

## VA-T-ON VERS UNE ACCEPTION UNITAIRE DE L'ABUS DANS LA FIXATION DU PRIX ?

Par Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE  
Professeur à l'Université Paris-Dauphine  
Directeur de l'Institut de droit  
économique, fiscal et social

Il paraît très difficile de savoir actuellement si le droit positif va vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix. Unitaire au sens où l'on parlerait toujours de la même chose, lorsqu'on prend la perspective de telle ou telle branche du droit parce qu'il existerait des correspondances entre les différentes définitions de l'abus en matière de prix. Mais il n'est pas aisé de dire si le droit y tend. Pour être tout à fait honnête, on ne sait même guère où l'on va. L'éventail de conceptions disponibles, que l'on vient de déployer (1), a de quoi faire tourner la tête... Il faut pourtant arriver à une définition, en dehors de la quiétude intellectuelle que suppose toute mise en catégorie réussie, car il s'agit d'une notion de droit, que la Cour de cassation contrôlera. C'est même un motif essentiel de l'adoption par l'Assemblée plénière d'une référence à l'abus plutôt qu'à la bonne foi.

Mais la rédaction des arrêts n'est pas explicite. Il en résulte une impression de page blanche — impression qui est certes toujours une illusion, comme nous l'a montrée cette plongée dans l'histoire — ou, plus péjorativement, de page déjà barbouillée en tout sens. Cela tient beaucoup au fait que la doctrine, qui a écrit au quart de tour, n'a pas donné une interprétation uniforme des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, n'a pas fourni une définition de ce qu'il conviendrait d'évidence d'estimer comme constitutif d'abus dans la fixation du prix. À cela, elle a été encouragée, voire appelée, par des conclusions dans laquelle l'on peut puiser des arguments dans toutes les directions possibles. Nous possédons en conséquence une palette d'opinions doctrinales.

intérêts des parties en présence" et achève son commentaire par une référence à Ripert, évoquant le rôle de la morale en droit.

● Le professeur Laurent Leveneur (3) relève que la nouvelle jurisprudence présente une part importante d'incertitude et souligne que la notion d'abus dans la fixation du prix présente un risque certain d'insécurité juridique et de contentieux judiciaire.

● Le professeur Alain Couret (4), se référant à l'abus dans la fixation du prix, estime que "le visa de l'article 1134 donne son fondement à cette affirmation : les conventions devant être exécutées de bonne foi". Il relève qu'"en même temps est visé l'article 1135, c'est-à-dire les suites que l'équité attache au contrat". Mais ajoute que "la définition de l'abus ne sera pas sans doute chose aisée..." observant que cette recherche d'une sanction adéquate intervient alors que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 est de nouveau en chantier, en ce qui concerne l'abus de dépendance économique et les prix abusivement bas.

● Le professeur Alain Aynès (5) pose qu'il s'agit pour le juge "d'exercer un pouvoir de contrôle, permettant de déjouer l'exécution contractuelle déloyale". En cela, "la découverte d'un prix idéal, conforme aux exigences de la loyauté contractuelle, n'est qu'une étape dans l'appréciation de la conduite du fournisseur". Mais "l'objet du contrôle judiciaire n'est pas... d'imposer le retour à un "juste prix" ou à un prix "objectif". Car "de multiples raisons légitimes peuvent justifier un écart par rapport au prix dit "objectif".

### Interprétations

Dans cet arc-en-ciel et en cherchant à ne pas trahir leurs auteurs, on peut recenser les interprétations plus spécifiquement fournies dans les commentaires de la jurisprudence :

● Maître Patrick de Fontbressin (2) — évoque le "souci de l'équilibre des conventions et de l'égle sauvegarde des



1. Ch. Jamin, *cet atelier*, supra.
2. *Gaz. Pal.* du 8 décembre 1995.
3. *Contrat, concurrence, consommation* 1996.
4. *Droit et patrimoine* 1996, p. 48 s., spéc. p. 50-51.
5. *D.* 1996, p. 20.
6. *JCP* 1996, II, 22565, n° 32 s.

● Le professeur Jacques Ghestin (6) estime que la " notion d'abus mise en œuvre par l'Assemblée plénière est clairement la notion civile d'abus de droit qui suppose l'existence d'un droit subjectif, en l'espèce, celui, résultant du contrat, de fixer unilatéralement le prix ". Évoquant la possibilité de se référer plutôt à un abus d'exclusivité, l'auteur estime qu'il n'a pas été retenu car il se serait agi d'un rattachement " de la solution au droit de la concurrence alors que l'Assemblée plénière entendait clairement la maintenir sur le terrain du droit civil classique de l'abus de droit ". Mais " le droit de la concurrence pourra... jouer un rôle complémentaire par rapport au droit civil ". L'auteur rapproche ensuite l'abus de droit de l'hypothèse de mauvaise foi et de déloyauté en matière contractuelle (7). Pour l'apprécier, il faudrait se référer concrètement aux motifs réels qui ont inspiré la fixation du prix. En outre, " la référence aux bonnes pratiques contractuelles peut également passer par une réflexion objective au prix du marché ". En cela, on se rapproche du droit de la concurrence.

● Le professeur Anne Laude (8) relève que " le contractant qui fixe un prix abusif commet une faute " et précise plus loin que " ce qui est donc constitutif d'une faute, c'est l'abus d'un rapport d'exclusivité commis par la partie qui fixe unilatéralement le prix lors de l'exécution du contrat ". Puis, se référant à la jurisprudence précédente, elle relève que " en abandonnant la référence faite par la jurisprudence *Alcatel* à la notion de profits illégitimes, la Cour de cassation élargit, nous semble-t-il, les critères d'appréciation de l'abus. En effet, sera désormais susceptible d'être sanctionné l'abus subjectif, c'est-à-dire celui qui sera caractérisé par référence aux clauses du contrat, à l'intérêt des deux partenaires, voire à leur intérêt commun, mais aussi le prix excessif au regard des pratiques de la profession, du prix raisonnable de la chose c'est-à-dire par rapport au prix moyen du marché ".

● Les professeurs Dominique Bureau et Nicolas Molfessis (9) relèvent que le critère de l'abus devient, " à côté de celui de la bonne foi ", l'instrument du contrôle judiciaire. Remarquant que " la chasse à l'abus manifeste cette quête de l'équilibre contractuel ", ils soulignent que le droit civil se façonne ainsi en perspective du droit de la consommation et du droit de la concurrence. La définition serait alors " la fixation inéquitable d'un prix par le contractant en mesure de le déterminer, forme d'arbitraire qui se manifestera toutes les fois que le contractant choisira de fixer le prix uniquement en fonction de ses propres intérêts et au détriment de ceux de son partenaire ". Quant aux critères de l'abus, ils estiment que " ce n'est donc pas l'intention de nuire qui caractérise l'abus car le contractant qui fixe le prix pensera à lui, avant de souhaiter porter préjudice à son contractant... Aussi faut-il préférer une approche téléologique de l'abus, chère à Josserand... ".

● J'avais estimé pour ma part (10) que l'abus dans la fixation du prix ne pouvait consister dans le constat autonome d'une déloyauté, car la déloyauté s'observe dans la façon de faire, la façon de négocier et de fixer ensemble un prix, alors qu'il est très difficilement concevable de contrôler une loyauté dans la fixation unilatérale d'un prix, résultant d'une décision sans préalable. La référence implicite au prix lésionnaire m'a paru constituer une interprétation raisonnable de l'arrêt, étant observé qu'il ne s'agirait pas de mesurer le " juste prix ", mais d'admettre, par l'observation d'un décalage manifeste, la rupture de correspondance élémentaire entre l'objet et son prix.

● Monsieur Jean Calvo (11) — et ce commentaire est ici particulièrement intéressant car il est critique, voire virulent —, observe qu'" en donnant cette prééminence au principe de bonne foi ", et par incidence au principe " pacta sunt servanda ", l'on peut se demander si la Cour de cassation n'a pas introduit en droit français la notion de " *reasonable* " que les praticiens du droit international connaissent bien, tant elle est fréquente dans les contrats internationaux d'inspiration anglo-saxonne. La difficulté est que cette notion de " *reasonable* " est transposée dans un système de droit qui leur est étranger... ". L'auteur critique la jurisprudence nouvelle car cette notion d'abus dans la fixation du prix " fortement inspirée par les théories de l'abus de droit en matière civile et fiscale ", est contraire à la liberté de fixation contractuelle des prix et se révélera non maîtrisable : le contrôle de l'abus supposera le contrôle des coûts et il sera encore plus difficile de déterminer l'abus que de repérer l'indétermination. Enfin, l'auteur, évoquant des juges qui deviendraient " les grands régulateurs de l'économie ", dans un " subjectivisme extrêmement contestable ", en exprime la crainte " d'autant plus que la notion " d'abus de droit " est des plus indéterminée ".

Voilà désormais où va se nicher l'indétermination : de l'indétermination dans le prix à l'indétermination dans l'abus... La doctrine s'égaré-t-elle ? Qui est pris qui croyait prendre ? Il est au contraire très satisfaisant de profiter d'un tel florilège d'opinions en retour à ce que l'on a appelé la " brassée d'arrêts " (12). Elle se contente de balayer les champs du possible puisqu'aucune définition de l'abus dans la fixation du prix n'est donnée, même en creux, dans les arrêts. Sont-ils des blancs-seings pour autant ? C'est en tout cas le même laconisme que l'on observe dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 12 janvier 1996 (13). On sait donc ce qui n'est plus — la théorie prétorienne de l'indétermination du prix — mais on ne sait guère ce qu'il en est aujourd'hui : l'abus dans la fixation du prix paraît donc une notion " aventureuse ", au sens plein du qualificatif.

Néanmoins, peut-on raisonnablement proposer la définition qui nous chante, celle qui nous plaît le plus, celle qui est la plus belle ou la plus simple ? On peut poser au contraire que des contraintes existent, dans cet exercice de libre recherche scientifique, sous la forme de trois souhaits contraignants.

① Le premier consiste à souhaiter que le droit civil et le droit de la concurrence ne fassent pas sécession l'un par rapport à l'autre.

② Le deuxième, plus politique, consiste à souhaiter que le juge, par un mouvement de balancier incontrôlable, ne devienne pas le maître du prix, après en avoir été l'esclave.



7. *V. spéc.*, n° 42 s.

8. *D. Affaires* 1996, p. 1 s.

9. *Les petites Affiches* du 27 décembre 1995, p. 19.

10. *RJDA* 1996, p. 3 s.

11. *Les petites Affiches* du 17 janvier 1996.

12. *A. Couret, préc.* p. 48.

13. *D.* 1996, IR.

⊕ Le troisième, simplement raisonnable, consiste à souhaiter que la porte du contentieux ne s'ouvre pas trop largement mais ne se ferme pas trop sévèrement non plus. Si l'on veut admettre ces contraintes qui sont légitimes, il en ressort que certaines définitions du prix doivent déjà être délaissées, notamment sans doute celles qui se réfèrent exclusivement à l'équité ou à la loyauté.

Une fois ces perspectives refermées, on peut alors chercher la définition la plus harmonieuse possible, la plus unitaire possible, de l'abus dans la fixation du prix, en ménageant donc une analogie minimale entre cette situation et des qualificatifs techniques issus du droit de la concurrence, tels que prix inéquitables, prix prédateurs, prix anormalement bas.

À l'évocation de ces notions si nouvelles, dans leur terminologie, voire dans leur contenu, et la dernière n'est pas même encore de droit positif, ressortent alors des notions classiques, telle que la lésion ou l'imprévision.

## Les contraintes guidant la définition de l'abus dans la fixation du prix

La seule contrainte à la pertinence de toutes propositions interprétatives tient dans le système juridique. D'une part, il faut que le système juridique garde dans son évolution sa cohérence et d'autre part, il faut que le pouvoir de contrôle qui en résulte pour le juge engendre un contentieux dont l'ampleur soit raisonnable.

### □ *L'exclusion systémique d'une opposition entre le droit civil et le droit de la concurrence*

● Tout d'abord, il faut que le droit civil – cadre général dans lequel se situent les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 – et le droit de la concurrence – cadre particulier dans lequel se situent les discussions actuellement en cours devant le Parlement à propos du prix anormalement bas – ne partent pas dans des directions opposées. Parce que l'un et l'autre connaissent des mécanismes contractuels, ont le pouvoir d'y attacher des effets.

● Or l'intérêt que le droit de la concurrence porte au prix, et la perspective d'un dispositif spécial pour les prix anormalement bas, accroît la tension au sein d'un système juridique menacé d'éclatement. En effet, il existe une sorte de force centrifuge qui éloigne le droit de la concurrence de toutes les autres branches classiques du droit par l'attraction qu'il subit lui-même par rapport à la science économique. Or, il faut que le droit de la concurrence conserve ses liens avec l'analyse civiliste, notamment qu'une corrélation soit établie entre abus dans la fixation du prix et prix anormalement bas, sans que le droit de la concurrence devienne étranger à cette science économique extérieure mais dont il prend souvent soin d'être le double.

Dès l'instant qu'un même phénomène économique et social est régi par deux corps de règles qui ont vocation à se superposer, car le droit de la concurrence n'accepte guère d'être le droit spécial du droit civil et l'on manque de règles de conflits, le système juridique exige non seulement com-

patibilité mais corrélation. Il doit y avoir corrélation, analogie minimale du traitement judiciaire du prix dans une branche et dans l'autre, puisqu'il ne peut y avoir de partage des tâches.

● Ainsi, on ne peut pas soutenir sérieusement qu'en matière de fixation du prix, le droit civil se chargerait de la morale (intention de nuire/abus de droit classique) tandis que le droit de la concurrence se chargerait de l'efficacité économique attachée au libre fonctionnement du marché, présentation caricaturale de chacune des branches du droit. En effet, ces deux impératifs ne sont étrangers ni à l'un ni à l'autre, dès l'instant que le droit civil des contrats prend en considération le contexte économique qui influe sur l'expression et l'exécution des volontés et que le droit de la concurrence ne méconnaît pas la considération du caractère fautif des comportements, par exemple dans la sanction des pratiques discriminatoires, voire lorsque, par l'article 17 de l'ordonnance, il renvoie à des qualifications pénales, lesquelles supposent la faute intentionnelle.

● Ainsi, à première vue, l'abus dans la fixation du prix conserve en son sein ses deux perspectives que sont la sanction d'une intention fautive et la réaction à un déséquilibre économique.

● Mais l'analogie qu'il s'agit de mettre en valeur afin de corréler droit civil des contrats, ce que l'on a pu désigner comme droit civil économique, et droit de la concurrence, ne doit pas conduire à une vampirisation de l'un par l'autre. Ainsi, lorsqu'on affirme que l'abus dans la fixation du prix, c'est l'exploitation d'une partie faible par une partie forte, bénéficiaire d'un rapport économique contraignant à long terme et dont la partie faible ne peut sortir, c'est en réalité façonner d'une façon prétorienne et en droit commun un abus de dépendance économique, en faisant l'économie de la preuve d'un marché pertinent affecté. C'est alors rayer d'un trait l'article 8-2 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Certes, on pourrait remarquer que l'absence quasi-totale d'application de cette disposition ne la ferait guère regretter. Il resterait tout de même à reconnaître que les abus de dépendance relèveraient désormais du droit civil, celui-là même que le Conseil de la concurrence s'interdit d'appliquer. Peut-on assumer ce procédé de vases communicants, le droit civil comme rattrapage du droit de la concurrence ?

● Mais le risque de vampirisation peut être inverse. Ainsi l'interprétation de l'abus dans la fixation du prix par son seul résultat, à savoir un prix qui ne soit pas un prix de marché, une distorsion forte entre le prix et la valeur, coupe les ponts avec la définition classique de l'abus de droit par la faute, plus ou moins qualifiée. Elle fait basculer le droit civil dans la recherche de la valeur, recherche certes qui le tente fortement. Cette analyse purement objective, reposant sur la seule exigence d'un équilibre obtenu, d'un équilibre observé dans les faits, brise le lien qu'on affirma consubstantiel avec le phénomène contractuel et l'autonomie de la volonté, alors que la puissance de celle-ci a trouvé une nouvelle vigueur en droit des affaires et que la science économique met aujourd'hui en valeur les prix contractuels à côté des prix de marché. En outre, cette visée d'un juste prix risque d'aboutir à une réglementation judiciaire de l'économie par un contrôle inédit des prix, ce qui est très grave. On s'est tant plaint de l'économie administrée, il faudrait prendre garde à l'économie juridictionnalisée. L'économie politique se trouve directement intéressée par la définition de l'abus dans la fixation du prix.

● Enfin, il faut trouver une similitude minimale entre droit civil et droit de la concurrence pour éviter les tactiques des organes de poursuites, les stratégies des personnes en cause, et le hasard injuste qui, suivant le juge saisi et le corps de règles sollicité, aboutit à des solutions différentes, voire inverses, pour des situations analogues. Nous souffrons trop de l'implosion du droit des affaires par le droit pénal, qui débarque et saccage l'équilibre des règles en place, pour ne pas mesurer les effets d'une application des contrôles d'abus en matière de prix indifférentes aux autres matières, voire contradictoires. À ce titre, et le propos n'est pas incident, c'est le maintien d'une pénalisation du droit de la concurrence, notamment de la facturation, qui heurte le plus sûrement l'harmonie du système juridique. Cette exigence de civilisation du droit de la concurrence a été soulignée à de nombreuses reprises dans les discussions parlementaires en cours.

Sans doute une jurisprudence éclairée est celle qui développe ce souci d'harmonie entre branches du droit, par effet de correspondance. La meilleure définition des notions est celles qui limite les effets en matière économique de ce que rappelaient un parlementaire dans la séance du 21 mars 1996 (14), à savoir " ce mélange du civil, du pénal et de l'administratif <qui est> une source de contradictions et de complications ".

Il faut donc recenser les occurrences en droit civil et en droit de la concurrence pour établir une analogie minimale entre les prix anormaux dans les différents secteurs du savoir technique. On peut songer à ce titre aux notions suivantes : prix anormal en fiscalité (notamment dans le contrôle des prix de transfert) ; prix résultant d'un abus dans la fixation du prix (jurisprudence du 1<sup>er</sup> décembre 1995) ; prix inéquitable (article 86 du Traité de Rome) et sa variété évocatrice pour notre sujet de prix prédateur. Une définition peut alors être préférée à une autre si elle convient à chacun de ses contrôles et ne brise donc pas la cohérence d'un système juridique.

### □ *L'exclusion politique d'un accueil excessif du contrôle du prix par le juge*

Tout d'abord, il faut que la définition qui sera donnée de l'abus dans la fixation du prix coïncide avec une politique juridique et jurisprudentielle raisonnable, c'est-à-dire que la définition ne soit pas si large et imprécise qu'elle engendre un flot de contentieux, analogue à celui qui avait fini par rendre insupportable la théorie de l'indétermination du prix, et qu'elle ne soit pas si restrictive et si limitée, si exigeante quant aux preuves, qu'elle équivaille à bouter hors du prétoire les contractants.

En cela, le contentieux pourrait de nouveau constituer un dysfonctionnement et le droit positif tourner en queue. Le droit de l'indétermination du prix n'était pas supportable car on doit pouvoir rédiger des contrats adéquats économiquement et conformes à la loi. Or toutes les clauses d'adaptation de prix étaient nulles. Mais parce que le procès est un dysfonctionnement en lui-même, il ne faut pas que l'hypothèse d'abus dans la fixation du prix autorise tous contractants à agir ; à l'inverse, parce que le procès est dans le même temps le moyen de concrétiser la loi en affectant à chacun son droit, il ne faut pas que l'examen du prix par le juge ne puisse jamais aboutir. Il faut trouver la juste voie. Sans doute, la voie du milieu permettant un accès raisonnable au juge passe par la sécurité juridique.

C'est à ces différents titres que l'on devrait exclure une référence autonome à l'équité, malgré la référence à l'article 1135 du Code civil. Celle-ci pourrait plus aisément évoquer la pertinence de l'usage que celle de l'équité. Dieu doit toujours nous préserver de l'équité des Parlements car il suffit d'une invocation judiciaire pour réécrire les prix, l'arbitraire battrait son plein. La Cour de cassation rappelle régulièrement l'atteinte à la loi que constitue un jugement qui ne se fonderait que sur l'équité. Le Conseil de la concurrence ne pourrait d'ailleurs s'engager dans cette voie.

De la même façon, la voie du contrôle de la loyauté paraît moins fructueuse qu'à première vue. En effet, alors que l'équité ouvrirait grand les portes à la contestation, à la merci d'un juge sensible, la loyauté, si fondamentale que soit cette considération élevée au rang de principe général, est-elle facilement applicable, lorsque le prix est fixé ultérieurement à l'accord initial par une seule des parties ? En effet, la loyauté est une notion procédurale, c'est-à-dire la bonne foi et la transparence dans le comportement d'une partie par rapport à l'autre. Or la fixation unilatérale d'un prix est une décision qui ne nécessite aucun rapprochement des parties.

Dès lors, quel serait le siège de la déloyauté ? Si ce n'est le résultat même du prix, c'est-à-dire son montant, ce qui éloigne en réalité de la loyauté pour estimer, par déplacement d'analyse, le lien entre la chose et sa contrepartie financière. La jurisprudence a certes parfois affirmé que la déloyauté voyait sa preuve facilitée, voire satisfaite, par le seul constat d'un prix ridicule ou exorbitant. Mais il est alors vain de dire que le montant n'est que la preuve de la déloyauté : il devient le critère même de la sanction. On observe ainsi que la déloyauté est alors une notion rhétorique, qui masque un contrôle direct des montants.

Or, la théorie prétorienne de l'indétermination du prix a beaucoup souffert de tels effets de rhétoriques, consistant à avancer masqué et à construire une argumentation pour feindre de respecter la loi. Il ne faut pas renouveler l'erreur car à tant de subtilité et déplacement de discours, on perd vite pied.

Il convient alors, sans doute, de regarder plus plate-ment ce qui peut unir par une similarité l'abus dans la fixation du prix, le prix anormalement bas, le prix inéquitable. Cela pourrait tourner autour de la notion de " prix intenable ".

## Le creuset du prix intenable

La science financière estime que le prix est critiquable lorsqu'on observe que la contrepartie financière d'un objet ne pourrait être maintenue pendant longtemps par l'acteur économique sans que cela ne lui coûte sa propre survie. Il s'agit donc à proprement parler d'un prix intenable. Il prend en considération le dessein de l'acteur qui décide le prix et l'effet du temps si un tel prix est constant ou si son mode de fixation est trop rigide. En effet, l'injustice peut venir



14. François-Michel Gonat, *AN Débat*, p. 1915.

d'une si grande disponibilité d'un contrat qu'une des parties peut aisément le tordre en son entière faveur mais elle peut aussi venir d'une rigidité, d'une indisponibilité telles que l'effet du temps et des circonstances rendent son économie intolérable.

On peut songer tout à la fois à généraliser la notion de prix intenable et à opérer des distinctions. Il faut distinguer dans la fixation du prix les échanges économiques isolés et ceux qui sont la mise en œuvre d'une relation économique de coopération, voire d'intégration. On peut alors s'appuyer sur la première distinction, reprendre la prédominance dans le prix abusif de l'intention de nuire ou de la distinction objective entre coût et prix.

### □ Le prix intenable dans les relations économiques isolées

L'abus dans la fixation du prix peut consister à utiliser le prix comme procédé de destruction des concurrents. Il y a là intention de nuire ; visant à l'élimination, elle est radicale même si l'auteur du prix prédateur le fait pour protéger son intérêt, à savoir sa part de marché (15). Cela correspond alors à l'hypothèse du prix prédateur. On sait que ce prix est un élément d'appréciation de l'entente ou de l'abus de position dominante, comme l'avait posé l'arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes du 3 juillet 1991, Akzo (affaire dite du peroxyde de benzoyle) (16) et comme le rappelle le Conseil de la concurrence dans sa décision du 15 février 1995 (17). Mais la décision la plus pertinente est celle de la Cour d'Appel de Paris du 3 novembre 1994, Société méditerranéenne de béton (18) (dite affaire du Béton prêt à l'emploi), les juges y relèvent l'intention de nuire, dans une appréciation que ne renierait pas Ripert.

On observera que, pour apprécier le prix de prédation, les juges de la Cour d'Appel de Paris ne se rapportent pas au prix de marché, ce qui permet de généraliser le contrôle des prix prédateurs en conformité avec les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, mais à une référence fixée par le seul coût variable du produit considérée au-dessous duquel les entreprises ne sauraient descendre sans pratiquer des prix de prédation, ayant pour objet d'empêcher l'entrée de concurrents sur le marché. On mesure alors l'analogie entre prix prédateur et prix abusif, c'est-à-dire un prix anormal recherché à fin d'élimination d'un concurrent : le lien est relevé par l'arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes qui relève que " l'analyse détaillée des coûts de l'entreprise dominante pourrait jouer un rôle considérable dans l'évaluation du caractère normal ou anormal qu'il convient d'attribuer à son comportement en matière de prix ", ajoutant que le prix très en dessous des coûts présume l'intention de nuire. Il y a donc bien et la sanction de l'intention de nuire et sa concrétisation par une référence au coût. Ici, le prix intenable sera l'œuvre de la partie forte, confortée le plus souvent par une pratique anticoncurrentielle. Les enjeux probatoires sont au premier plan.

Faut-il aller plus loin jusqu'à un contrôle par les autorités de marché et le juge judiciaire de la lésion ? En effet, l'exclusion de l'autre peut n'être qu'un effet induit et non pas un effet recherché. Le prix est objectivement inéquitable, dans un rapprochement qui s'opère alors avec ce qui semble être la solution allemande. C'est la voie prise par la sanction des prix anormalement bas, si elle est retenue par le Parlement. On observe que des sanctions sont déjà interve-

nues à ce titre (19), le prix anormalement bas étant saisi par le juge à travers la qualification de pratique discriminatoire. Ici, le prix intenable sera l'effet de l'acceptation de la partie faible pour obtenir la relation économique indispensable. La Cour de Dijon avait d'ailleurs relevé que les prix pratiqués au bénéfice du Centre Leclerc n'auraient pu l'être à l'égard des concurrents car le fournisseur n'aurait pu le supporter. Le prix est intolérable car il ne pourrait être généralisé dans l'espace ni maintenu dans le temps sans la disparition de l'acteur : c'est le prix suicidaire. Ici le prix n'est pas posé pour détruire, comme dans les prix prédateurs ; il est posé dans l'indifférence des destructions qu'il entraîne, car il tend trop violemment la distance entre les coûts et le prix. La Cour de Dijon a d'ailleurs relevé que la preuve de l'existence de moyens de pression anormaux n'était pas nécessaire pour sanctionner les prix anormalement bas. Comme on peut estimer que cette indifférence est de principe dans l'activité économique, le droit des affaires ayant toujours pris distance avec l'altruisme, il ne s'agirait plus de sanctionner une intention dolosive ou l'absence de pensée charitable, l'acteur économique n'ayant pas vocation à endosser le manteau de Saint-Martin, mais de réagir à un écart lésionnaire.

On peut penser que l'on ne va pas retomber dans les errements de calculs et les effets pervers de seuil que l'on retrouve dans la revente à perte. Car il s'agirait de sanctionner non pas le décalé, mais l'anormal, c'est-à-dire l'intenable. Ainsi l'abus dans la fixation du prix, c'est l'obtention, éventuellement *ab initio* d'un prix destructeur.

Certes, l'enjeu n'est pas mince car, pour obtenir l'analogie souhaitée entre les branches du droit, il faut changer la règle civile de l'absence d'ouverture générale de rescision pour lésion. Là aussi, il suffirait que le juge civil ôte le masque. L'enjeu est avant tout probatoire.

Tant qu'il s'agit de sanctionner les prix voulus comme destructeurs ou obtenus dans l'indifférence de leur effet destructeur, le caractère plus ou moins intégré ne joue pas. Mais l'intégration dans le temps de la relation économique devient déterminante si l'on songe à prendre en considération l'évolution du contexte sur la détermination successive des prix dans l'exécution d'un contrat-cadre.

### □ Le prix intenable dans les relations économiques intégrées dans le temps

Car le prix intenable, c'est celui qu'on ne peut tenir à longue distance. Or, ce résultat peut être le fruit d'une volonté de l'autre, initiale ou à l'occasion de la fixation par celui-ci des prix successifs, ou de l'indifférence de la volonté de l'autre, si l'on devait admettre le prix lésionnaire. Mais



15. Souvenons-nous que Coquerel évoquait, en vain, son intérêt de spéculation pour tenter de justifier l'abus de son droit de propriété ayant causé un dommage à Clément-Bayard.

16. JCP 1991, éd. E, p. 67.

17. BOCCRF du 6 avril 1995.

18. BOCCRF du 9 décembre 1994, p. 489 : doc. juris data n° 24253.

19. Dijon, 1<sup>re</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 4 janvier 1996. Sodimont c/ Ministre de l'Économie.

lorsque la relation est à long terme et que les modalités de fixation du prix fixées au départ assurent une certaine prévisibilité des prix et entravent l'intervention d'une volonté perverse ultérieure, le prix peut devenir intenable par le changement des circonstances économiques extérieures. Cette fois-ci, le contrat pêche, non plus par une disponibilité excessive de ses termes, mais au contraire par une rigidité qui décale "économie interne du contrat" et "environnement".

Il s'agit de l'imprévision. N'est-il pas temps que le droit prenne objectivement en compte ce phénomène ? Pourquoi n'admirerait-on l'imprévision en matière de gaz que lorsqu'il est de Bordeaux ? Le commentateur le plus critique des arrêts du 1er décembre estimait qu'il faudrait mieux une franche adoption de la théorie de l'imprévision que la notion non maîtrisable de l'abus (20). Mais l'on peut estimer que par l'un, on atteindrait l'autre. Certes le Haut Conseiller

Chartier a mis en garde dans l'audience solennelle de la Cour de cassation de 1994 (21) contre l'admission de la théorie de l'imprévision, fossoyeur de l'effet obligatoire des contrats. Et sans doute la prise en compte d'un prix devenu, du seul fait du temps et du changement, intenable, devrait plutôt conduire à accroître l'adoption et l'efficacité des clauses contractuelles d'adaptation. En tout cas, ce sera une raison de plus pour moi d'apprécier avec très grand intérêt ses observations finales.



20. J. Calvo, *préc.*, p. 24.

21. Cité par P. de Fontbrossin, *Gaz. Pal.* 8 décembre 1995, note 11.