

# Prix abusivement bas et offre anormalement basse : des notions complémentaires

Les notions de prix abusivement bas et d'offre anormalement basse poursuivent le même objectif : faire respecter le droit de la concurrence. Malgré leurs différences résultant notamment de leur appartenance à des régimes distincts, elles s'avèrent complémentaires.

## Auteur

**Emmanuelle Bénoit**

Avocate, AdDen avocats

**Alizée Scailherez**

Avocate, AdDen Nouvelle-Aquitaine

## Mots clés

Champ d'application • Droit de la concurrence  
• Offre anormalement basse • Prix abusivement bas

La récente réforme du droit des marchés publics résultant de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (l'Ordonnance) et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 (le Décret) relatifs aux marchés publics a pérennisé et précisé le régime des offres anormalement basses, notamment par l'extension de cette notion aux sous-traitants<sup>(1)</sup>. Dans ce contexte, et dans la mesure où le mécanisme de l'offre anormalement basse protège en principe les pouvoirs adjudicateurs des prix trop bas qui pourraient leur être proposés et qui seraient de nature à remettre en cause la fiabilité de la prestation ou du prestataire, il est intéressant d'examiner les similitudes de cette notion avec celle de prix abusivement bas. Cette dernière constitue justement un des piliers de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, prévu par le Code de commerce, visant à la préservation du libre jeu de la concurrence.

Après avoir rappelé ces deux notions, il conviendra d'examiner en quoi elles peuvent être considérées comme similaires dès lors qu'elles participent à la préservation d'un même objectif : le respect du droit de la

[1] R. Cattier, « L'offre anormalement basse du sous-traitant », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 179, septembre 2017, p. 32.

concurrence. Plus précisément, même si ces notions ont des champs d'application parfaitement distincts, elles sont forcément complémentaires au regard de la poursuite d'un objectif commun.

## Rappel des notions

### Les prix abusivement bas définis par le Code de commerce

Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits<sup>[2]</sup>.

Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour emporter une qualification de prix abusivement bas au sens des dispositions de l'article L. 420-5 du Code de commerce<sup>[3]</sup> :

- le prix en cause doit être un prix de vente destiné au consommateur final ;
- le niveau de prix proposé doit être insuffisant pour couvrir les coûts de production, de transformation et de commercialisation du produit ou service ;
- le prix pratiqué doit traduire une volonté ou une potentialité d'éviction d'un concurrent ou d'un produit ou service concurrent.

Ces conditions sont identiques à celles qui doivent être réunies pour qu'une pratique soit qualifiable de prix prédateurs<sup>[4]</sup>. D'ailleurs, l'Autorité de la concurrence a ainsi estimé que « Les dispositions envisagées qui définissent le prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation »<sup>[5]</sup>.

La notion de prix abusivement bas est toutefois plus large dans la mesure où l'application des dispositions de l'article L. 420-5 du Code de commerce relatives aux

prix abusivement bas ne se limite pas aux pratiques des entreprises qui disposent d'une position dominante sur un marché, contrairement aux pratiques de prix prédateurs qui appartiennent à la catégorie des abus de position dominante interdites par les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

#### ● Un consommateur

Le consommateur est défini par les autorités de la concurrence comme « La personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis »<sup>[6]</sup>. Ainsi, il est évident que cette définition ne vise pas une collectivité locale<sup>[7]</sup> et, de façon générale, cette notion se trouve exclue lors de la passation d'un marché public : l'« exigence [qui pèse sur les personnes responsables de la passation des marchés d'analyser la composition des offres et notamment les prix anormalement bas], suppose une compétence technique dans le domaine où elle intervient, présumée par la loi, qui est incompatible avec la notion de « consommateur » au sens de l'article (L. 420-5 du Code de commerce) et exclut l'application de ce texte à l'occasion de la passation des marchés publics »<sup>[8]</sup>. En outre, cette définition ne vise pas les relations interentreprises<sup>[9]</sup>.

#### ● Un niveau de prix insuffisant

Un prix suspecté d'être abusivement bas est analysé par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation de l'entreprise.

Pour l'évaluation de ces coûts, la méthodologie est la même que pour les prix prédateurs : les autorités compétentes en matière de concurrence comparent les prix pratiqués et les coûts exposés par l'entreprise.

Ainsi, un prix pourra être considéré comme abusivement bas s'il correspond à un des cas suivants :

- « Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite ».

[2] Article L. 420-5 du Code de commerce.

[3] Décision 06-D-23 du 26 juillet 2006 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique (points 92 et suivants).

[4] La définition des prix prédateurs telle qu'elle ressort de l'arrêt de la CJCE du 3 juillet 1991 Akzo, aff. C-62/86 recouvre deux situations :

- les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables [...] par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs ;
- les prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

[5] Avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997.

[6] CA Paris 3 juillet 1998.

[7] Décision n° 09-D-20 du 11 juin 2009 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des travaux de voirie et d'entretien routier en région Rhône-Alpes.

[8] Décision n° 08-D-01 du 18 janvier 2008.

[9] CA Paris 4 juin 2002.

– « Des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux (qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables) mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite. [...] Compte tenu du critère retenu pour apprécier le comportement d'une entreprise dominante en matière de prix, il convient de déterminer les coûts totaux et les coûts variables [de l'entreprise] »<sup>[10]</sup>.

Il ne s'agit toutefois que de présomptions, et l'entreprise peut ensuite apporter des justifications sur la manière dont le prix a été fixé.

### ● Une volonté d'éviction

Pour les prix abusivement bas comme pour les prix prédateurs, l'Autorité de la concurrence considère que la stratégie doit être pratiquée par l'entreprise pendant un temps suffisamment long « pour évincer les concurrents, dans l'espoir de récupérer les pertes subies en pratiquant des prix élevés une fois les concurrents sortis du marché »<sup>[11]</sup>.

Et, « pour qu'une telle stratégie ait une chance d'être profitable, il faut, d'une part, que les concurrents ne puissent pas résister trop longtemps aux prix bas et décident de sortir assez vite du marché et d'autre part, qu'il existe des barrières à l'entrée substantielles sur le marché considéré, de manière à ce que les prix élevés pratiqués dans le futur n'induisent pas le retour des concurrents évincés ou l'entrée de nouveaux opérateurs »<sup>[12]</sup>.

Dans la pratique, il s'avère qu'aucune sanction n'a été prononcée jusqu'ici sur le fondement des prix abusivement bas, le plus souvent parce que les faits dénoncés ne visaient pas le consommateur final<sup>[13]</sup> ou alors parce que les entreprises des parvenues à justifier de la structure de leurs prix.

### Les offres anormalement basses

Les offres anormalement basses ne sont pas définies par les textes relatifs aux marchés publics<sup>[14]</sup> mais par la jurisprudence. Ainsi, une offre est anormalement basse

lorsque le niveau de prix interpelle l'acheteur public – soit parce que l'offre semble trop basse au regard de sa propre estimation soit parce qu'elle est très inférieure aux autres offres – et que l'opérateur qui l'a proposée n'a pas pu en justifier auprès du pouvoir adjudicateur<sup>[15]</sup>. Cette qualification se concrétise au regard d'un faisceau d'indices :

- sous-évaluation financière des prestations<sup>[16]</sup> ;
- comparaison avec les autres offres ;
- comparaison avec l'estimation de l'acheteur,
- analyse au vu des obligations qui s'imposent aux soumissionnaires<sup>[17]</sup>.

Le régime des offres anormalement basses consiste en un mécanisme de vérification. Dès lors que le pouvoir adjudicateur suspecte une offre anormalement basse, ce dernier doit interroger le soumissionnaire et exiger de lui des justifications sur le montant de son offre.

L'article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise les justifications qui peuvent être prises en compte par le pouvoir adjudicateur dans l'analyse de ces offres<sup>[18]</sup>. Ainsi, il peut s'agir du mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction, les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir des produits ou les services ou pour exécuter les travaux, l'originalité de l'offre, la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations, ou encore l'obtention éventuelle d'une aide d'État (dès lors que celle-ci est compatible avec le marché intérieur<sup>[19]</sup>).

[15] CE 29 mai 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ société Arteis*, req. n° 366606 : « le fait pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ».

[16] Etant précisé que le caractère bas du prix doit être apprécié au vu de toutes les composantes de l'offre.

[17] L'acheteur doit apprécier, au cas par cas, dans quelle mesure les obligations sociales doivent être intégrées dans l'offre d'un candidat (exemple : si le coût lié à la reprise des salariés de l'ancien attributaire doit être pris en compte par le candidat à un marché public lorsqu'il présente son offre, le montant de cette dernière ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût).

[18] Il n'y a pas d'équivalent concernant les justifications qui pourraient être apportées par les opérateurs suspectés de pratiquer des prix abusivement bas.

[19] Article 60-III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[10] CJCE 3 juillet 1991, *Akzo*, aff. C-62/86.

[11] Décision n° 04-D-10 du 1<sup>er</sup> avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC-Ciné cité.

[12] *Ibid.*

[13] C'est ce qu'il ressort de la fiche sur les prix abusivement bas de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

[14] Qu'il s'agisse de l'ancien régime du Code des marchés publics que du nouveau régime issu de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

En l'absence d'une telle justification ou lorsque le soumissionnaire garde le silence, le pouvoir adjudicateur doit alors rejeter l'offre. Ainsi, les nouvelles dispositions relatives aux marchés publics entérinent la position que les juridictions administratives avaient adoptée depuis longtemps. En effet, et si le texte de l'article 55 du Code des marchés publics prévoyait une simple possibilité, le juge administratif jugeait qu'une fois le caractère anormalement bas d'une offre établi, le pouvoir adjudicateurs avait l'obligation de la rejeter<sup>[20]</sup>.

## Des notions différentes mais complémentaires

### Des différences résultant de l'appartenance de ces notions à deux régimes distincts

En premier lieu, il résulte de leur définition que les notions de prix abusivement bas et d'offre anormalement basse – ci-dessus exposées – ont un champ d'application distinct. En effet, les prix abusivement bas sont appliqués dans les relations auxquelles participent des consommateurs, qualité que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas revêtir : c'est la raison pour laquelle l'application de l'article L. 420-5 du Code de commerce est exclue de la matière des marchés publics (cf. *supra*). D'ailleurs, si la juridiction administrative – en particulier le Conseil d'État – utilise et applique ces deux notions, c'est dans des types de contentieux différents. Les offres anormalement basses appartiennent à la sphère de la commande publique alors que la notion de prix abusivement bas est utilisée par le Conseil d'État lorsqu'il est saisi, par exemple, de questions relatives à la fixation des prix réglementés (dans des contentieux où les consommateurs sont présents).

En deuxième lieu, si des conditions strictes (et définies par les textes) doivent être réunies pour la caractérisation d'un prix abusivement bas, le juge administratif utilise un faisceau d'indices pour les offres anormalement basses.

Enfin, le critère tenant à la recherche d'une volonté d'éviction est quant à lui absent du régime des offres anormalement basses.

[20] CE 29 mai 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ société Arteis*, req. n° 366606, précité.

En raison de ces différences, par nature, les deux notions ne peuvent pas être confondues. Néanmoins, elles répondent à une logique commune qui est de lutter contre des pratiques anticoncurrentielles et de protéger le consommateur ou l'acheteur public. En ce sens, on peut considérer qu'elles revêtent une certaine complémentarité.

### Une complémentarité inhérente à la protection d'une cause commune : le respect du droit de la concurrence et la protection de l'utilisateur final (consommateur/acheteur public)

Un seul critère rapproche les deux notions. En effet, d'un côté, concernant les prix abusivement bas, le niveau de prix proposé doit être insuffisant pour couvrir les coûts de production, de transformation et de commercialisation du produit ou du service. De l'autre côté, concernant les offres anormalement basses, le prix de l'offre doit être insuffisant pour exercer correctement la prestation ou insuffisant au regard des obligations imposées au soumissionnaire, c'est-à-dire « de nature à compromettre la bonne exécution du marché ».

Autrement dit, le prix abusivement bas tout comme l'offre anormalement basse ne peuvent pas être déterminés en considération de la seule valeur intrinsèque du prix, ce qui fait obstacle à une analyse fondée sur la seule comparaison avec les prix des concurrents ou les offres des différents soumissionnaires. Ainsi, le seul écart de prix entre deux offres ne suffit pas pour caractériser une offre anormalement basse, et il en va de même pour les prix abusivement bas. La logique des mécanismes veut que le prix/l'offre ainsi suspecté(e) soit analysé(e) de façon globale. C'est la façon dont le prix est conçu et ce qu'il comprend qui est analysé.

Finalement, les deux notions sont complémentaires. D'une part, la notion de prix abusivement bas sert de notion-cadre. Cette notion à vocation générale tend à faire respecter le jeu de la libre concurrence dans une économie de marché. D'autre part, la notion d'offre anormalement basse est une application spécifique de la notion de prix abusivement bas, propre à la commande publique. D'ailleurs, les deux notions participent à la même cause et visent un seul et même objectif : le respect du droit de la concurrence<sup>[21]</sup>.

[21] Voir en ce sens : O. Guézou, « Contrats publics et politique de la concurrence », *RFDA* 2014, p. 632.