

## QU'EST-CE QU'UN PRIX EN DROIT ? DU DROIT DES CONTRATS AU DROIT DE LA RÉGULATION

Marie-Anne FRISON-ROCHE  
*Professeur des universités*

1. – Le prix est un élément très mystérieux pour le droit, puisque celui-ci s'en remet à la puissance des contractants, dans l'autonomie de leur volonté, à l'État dans son pouvoir de réglementer, ou décide d'être indifférent, lorsqu'il demeure aux bords de l'ajustement des offres et des demandes sur le marché. Ainsi, le prix est substantiellement un objet dont le droit ne se mêle pas.

2. – Certes, l'observateur dispose de très nombreuses jurisprudences et études à foison sur les qualités que le prix doit avoir pour être licite, déterminé ou déterminable – et l'on discute pareillement sur le régime juridique à attacher au défaut qui affecte le prix, crapaud dans le contrat, par exemple nullité ou résiliation, nullité relative ou absolue, etc.

3. – Mais si l'on prend la question, plus frontalement, de savoir ce qu'est un prix en droit, on trouve simplement un renvoi à l'idée commune d'une certaine somme d'argent qu'il faut donner pour obtenir un bien ou un service, matériel ou immatériel. Ainsi, il est acquis que le prix est toujours accroché à quelque chose, parce que le prix ne se dissocie pas de la monnaie par laquelle des biens et services sont accessibles. Il peut y avoir des biens sans prix, les biens communs par exemple, mais il n'y a pas de prix qui ne corresponde pas à une chose, qui elle-même ne s'adresse à un potentiel demandeur de la chose ainsi offerte. C'est pourquoi il y a contrat dès l'instant qu'il y a accord sur la chose et le prix.

4. – C'est une définition très simple et comme enfermée dans un droit civil qui ne jouxte alors que peu le droit public, et dans lequel l'économie ne se reconnaît pas. En effet, de la même façon que la « personne » est ce par quoi le droit a habilement jeté un voile d'ignorance sur le corps humain, le prix est ce par quoi le droit a réussi à ignorer la valeur des choses.

5. – En cela, le droit a développé toute sa puissance puisque, depuis le droit romain, il a créé sa propre réalité, celle des personnes et des biens, par rapport à laquelle la réalité matérielle n'est qu'à la disposition du pouvoir normatif du droit, sauf à adhérer à la philosophie du droit naturel classique.

6. – Aujourd'hui, la normativité du droit, c'est-à-dire sa capacité à mettre la nature au pas, s'affaiblit, parce les frontières s'effacent (effacement du normatif qui s'appuie sur les frontières) et, du fait de la technologie, les choses devenant de plus en plus puissantes. Dès lors, de la même façon qu'il faut affronter la question du corps, il faut affronter la question du prix face à la valeur des choses. Le droit ne peut plus laisser ces questions à la porte.

7. – Ainsi, le prix fur et demeure ce sur quoi la volonté des parties s'entend, volonté éclairée et libre, que la rationalité étaye, et qu'il suffit que la normativité du contrat, relayée par celle du système juridique, recueille (I). Mais un économiste identifie le prix non pas tant comme ce qui est voulu, mais par ce qui est produit, engendré, par le marché, ce qui renvoie la question au sein du droit à la branche du droit de la concurrence (II). En outre, la somme d'argent contre laquelle les personnes peuvent accéder aux biens, peut n'être pas adéquate lorsqu'elle a pour source le contrat ou le marché, soit parce qu'on ne le peut, soit parce qu'on ne le veut, et c'est alors la réglementation qui fixe les prix, perspective de droit public (III). On oppose alors souvent les prix réglementés et les prix que l'on dit « libres », alors que la mécanique de marché peut être tout aussi contraignante pour les parties, qui voudraient s'en libérer, et cela renvoie implicitement à une double opposition : celle du droit privé et celle du droit public ; celle de l'économie de marché et de l'économie administrée ou dirigée. Ces oppositions ont de plus en plus de mal à fonctionner, comme le montre le droit de la régulation et ce qu'il engendre, à savoir des « prix régulés » (IV).

### I. – LE PRIX, CE SUR QUOI LES PARTIES AU CONTRAT SE SONT ENTENDUES ET QUE LA NORMATIVITÉ DU CONTRAT RECUEILLE

8. – Le droit des obligations donne une définition subjective du contrat, comme ce qui est un ensemble d'obligations issues d'au moins deux volontés qui se rencontrent. Quel est donc l'essentiel ? Quant au moment, il est celui de la formation du contrat, plutôt que celui de son exécution. Quant à ce qui doit être de qualité, c'est celle de la volonté des parties, qui doivent avoir vraiment voulu ce prix-là pour ce bien-là.

9. – Bien sûr, le droit des contrats a beaucoup évolué et ne s'est jamais laissé réduire à une affirmation aussi abrupte, mais l'essentiel est là : le prix est ce qu'ont voulu les parties au contrat. En cela, le prix ne diffère pas des autres éléments du contrat, il s'intègre dans le même raisonnement issu du XIX<sup>e</sup> siècle. Les personnes sont rationnelles et libres, notamment libres de ne pas contracter. Elles savent l'intérêt que présente pour elles le bien qu'elles convoitent. Dès lors, tant que l'autre potentielle partie, c'est-à-dire son ennemie économique, n'aura pas proposé un prix qui représente le sacrifice exact, en ce qu'il correspond à la satisfaction que la partie va retirer du bien, elle ne contracte pas.

10. – Ainsi, le cœur de ce pacte entre ennemis économiques, qu'est essentiellement le contrat, est l'information et la liberté de ne pas contracter. Si les deux

sont préservées ou organisées, il n'est besoin ni d'encadrement ni d'obliger une des parties à aider l'autre (conception qui s'oppose aux prix de marché, espace d'opposition d'intérêts et espace d'ennemis économiques par définition). Le prix est de ce seul fait adéquat. Il est « juste » en tant qu'il est « exact », terme plus approprié, et c'est à cette notion-ci que renvoie implicitement l'affirmation « Qui dit contractuel, dit juste ».

11. – Cela explique l'importance dans le Code civil et dans la jurisprudence de la sanction des vices du consentement, ceux qui faussent l'entendement (erreur, dol), celui qui entrave la liberté (violence). Si le juge restitue à la volonté sa qualité requise, le contrat retrouve son équilibre. Cela incite à écarter la nullité comme conséquence adéquate attachée à des prix pour lesquels la négociation (basée sur la liberté de ne pas contracter) et l'information n'ont pas joué leur rôle (comme ce fût le cas dans la grande saga de l'indétermination du prix). Lorsqu'en 1996, la jurisprudence substitua à la nullité absolue un mécanisme de responsabilité, c'est-à-dire la mise en place d'un pouvoir juridictionnel de modification du prix, elle permit cet ajustement.

12. – De la même façon, lorsque la jurisprudence civile qualifie de « fixation abusive du prix » le fait pour l'une des parties d'être déloyale dans les négociations, c'est toujours et encore confier à la qualité de l'information et au principe de rationalité de la volonté, la puissance d'engendrer des prix exacts, c'est-à-dire correspondant au sacrifice en lien avec l'intérêt retiré par la partie au contrat.

13. – Ainsi, le droit de la consommation, que sa philosophie se glisse dans le droit général des obligations et qu'il s'exprime à travers ses principes essentiels propres, repose sur les mêmes bases. Ainsi, et avant tout, le consommateur doit être informé. C'est le supposer rationnel. Le droit économique, notamment le droit de la concurrence, en a la même conception. Mais le droit de la consommation, plus réaliste, organise souvent *ex ante* cette information. Ainsi, à propos du démarchage où le consommateur voit son consentement « ravi » par le boniment et la joliesse de l'objet, a le droit de rétractation qui n'est jamais que la conséquence du fait qu'il comprend en quelques jours d'usage à quel point le bien lui est inutile ou le prix trop élevé pour si peu.

14. – Ainsi, le droit des obligations donne au prix une place particulière, à la fois centrale et masquée, car lois, jurisprudences et doctrine multiplient les exigences quant au prix, mais en passant par la voie étroite de la qualité de la volonté. Or, en premier lieu, il est rarissime que le droit se soucie de l'équivalence économique entre le bien et l'argent versé pour y accéder, à part des notions périphériques, comme celle de prix dérisoire.

15. – En second lieu, le législateur et la jurisprudence ont multiplié les obligations d'information, se concrétisant par des dizaines de pages que les cocontractants ne lisent pas. Tant que l'on ne passera pas, comme le Conseil constitutionnel l'a fait concernant les lois, de la notion d'information à la notion plus efficace, parce que plus concrète, d'intelligibilité, le droit des contrats travaillera en quelque sorte contre lui-même, sans comprendre qu'une façon de maquiller est de faire ployer le malheureux bénéficiaire sous l'information. Il en est ainsi en ce

qui concerne les crédits à taux variables, à effets catastrophiques, non compris, alors que les grands-messes informatives avaient été respectées.

## II. – LE PRIX, CE QUE LE MARCHÉ PRODUIT ET QUE LE DROIT DE LA CONCURRENCE RÉPARE S'IL EST ABUSIF

16. – Si l'on regarde le prix à travers les mécanismes du marché, on retrouve ce mécanisme d'invisibilité, mais cette fois-ci et à l'inverse, c'est la volonté qui est invisible, si l'on veut bien se référer à la main invisible et au commissaire-priseur. En effet, et en cela le marché financier est le plus pur des marchés, les parties, parce qu'elles sont rationnelles, éclairées et à la recherche de la maximisation de leur intérêt (fût-il non économique), servant leur fonction d'utilité, cherchent à tirer profit de la force que la confrontation de l'ensemble des offres, face à l'ensemble des demandes, engendre des deux côtés. Ainsi s'opère le « prix d'équilibre », que l'on désigne encore comme « le prix exact ».

17. – Ce qui produit le prix exact, c'est la mobilité des agents et leur caractère atomisé. En cela, on retrouve des points de contact avec le droit civil, car la mobilité des agents économiques, qui permet à un offreur d'aller conquérir le client d'un compétiteur en lui offrant des produits de meilleure qualité ou à un prix plus bas, et qui permet à un demandeur de mettre en concurrence ces offreurs qui le recherchent, repose sur la liberté de ne pas contracter. À l'inverse, si une entreprise a une puissance telle, ou s'il y a un accord pour qu'il n'y ait plus cet exercice premier de la liberté de ne pas contracter, ou de prendre un autre produit, ou de choisir un autre partenaire, alors le marché ne fonctionne plus, et le prix ne s'ajuste plus. En cela, il n'y a donc plus de « juste prix », si l'abus ou l'entente porte sur les prix, comportement à la fois le plus usuel et le plus grave.

18. – Le juste prix sur un marché est celui qui est produit par l'élasticité de l'offre et de la demande. Ainsi Adam Smith souligne le prix plus élevé du verre d'eau par rapport au prix du diamant, dès l'instant que le demandeur est dans le désert depuis des jours, sans oasis, ni caravane en vue. Il paiera un prix exact. L'économie ne veut pas pour autant soutenir que ce prix est équitable. L'amphibologie du terme « juste » a été désastreuse : il s'agit de dire que le prix était exact, si l'on laissait jouer l'ajustement de l'offre et de la demande (ici, très peu d'eau accessible et un grand désir d'eau), et non nécessairement qu'il était équitable, ou moralement juste que ce mécanisme là soit à l'origine du prix.

19. – Si nous sommes sur un marché avec suffisamment d'offres et de demandes, ce qu'on qualifie de marché liquide si l'on vise le cas du marché financier, le marché fonctionne usuellement avec le droit des contrats, des droits de propriété privée et des juridictions en cas de difficulté. Le prix est exact sans qu'il soit besoin de construire un appareil juridique *ex ante* spécifique au marché en question, et de positionner des organismes de supervision permanente, car la loi du marché, parce qu'elle repose, comme le contrat, sur l'opposition des intérêts

et la volonté naturelle des agents de protéger leurs intérêts propres, suffit à produire en équilibre les prix exacts. En cela, les marchés ordinaires sont autorégulés.

20. – Cela suppose que des opérateurs n'acquièrent pas une puissance telle qu'ils en fassent usage, par entente ou par usage de leur position sur le marché, afin d'obtenir un avantage, notamment sur les prix, que le libre fonctionnement du marché concurrentiel ne leur aurait pas permis d'obtenir. Ainsi, les autorités de concurrence interviennent pour sanctionner les agents qui ont une activité économique et agissent de cette façon, leur comportement ayant cet objet ou cet effet.

21. – Ce cœur du droit de la concurrence, à savoir la sanction des comportements anticoncurrentiels, met le prix au cœur de l'analyse mais également au cœur de celui des sanctions, qualifiées par l'anglicisme imagé de « remède », car il s'agit bien de guérir le marché, notion à laquelle le droit civil est encore relativement peu sensible.

22. – Tout d'abord, en ce qui concerne l'analyse des situations, un prix sera considéré comme « abusif », non pas tant parce qu'il aura été fixé d'une façon déloyale, le droit de la concurrence, droit économique, gardien du marché, étant de nature objective bien que répressif, mais parce que le prix observé sur le marché présente un écart injustifié à la hausse ou à la baisse (à l'extrême, prix prédateur) par rapport à celui que l'ajustement de l'offre et de la demande aurait dû produire.

23. – Mais autant il est aisé d'affirmer que les prix trop élevés par rapport à un prix d'un marché théorique reconstitué sont critiquables, autant cela est plus difficile concernant des prix que l'on estimerait « trop bas ». En effet, si l'on ne peut démontrer que ces prix ne sont pas seulement en décalage par rapport au prix théorique, mais encore ont pour fin l'élimination des concurrents et la remontée ultérieure des prix, ce qui nuit donc dans ce second temps aux consommateurs, les prix bas, sauf à être prédateurs, sont en faveur du consommateur.

24. – Or, il était usuel de soutenir que le droit de la consommation avait pour fin la protection du consommateur, le droit de la concurrence déloyale la protection des concurrents, et le droit de la concurrence, la protection du marché concurrentiel. Aujourd'hui, les autorités de la concurrence, la Commission européenne et la *Federal Trade Commission* en premier, affirment que le but du droit de la concurrence est l'intérêt du consommateur. Dès lors, à partir de quel moment un prix devient-il « trop bas » ?

### III. – LE PRIX QUE LE POLITIQUE PRODUIT PAR LA RÉGLEMENTATION

25. – En outre, le marché n'est pas tout, et ce, dans deux perspectives. Tout d'abord, le marché peut avoir des défaillances, soit temporaires (par ex., parce que l'État vient de libéraliser un secteur et que demeure un opérateur historique très puissant, qui peut faire en sorte que l'ouverture à la concurrence reste lettre

morte), soit définitives (par ex., parce qu'il y a des réseaux de transports d'énergie ou de télécommunications, qui sont économiquement des monopoles naturels).

26. – Dans un tel cas, l'État peut récuser le marché, pour deux raisons possibles. En premier lieu, il n'y aura jamais de marché sur des monopoles naturels et l'État pose alors, que l'unilatéralité de son pouvoir légitime de contrainte a sa place et son efficacité là où le marché ne peut fonctionner. La seconde raison est à la fois plus profonde et plus contingente : le prix exact n'est pas le prix équitable.

27. – En effet, il est bien des situations où il y a offre et demande, mais le critère n'est plus, comme le suppose le marché, le besoin de boire de l'eau au besoin au prix du diamant, mais le droit de boire de l'eau, alors même que la personne considérée n'a pas les poches remplies de diamants. Si elle a les poches vides, le « juste prix » sera égal à zéro, selon l'accès gratuit à la santé, à l'éducation, à la justice, qui sont pourtant des prestations de marché.

28. – Le juste prix apparaît alors dans sa définition morale. Il est porté par l'État, qui est lui-même garant du pacte social qui le légitime et par lequel la Nation affecte les finances publiques, si mal en point soient-elles, à cette tâche.

29. – Le prix unilatéralement fixé par le Politique, par exemple en matière d'électricité, de gaz, de droit d'inscription universitaire, de prix de journée à l'hôpital, etc., prend la forme juridique réglementaire, relève du pouvoir discrétionnaire et s'insère dans le droit public.

30. – Les autorités en charge du droit de la concurrence, qui est au-dessous de la distinction du droit public et du droit privé, n'apprécient guère ce qui peut aussi apparaître comme des échappées pour les États, dans un désir de se conserver leur pré carré, aussi bien concernant l'organisation du domaine public, des entreprises publiques, etc. La jurisprudence administrative a habilement limité l'avancée, en intégrant dans l'office du juge administratif la pleine application du droit de la concurrence et le comportement des opérateurs publics quant aux prix qu'ils pratiquent.

#### IV. – LE PRIX RÉGULÉ, ISSU DU TRIANGLE ENTRE DROIT, ÉCONOMIE ET POLITIQUE

31. – Sans doute sommes-nous en train de dépasser ces oppositions décrites, à travers la notion de « prix régulés ». En effet, si l'on reprend l'exemple précité des monopoles naturels des réseaux de transport d'énergie ou de télécommunications, les entreprises qui veulent y avoir accès contractent avec les gestionnaires de réseaux. Le prix d'accès n'est pas fixé *ex ante* par un règlement. Il emprunte plutôt le modèle civiliste de fixation des prix par la discussion entre les deux parties. Mais la liberté de ne pas contracter n'existe plus, puisque l'entreprise qui veut faire transporter son énergie ou son impulsion électronique ou les recevoir, n'a d'autre moyen technique que de recourir à ce gestionnaire de réseaux.

32. – C'est pourquoi le législateur a organisé un règlement des différends, autre façon d'appeler le pouvoir de trancher les litiges, et a confié cet office au

régulateur. Celui-ci a obligé le gestionnaire de réseaux à non seulement donner des informations, mais encore à être « transparent » pour permettre au régulateur et au cocontractant d'apprécier si le prix est équitable, c'est-à-dire dans ce contexte économiquement fondé.

33. – En outre, le budget du gestionnaire de réseau est contrôlé par le régulateur et, à travers cela, les prix que celui-ci pratique. Cela est l'objet de discussion et des équilibres sont recherchés entre les investissements nécessaires, les risques à prévenir, les marges de bénéfices raisonnables à réserver.

34. – D'une façon générale, le législateur national et communautaire utilise l'expression de « prix orienté vers les coûts », ce qui économiquement ne vaut rien car le contrôle des coûts est quasiment impossible et, à le supposer possible, on sait que cela n'est guère vertueux, car cela pousse l'entreprise concernée à accroître les coûts.

35. – D'une façon plus sage, les régulateurs ayant tendance à se comporter comme des juges (ne serait-ce que parce que la jurisprudence a considérablement procéduralisé leur façon de faire, en imposant le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire), les régulateurs n'imposent pas les prix. Ils se contentent, sous le contrôle des juges, de fixer les marges d'une démarche contractuelle, sur laquelle ils posent par ailleurs leur empreinte à travers le principe de transparence.

36. – Dans les années qui viennent, le contrat sera de plus en plus utilisé pour fixer les marges des comportements individuels et collectifs admissibles, notamment quant aux prix, mais lorsqu'il y aura ce « plus que le marché », sans qu'il puisse ou qu'il doive y avoir du « tout-État », et que nous serons donc en système régulé, les prix seront fixés en alliance entre le politique, le marché (comme cristallisation objective et collective du mécanisme contractuel) et l'économique (les biens et le désir d'y accéder).

37. – Les prix régulés renvoient certes à une vision technocratique du monde car les régulateurs sont au cœur du système, ce qui diminue la grande difficulté née de l'affaiblissement des frontières, et l'idéologie de la gratuité qui se développe sur Internet et voudrait mettre à bas les droits de propriété, n'a pas encore trouvé un modèle économique solide. Mais la notion de juste prix, au sens moral du terme, demeure présente et ce sont les Institutions publiques qui en sont porteuses.