Pour cette procédure, le distributeur exigeait une rémunération à hauteur de 1,5 % en 2003 et 2 % en 2004. La Cour a partiellement repris l'argument du ministre de l'Économie sur deux paramètres pour identifier un **indice de disproportion** : à savoir l'équivalent des sommes versées avec le coût salarial d'un comptable (soit 2,5 personnes à temps plein) et le coût d'accès à internet majoré d'une marge commerciale. La cour d'appel de Nîmes relève : « *Que la société Carrefour France n'indique pas comment elle a calculé les prix de ses prestations de service proposées à ces deux sociétés, ni les éléments de coût qu'ils représentaient pour elle à cette date [...]* »³⁰³.

L'avis n° 15-21 du 23 juin 2015 de la CEPC précité indiquait : « *Toutefois, les décisions paraissant se référer à un ensemble de circonstances, il pourrait également être intéressant de mettre en perspective les conditions tarifaires pratiquées avec le coût de revient des prestations [...]* ».

Toutefois, cette prise en compte du coût du service invite à s'interroger. Premièrement, si le coût du service, *a priori* identique quels que soient les produits, entre en compte, cela ne signifie-t-il pas que le prix d'une tête de gondole, par exemple, devrait être le même pour tous ?

Ensuite, l'analyse du coût menée dans les décisions relatives aux pratiques restrictives de concurrence se réfère principalement à des notions comptables et non à des notions économiques. Il est, dès lors, intéressant d'exposer les méthodes économiques pouvant être utilisées pour appréhender le coût.

(b) Les méthodes fondées sur les coûts issues de la mise en place de politiques de prix de transfert

Deux principales méthodes fondées sur les coûts sont généralement utilisées dans le cadre de la mise en place de politiques de prix de transfert à l'intérieur des groupes. Celles-ci correspondent aux prix utilisés pour les transactions intragroupes et qui font l'objet d'un contrôle par les administrations fiscales nationales, afin de s'assurer qu'ils se conforment au principe de pleine concurrence, c'est-à-dire qu'ils sont comparables aux prix qui s'établiraient pour des transactions identiques réalisées par des entreprises indépendantes servant ainsi de comparaison. Ces méthodes sont utiles pour servir de référence, car elles visent à définir des prix de pleine concurrence à partir des coûts subis. Elles sont au nombre de deux : la méthode du prix de revente moins (i.) et la méthode du prix de revient majoré (ii.).

303. CA Nîmes, 25 févr. 2010, min. Éco. c/ Carrefour, n° 07/606, Contrats, concurrence consom. 2010 comm., obs M.M.V.

(i) Méthode du prix de revente moins (« Resale Minus »)

L'objectif de cette méthode est de connaître le prix auquel un produit acheté à une entreprise liée est revendu à un client indépendant (le prix de revente), pour ensuite lui soustraire une marge brute (la marge sur prix de revente) permettant à la société de distribution liée de couvrir ses frais de ventes et ses autres charges d'exploitation, et de se voir attribuer un bénéfice tenant compte des fonctions réalisées et des risques assumés³⁰⁴.

Cette méthode repose ainsi sur une analyse de la marge brute réelle dégagée par une société de distribution (par différence entre son chiffre d'affaires et ses coûts réels) pour un produit donné, et part du principe qu'une portion de cette marge doit être reversée aux autres fonctions ou sociétés (de développement, de production, etc.) qui contribuent à vendre *in fine* ce produit.

Cette méthode limite ainsi la marge générée au-delà de la couverture des coûts comptables supportés par une société.

(ii) Méthode du prix de revient majoré (« Cost Plus »)

Cette méthode consiste à déterminer le coût de revient du bien ou du service vendu ou fourni à une entreprise liée, et à y ajouter une marge bénéficiaire de pleine concurrence, obtenue en utilisant un comparable interne ou externe à l'entreprise³⁰⁵.

Cette méthode repose ainsi sur la détermination d'une marge « raisonnable » qui devrait ensuite être ajoutée aux coûts réellement supportés. Cette méthode suppose qu'il est possible de déterminer, de façon extrinsèque (cf. *supra* 2.1.1.) ou intrinsèque, une marge de pleine concurrence.

Ces deux méthodes (*resale minus* et *cost plus*) reposent sur le même principe, à savoir que les coûts réellement supportés par la société sont pertinents pour servir de base à la détermination d'un prix juste. Pourtant, ce principe est loin d'être systématiquement vérifié en pratique et les approches issues des décisions relatives aux pratiques anticoncurrentielles permettent de s'éloigner de cette notion de coûts comptables pour se rapprocher de la notion de coûts économiques.

Une approche par les coûts, pour être pertinente, doit nécessairement se référer (i) aux notions de coûts économiques et non pas uniquement de coûts comptables et (ii) aux données de marché, via une analyse comparative.

304. Source : Guide Prix de transfert – Direction générale des finances publiques (p. 26).

305. Source : Guide Prix de transfert – Direction générale des finances publiques (p. 27).

■ 2.4.2 La prise en compte de l'utilité du service et de la contribution à la création de valeur (i.e. approche fonctionnelle)

La réalisation d'un véritable bilan économique du service ne peut s'arrêter à la seule prise en compte des coûts associés, car l'analyse des coûts ne constitue pas une condition nécessaire de justification du prix.

En effet, un agent économique détermine le prix qu'il accepte de payer pour un service en fonction de l'utilité que ce service lui procure, d'où la nécessité de prendre en compte cette dimension des effets. Il s'agit là de l'utilité du service, c'est-à-dire des avantages que celui-ci est susceptible de procurer, qui seront mis en perspective avec les coûts estimés, comme il a été indiqué plus haut, tout en notant que les effets seuls sont susceptibles de justifier du prix. Le bilan doit se construire à partir de la définition des fonctions associées au service.

En effet, la comparaison entre le prix et les avantages tirés d'un service doit s'appuyer sur une analyse préalable des fonctions associées à ce service (a.) et de la proportionnalité de la rémunération aux services rendus (b.).

(a) L'analyse des fonctions associées

Une approche intrinsèque, à partir des fonctions assurées par la prestation, est particulièrement adaptée dans le cadre du contrôle du prix.

L'article L. 442-1 I 1° stipule que constitue une pratique restrictive de concurrence le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou **manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie*** ».

Le principe d'une approche fonctionnelle est de tenir compte de l'utilité du service rendu et de la contribution de ce service à la création de valeur. Celle-ci est donc particulièrement intéressante dans le cadre de pratiques restrictives de concurrence.

Cette notion d'analyse fonctionnelle trouve aussi son origine dans les méthodologies mises en œuvre dans le cadre des politiques de prix de transfert. En effet, pour définir la juste rémunération entre entités d'un même groupe pour un certain nombre d'actifs transférés et de services rendus entre entités, l'administration fiscale et l'OCDE recommandent le recours à une analyse des fonctions rendues, afin de déterminer la juste rémunération à verser en contrepartie.

L'analyse fonctionnelle permet de décrire le « système » d'exploitation d'une société en termes de fonctions, d'actifs et de risques, en décomposant les différentes fonctions (R&D, protection juridique, communication, promotion, etc.) en « sources de création de valeur », et en les attribuant aux différents actifs de la société en question. Cette méthode peut être adaptée à tout type d'actifs, notamment des contrats, en analysant quelles sont les fonctions et risques assumés par les différentes parties prenantes à un contrat.

À cette analyse des fonctions, s'applique la grille d'analyse fonctionnelle, outil d'analyse qualitative qui permet d'allouer la part dans la création de valeur revenant aux actifs et parties correspondant à chaque fonction identifiée.

Cette analyse intrinsèque des fonctions et de leur rôle dans la création de valeur peut être complétée par une analyse extrinsèque. En effet, une fois l'analyse fonctionnelle réalisée, il est possible de comparer la rentabilité intrinsèque générée par les fonctions analysées avec la rentabilité de marché qui ressort des actifs équivalents présentant les mêmes fonctions et risques.

Ainsi, l'analyse fonctionnelle (méthode intrinsèque), qui peut être complétée par une analyse de comparabilité (méthode extrinsèque) permet d'analyser la pertinence du prix avec la fonction de l'actif évalué et sa position dans la chaîne de valeur. L'analyse fonctionnelle est donc un outil essentiel de l'analyse de l'équilibre d'un contrat, cet équilibre étant défini par les fonctions et les risques encourus par chaque partie.

Cette analyse de la « valeur économique » est depuis longtemps identifiée par les juridictions, mais sa mise en œuvre est loin d'être systématique et surtout complète.

Ainsi, l'arrêt *General Motors* de la CJCE indiquait que le prix excessif réside « *dans la perception d'un prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie* »³⁰⁶. « *Il faut donc examiner la différence entre le prix du produit et sa valeur économique* »³⁰⁷. Une telle analyse est certes nécessaire, mais elle est uniquement statique si elle ne prend pas en compte parmi les effets, la **valeur créée**, c'est-à-dire la différence de valeur par rapport à la situation antérieure.

(b) L'analyse de la proportionnalité de la rémunération au service rendu

Dans le cadre de l'analyse de la contribution à la création de valeur, il faudrait aussi s'assurer que la rémunération n'est pas disproportionnée par rapport à la valeur de l'actif dans son ensemble. En effet, si la notion de valeur ajoutée permet de s'assurer de ne pas discriminer l'une ou l'autre partie à un contrat en la rémunérant à hauteur de ce qu'elle apporte en termes de valeur ajoutée, il est également important de s'assurer que cette analyse n'est pas disproportionnée en termes d'importance relative.

Il s'agit ici d'introduire la notion de proportionnalité (qui permet de peser quelque chose par rapport à autre chose), en se demandant quelle est la valeur totale générée par le contrat en question et en s'assurant que

306. CJCE, 13 novembre 1975, aff. 26/75, *General Motors c/ Comm.*, point 12.

307. CJCE, 13 novembre 1975, aff. 26/75, *General Motors c/ Comm.* Rec. CJCE 1975, p. 1367.

le poids de la contrepartie demandée n'est pas disproportionné au regard de cette valeur totale. Cette notion permet ainsi de prendre en compte des éléments de contexte qui peuvent être clés pour justifier la valeur qui peut être attribuée à un actif ou une fonction.

En effet, un prix peut paraître disproportionné si la valeur ajoutée du bien ou du service auquel il est rattaché n'est pas prise en compte. Dans le cas des têtes de gondole, le coût de la mise en place (souvent en carton) est généralement dérisoire pour le supermarché, alors que la mise en tête de gondole de produits, qui constitue de fait un espace publicitaire, peut avoir un impact significatif sur les ventes du fournisseur. En l'espèce, ce n'est pas la valeur (ou le coût) du support qui a une valeur économique, mais la valeur ajoutée attendue par le fournisseur de cette mise en avant de ses produits.

À ce sujet, nous soulignons qu'il est important d'analyser la rentabilité attendue *ex ante*, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat, puisque c'est celle-ci qui a permis de déterminer un prix raisonnable entre les parties, bien que cette rentabilité attendue puisse être différente de la rentabilité constatée *ex post*. La Cour de cassation souligne, à juste titre, ce point, « *les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat* »³⁰⁸.

La valeur ajoutée doit donc être analysée au-delà du support sur lequel le bien ou le service est implanté pour prendre en compte la finalité de cette utilisation.

Cette question de la prise en compte du supplément de profits lié au service ou de l'utilité particulière du service pour le partenaire est ainsi très importante pour apprécier la proportion, au-delà des simples fonctions remplies par chacune des parties.

Ce recours à une analyse tenant compte de la proportion dans la création de valeur a parfois été utilisé par les juridictions. C'est le cas notamment du tribunal de commerce d'Évry qui, par jugement du 16 novembre 2005, avait validé le système de singularisation d'ITM en indiquant que « *le concept de singularisation ne relève pas uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur. Qu'en effet, **il en résulte pour les fournisseurs une amélioration des conditions de commercialisation de leur produit créatrice de valeur.** Que ces avantages dont bénéficient les fournisseurs améliorent leur efficacité commerciale en leur permettant de générer des économies* »³⁰⁹.

308. Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-13690.

309. Martine Béhar-Touchais, Du TAC de Système U à la singularisation d'ITM, Rev. amy de la concurrence 2007, n° 11. Jugement réformé par la cour d'appel de Paris, par arrêt du 20 décembre 2006 (n° 05/24361), bien que la cour ait toutefois admis que le service de singularisation est un vrai service spécifique qui procure une meilleure efficacité commerciale (cf. *supra* 2.1.2 (a)).

Un autre exemple de l'intérêt de la **prise en compte de l'utilité du service et de la contribution à la création de valeur** est celui du contentieux portant sur les droits de propriété intellectuelle, notamment les franchises. Indépendamment des conditions de la négociation de la redevance (qui peuvent avoir conduit à diviser par deux les prétentions initiales du franchiseur, par exemple), il faut pouvoir apprécier le caractère raisonnable du montant de la redevance en fonction de l'utilité qui en est tirée par le franchisé, proportionnellement à la rentabilité globale tirée de sa franchise. Ainsi, une redevance différente pour des franchisés en apparence similaires ne sera pas nécessairement disproportionnée s'il s'avère qu'au-delà des fonctions (identiques) remplies par les deux franchisés, l'avantage tiré de la contrepartie est différent. Dans ce cas, l'analyse fonctionnelle est indispensable pour identifier qui apporte ce supplément de rentabilité et supporte les risques qui y sont liés, pour apprécier le caractère raisonnable de la contrepartie payée.

Ainsi, l'analyse de la proportionnalité permet de compléter l'analyse fonctionnelle et de prendre en compte la valeur ajoutée globale du bien ou du service auquel le prix analysé est rattaché.

En synthèse, les approches ci-dessus font ressortir la nécessité de rapprocher l'analyse d'un prix de la valeur ajoutée générée par le bien ou le service auquel le prix est rattaché. En effet, l'analyse restreinte aux coûts associés à ce bien ou ce service ne constitue pas une analyse de marché, puisqu'elle se limite à l'analyse de l'offre sans intégrer celle de la demande pour ce bien ou ce service.

Ainsi, la réalisation d'un véritable bilan économique du service est nécessaire et ne peut s'arrêter à la seule prise en compte des coûts associés, car l'analyse des coûts ne constitue pas une condition suffisante de justification du prix, notamment parce qu'un agent économique détermine le prix qu'il accepte de payer pour un service en fonction de l'utilité que ce service lui procure, et non uniquement en fonction de son coût. L'utilité du service, c'est-à-dire les avantages que celui-ci est susceptible de procurer, doit être mise en perspective avec les coûts estimés, tout en notant que les avantages attendus doivent se manifester par des effets qui sont seuls susceptibles de justifier du prix. L'analyse du caractère abusif du prix doit prendre en compte ces deux dimensions que sont les coûts et l'utilité du service.

Pour autant, cette analyse de l'utilité ne doit pas conduire à une rémunération disproportionnée. Il faut donc se demander quelle est la valeur totale générée par le contrat en question et s'assurer que le poids de la contrepartie demandée n'est pas disproportionné au regard de cette valeur totale. Cette analyse de la proportionnalité du prix par rapport au service rendu peut passer par une analyse comparative, en partant du principe que les transactions comparables retenues ont été conduites dans des conditions de concurrence normale.

PARTIE III



RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

PARTIE III

RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

À la lumière des développements qui précèdent, il apparaît possible de déterminer les hypothèses dans lesquelles un contrôle judiciaire du prix doit être opéré et, à l'inverse, les cas dans lesquels un tel contrôle reviendrait à porter une atteinte excessive à la liberté du commerce (3.1.). Le présent rapport reviendra ensuite sur les méthodes d'appréciation du prix les plus pertinentes (3.2.). Enfin, le présent rapport proposera des fiches méthodologiques pratiques (3.3.).

3.1 RECOMMANDATIONS SUR LE PRINCIPE MÊME DU CONTRÔLE DU PRIX

Le plus important nous paraît être tout d'abord, sur le principe, de limiter le contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'article L. 442-1 du Code de commerce au cas où le fait de soumettre ou tenter de soumettre est caractérisé.

C'est une demande qui apparaît raisonnable à la lecture de l'attendu principal de l'arrêt de la cour d'appel de Paris déjà cité du 4 novembre 2020³¹⁰ :

« En raison du principe de la libre négociation du prix, le contrôle judiciaire du prix demeure exceptionnel en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ce contrôle ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-749 QPC (voir considérant n° 7) à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 (Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-23547). Dès lors, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° précité ne s'appliquent pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial. Or, faute pour le ministre de l'Économie et des finances de caractériser en l'espèce la soumission et le déséquilibre significatif, le jugement entrepris doit être réformé s'agissant de la pratique relative à la remise de 2 %. Le ministre de l'Économie sera débouté de ses demandes formées à ce titre ».

Ensuite, en ce qui concerne la mise en œuvre d'un contrôle judiciaire du prix, deux recommandations essentielles peuvent être émises.

D'une part, le juge ne peut et ne doit **pas faire une analyse intuitive du prix excessif**, comme il l'a souvent fait dans le passé.

310. CA Paris, 4 nov. 2020, n° 19/09129.

D'autre part, et cela va de pair, il doit **motiver sa décision**. La Cour de cassation pourrait alors opérer un contrôle de l'existence de la motivation, sans contrôler son contenu, qui relève du pur fait.

Dans l'idéal, il faudrait que se dégagent un standard de preuve et une exigence de motivation des juges du fond, pour pallier l'insécurité juridique. La motivation devrait spécialement porter sur :

- la caractérisation du fait de soumettre ou tenter de soumettre ;
- un élément de comparaison du prix qualifié d'abusif avec d'autres prix ou avec la valeur du bien ou de la prestation : (i) soit les prix pratiqués antérieurement, (ii) soit les prix pratiqués par d'autres, (iii) soit les prix pratiqués à l'égard d'autres partenaires, (iv) soit la valeur du bien ;
- les coûts ;
- la rentabilité raisonnablement attendue de l'opération ;
- l'absence de rééquilibrage : en effet, il serait opportun d'admettre la possibilité d'un rééquilibrage pour l'article L. 442-1 I 1° du Code de commerce ; et enfin
- le caractère significatif du déséquilibre ou le caractère manifeste de la disproportion : les juges négligent trop souvent que les textes ne sanctionnent pas un simple déséquilibre, une simple disproportion, mais **un déséquilibre ou une disproportion qualifiés**. Il faut exiger du juge qu'il motive en quoi ce déséquilibre du prix est significatif ou cette disproportion du prix est manifeste. Le défaut de motivation spéciale sur ce point devrait être censuré par la Cour de cassation pour manque de base légale au regard de l'article L. 442-1 du Code de commerce.

3.2 MÉTHODES DE CONTRÔLE DU PRIX LES PLUS PERTINENTES

Un contrôle du prix efficient requiert de définir une situation contrefactuelle (3.2.1.), de privilégier une approche multicritère (3.2.2.) et d'associer une méthode extrinsèque avec une des méthodes intrinsèques (3.2.3.).

■ 3.2.1 Bien définir une situation contrefactuelle

Un prix ne peut être disproportionné que par rapport à quelque chose qui ne le serait pas. Pour affirmer qu'un prix est disproportionné, il est, de fait, indispensable de se demander quelle aurait été la situation contrefactuelle en l'absence de faute³¹¹. Ainsi, on voit bien qu'il n'est pas possible de se limiter à analyser la croissance, ou l'absence de croissance, du chiffre d'affaires lié à un service rendu pour apprécier le caractère, proportionné ou non, du prix de ce service.

311. Le Club des juristes a déjà souligné, dans un précédent rapport, l'importance de recourir à la méthode du contrefactuel dans le cadre des analyses économiques (rapport du Club des juristes, « Pour une réforme du droit de la concurrence », janvier 2018, pp. 201-209).

En effet, si en situation normale, ce chiffre d'affaires avait connu une décroissance, le simple fait d'avoir arrêté cette décroissance a déjà une valeur, qui doit être appréciée comme une contrepartie au prix payé.

Au-delà du chiffre d'affaires, l'impact sur la rentabilité et sur d'éventuels autres éléments de valeur est à prendre en compte. Une communication sur un repli des ventes d'un fournisseur peut, par exemple, avoir un impact très négatif auprès du marché, qui peut justifier une rémunération élevée de services lui permettant d'éviter cette situation et de continuer de communiquer de façon positive vis-à-vis du marché.

La notion de **valeur ajoutée** est ainsi clé, de même que l'analyse de la proportionnalité du prix payé par rapport à la valeur globale de ce qu'il apporte à la société qui en bénéficie.

La **définition d'une situation contrefactuelle précise**, s'appuyant notamment sur les méthodologies recommandées par la Commission européenne dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, apparaît comme la **première étape essentielle** d'une analyse du caractère proportionné d'un prix payé en montrant l'amélioration de la situation avec la mise en œuvre de la prestation par rapport à la situation contrefactuelle *ex ante*.

■ 3.2.2 Privilégier une approche multicritère

L'analyse des méthodes évoquées ci-dessus fait ressortir la diversité des outils à disposition pour apprécier le caractère proportionné d'un prix.

Ces méthodes présentent toutes des avantages et des inconvénients et permettent, pour la plupart, de prendre en compte des aspects différents de la valeur : la valeur liée aux fonctions attachées au service rendu, la valeur attachée à la valeur ajoutée de ce service (position dans la chaîne de valeur), la valeur liée à la rentabilité supplémentaire dégagée par le service en situation réelle par rapport à la situation normale, etc.

De plus, le caractère disproportionné devra être apprécié au regard d'une analyse de proportionnalité de la valeur du service rendu par rapport à son prix, tenant compte de l'importance relative du service en question par rapport à la valeur d'autres éléments (intrinsèques ou extrinsèques) qui peuvent être clés pour justifier la valeur pouvant être attribuée à un actif ou une fonction.

Enfin, il est important de pouvoir mettre en perspective les résultats d'une analyse extrinsèque seule. En effet, il est nécessaire, pour la mise en œuvre de ces méthodes, de s'assurer de la bonne comparabilité des éléments comparés, en termes de fonctions assumées, risques supportés et valeur économique en résultant. Sans cela, le risque est de retenir des comparables qui ne seraient pas pertinents et qui fausseraient l'analyse qui en découle.

Ainsi, il est recommandé de mettre en œuvre **au moins deux méthodes dont l'une devra nécessairement être comparative, qui permettront d'analyser le prix sous deux prismes différents**. Au surplus, il est essentiel d'analyser les écarts de valeur qui pourraient éventuellement ressortir de la mise en œuvre de ces deux méthodes. Cette analyse permettra d'identifier les éléments de calcul auxquels la valeur est particulièrement sensible, afin de corriger d'éventuels biais dans l'une ou l'autre des méthodes.

■ 3.2.3 Associer une méthode extrinsèque avec une des méthodes intrinsèques

Dans le cadre de la mise en œuvre d'une approche multicritère, il est recommandé de recourir *a minima* à une **méthode extrinsèque (comparative) et une méthode intrinsèque**.

Idéalement, le choix de ces méthodes permet une complémentarité des points de vue : par exemple, une **méthode extrinsèque fondée sur l'analyse de la rentabilité** généralement générée par des sociétés comparables **pour des services comparables** (fondée sur une analyse des fonctions) et une **méthode intrinsèque fondée sur une comparaison avant/après** (analyse de la valeur ajoutée du service complémentaire et de l'impact sur la rentabilité). Ainsi, cela permet d'analyser la différence éventuelle existant entre la société en question et ses comparables avant la mise en œuvre du service dont le prix est analysé et donc de pouvoir isoler, dans la différence potentielle constatée après la mise en œuvre du service, l'impact spécifique de la contrepartie réclamée pour ce service.

Exemple : une société A verse, depuis l'année N, une rémunération X supplémentaire à la société B, en contrepartie d'un service Y assuré par la société B pour A.

L'analyse de la rentabilité des sociétés comparables C, D, E et F, qui sont des concurrents de B et utilisent un service Y comparable (auprès de B ou auprès d'autres sociétés similaires), fait ressortir une marge sur coûts variables entre 10 % et 15 %, alors que la société A ne génère une marge sur coûts variables que de 5 %.

En l'absence d'autre méthode complémentaire, on pourrait penser que le prix du service Y est disproportionné, puisqu'il conduit la société A à générer une marge largement inférieure à ses comparables.

La mise en œuvre d'une méthode complémentaire (méthode intrinsèque avant/après, permet de faire ressortir que la société A générerait en année N-1, i.e. avant ce nouveau contrat, une marge de 10 %, quand ses comparables généraient, avant la mise en place de ce nouveau service, une marge de 15 % à 20 %. Ainsi, on constate que cet écart de marge de 5 à 10 % entre la société A et ses comparables a toujours existé (et peut s'expliquer par différents facteurs externes à la problématique en question, ou par le fait que les comparables ont été mal sélectionnés) et donc que le déséquilibre

apparent entre la société A et ses comparables est indépendant de la mise en œuvre de ce nouveau service, bien qu'avec ce nouveau service, on ait observé une baisse de marge pour A qui, compte tenu de la baisse observée chez les comparables, n'apparaît pas liée au service spécifique puisqu'un service analogue a les mêmes effets chez les sociétés comparables.

3.3 FICHE MÉTHODOLOGIQUE PRATIQUE POUR LA STANDARDISATION DE L'UTILISATION DES CRITÈRES (MÉTHODE COMPARATIVE ET VALEUR AJOUTÉE)

1/ Mise en œuvre d'une méthode extrinsèque

- Définir des comparables pertinents (position dans la chaîne de valeur, secteur d'activité, intensité capitalistique, marchés de destination, etc.).
- Recueillir les informations qualitatives et financières pertinentes sur ces comparables : rôle (fournisseur, distributeur, autre), pouvoir de négociation, volumes concernés (pour tenir compte d'éventuelles économies d'échelles ou autres impacts de volume), marge d'exploitation, cycle d'activité (pouvant impacter le niveau de coûts à un moment donné), etc.
- Faire les retraitements éventuellement nécessaires sur l'ensemble de ces données pour qu'elles puissent être comparées directement à la société concernée par l'analyse (par exemple, par définition d'indices ou de multiples standardisés et applicables à l'échantillon analysé).

2/ Mise en œuvre d'une méthode intrinsèque

- Identifier les faisceaux d'indices à disposition à l'origine de l'analyse du caractère disproportionné ou non du prix. Ces indices peuvent consister en :
 - la variation de la rémunération en dehors de toute rationalité économique ;
 - la diminution sensible et injustifiée de la consistance de la prestation prévue au contrat ;
 - la participation financière excessive à une opération commerciale dont l'intérêt n'est pas avéré ;
 - le coût de la tête de gondole pour le grand distributeur ;
 - les profits induits pour le fournisseur ;
 - un écart significatif avec les prix pratiqués pour les comparables identifiés (cf. méthode extrinsèque).
- Analyse de la corrélation de l'évolution de ces indices au regard de la valeur ajoutée de la prestation : la simple constatation d'une évolution non expliquée ne peut suffire à conclure au caractère disproportionné d'un prix, il faut donc analyser les indices ci-dessus (pour ceux applicables à chaque cas d'espèce) au regard de la valeur ajoutée éventuelle apportée par la prestation / le

changement de prestation. Pour ce faire, il conviendra, notamment, d'analyser :

- les fonctions remplies par chacune des parties et les coûts afférents à ces fonctions ;
- les risques pris par chacune des parties ;
- les niveaux de marge ou évolution des niveaux de marge issus du (ou des) contrat(s) analysés ;
- la part de ces prestations / changements de prestations dans la relation globale entre les parties (si cette relation s'étend au-delà de la prestation en cause).

3/ Conclusion sur le caractère disproportionné d'un prix

La mise en œuvre successive de ces deux approches doit permettre :

- d'identifier d'éventuelles anomalies par rapport au marché ;
- d'expliquer (quand elles sont justifiées) ces anomalies au regard du contenu du service ;
- de conclure, en l'absence d'éléments justificatifs de ces anomalies, à l'existence d'une pratique restrictive de concurrence.

3.4 FICHE PRATIQUE CONCERNANT LES DOCUMENTS ET PIÈCES À PRODUIRE POUR GUIDER LE JUGE DANS LE CONTRÔLE ET LA FIXATION DU PRIX

► Éléments financiers relatifs aux coûts du bien ou du service

- Liste des produits (chiffre d'affaires ou autres produits) générés par chacune des parties (compte de résultat si disponible ou comptabilité analytique), sur un historique suffisant pour apprécier l'évolution de ces produits (ensemble de la durée du contrat dans le cadre d'un contrat récent, à défaut, historique de 3 à 5 ans selon la stabilité de ces produits), permettant d'avoir une vision de l'ensemble des produits d'exploitation en lien avec le contrat ;
- Liste des coûts supportés par chacune des parties en lien avec le bien ou le service (compte de résultat si disponible ou comptabilité analytique), sur un historique suffisant pour apprécier l'évolution de ces charges (ensemble de la durée du contrat dans le cadre d'un contrat récent, à défaut, historique de 3 à 5 ans selon la stabilité de ces charges), permettant d'avoir une vision de l'ensemble des charges d'exploitation en lien avec le contrat ;
- Éléments prévisionnels de revenus et de charges d'exploitation, permettant de déterminer la marge d'exploitation future attendue par les cocontractants de l'utilisation / de la vente du service ou du produit visé.

► **Éléments factuels permettant d'établir le coût du bien ou du service**

- Éléments permettant de justifier le montant des investissements effectués
- Factures indiquant le coût des matières premières
- Factures indiquant le coût du bien ou du service chez un concurrent
- Bons de commande
- Contrats
- Documents attestant du coût et de l'investissement en recherche et développement d'un service (licence, par exemple)
- Coût des frais généraux
- Coût des publicités/communications

► **Éléments permettant d'établir une situation contrefactuelle**

- Constats d'huissiers sur les prix pratiqués par des tiers pour un bien ou service équivalent sur des marchés équivalents, permettant d'apprécier les fonctions et les risques assumés par chacun des cocontractants
- Contrats en cours conclus par la société en cause avec d'autres cocontractants, précisant les fonctions et les risques assumés par chacun des cocontractants
- Contrats antérieurement conclus par la société en cause, précisant les fonctions et les risques assumés par chacun des cocontractants
- Échanges d'e-mails ou de courriers relatifs à l'évolution des dispositions contractuelles sur le prix
- Éléments de marché permettant d'apprécier l'évolution du secteur concerné, notamment les éléments pouvant impacter les produits générés et les charges supportées par les acteurs du secteur (évolution du prix des matières premières, évolution des volumes de ventes, changement dans les modes de consommation, évolution des modes de distribution, etc.)

► **Éléments permettant d'apprécier la rentabilité raisonnablement attendue**

- Projets de contrats
- Contrats conclus entre les parties
- Échange d'e-mails et de courriers
- Comptes rendus de rencontres ou d'échanges téléphoniques

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATIONS :

SUR LE PRINCIPE ET LA PORTÉE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DU PRIX :

RECOMMANDATION N°1 :

Limiter le contrôle judiciaire du prix au seul cas où est caractérisée une situation dans laquelle une partie soumet ou tente de soumettre son partenaire commercial à des droits et obligations créant un déséquilibre significatif ;

RECOMMANDATION N°2 :

Éviter toute analyse intuitive du prix excessif en exigeant des juges du fond une motivation dont l'existence serait contrôlée par la Cour de cassation ;

RECOMMANDATION N°3 :

Déterminer une série de critères constitutifs d'un standard de motivation judiciaire du contrôle du prix comportant :

- ▶ la caractérisation du fait de soumettre ou tenter de soumettre ;
- ▶ des éléments de comparaison du prix qualifié d'abusif : prix antérieurement pratiqués, prix pratiqués à l'égard d'autres partenaires, prix pratiqués par d'autres agents économiques, valeur du bien ou de la prestation etc. ;
- ▶ prise en compte des coûts ;
- ▶ la rentabilité raisonnablement attendue de l'opération ;
- ▶ le caractère significatif du déséquilibre ou le caractère manifeste de la disproportion ;
- ▶ l'absence de rééquilibrage.

SUR LES MÉTHODES LES PLUS PERTINENTES DE CONTRÔLE DU PRIX :

RECOMMANDATION N°4 :

Analyser le prix litigieux en recourant à un raisonnement contrefactuel :

- ▶ ne pas se limiter à constater une baisse du chiffre d'affaires après l'introduction du prix litigieux pour conclure à son caractère excessif, la baisse pouvant s'expliquer par d'autres facteurs ;
- ▶ définir une situation contrefactuelle précise, en s'appuyant sur les méthodologies recommandées par la Commission européenne dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, pour retracer quelle aurait été l'évolution de la situation du partenaire commercial en l'absence du prix litigieux ;
- ▶ comparer la situation effective avec la situation contrefactuelle afin de déterminer l'impact du prix litigieux et son éventuel caractère excessif.

RECOMMANDATION N°5 :

Privilégier une approche multicritères recourant au minimum à deux méthodes d'évaluation différentes :

- ▶ une méthode extrinsèque analysant la rentabilité générée par des sociétés comparables pour des services comparables ;
- ▶ une méthode intrinsèque fondée sur une comparaison avant / après de la valeur ajoutée du service et de l'impact sur la rentabilité.

ANNEXE 1

PRÉSENTATION DE NICOLAS WAREMBOURG, PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE PARIS I

Club des juristes
Réunion du 6 février 2020

Thème de la séance : Perspectives historiques sur la lésion
(présentation de Nicolas Warembourg, Professeur à l'Université de Paris I)

- Objectif : comprendre comment le concept de « lésion » s'est acclimaté en droit des affaires.
- Dans l'histoire, il n'existe aucun précédent de contrôle judiciaire du prix, contrairement à la lésion :
 - ▶ L'article 1118 du Code Napoléon (« *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.* ») consacre la lésion comme un **vice spécial du consentement, en ce qu'elle est censée constituer une forme de violence économique** → il s'agit d'une référence au droit romain et à sa conception de la lésion.
 - ▶ L'exégèse des articles 1109 et 1117 anciens du Code civil exclut la lésion comme préjudice général.
 - ▶ La jurisprudence a consacré la lésion comme un vice du consentement autonome.
- Désormais, avec l'article 1168 du Code civil, la matière est abordée sous l'angle du **contenu du contrat** (contrepartie illusoire ou dérisoire), et non en tant que vice du consentement, afin de sanctionner un déséquilibre contractuel massif.
- En **droit romain**, une lésion importante pouvait ouvrir la porte à rescision. La législation impériale romaine visait à protéger les terrains des « affaiblis » contre les propriétaires terriens.
- Les magistrats romains n'étaient qu'accidentellement intéressés par la justice du prix : les Romains ne raisonnaient qu'en termes de **procédure** (en vérifiant, par exemple, l'existence de motifs raisonnables) et appréhendaient la lésion uniquement selon une logique procédurale, décorrélée de toute conception morale. La rescision pour lésion n'était possible que dans des cas limitativement énumérés (mineur, répartition des bénéfices d'une société, vente immobilière).

1. Le droit commun de la lésion en droit romain

• *Le droit romain en matière de prix*

Dès lors que les parties s'accordaient sur une chose et un prix, le lien de droit (*i.e.* l'obligation) était noué et la vente considérée comme parfaite.

Le prix devait être libellé en espèces et être, à tout le moins, déterminable au moment de la vente. Autrement dit, dès lors que le prix avait une consistance matérielle, la vente existait.

A contrario, si le prix était dérisoire, la vente était considérée comme fictive.

Le droit romain n'imposait aucune règle de transfert *ipso jure* de la chose pour parfaire la vente. **Seul le paiement du prix était susceptible de dénouer le lien de droit.** C'est pour cette raison que les contrats étaient considérés par le droit romain comme des engagements perpétuels et que le **prix était intangible**.

• *La procédure de la rescision pour lésion (autre qu'immobilière)*

La rescision pour lésion n'était pas un acte normal dans la pensée romaine (y compris s'agissant des actes conclus par les mineurs).

S'agissant des actes lésionnaires préjudiciables au mineur, la procédure était plutôt de nature « administrative ». Le magistrat rendait un ordre auquel son destinataire (*i.e.*, le bénéficiaire de la lésion) devait se plier. Ce n'est qu'en cas de contestation de l'ordre par le destinataire que la voie judiciaire était ouverte (on retrouve finalement un mécanisme assez semblable au *writ* des pays de Common Law).

Cette procédure visait uniquement à **aménager l'existence de l'obligation** en corrigeant les effets de la gestion du tuteur/curateur. Les magistrats ne s'intéressaient pas à la validité du contrat (et a fortiori, ici, à la réalité du consentement), mais étaient uniquement intéressés par la situation patrimoniale du mineur « lésé ». Les Romains faisaient donc preuve d'une extrême prudence dans le traitement de la lésion.

• *Une éventuelle protection par le dolus*

Les Romains renaient une définition du dol semblable à la nôtre, à savoir toutes manœuvres destinées à tromper le futur cocontractant et que ce dernier ne pouvait raisonnablement déjouer. On retrouve cette distinction entre le *dolus bonus* et le *dolus malus*.

Le *dolus* n'était pas considéré comme une cause de nullité du contrat, mais comme un **fait délictueux qui n'affectait pas le lien de droit**. Il s'agissait d'un délit civil sanctionné comme tel par le prêteur et qui permettait à la victime du dol soit de l'opposer comme exception, soit d'obtenir une action pour obtenir des dommages-intérêts. Ce mécanisme est assez proche du système des *remedies* de Common Law.

2. La lésion en matière de vente immobilière selon le droit romain

Le droit romain était un empilement de contrats spéciaux ; chaque contrat spécial avait son régime procédural spécifique.

• L'action de bonne foi en matière de vente immobilière

Le magistrat rédigeait la formule de l'action qui contenait la **clause de bonne foi**. Cette formule constituait la lettre de mission de l'arbitre, aussi appelé le *judex* (c'est-à-dire le juré).

Le *judex* sanctionnait ensuite les infractions à cette clause de bonne foi et prononçait à proportion des dommages-intérêts en réparation du préjudice.

Cette clause permettait-elle à l'arbitre de contrôler le prix de la vente, notamment en ce qui concerne son caractère disproportionné ? En vertu du principe de *juris est* (« c'est de droit »), il n'était pas interdit de tromper son cocontractant par une présentation déformée dès lors que celle-ci pouvait être raisonnablement déjouée par ce cocontractant. On ne pouvait donc pas reprocher à quelqu'un le fait d'avoir tiré pleinement profit du marché. Par conséquent, la sanction du déséquilibre était couverte par cette exigence de bonne foi.

• Introduction de la rescision pour lésion à la fin du III^e siècle

Avec l'arrivée de l'empereur Dioclétien au pouvoir, Rome connut une étatisation massive et un fort dirigisme économique.

Par ailleurs, la petite paysannerie, massivement endettée, connaissait une contrainte économique importante et se retrouvait forcée de vendre à vil prix ses terrains aux grands propriétaires terriens faute de liquidités suffisantes. On retrouve ici une idée de violence économique dans la mesure où quelqu'un tire profit de l'extrême pauvreté de son cocontractant.

Par souci de paix sociale, Dioclétien introduit ainsi la technique de la lésion en droit romain pour répondre à cette situation dramatique. **La vente pouvait donc désormais être annulée dès lors que le vendeur avait été lésé de plus de la moitié du juste prix (*justum pretium*).**

La question du juste prix était une question de pur fait abandonnée à l'appréciation souveraine du juge romain. Aucune définition législative du « *istum pretium* » n'était fournie. Plusieurs méthodes pouvaient être retenues pour déterminer ce juste prix :

- les théologiens moralistes affirmeront que chaque chose a une valeur intrinsèque et renaient une analyse *a posteriori* à mesure du péché commis ;
- servaient également de référentiel le prix d'achat de la matière première et celui du travail fourni pour transformer cette matière première ;

- les juges romains procédaient également à des analyses par comparaison en fonction du marché.

Avec cette procédure introduite par Dioclétien (et figurant dans le Codex de Justinien), les fonctions d'organisation de la procédure et d'instruction au fond se sont retrouvées réunies sur la seule tête du magistrat qui agissait au nom de l'empereur (auparavant, ces deux fonctions étaient respectivement confiées au magistrat et aux jurés).

Question de Jean-Daniel Bretzner : selon quel procédé le juge peut-il évaluer le juste prix ; avait-il, par exemple, recours à des sachants ?

La preuve romaine était libre, les quelques règles dans le *corpus juris* étaient uniquement des conseils offerts à la conscience du juge. Donc oui, il était possible de recourir à des sachants, par exemple.

3. Évolution du concept du « juste prix » jusqu'à son intégration dans le Code Napoléon

• Le concept du « juste prix » au Moyen Âge

Les juristes médiévaux (formés au droit romain) étaient fortement inspirés par la philosophie de la justice. La notion du juste prix était donc très présente dans la philosophie morale du droit canonique. L'Église poussait ainsi à l'extension de la lésion au-delà du cadre posé par Dioclétien.

En théorie, les juristes médiévaux réitéraient sans cesse l'affirmation selon laquelle **tout contrat lésionnaire devait être annulé ou, à tout le moins, faire l'objet d'une compensation pécuniaire.**

En pratique, cette affirmation n'était que très peu respectée dans la mesure où il était possible de **renoncer à la compensation.** Par exemple, une donation ne pouvait être constitutive de lésion, car le donateur était présumé avoir voulu abandonner le surplus au profit de son cocontractant.

• La conception libérale du « juste prix » au XVIII^e siècle

Ce n'est qu'à partir du XVIII^e siècle que le droit français a adopté une **conception libérale du prix : le juste prix n'est rien d'autre que le prix fixé par les parties.**

Or, la rhétorique de la lésion s'appuie sur l'idée que la chose a une valeur objective et mesurable : c'est à partir de cet ancrage dans la réalité que l'on mesure le caractère lésionnaire du prix.

• L'introduction de la lésion par Napoléon Bonaparte dans le Code civil

L'introduction de la lésion dans le Code civil répondait à une exigence de sécurité juridique des transactions.

Il convient de souligner que certains rédacteurs du Code civil n'étaient pas très enclins à intégrer la rescision pour lésion puisqu'ils étaient de fervents défenseurs de la conception libérale du prix. En effet, **l'idée de lésion réintroduit la notion du « juste prix » objectivement mesurable puisqu'il constitue le critère pour apprécier les 7/12^e**. Selon eux, la rescision pour lésion revenait à mélanger droit et morale.

Question de Diego de Lammerville : qu'en est-il de la lésion en matière de contrat de prestation de service ?

À l'époque, on parlait de « contrat de louage ». Un arrêt de la Chambre des requêtes a posé le principe selon lequel la lésion ne pouvait être invoquée en matière de contrat de louage.

ANNEXE 2

LE CONTRÔLE DES HONORAIRES EXCESSIFS PAR LE JUGE

En l'absence de détermination du prix dans un contrat de prestation de service :

■ Nouvel article 1165 du Code civil :

« Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat. »

Lorsque les parties ont fixé le prix avant l'exécution du contrat, la jurisprudence reconnaît au juge le **pouvoir de contrôler les stipulations relatives à la rémunération et de réduire** celle-ci :

■ Cass. civ. 29 janv. 1867, DP 1867. 1. 53 :

« Il appartient aux tribunaux [...] de réduire le salaire convenu, lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu ».

Toutefois, si le client a payé les honoraires en connaissance du travail effectué et après service rendu, le juge ne pourra pas en contrôler le montant (Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1986, n° 85-10.486).

PROFESSIONS	CRITÈRES D'APPRÉCIATION
NOTAIRES	L'article L. 444-1 al. 1 du Code de commerce prévoit des dispositions particulières pour les commissaires-priseurs judiciaires, les greffiers de tribunal de commerce, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les notaires. Pour ces professions, il y a une distinction en fonction du type d'acte : - les actes tarifés : dont le montant est fixé par décret - les actes non tarifés : les honoraires sont fixés librement + conclusion d'une convention d'honoraires. L'éventuel contrôle des honoraires par le juge taxateur n'interviendra que pour des actes non tarifés (Cass. 2^e civ., 26 mars 2015, n° 14-14164).
COMMISSAIRES-PRISEURS JUDICIAIRES	
GREFFIERS DE TRIBUNAL DE COMMERCE	
HUISSIERS DE JUSTICE	Les critères d'appréciation du montant des honoraires librement fixés par ces professionnels sont posés par l'article L. 444-1 al. 3 du Code de commerce. Il s'agit des mêmes critères que pour la fixation des honoraires des avocats : • Situation de fortune du client ; • Difficulté de l'affaire ; • Frais exposés par le professionnel ; • Notoriété du professionnel ; • Diligences accomplies par le professionnel. Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 2011, n° 10-20.107 : « en l'absence d'accord entre l'officier public et son client, le juge du fond a, comme il lui incombait de le faire, fixé les honoraires dus au notaire en fonction du travail effectué dont il a souverainement apprécié l'importance et l'utilité. » CA Amiens, 19 décembre 2019, n° 19/03390 : « Pour évaluer la juste rémunération du notaire doivent être pris en compte toutes les diligences opérées par celui-ci et la durée et la complexité de la mission par rapport à une mission « moyenne », ainsi que la responsabilité que ces diligences peuvent entraîner. »
ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES	
MANDATAIRES JUDICIAIRES	

PROFESSIONS	CRITÈRES D'APPRÉCIATION
MÉDECINS	Médecins concernés par la liberté de fixation de leurs honoraires : - médecins non conventionnés ; - médecins conventionnés secteur 1 lorsqu'ils sont titulaires du droit permanent à dépassement ou lorsqu'ils appliquent un dépassement pour exigence particulière du patient ; - médecins de secteur 2. L'appréciation du montant des honoraires des médecins se fait au moyen du critère du « tact » et de la « mesure ». La jurisprudence en la matière n'a jamais défini d'éléments chiffrés, appréciant cette notion au cas par cas, comme l'a toujours recommandé le Conseil national de l'Ordre des médecins : Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 1992, n° 89-21.970 : <i>« Aucune disposition légale applicable au contrat médical ne fait dépendre dans son principe, le droit du praticien à une rémunération, d'une détermination préalable de celle-ci ; le tribunal d'instance a justement considéré qu'il appartient au juge de déterminer le montant des honoraires dus au praticien, eu égard à l'étendue des services fournis et à sa qualité professionnelle ».</i> L'Ordre des médecins fixe des guidelines en matière de fixation des honoraires du médecin qui découlent de l'obligation de « tact » et de « mesure » imposée par l'article 53 du Code de déontologie des médecins : • Notoriété du praticien pratiquant l'acte ; • Valeur de l'acte : temps passé, complexité de l'examen clinique ou technique. Ainsi, la rémunération pourra être variable selon les actes et les circonstances (par exemple, une première consultation requiert une attention plus importante de la part du médecin qu'une consultation de surveillance) ; • Service rendu : appréciation faite par le médecin en son âme et conscience ; • Capacités financières du patient : le tact et la mesure imposent au médecin de faire preuve de suffisamment de psychologie et de délicatesse pour faire une juste appréciation du niveau social et économique du patient. Le Conseil national de l'Ordre des médecins (voir par exemple : Conseil national de l'Ordre des médecins, Section des assurances sociales, 20 mai 2010, n° 4622) et la jurisprudence font référence plus spécifiquement aux critères de :

PROFESSIONS	CRITÈRES D'APPRÉCIATION
MÉDECINS	• L'information préalable des patients : lorsque les honoraires du médecin ont fait l'objet d'un devis accepté par le patient et que ses tarifs étaient affichés dans son cabinet, le Conseil de l'Ordre ne saurait condamner le médecin pour violation de ses obligations de « tact et mesure » (Conseil national de l'Ordre des médecins, Chambre disciplinaire nationale, 5 mars 2015, n° 12037). • La situation financière particulière du patient ; • La complexité des actes pratiqués : Conseil d'État, 4 / 1 SSR, du 30 juin 1993, 102184 104719 : <i>« Considérant qu'en estimant, après avoir relevé dans sa décision que le docteur X... a réclamé des honoraires qui, dans de nombreux cas ont dépassé le double du tarif conventionnel en vigueur à l'occasion d'actes ne comportant pas d'investigations particulières en matière de diagnostic ni d'actes thérapeutiques longs et délicats, que ce médecin a manqué de mesure ».</i>
EXPERTS JUDICIAIRES	Article 284 du Code de procédure civile : lorsque l'expert dépose son rapport d'expertise, il présente un mémoire précisant ses honoraires et frais d'expertise en vue de leur contrôle par le juge en fonction notamment des éléments suivants : • Diligences accomplies : doivent être prises en compte l'importance et la difficulté des opérations réalisées ; • Respect des délais impartis ; • Qualité du travail fourni ; • Utilité des actes accomplis : ce critère a été dégagé par la jurisprudence : Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000, pourvoi n° 98-18119 : <i>« Que si le magistrat taxateur fixe souverainement le montant des frais et honoraires dus à un expert judiciaire, il n'en doit pas moins motiver sa décision au regard des critères objectifs fixés par la Cour de Cassation en la matière, soit l'utilité des actes accomplis, compte tenu de l'importance et des difficultés des opérations réalisées et du travail fourni ; qu'en se bornant à affirmer, pour justifier la réduction des frais et honoraires dus à l'expert à la somme de 35 000 francs TTC, le caractère "déraisonnable" du temps (285 heures) consacré par lui à sa mission, l'ordonnance n'a pas justifié sa décision au regard des critères objectifs fixés par la Cour de Cassation et, partant, de l'article 284 du nouveau Code de procédure civile ».</i>

PROFESSIONS	CRITÈRES D'APPRÉCIATION
EXPERTS JUDICIAIRES	Cass. civ. 2^e, 4 octobre 2001, n° 98-22691 : <i>« Que, pour fixer à un certain montant les frais et honoraires dus à M. Y., l'ordonnance énonce qu'au vu des pièces communiquées, et notamment du rapport d'expertise, il n'apparaît pas que les opérations diligentées par l'expert justifient que sa rémunération soit fixée à un montant supérieur à celui décidé par l'assemblée générale du 14 novembre 1994 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant fixé à la somme de 2 200 F le barème applicable aux expertises médicales réalisées par un professeur d'université et qu'il y a lieu, en conséquence, de confirmer sur ce point l'ordonnance entreprise ayant fixé à cette somme le montant des frais et honoraires de l'expert en motivant sa décision par les diligences accomplies par celui-ci en fonction de sa mission ;</i> <i>Qu'en statuant ainsi, sans rechercher les diligences accomplies par l'expert judiciaire et sans apprécier personnellement l'importance et la qualité du travail réalisé, le premier président, qui ne pouvait s'en remettre à un barème tarifé, n'a pas donné de base légale à sa décision ».</i>
	La jurisprudence semble, en outre, exiger que le juge prenne en considération le tarif horaire en usage dans la profession : Cass. civ. 2^e, 22 mars 2007, n° 06-11770 : <i>« Que la rémunération de l'expert doit être fixée en considération des tâches qu'il a personnellement accomplies et selon le tarif horaire en usage dans la profession ; que l'ordonnance attaquée, qui ne conteste pas que M. X... a personnellement accompli la totalité des diligences mentionnées dans son décompte, ni leur utilité pour l'accomplissement de sa mission, ni même la qualité de son travail, a néanmoins estimé que ce tarif horaire n'était pas applicable à des tâches que l'expert aurait pu confier à des personnes moins qualifiées ; qu'en statuant de la sorte le magistrat délégué par le premier président a violé les articles 233 et 284 du nouveau Code de procédure civile ;</i> <i>Qu'en s'abstenant de mentionner le nombre d'heures consacrées par M. X... à des tâches qui auraient pu être confiées à des personnes moins qualifiées et de préciser à quel tarif elles devaient être rémunérées, le magistrat délégué par le premier président a entaché sa décision d'un défaut de base légale ».</i>

PROFESSIONS	CRITÈRES D'APPRÉCIATION
EXPERTS-COMPTABLES	L'expert-comptable est libre de fixer ses honoraires, mais doit faire état de leur montant et de leur calcul dans la lettre de mission. L'article 158 du décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable retient les critères suivants pour l'appréciation du montant des honoraires de l'expert-comptable : • Importance des diligences à mettre en œuvre ; • Difficulté du cas à traiter ; • Frais exposés ; • Notoriété de l'expert-comptable. Ces critères ne sont pas limitatifs, la jurisprudence de la Cour de cassation s'appuyant également sur : • Les travaux antérieurs de l'expert qui facilitent son traitement du dossier : Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-22.882 : <i>« Mais attendu qu'ayant relevé que l'expert-comptable avait déjà une connaissance de la situation comptable et financière de la fondation en raison des expertises précédemment réalisées, et constaté qu'il ne justifiait pas du dépassement de plus de 30 % du temps de travail initialement annoncé ».</i> <u>Exemple :</u> Jugement TGI de Nanterre, 9 novembre 2015, n° 15/01666 : • Appréciation du taux appliqué en fonction de la teneur des travaux à accomplir : <i>« l'application d'un taux horaire journalier unique, alors que les travaux d'exécution technique ont été effectués sous la supervision d'un expert-comptable, n'est pas en soi critiquable ».</i> • Appréciation des taux habituellement pratiqués pour ce type d'expertise : <i>« Or, il apparaît qu'au regard des tarifs habituellement pratiqués pour ce type d'expertise comptable, le taux journalier de 1 290 euros HT par jour de mission, tel qu'indiqué dans la lettre de mission, ne paraît pas excessif. »</i> • Appréciation du temps passé en fonction des missions de l'expert et notamment de la difficulté et de l'ampleur des travaux : <i>« Sur le contenu de la mission, il n'est pas, non plus, démontré que le nombre de jours facturés par l'expert, à savoir 13,5 jours selon l'estimation de la lettre de mission, soit excessif au regard de la difficulté et de l'ampleur des travaux réalisés ; qu'en effet, il ne peut être reproché à l'expert d'avoir commenté les comptes et les documents produits par l'employeur alors que, précisément, sa mission consiste notamment à présenter les informations de manière pédagogique et accessible au comité d'entreprise et de permettre la compréhension des comptes par les élus. »</i>

PROFESSIONS	CRITÈRES D'APPRÉCIATION
MANDATAIRES (contrat de mandat) : par exemple : - agents immobiliers - agents d'affaires - architectes - conseils en organisation, en gestion, etc.	La jurisprudence en matière de contrat de mandat retient que le juge a le pouvoir de réduire les honoraires du mandataire s'il estime que ceux-ci sont hors de proportion avec les diligences et les services rendus. Dès lors, il s'agit davantage d'une appréciation de la rémunération au regard du résultat contractuel que le mandataire doit atteindre. Cass. com. 23 janv. 1962, n° Bull. civ. III, n° 52. : <i>« Mais attendu, d'une part, que si le mandat, gratuit par nature, peut être rémunéré, l'arrêt rappelle exactement que le salaire du mandataire pourra être réduit s'il est hors de proportion avec les diligences faites et les services rendus et si le mandant n'a pas été parfaitement informé « tant de l'importance du service que de la valeur de la rémunération accordée. »</i> Cass. com. 9 mars 1976, n° 74-15.193 : les tribunaux ont le pouvoir de contrôler le caractère excessif de la rémunération contractuellement prévue d'un mandataire et d'en réduire le montant : <i>« Qu'elle [la cour d'appel] n'a fait ainsi qu'user du pouvoir souverain reconnu aux juges du fond de déterminer le salaire dû à un intermédiaire en tenant compte des circonstances de la cause et des services rendus et de réduire, le cas échéant, la rémunération qui avait été contractuellement prévue. »</i> Cass. com. 2 mars 1993, n° 90-20.289 : <i>« Mais attendu qu'ayant relevé que le rapport d'expertise avait mis en évidence la mauvaise qualité de la prestation de la société CFCL et que les honoraires réclamés étaient disproportionnés au regard de la petite taille de l'entreprise, la cour d'appel a souverainement considéré, sans violer aucun des textes visés au moyen, que les sommes déjà versées rémunéraient suffisamment les travaux effectués ».</i>

TEXTES LÉGAUX

■ Article 720 du CPC :

« Les contestations relatives aux honoraires des auxiliaires de justice ou des officiers publics ou ministériels dont le mode de calcul n'est pas déterminé par une disposition réglementaire demeurent soumises aux règles qui leur sont propres. »

■ Article 721 du CPC :

« Dans le cas de l'article 720, le juge statue suivant la nature et l'importance des activités de l'auxiliaire de justice ou de l'officier public ou ministériel, les difficultés qu'elles ont présentées et la responsabilité qu'elles peuvent entraîner. Il mentionne, s'il y a lieu, les sommes déjà perçues soit à titre de provision, soit à titre de frais ou d'honoraires. »

■ Article L. 444-1 al. 3 du Code de commerce :

« Sont régis par le présent titre les tarifs réglementés applicables aux prestations des commissaires-priseurs judiciaires, des greffiers de tribunal de commerce, des huissiers de justice, des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires et des notaires. Sont également régis par le présent titre les droits et émoluments de l'avocat en matière de saisie immobilière, de partage, de licitation et de sûretés judiciaires mentionnés à l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

[...]

Sauf disposition contraire, les prestations que les professionnels mentionnés au premier alinéa du présent article accomplissent en concurrence avec celles, non soumises à un tarif, d'autres professionnels ne sont pas soumises à un tarif réglementé. Les honoraires rémunérant ces prestations tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par les professionnels concernés, de leur notoriété et des diligences de ceux-ci. Les professionnels concernés concluent par écrit avec leur client une convention d'honoraires, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés. »

■ Article 53 du Code de déontologie des médecins (art. R. 4127-53 du Code de la santé publique) :

« Les honoraires du médecin doivent être déterminés avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières.

Ils ne peuvent être réclamés qu'à l'occasion d'actes réellement effectués même s'ils relèvent de la télémedecine.

Le simple avis ou conseil dispensé à un patient par téléphone ou par correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire.

Un médecin doit répondre à toute demande d'information préalable et d'explications sur ses honoraires ou le coût d'un traitement. Il ne peut refuser un acquit des sommes perçues.

Aucun mode particulier de règlement ne peut être imposé aux malades. »

■ **Article 284 du Code de procédure civile :**

« Dès le dépôt du rapport, le juge fixe la rémunération de l'expert en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité de travail fourni.

Il autorise l'expert à se faire remettre jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe. Il ordonne, selon le cas, soit le versement de sommes complémentaires dues à l'expert en indiquant la ou les parties qui en ont la charge, soit la restitution des sommes consignées en excédent.

Lorsque le juge envisage de fixer la rémunération de l'expert à un montant inférieur au montant demandé, il doit au préalable inviter l'expert à formuler ses observations.

Le juge délivre à l'expert un titre exécutoire. »

■ **Article 158 du décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 :**

« Les honoraires sont fixés librement entre le client et les experts-comptables en fonction de l'importance des diligences à mettre en œuvre, de la difficulté des cas à traiter, des frais exposés ainsi que de la notoriété de l'expert-comptable. »

OUVRAGES

- **ASUNCION DE LA PLANES**, Karine, *La réfaction du contrat*, préf. Y. Picod, LGDJ 2006
- **BAKOUCHE**, David, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ 2005
- **CANIVET**, Guy (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence, Rapport du Club des juristes*, janvier 2018
- **CAPITANT** Henri ; **CHENEDE**, François ; **LEQUETTE**, Yves et al., *Les grands arrêts de la Jurisprudence civile*, t. 2, 13^e éd., Dalloz 2015
- **CHANTEPIE**, Gaël, *La lésion*, préf. G. Viney, LGDJ 2006
- **CHONE-GRIMALDI**, Anne-Sophie, *Seuil de revente à perte et encadrement des promotions*, L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence 2019 - n° 02 - p. 1
- **DESHAYES**, Olivier ; **GENICON** Thomas ; **LAITHIER**, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, Lexis Nexis 2018, p. 478
- **DISSAUX**, Nicolas, *La qualification d'intermédiaires dans les relations contractuelles*, préf. C. Jamin, LGDJ 2007
- **HUET**, Jérôme (dir.), *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ 2012
- **MOLINA**, Léa., *La prérogative contractuelle*, Thèse Paris 1, dir. L. Aynès, 2020 n° 452 s.
- **PINDYCK** Robert, **RUBINFELD** Daniel, **SOLLOGOUB** Michel et al., *Microéconomie*, 6^e éd. Pearson, chap. 7
- **PORTALIS**, Jean-Étienne-Marie, *Exposé des motifs du titre relatif à la vente*, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par P. A. Fenet, tome 14, 1836, p. 140-141
- **PUIG**, Pascal, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Dalloz
- **PUIG**, Pascal, *Le prix dans les contrats de prestation de service*, in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, PUAM 2017, p. 57
- **STOFFEL-MUNCK**, Philippe, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, LGDJ 2000
- **THIBIERGE**, Louis, *Le juste prix*, in *Mélanges L. Aynès*, LGDJ, p. 483
- **TURGOT**, Anne-Robert-Jacques, *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses*, paru in *Ephémérides du citoyen ou Bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, 1769, t. XII, pp. 34-35

ENCYCLOPÉDIES

- *Avocat*, in Dictionnaire Permanent Droit des affaires, Éditions Législatives
- *Fasc. 561 Abus de position dominante Notion d'abus en droit communautaire*, in Juriscl. Concurrence-consommation, Lexis Nexis

ARTICLES DE REVUE

- **CABRILLAC, Michel** et **TEYSSIE, Bernard**, *Prêt. Absence de mention du taux effectif global, nullité de la stipulation d'intérêt ; cours des intérêts légaux*, RTD com. 1981.809
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Le séisme tranquille du « Rapport Hagelsteen » - À propos de la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, RLC 2008/15, n° 1073
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, **GOUACHE, Jean Baptiste**, *Actualité du droit de la franchise 2020*, Cont. Conc. Conso n° 2, Février 2021, étude 3, n° 18 et s.
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *La rentabilité de panneaux photovoltaïques n'est prise en compte que si elle est entrée dans le champ contractuel*, JCP E n° 3, 21 janvier 2021, 1024
- **CHAGNY, Muriel**, *Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ?*, Contrats, conc. consom. 2008, alerte 70
- **CHAGNY, Muriel**, *De quelques enseignements relatifs à l'action exercée par le ministre de l'Économie*, RTD com. 2017.606
- **CHENEDE, François**, *Napoléon Bonaparte, lésion et violence*, RDC 2014.527, p. 530.
- **CHENEDE, François**, *La réduction du prix*, RDC 2017.571
- **DEBRE, Jean-Louis**, *Liberté d'entreprendre et droit de la concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in À quoi sert la concurrence ? Compétitivité, innovation, emploi, relance 100 personnalités répondent, p. 673 et s.
- **DECOCQ, George**, *Les entreprises publiques et le prix prédateur*, Contrats Concurrence Consommation, n° 8, 8 août 2008 comm. 21
- **GOUACHE, J.-B.** ; **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Actualité du droit de la franchise 2020*, Cont. conc. conso. n° 2, Févr. 2021, étude 3
- **GHESTIN, Jacques** ; **LABARTHE, Françoise**, *Observations générales*, in

Observations sur le projet de réforme du droit des obligations, LPA, n° spéc., 3-4 septembre 2015, n° 176-177, p. 17 s., spéc., p. 38-41.

■ **JOUARY, Philippe**, *La lésion dans le Code civil de 1804 : étude sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil*, Droits, n° 41, 2005, PUF, p. 103.

■ **LE GAC-PECH, Sophie**, *L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion*, JCP E, 9/3/2017 p. 36-41

■ **MATHEY, Nicolas**, *Contrôle judiciaire des réductions de prix*, CCC 1/4/2017 p. 24-28

■ **NOBLOT, Cyril**, *L'opposition des activités matérielles et intellectuelles en droit privé*, JCP 2010.69

■ **RASANDRATANA, David**, *Essai d'une analyse économique de la notion de contrepartie en droit des contrats*, RTD Com. 2021 p. 1

■ **SAINTE-ROSE, Jerry**, *Avocats : révision judiciaire des honoraires conventionnels*, JCP G 1998.II.10115

■ **SEE, Arnaud**, *Liberté d'entreprendre : Le Conseil constitutionnel mobilise la liberté d'entreprendre pour protéger la libre concurrence*, 23 mai 2013, Revue Concurrences n° 4-2013, Art. n° 59392, p. 177

■ **STOFFEL-MUNCK, Philippe**, *La révision du contrat par l'arbitre*, Rev. de l'arbitrage 2017, p. 51

■ **STOFFEL-MUNCK, Philippe**, *Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens*, RDC 2018, hors-série, p. 52

NOTES SOUS ARRÊT

■ *Avocat (honoraires) : complément de diligence en cas d'aide juridictionnelle partielle* – Cour de cassation, 2^e civ. 6 juillet 2017 – D. 2017. 1478

■ **BECQUE, Émile**, *Vente – Promesse de vente. Fixation du prix par un tiers. Nullité en l'absence d'accord des parties sur la désignation du tiers*, obs. sous Cass. civ., 25 avril 1952, JCP 1952.II.7181

■ **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Du TAC de Système U à la singularisation d'ITM*, obs. sous CA Paris, 20 déc. 2006, n° 05/24361, Rev. Lamy de la concurrence n° 11, 1^{er} avril 2007

■ **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit ? »*, obs. sous T. com. Lille, 6 janv. 2010, RLC 2010/23, n° 1584

- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Le réveil de la belle au bois dormant : à propos de l'abus dans la fixation du prix*, obs. sous Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, RDC 2015.293
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif*, obs. sous Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28013, Carrefour c/ min. Éco, RDC 2017, n° 01, p. 81
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales*, obs. sous l'arrêt Galec, Cass. com. 25 janvier 2017, J.C.P. G. 2017, n° 10, 6 mars 2017, doctr. 255
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce par la règle specialia generalibus derogant*, obs. sous Cass. com., 11 mai 2017, n° 14-29.717, JCP G n° 27, 3 juillet 2017, 763 14
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Les fournisseurs non soumis à la grande distribution existent*, obs. sous CA Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879, RDC 2018 - n° 02 - page 224
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *La condition de soumission à un déséquilibre significatif : « le ministre contre-attaque »*, obs. sous CA Paris, 5-4, 16 mai 2018, n° 17/11187, Système U c/ ministre de l'Économie, LEDICO sept. 2018, n° 8, p. 5
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Le Conseil constitutionnel instaure un contrôle des prix à la française*, obs. sous Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, JCP G n° 51, 17 décembre 2018, 1346
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question*, obs. sous Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12823, RDC 2020, n° 01, p. 39
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Quand un grand distributeur est victime d'un abus de position dominante de son fournisseur*, LEDICO, mars 2020, n° 03, p. 2
- **BEHAR-TOUCHAIS, Martine**, *Absence de soumission d'un distributeur agréé en position de force à l'égard de la tête de réseau*, obs. sous CA Paris, 5-4, 6 nov. 2019, n° 18/03352, LEDICO, sept. 2020, n° 08, p. 2
- **BOIZARD, Martine**, *Prêt d'argent, Intérêts*, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1981, D. 1982, jur., 397
- **BUY, Frédéric**, *La Cour de cassation juge que l'article L. 442-6 I 2° C.com permet au juge de contrôler les prix et approuve la cour d'appel de Paris d'avoir jugé qu'une clause de réduction de prix créait un déséquilibre significatif*, Concurrences 1/5/2017 p. 115-116

- **CHONE-GRIMALDI, Anne-Sophie**, *L'abus dans la fixation du prix dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement*, JCP G 2014.1310
- **CORNU Gérard**, obs. sous Cass. 3^e civ., 3 octobre 1968, Bull. civ. III, n° 356, RTDC 1969.351
- **DISSAUX, Nicolas**, *La facture a horreur du vide*, obs. sous Cass. 2^e civ., 6 juillet 2007, n° 16-19354, D.2017.1969
- **DISSAUX, Nicolas**, *L'erreur sur la rentabilité en matière de franchise : fin de partie ?*, obs. sous Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15.249, JCP E 2020 n° 45, 5 novembre 2020, 1443
- **ERESEO, Nicolas**, *Déséquilibre significatif : la Cour de cassation enterme la libre négociabilité des prix*, Lettre de la distribution février 2017 p. 1 et s.
- **ERESEO, Nicolas**, *Déséquilibre significatif et disproportion manifeste : même combat !*, obs. sous Paris, 13 sept. 2017, n°15/24117, Lettre distr. nov. 2017
- **GAUTIER, Pierre-Yves**, *De quelques considérations teintées d'inquiétude sur la dispense de prix préalablement déterminé, dans tous les contrats d'entreprise*, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 novembre 1993, n° 91-18650, RTD civ. 1994. 631
- **GHESTIN, Jacques**, *De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif*, D.2015.183
- **GRALL, Jean-Christophe ; MALLEN, Guillaume**, *La Cour de cassation confirme que le déséquilibre significatif peut justifier la modification par le juge du prix convenu par les parties*, RL concurrence, 1/5/2017, p. 32-38
- **GRIMALDI, Cyril**, *L'absence de contrepartie aux réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur à l'occasion de la négociation commerciale : une nouvelle pratique restrictive de concurrence*, obs. sous Cass. com. 25 janvier 2017, Revue des contrats 2017, n° 03, p. 470
- **GRIMALDI, Cyril**, *Le contrôle du prix dans les contrats de distribution : contrôle de l'évolution ou du niveau des prix ?*, obs. sous Cons. const., 30 oct. 2018, n° 2018-749 QPC, LEDICO, janvier 2019, n° 01, p. 4
- **HAMELIN, Jean-François**, *Admissibilité de l'erreur sur la rentabilité et informations fournies par le franchiseur*, obs. sous Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15249, LEDC, septembre 2020, p. 3
- **LEVENEUR, Laurent**, *Cass. com. 29 janvier 1991 – Commentaires*, JCP 1991.II.21751

- **LEVENEUR, Laurent**, *Louage d'ouvrage – Fixation judiciaire de la rémunération en l'absence d'accord préalable des parties*, obs. sous Cass. com, 24 novembre 1993, Contrats, conc., consom. 1994, comm. 20
- **LEVENEUR, Laurent**, *Le commissaire-priseur doit-il rémunérer l'expert auquel il demande des expertises*, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, n° 96-10-718, Contrats, conc., consom. 1998, comm. 127
- **LEVENEUR, Laurent**, *Prix payable à terme : quel taux et quel fondement pour les intérêts de retard ?*, Contrats, conc., consom. Oct. 2001, p. 134
- **LIBCHABER, Rémy**, *Chronique de jurisprudence*, obs. sous Cass. 2^e civ., 31 mai 2001, n° 99-16198, Defrénois 2001.1434
- **LIBCHABER, Rémy**, *Du refus de la fixation du loyer par les juges du fond*, obs. sous Cass. 3^e civ., 8 février 2006, 05-10.724, n° 05-10724 ; Bull. civ. III, n° 25 ; Defrénois 2006 n°15, p. 1236
- **MALAURIE-VIGNAL, Marie**, *L'action du ministre de l'Économie fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce n'est pas une action pénale*, obs. sous CA Nîmes, 25 févr. 2010, min. Éco. c/ Carrefour, n° 07/606, Cont. conc. Conso. n° 6, juin 2010, comm. 153
- **MALAURIE-VIGNAL, Marie**, *L'erreur sur la rentabilité à nouveau devant la Cour de cassation*, Cont. conc. conso. n° 10, octobre 2020, comm. 138
- **MESTRE, Jacques**, *La détermination du prix... ou l'histoire d'une liberté largement – mais pas totalement – conquise*, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, n° 96-13414, RTD civ. 1998. 898
- **REMY, Philippe**, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1981, n° 80-12903, RTDC 1982.429
- **REMY, Philippe**, *Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du Code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage*, obs. sous Cass. com., 26 juin 1990, n° 88-14444, RTD civ. 1991. 356
- **STOFFEL-MUNCK, Philippe**, *Vers une modification de la jurisprudence sur la réduction des honoraires excessifs ?*, obs. sous Cass. 2^e civ., 6 juillet 2007, n° 16-19354, RDC 2018.23
- **STOFFEL-MUNCK, Philippe**, *L'abus dans la fixation unilatérale du prix*, obs. sous Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14026, RDC 2015.233
- **VASSEUR, Michel**, *Prêt à intérêt*, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1981, JCP G 1982.II.19713
- **VIANDIER, Alain**, *EXPERTS-COMPTABLES ET COMPTABLES AGRÉÉS. – Rémunération. Pouvoirs du juge. Révisions d'honoraires. Constatations nécessaires. Réduction des honoraires (oui)*, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1986, JCP G n° 20, 13 mai 1987, II 20791

SOURCES GOUVERNEMENTALES OU D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

- Assemblée nationale, CHARIÉ, Jean-Paul, *Rapport n° 908 fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie* (n° 842), 22 mai 2008
- Assemblée nationale, *Commission des affaires économiques, Compte rendu n° 81, Présidence de M. Roland Lescure*, 30 septembre 2020
- Circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (NOR : ECOC0300050C)
- Commission européenne, *XXIV^e rapport sur la politique de concurrence*, 1994
- Commission européenne, *Recommandation de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques*, publiée au JOUE L 295 du 11 octobre 2014
- Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, *Transparence et pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'activité contentieuse pénale – Année 2007*
- Direction générale des finances publiques, *Les prix de transfert, Guide à l'usage des PME*, novembre 2006
- Ministère de l'Économie et des Finances, *Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*, 25 avril 2019
- Ministère de la Justice, *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, Document de travail, 23 octobre 2013
- OCDE, *Excessive prices*, DAP/COMP/W2, octobre 2011
- Sénat, BETEILLE Laurent, LAMURE Élisabeth, MARINI Philippe, *Rapport n° 413 (2007-2008) fait au nom de la commission spéciale*, 24 juin 2008
- UK Office of Fair Trade, *Assessment of Conduct: Draft competition law guideline for consultation*, avril 2004, pp. 7- 8.

COMPOSITION DE LA COMMISSION

■ PRÉSIDENT :

Maurice Nussenbaum, Expert financier, associé fondateur et président de Sorgem Évaluation, Professeur émérite de l'université Paris-Dauphine-PSL

■ RAPPORTEUR

Diego de Lammerville, Avocat Associé, Clifford Chance

■ CONTRIBUTEURS

Martine Behar-Touchais, Professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne

Blanche Feauveaux, Expert financier Associé, Sorgem Évaluation

Olivier Fréget, Avocat Associé, Fréget & Associés Avocats

Diego de Lammerville, Avocat Associé, Clifford Chance

Irène Luc, Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, Ancienne Présidente de chambre à la cour d'appel de Paris et Ancienne Professeure associée à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Maurice Nussenbaum, Expert financier, associé fondateur et président de Sorgem Évaluation, Professeur émérite de l'université Paris-Dauphine-PSL

Philippe Stoffel Munck, Professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne

Laura Terdjman, Avocat Counsel, Clifford Chance

Nicolas Warembourg, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne

■ MEMBRES :

Martine Behar-Touchais, Professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne

Jean-Daniel Bretzner, Avocat Associé, Bredin Prat

Odile de Brosses, Directrice juridique de l'Association française des entreprises privées

Blanche Feauveaux, Expert financier Associé, Sorgem Évaluation

Olivier Fréget, Avocat Associé, Fréget & Associés Avocats

Diego de Lammerville, Avocat Associé, Clifford Chance

Irène Luc, Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence,
Ancienne Présidente de chambre à la cour d'appel de Paris et
Ancienne Professeure associée à l'université de Versailles-Saint-
Quentin-en-Yvelines

Maurice Nussenbaum, Expert financier Associé, Sorgem Évaluation

Philippe Stoffel Munck, Professeur à l'Université de Paris 1
Panthéon Sorbonne

Laura Terdjman, Avocat Counsel, Clifford Chance

Nicolas Warembourg, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon
Sorbonne

■ AVEC LA PARTICIPATION DE

Irène Grialou, Élève-avocat, Clifford Chance

Claire Havet, Avocat, Reinhart Marville Torre

Pauline Maret, Expert financier, Sorgem Évaluation





4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél.: 01 53 63 40 04

leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR

