



QUESTION D'ACTUALITÉ

PRÉCISIONS IMPORTANTES AVANT LES ASSEMBLÉES DONNÉES PAR DEUX ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION

Les conséquences pratiques des décisions

20



www.efl.fr



À LA UNE

Sociétés - Les décisions collectives de SAS ne peuvent pas être adoptées par un vote minoritaire

4

Question pratique - Rapport du Club des juristes sur le contrôle judiciaire du prix : quelques recommandations

24

Question pratique - Une « check-list » pour les plans de restructuration

27



EDITIONS
FRANCIS LEFEBVRE

Lefebvre Dalloz

20 Rapport du Club des juristes sur le contrôle judiciaire du prix : quelques recommandations

Par un arrêt rendu en 2017, la Cour de cassation a permis un contrôle judiciaire du prix au regard de l'interdiction de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Dans un rapport publié en octobre dernier, le Club des juristes énonce des recommandations pratiques à l'intention des juges quant aux méthodes de contrôle les plus pertinentes.

Le Club des juristes a publié en octobre dernier un rapport intitulé « Le contrôle judiciaire du prix » qui dresse en la matière un état de la **jurisprudence au regard de l'interdiction des pratiques restrictives de concurrence** et émet des **recommandations à l'intention des juges** pour améliorer la lisibilité et la prévisibilité de leurs décisions. Me de Lammerville et M. Nussenbaum, qui ont participé à l'élaboration de ce rapport, répondent à nos questions.

Pourquoi avoir réuni ce groupe de travail sur le contrôle judiciaire du prix ?

Diego de Lammerville et Maurice Nussenbaum : Ces dernières années ont été marquées par un **renforcement du rôle dévolu aux juridictions quant au contrôle du caractère disproportionné du prix**, en particulier depuis la décision Galec rendue en 2017 par la Cour de cassation (Cass. com. 25-1-2017 n° 15-23.547 FS-PB : BRDA 4/17 inf. 17). Cela nous a conduits à réunir un groupe de travail sur ce thème.

Quel est l'état actuel du droit en la matière ?

D. de L. : En droit des pratiques restrictives de concurrence, le contrôle du prix disproportionné d'un service a d'abord été consacré par l'article L 441-7 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 24 avril 2019, sanctionnant l'obtention d'une **rémunération « manifestement disproportionnée » par rapport à la valeur du service rendu**.

Puis, la jurisprudence a graduellement admis que le prix entrant dans le **contrôle du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties**, issu de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008. Par un arrêt Ikea

Diego de Lammerville, Avocat associé du Cabinet Clifford Chance, a une pratique reconnue en matière de contentieux complexes et transnationaux, de nature commerciale, corporate ou financière. Il a développé une expertise particulière en matière de contentieux des pratiques restrictives de concurrence.



DIEGO DE LAMMERVILLE
Avocat associé Cabinet Clifford Chance

Maurice Nussenbaum est expert de justice en économie et finance, agrégé par la Cour de cassation (h), Professeur émérite de l'Université Paris Dauphine (PSL), Président de Sorgem Evaluation au sein de laquelle il a développé une expertise en matière d'évaluation des préjudices de concurrence.



MAURICE NUSSENBAUM
Expert de justice en économie et finance

du 23 mai 2013 (n° 12/01166), la cour d'appel de Paris a jugé qu'il lui appartenait d'examiner si les prix fixés entre les parties créaient un déséquilibre significatif, admettant ainsi le principe d'une lésion qualifiée lorsqu'une partie avait été en situation de soumettre ou tenter de soumettre son partenaire à de telles obligations.

Par un arrêt du 29 octobre 2014 (n° 13/11059), cette même cour a, ensuite, jugé excessif le prix d'une faculté de dédit dans l'affaire dite du « GIE des radios », alors même que la Cour de cassation avait jusqu'alors refusé de contrôler un tel prix. Saisie d'un pourvoi à l'encontre de cet arrêt, la Cour de cassation a finalement jugé que l'article L 442-6, I-2° du Code de commerce alors en vigueur ne s'appliquait pas en matière de GIE (Cass. com. 11-5-2017 n° 14-29.717 FS-PBIR : RJDA 7/17 n° 505). Par un arrêt du 1^{er} juillet 2015 rendu dans le cadre d'une affaire Galec, la cour d'appel de Paris a jugé que l'obligation de versement de ristournes par les fournisseurs, sans contrepartie, emportait déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (CA Paris 1-7-2015

n° 13/19251 : BRDA 13/15 inf. 19). Cette décision venait à rebours du jugement du tribunal de commerce de Paris qui, se fondant sur une décision du Conseil constitutionnel rendue en 2011 (Cons. const. 13-1-2011 n° 2010-85 QPC : BRDA 2/11 inf. 18), avait jugé que l'article L 442-6, I-2° ne permettait pas un contrôle du prix abusif, à l'instar de la solution retenue en matière de clauses abusives par l'article L 132-1 du Code de la consommation. Par un **arrêt remarqué du 25 janvier 2017**, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé à l'encontre de cette décision et jugé 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, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ;

[...] 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 ; [...] 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 ; [...] 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**. »

Cette décision de la Cour de cassation a été considérée comme un changement de circonstances autorisant un nouvel examen de l'article L 442-6, I-2° du Code de commerce par le Conseil constitutionnel. Par une décision rendue en 2018, le Conseil a confirmé la **conformité à la Constitution** de cet article, estimant 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 » (Cons. const. 30-11-2018 n° 2018-749 QPC : BRDA 24/18 inf. 24). Enfin, les nouvelles dispositions de l'article L 442-1, I du Code de commerce, issues de l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019, ayant repris en les modifiant les dispositions de l'ancien article L 442-6, ont élargi le champ d'un possible contrôle des prix à des situations dans lesquelles un déséquilibre significatif ne serait pas caractérisé puisque, désormais, 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** à la valeur de la contrepartie consentie » (C. com. art. L 442-6, I-1°). Cette tendance, si elle devait se confirmer, aboutirait à une forte insécurité juridique. Signalons que la cour d'appel de Paris a d'ailleurs jugé, sur le fondement de l'ancien article L 442-6, I-1°, que le contrôle judiciaire du prix ne s'effectue pas en dehors de l'interdiction d'une soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et qu'en conséquence les dispositions de l'article L 442-6, I-1° du Code de commerce interdisant l'obtention

d'un avantage ne correspondant à aucun service commercial rendu ne s'appliquent pas à la réduction de prix d'un partenaire commercial (CA Paris 4-11-2020 n° 19/09129 : BRDA 5/21 inf. 18).

Quels ont été les objectifs du groupe ?

D. de L. et M. N. : Nous avons fait le constat d'une absence de recommandations méthodologiques ou d'indications quelconques permettant aux juridictions de mettre en œuvre le contrôle du prix. Aucun outil n'est mis à la disposition des magistrats et justiciables éclairant, en pratique, cet exercice. Cette absence se traduit par une forte disparité des solutions retenues. Il s'ensuit une **absence de lisibilité des décisions de justice** qui est source d'**insécurité juridique**.

Il nous est donc apparu indispensable de **doter les juges d'outils leur permettant d'exercer ce contrôle**. Notre groupe, composé de magistrats, de professeurs des universités, d'experts financiers et d'avocats, a cherché à recenser les diverses méthodes et outils d'analyse économique pouvant être utilisés afin d'effectuer un contrôle du prix plus rigoureux, en écartant la tentation de s'en remettre à une appréciation intuitive de cette question.

Dans quels cas et comment devrait-on concevoir un contrôle judiciaire du prix ?

D. de L. et M. N. : Comme nous l'avons souligné, il faut limiter ce contrôle aux **cas de soumission ou de tentative de soumission de l'autre partie à une situation entraînant un déséquilibre significatif** dans les droits et obligations des parties (C. com. art. L 442-1, I-2°), à condition que cette pratique soit bien caractérisée. Ceci suppose de la part du juge une **vraie démonstration**, et non une simple analyse intuitive du caractère excessif du prix. Cette démonstration doit déboucher sur une **analyse motivée** permettant un contrôle de la Cour de cassation. Cette **motivation** devrait, selon le groupe de travail, porter **sur chacun des éléments** suivants :

- la caractérisation du fait de soumettre ou tenter de soumettre son partenaire commercial ;
- un élément de comparaison du prix qualifié d'abusif avec d'autres prix (soit les prix pratiqués antérieurement, soit les prix pratiqués par d'autres entreprises, soit encore les prix pratiqués à l'égard d'autres partenaires) ou avec la valeur du bien ou de la prestation ;
- les coûts ;
- la rentabilité raisonnablement attendue de l'opération ;
- l'absence de rééquilibrage ;

- le caractère significatif du déséquilibre : certaines décisions rendues en la matière ne prennent pas suffisamment en compte le fait que la loi ne sanctionne pas le simple déséquilibre, mais un déséquilibre qualifié. Il faut exiger des juridictions qu'elles détaillent en quoi ce déséquilibre du prix est significatif.

Quelles sont les méthodes de contrôle du prix les plus pertinentes ?

D. de L. et M. N. : En matière de pratiques restrictives de concurrence, le contrôle du prix peut intervenir lorsque le **prix** est disproportionné **par rapport aux services rendus** ou aux produits vendus et crée ainsi un déséquilibre significatif.

Un contrôle du prix suppose de définir une situation normale, dite « contrefactuelle », vers laquelle on devrait tendre : quel aurait dû être le prix en l'absence de faute, si une partie n'avait pas contraint l'autre à accepter un prix manifestement excessif ou dérisoire. Il faut ainsi définir quelle aurait été la **situation en l'absence de déséquilibre**, ce qui revient à déterminer le prix qui aurait dû être appliqué pour éviter un déséquilibre. Pour établir cette situation contrefactuelle, il convient de privilégier une approche multicritères en associant une méthode extrinsèque à une méthode intrinsèque.

Comment mettre en œuvre ces méthodes sur le plan pratique ?

M. N. : La **méthode dite « extrinsèque »** nécessite en premier lieu de définir des comparables pertinents (position dans la chaîne de valeur, secteur d'activité, intensité capitalistique, marchés de destination, etc.). Il convient de recueillir et analyser 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'échelle ou autres impacts de volume), marges d'exploitation, cycle d'activité (pouvant impacter le niveau de coûts à un moment donné), etc. Il convient ensuite d'effectuer les retraitements nécessaires sur l'ensemble de ces données pour qu'elles puissent être comparées directement à la société concernée. On construit à cet effet des indicateurs caractéristiques de l'activité ou des multiples de résultats économiques pertinents (par exemple, multiple de chiffre d'affaires ou de résultat d'exploitation) pour les appliquer à la société étudiée afin de définir les éléments de la situation contrefactuelle. La mise en œuvre de la **méthode dite « intrinsèque »** nécessite d'identifier des indices tels que :

- 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 ;
- les profits induits pour le fournisseur ou le distributeur, notamment lorsqu'il existe un écart significatif avec les prix pratiqués pour les comparables identifiés (cf. méthode extrinsèque).

Cette méthode conduit à analyser 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. La notion de valeur ajoutée est importante, 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.

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 d'évolution des niveaux de marge issus du (ou des) contrat(s) analysé(s) ;
- 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).

Quel est l'intérêt de combiner ces deux méthodes ?

M. N. : Ces méthodes présentent toutes des avantages et des inconvénients mais permettent, pour la plupart, de prendre en compte des **aspects différents de la valeur** : la valeur liée aux fonctions attachées au service rendu ou au produit vendu, la valeur attachée à la valeur ajoutée de ce service ou produit (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.

Il faut mettre en perspective les résultats d'une analyse extrinsèque seule et 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.

D'où l'idée défendue par le rapport de mettre en œuvre au moins deux méthodes pour analyser le prix sous deux angles différents, c'est-à-dire une méthode extrinsèque et une méthode intrinsèque.

Comment conclure sur le caractère disproportionné d'un prix ?

D. de L. et M. N. : La mise en œuvre successive de ces deux approches doit permettre d'identifier d'éventuelles **anomalies par rapport au marché** et soit de les expliquer au regard du contenu du service, soit, en l'absence d'éléments justificatifs de ces anomalies, de conclure à l'existence d'une pratique restrictive de concurrence.