



HAL
open science

Quand la panique précède la crise sanitaire

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Quand la panique précède la crise sanitaire. Revue Lamy de la Concurrence, 2020, 96, pp.27-33. hal-02956373

HAL Id: hal-02956373

<https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-02956373v1>

Submitted on 2 Oct 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

XXXX - Quand la panique précède la crise sanitaire : le retour des blocages administratifs des prix

Version de travail, publication : RLC, 2020, n° 96

Par Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble

[CHAPO] La crise du Covid-19 et l'instauration de l'état d'urgence sanitaire ont justifié de nombreux ajustements dans le domaine concurrentiel. Parmi les plus spectaculaires – et paradoxalement les moins discutés – figure le retour des blocages administratifs des prix de certains produits de première nécessité dans la lutte contre la pandémie : gels hydro-alcoolique et masques de protection. Le choix d'encadrer spécifiquement ces prix dans la loi sur l'état d'urgence sanitaire, s'il se comprend d'un point de vue pratique, appelle toutefois certaines remarques, notamment pour souligner que le droit de la concurrence « classique » était suffisamment équipé pour ne pas avoir à être remplacé par un droit d'exception¹.

Concurrence et crise font rarement bon ménage. La situation née de la pandémie du Covid-19 et de l'adoption subséquente de la loi du 23 mars 2020 d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de Covid-19² – prorogée par celle du 11 mai 2020³ – en est une illustration parfaite. C'est loin d'être la première, et ce ne sera certainement pas la dernière. L'une des constantes de ces situations de crise, qu'elles soient économiques (ce qui est classique) ou sanitaires (ce qui demeure, fort heureusement, plus exceptionnel) est qu'elles engendrent – à tout le moins nécessitent, justifient voire favorisent – un retour de l'État dans le secteur économique⁴. Par voie de conséquence, la concurrence s'en trouve limitée, dans une proportion et une durée variables en fonction des crises...

Il y a donc une forme de normalité dans le fait que l'État réponde à l'anormalité de la situation par des décisions exceptionnelles. Les commentateurs ont d'ailleurs déjà souligné que la crise du Coronavirus a un impact considérable sur l'exercice des libertés

¹ Cet article est une version actualisée d'une publication électronique : « Covid-19 & concurrence (1) », *JDA*, 2020, Actions & réactions au Covid-19, art. 288, <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=320>.

² L. n° 2020-290, 24 mars 2020, JO 24 mars

³ L. n° 2020-546, 11 mai 2020, JO, 12 mai

⁴ en ce sens, v., les actes du colloque *Le droit public économique face à la crise*, *RFDA*, 2010, p. 727 et s.

économiques, particulièrement la liberté d'entreprendre et la libre concurrence⁵. Ce bouleversement est la conséquence directe des mesures de confinement⁶, puis de l'instauration de l'État d'urgence sanitaire par les lois du 23 mars puis du 11 mai 2020⁷ et les décrets du 23 mars⁸, puis ceux du 11 mai⁹ et enfin celui du 31 mai 2020¹⁰.

Avant même que la pandémie n'en soit officiellement une et que l'état d'urgence sanitaire soit déclaré, les conditions du fonctionnement normal de certains marchés économiques étaient ébranlées par le début d'un mouvement de panique d'une partie de nos concitoyens. Dès le 3 mars 2020, la Direction générale de la répression des fraudes (DGCCRF) indiquait son intention d'ouvrir une enquête, après avoir constaté des hausses spectaculaires (mais ponctuelles) des prix de vente des masques chirurgicaux et des gels hydro-alcooliques, en particulier sur Internet (pouvant aller jusqu'à 300 %, voire 700 % du prix de vente initial). Sans en attendre ces résultats, les pouvoirs publics décidèrent deux séries de mesures aussi rares que spectaculaires, et aboutissant à des limitations très importantes dans l'exercice de la liberté d'entreprendre : la réquisition des masques et le blocage des prix des gels hydro-alcooliques.

Sans entrer dans une comparaison détaillée de ces deux mécanismes restreignant fortement la concurrence¹¹, qu'il soit simplement observé ici la gradation dans la réponse des pouvoirs publics face au risque de pénurie et aux dérives qui en découlent : alors que la vente des gels hydro-alcooliques reste libre, mais très étroitement encadrée, celle des masques a été totalement suspendue dès le mois de mars. Au-delà de la seule spéculation sur les prix des masques, c'est d'un risque de pénurie d'un produit de première nécessité dans la lutte contre la pandémie que les pouvoirs publics entendaient se prémunir. La mise en place d'un « déconfinement » début mai a permis

⁵ Par ex., A. Sée, « Les libertés économiques en période de crise sanitaire : un premier état des lieux », *RDLF*, 2020 chron. n° 21, www.revuedlf.com

⁶ D. n° 2020-260, 16 mars 2020, portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, JO 17 mars

⁷ Lois préc.

⁸ D., n° 2020-293, 23 mars 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 24 mars

⁹ D. n° 2020-545, 11 mai 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 11 mai, applicable les 11 et 12 mai ; D. n° 2020-548, 11 mai 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 12 mai, applicable depuis le 13 mai

¹⁰ D. n° 2020-663, 31 mai 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 1^{er} juin

¹¹ La procédure de la réquisition administrative est exclue du champ de la présente étude, notamment car elle a fait l'objet de plusieurs analyses spécifiques (v. not. N. Halil-Merad, « L'intérêt des mesures de réquisition administrative en période de crise sanitaire exceptionnelle », *RDLF*, 2020, chron. 29, www.revuedlf.com)

aux pouvoirs publics d'alléger ces mesures, sans pour autant laisser le jeu du marché fonctionner librement¹².

Concernant le gel (sic) du prix des gels hydro-alcooliques, plusieurs textes ont été adoptés à intervalle rapproché, soulignant tout à la fois l'urgence des mesures et la confusion de la période actuelle. Initialement, c'est le décret du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydro-alcooliques¹³ qui prévoit que les prix de la vente en gros ou au détail des « *gels hydro-alcooliques destinés à l'hygiène corporelle, quelle que soit leur dénomination commerciale* », « *ne peuvent excéder* » les prix fixés par le décret en fonction de la taille du contenant – par ex. 40 € TTC par litre pour la vente au détail des contenants de 50 ml ou moins¹⁴. Celui-ci est complété par un arrêté du ministre de l'Économie du 14 mars¹⁵, permettant d'appliquer à ces prix un coefficient correcteur dans le cas où les gels sont fabriqués et mis sur le marché par les pharmacies d'officine et les pharmacies à usage intérieur, en application de deux arrêtés du 6 mars¹⁶. Dans la foulée de l'adoption de la loi du 23 mars 2020 dite d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (préc.) et de son décret d'application du même jour (préc.), ces dispositions sont abrogées¹⁷ et reprises dans les mêmes termes¹⁸. Ce dernier texte est complété par un décret du 4 avril¹⁹ modifiant les prix, puis par un décret du 25 avril étendant son champ d'application à l'ensemble du territoire non-métropolitain²⁰. Début mai, cette logique d'encadrement des prix est étendue à la vente des masques de type chirurgical à usage unique²¹. Ces textes ont été repris par les décrets du 11 mai²² puis

¹² La vente des masques au grand public est de nouveau possible, mais d'une part les mesures de réquisition n'ont pas été supprimées, pour permettre aux services de santé d'être approvisionnés ; d'autre part, les prix de vente de certains modèles de masque sont bloqués par voie réglementaire (cf. infra)

¹³ D. n° 2020-197, 5 mars 2020, JO 6 mars.

¹⁴ D. préc., art. 1.

¹⁵ Arr. 14 mars 2020, NOR : ECOC2007577A, relatif au prix maximum de vente des produits hydro-alcooliques destinés à l'hygiène corporelle préparés par les pharmacies d'officine et les pharmacies à usage intérieur, JO 15 mars.

¹⁶ Arr. 6 mars 2020, NOR : TREP2006929A, portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 et A. autorisant par dérogation la mise à disposition sur le marché et l'utilisation temporaires de certains produits hydro-alcooliques utilisés en tant que biocides désinfectants pour l'hygiène humaine, JO 7 mars 2020.

¹⁷ D. n° 2020-293, 23 mars 2020, préc., art. 1.

¹⁸ D. n° 2020-293, 23 mars 2020 préc., art. 11

¹⁹ D. n° 2020-396, relatif au régime du contrôle des prix de vente des gels hydro-alcooliques dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 5 avr

²⁰ D. n° 2020-477, 25 avr. 2020 complétant le D. n° 2020-293, 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 26 avr. : désormais, « *le présent article s'applique à Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française* » (art. 1)

²¹ D. n° 2020-506, 2 mai 2020, complétant le D. n° 2020-293, 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JO 3 mai

²² D. n° 2020-545 et n° 2020-548 préc.

par celui du 31 mai 2020²³, dans le cadre de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire par la loi du 11 mai 2020²⁴. Le Gouvernement suspend ainsi (provisoirement et par voie réglementaire) le principe de la liberté des prix de vente des gels hydro-alcooliques, ainsi que d'un certain type de masques.

Plusieurs remarques peuvent être formulées à l'encontre de ces dispositions.

I. – Sur le principe du blocage administratif des prix

D'une façon très générale, une situation de concurrence peut être définie comme celle résultant d'une « *compétition, sur un marché dont la structure et le fonctionnement répondent aux conditions du jeu de la loi de l'offre et de la demande, d'une part entre offrants, d'autre part entre utilisateurs ou consommateurs de produits et de services qui y ont libre accès et dont les décisions ne sont pas déterminées par des contraintes ou des avantages juridiques particuliers* »²⁵. La concurrence ne peut donc s'épanouir que s'il existe un système économique et politique qui y soit favorable – un système libéral, quelle que soit sa forme précise – dans lequel l'État joue davantage un rôle de régulateur que d'acteur.

La notion de concurrence a reçu diverses traductions dans le droit positif français. Historiquement, l'idée d'une libre concurrence – dans la détermination du prix des produits ou des services à la vente – est conçue comme l'un des corollaires de la liberté d'entreprendre, issue du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et dont le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle²⁶. Il est d'ailleurs affirmé comme tel à l'article L. 410-1 du code de commerce, qui pose comme principe général que « *les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». Cette disposition est issue de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence²⁷, qui entendait mettre un terme aux principes de l'administration dirigiste issus de la Seconde Guerre mondiale, dont l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix²⁸ était l'une des manifestations éclatantes. Sur le fondement de cette ordonnance, les pouvoirs publics pouvaient mettre en place des politiques générales ou sectorielles de blocages administratifs des prix et des salaires, sur tout ou partie du territoire.

²³ D. n° 2020-663, préc.

²⁴ L. n° 2020-546, préc.

²⁵ Vocabulaire juridique, sous la dir. de G. Cornu, PUF, 13^e éd., 2020, entrée « concurrence ».

²⁶ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation, consid. 16 : « *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 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* ».

²⁷ Ord. n° 1986-1243, 1^{er} déc. 1986.

²⁸ Ord. n° 45-1483, 30 juin 1945.

Dans une approche ordolibérale de l'idée de concurrence (qui inspire fortement l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 codifiée), « *l'esprit de la régulation est ainsi d'assurer l'effectivité du principe de libre concurrence et la croissance des secteurs économiques concernés en même temps que la protection des intérêts publics non économiques comme la sauvegarde des libertés fondamentales, les droits des consommateurs ou la sécurité* »²⁹. Cela « *suppose que le principe de concurrence ne suffit pas à l'organisation complète et suffisante d'un marché, d'un secteur ou d'une filière* » et que le droit a pour objectif de « *mettre en balance le principe de concurrence et un autre principe, a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel* »³⁰. Cette tension est particulièrement présente en période de crise économique ou sanitaire et justifie largement les atteintes portées au principe de concurrence et, plus largement, à l'exercice de toutes les libertés économiques (de ce point de vue, les libertés économiques apparaissent comme *naturellement* moins fondamentales que les autres libertés individuelles – libertés d'aller et venir ou d'expression par exemple).

Assiste-t-on, de ce point de vue, à un retour d'une « *économie de guerre* », dans laquelle « *la logique du marché fait place au dirigisme étatique* », comme le souligne J. Chevallier ?³¹ Le retour de politiques de blocages des prix de certains produits en serait un exemple parfait. D'autant que plus la période d'incertitudes liées aux mesures de confinement / dé-confinement (et éventuellement re-confinement) sera prolongée et plus les risques de pénurie (et d'inflation artificielle des prix) augmenteront, rendant de fait nécessaire soit la prolongation des mesures actuelles, soit leur extension à d'autres produits (tels que les biens alimentaires de première nécessité). En matière de blocage administratif des prix, la comparaison avec la situation d'une économie de guerre ne semble pas pouvoir être poursuivie plus en avant. Si la logique du marché fait clairement place à une forme de dirigisme, celui-ci n'est pas en réalité nouveau et figure même dans l'essence du droit interne de la concurrence. D'ailleurs, en cas de saisine du juge administratif, une contestation de la légalité des différents décrets n'aurait que très peu de chance d'aboutir, chaque texte ayant un fondement législatif propre (et solide). Au-delà, une QPC à l'encontre des dispositions législatives fondant ces mesures de blocage semble également avoir peu de chance d'aboutir, le Conseil constitutionnel ayant reconnu de longue date que la liberté d'entreprendre (et ses composantes) peut-être limitée pour des motifs d'intérêt général³².

²⁹ B. Lasserre, « Vers un droit de la régulation moderne, efficace et protecteur », in Mélanges Stirn, 2019, p. 387.

³⁰ M.-A. Frison-Roche, Les 100 mots de la régulation, PUF, Que sais-je, 2011, entrée « régulation ».

³¹ J. Chevallier, « Le basculement vers une économie de guerre », Blog du Coronavirus, 2 avr. 2020, <https://www.leclubdesjuristes.com/le-basculement-vers-une-economie-de-guerre/>.

³² Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, préc.

II. – Sur le fondement du blocage administratif des prix

Comme toutes les autres libertés économiques, le principe de la liberté des prix n'a pas de caractère général et absolu, et ce malgré son assise constitutionnelle indirecte. Dès 1986, l'ordonnance envisageait une application générale du principe, « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement* »³³. Et elles sont nombreuses ! Schématiquement, il existe deux principales catégories d'exceptions. En premier lieu, les secteurs qui échappaient au domaine de l'ordonnance du 30 juin 1945 demeurent encadrés par des textes spécifiques. Plus largement, le législateur a toujours la possibilité de limiter le principe de la liberté des prix de certains produits, dès lors que ces limitations sont « *liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »³⁴. Le Conseil constitutionnel reprend ainsi la formule de principe, dégagée à propos de la liberté d'entreprendre³⁵, soulignant l'attractivité de ce principe général pour contrôler toutes les législations portant une atteinte à la concurrence.

En second lieu, l'article L. 410-2 du code de commerce permet l'intervention du pouvoir exécutif, dans deux circonstances particulières. D'une part, « *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* » (al. 2), le pouvoir exécutif peut, après consultation de l'Autorité de la concurrence, réglementer les prix par un décret en Conseil d'État. Il en est ainsi, par exemple, de l'encadrement des prix des taxis lorsqu'ils exercent leur activité de maraude³⁶.

D'autre part, l'article L. 410-2, alinéa 3, du code de commerce prévoit que le principe de liberté des prix ne fait pas obstacle « *à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'État, contre des hausses ou des baisses 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* ». Les seules limitations sont d'ordre procédural, la loi imposant d'une part la consultation du Conseil national de la consommation (réalisée le 4 mars 2020 dans le cadre du projet de blocage des prix des gels hydro-alcooliques) et d'autre part que la durée de tels blocages n'excède pas six mois (fixée initialement au 31 mai par le décret du 5 mars).

³³ Ord. n° 1986-1243 préc., art. 53, codifié à l'article L. 410-2 du code de commerce.

³⁴ V., not., à propos de feu l'écotaxe poids lourds, Cons. const., 23 mai 2013, n° 2013-670 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports.

³⁵ Cons. const., 16 janv. 2001, n° 2000-439 DC, Loi relative à l'archéologie préventive.

³⁶ CE, 5 déc., 2016, n° 395086, Chambre syndicale des cochers chauffeurs de voitures de place CGT taxis.

Le décret du 5 mars 2020 était l'un des rares exemples de mobilisation de l'alinéa 3 de l'article L. 410-2 du code de commerce. Cette faculté n'a été utilisée qu'à deux reprises depuis 1986 : pour encadrer la vente de certains produits de consommation courante (produits alimentaires, engrais, produits d'entretien, articles ménagers, matériaux de construction, etc.) suite au passage du cyclone Hugo en Guadeloupe en septembre 1989³⁷ ; pour encadrer les prix de vente des produits pétroliers durant la Guerre du Golfe³⁸. Aucune de ces deux réglementations n'avait donné lieu à contestation devant le juge administratif. Il paraît néanmoins important de s'interroger, même de façon théorique, sur la possibilité de contester ces mesures de restriction d'une liberté économique.

Dans les hypothèses des blocages administratifs des alinéas 2 et 3 de l'article L. 410-2 du code de commerce, le Conseil d'État, reprenant le raisonnement du Conseil constitutionnel, s'assure que les limitations apportées à la liberté de fixation des prix et, plus largement, à la liberté du commerce et de l'industrie ou à la liberté d'entreprendre, sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées au but poursuivi par l'autorité réglementaire. Il semble dès lors possible de saisir le juge administratif par le biais d'un référé-liberté : même si aucune décision n'a (à notre connaissance) expressément reconnu à la liberté des prix la qualité de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, celle-ci a été reconnue à la liberté du commerce et de l'industrie³⁹ et à la liberté d'entreprendre⁴⁰. À la lecture des premières ordonnances rendues par le Conseil d'État à propos des mesures relatives à l'état d'urgence, les chances de succès d'un tel recours apparaissent infimes, tant les circonstances exceptionnelles liées à la lutte contre le coronavirus semblent permissives pour les autorités administratives... En même temps, le mécanisme de l'article L. 410-2 du code de commerce a été précisément pensé pour affronter les crises graves et temporaires, telle celle du Covid-19. Il n'y aurait donc pas à s'offusquer outre mesure d'un tel rejet. La réaction du Gouvernement apparaît légitime et justifiée. L'UFC Que choisir avait relevé, dans une étude publiée le 9 mars 2020, une hausse de plus de 30 % du prix des gels entre novembre 2019 et mars 2020⁴¹.

³⁷ D. n° 89-680, 20 sept. 1989.

³⁸ D. n° 90-701, 8 août 1990.

³⁹ CE, 12 nov. 2001, n° 239840, Commune de Montreuil-Bellay, Leb. 551.

⁴⁰ CE, 26 mai 2006, n° 293501, Société du Yacht-club international de Marina Baie-des-Anges, Leb. 265

⁴¹ <https://www.quechoisir.org/actualite-coronavirus-le-prix-des-gels-hydroalcooliques-a-bel-et-bien-flambe-n76711/>.

Malgré cette solidité du sous-bassement juridique de l'action gouvernementale, le législateur a choisi de s'extraire de la procédure du code de commerce. Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, la loi du 23 mars 2020⁴² a créé une nouvelle catégorie d'exceptions, codifiée à l'article L. 3131-15, 8° du code de la santé publique. Désormais, « *dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique (...) prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendues nécessaires pour prévenir ou corriger les tensions constatées sur le marché de certains produits* ». La similitude avec le mécanisme du droit de la concurrence est frappante, au détail près que dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil national de la consommation n'est plus « *consulté* », mais seulement « *informé* » des mesures adoptées, sans doute pour une question de gain de temps et de recherche d'une efficacité de l'action. Il n'est cependant pas certain que cela puisse avoir un quelconque impact sur le sens de la décision gouvernementale qui aurait été prise après la consultation.

Sur ce nouveau fondement, l'article 48 du décret du 31 mai 2020 réglemente les prix de « *vente des gels ou solutions hydro-alcooliques destinés à l'hygiène corporelle, quelle que soit leur dénomination commerciale* »⁴³. Cette réglementation est applicable jusqu'au 10 juillet 2020, par application de la loi du 11 mai 2020⁴⁴. Reprenant textuellement les dispositions du décret du 5 mars, les décrets des 23 mars puis 11 mai distinguent entre la vente en gros destinée à la revente et la vente au détail, et fixe des plafonds de prix au litre en fonction de la contenance des flacons de gel, avec l'application éventuelle du coefficient correcteur lorsque les produits ont été fabriqués par les pharmaciens eux-mêmes. Par exemple, pour la vente au détail, le décret, dans sa version initiale du 23 mars, fixait les prix comme suit : « *50 ml ou moins à 40 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon de 50 ml maximum de 2 euros TTC ; plus de 50 ml, jusqu'à 100 ml inclus à 30 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon de 100 ml maximum de 3 euros TTC ; plus de 100 ml, jusqu'à 300 ml inclus à 16,70 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon de 300 ml maximum de 5 euros TTC ; plus 300 ml à 15 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon d'un litre maximum de 15 euros TTC* ». Ceux-ci ont par la suite été réduits par un du décret du 25 avril 2020⁴⁵ : « *50 ml ou moins à 35,17 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon de 50 ml maximum de 1,76 euros TTC ; plus de 50 ml, jusqu'à 100 ml inclus à 26,38 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon de 100 ml maximum de 2,64 euros TTC ; plus de 100 ml, jusqu'à*

⁴² L. n° 2020-290, 23 mars 2020, préc., art. 2.

⁴³ D. n° 2020-663 préc., art. 48. Celui-ci reprend les dispositions de l'article 16 du décret du 11 mai 2020 (D. n° 2020-548, 11 mai 2020, préc. ; ex-article 11 du décret du 23 mars 2020, préc.).

⁴⁴ L. n° 2020-546, 11 mai 2020, préc., art. 1.

⁴⁵ D. n° 2020-477, 25 avr. 2020, préc.

300 ml inclus à 14,68 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon de 300 ml maximum de 4,40 euros TTC ; plus 300 ml à 13,19 € TTC le litre, soit un prix unitaire par flacon d'un litre maximum de 13,19 euros TTC ». Ces dispositions ont été reprises par les décrets des 11 et 31 mai 2020⁴⁶.

On ne peut que se réjouir du soin que l'autorité administrative a attaché à la rédaction de ce texte : les montants décrits dans le décret sont repris sous la forme d'un tableau, et les prix sont systématiquement ramenés du prix au litre à celui du contenant, sans doute dans le souci de montrer que l'État est attaché à leur modicité...

Prix de vente au détail maximum toutes taxes comprises (TTC) des gels hydro-alcooliques	
50 ml ou moins	35,17 € TTC par litre, soit un prix unitaire par flacon de 50 ml maximum de 1,76 € TTC
Plus de 50 ml, jusqu'à 100 ml inclus	26,38 € TTC par litre, soit un prix unitaire par flacon de 100 ml maximum de 2,64 € TTC
Plus de 100 ml, jusqu'à 300 ml inclus	14,68 € TTC par litre, soit un prix unitaire par flacon de 300 ml maximum de 4,40 € TTC
Plus de 300 ml	13,19 € TTC par litre, soit un prix unitaire par flacon d'un litre maximum de 13,19 € TTC

D. n° 2020-663, 31 mai 2020, art. 48 II.

Prolongeant ce mouvement (et anticipant la période de « dé-confinement » ayant débuté début mai), le décret du 2 mai 2020 – repris par celui du 31 mai – a étendu le principe de la réglementation à la vente « *de masques de type chirurgical à usage unique répondant à la définition de dispositifs médicaux, quelle que soit leur dénomination commerciale* »⁴⁷. Le texte s'appuie uniquement sur le nouvel article L. 3131-15 du code de la santé publique, délaissant l'approche « concurrentielle » de l'article L. 410-2 du code de commerce. Il reprend la distinction entre vente au détail et vente en gros : dans le premier cas, le prix ne peut excéder les 95 centimes d'euros TTC par unité « *quel que soit le mode de distribution, y compris en cas de vente en ligne* » (sachant, précise le décret, que ce prix n'inclut pas les éventuels frais de livraison) ; dans le second cas, le prix ne peut dépasser 80 centimes d'euros TTC par unité. Par contre, la réglementation est moins étendue que celle applicable aux gels et un seul type de masque est concerné : le masque « *de type chirurgical à usage unique* ». Relèvent de cette catégorie, au sens du décret – et « *quelle que soit leur dénomination commerciale* » – : d'une part, les « *masques anti-projections respectant la norme EN 14683 n'ayant pas fait l'objet de la réquisition* » issue du décret du 23 mars 2020 ; d'autre part, les « *masques fabriqués en France ou dans un autre État membre de*

⁴⁶ D. n° 2020-548, 11 mai 2020 et D. n° 2020-663, 31 mai 2020, préc.

⁴⁷ D. n° 2020-293, 23 mars 2020, préc., art 11-1.

l'Union européenne, ou importés, mis à disposition sur le marché national et ayant bénéficié d'une dérogation consentie par le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé en application de l'article R. 5211-19 du code de la santé publique». Ces dispositions ont été reprises à l'identiques par les décrets des 11 puis 31 mai 2020⁴⁸.

Plusieurs remarques peuvent être formulées à cet égard. En premier lieu, les masques de type FFP2 n'ont, dans un premier temps, pas été concernés, car l'ensemble des stocks existants et fabriqués depuis le début de l'état d'urgence sanitaire demeurait réquisitionné⁴⁹. D'ailleurs, le décret du 2 mai ne revenait pas sur le principe de la réquisition. En précisant que l'encadrement des prix de vente ne s'appliquait qu'aux produits « *n'ayant pas fait l'objet de la réquisition mentionnée à l'article 12* », il cherchait à concilier les deux régimes juridiques. On peut même considérer – dans le silence des textes – qu'il y avait une primauté à la réquisition (pour les besoins des services de santé) et que, par défaut (c'est-à-dire dès lors et tant que les services de santé sont convenablement approvisionnés), le principe de liberté de vente – tel qu'aménagé par le décret – s'appliquait. Le décret du 11 mai 2020 a abrogé ces dispositions, laissant entendre que la pénurie de masques de type FFP2 est en voie de résorption et que les mesures de réquisitions peuvent être allégées. Toutefois, le décret maintenait la possibilité pour les préfets de département de réquisitionner « *des matières premières nécessaires à la fabrication* » de certaines catégories de masques⁵⁰. Cette dernière disposition a disparu du décret du 31 mai 2020.

En second lieu, tous les autres types de masques, c'est-à-dire ceux considérés (à tort ou à raison) comme *moins efficaces*, sont exclus du dispositif. Cela signifie donc que doivent être distingués deux types de masques : ceux, de type chirurgical, dont la vente est réglementée, et les autres (masques lavables, réutilisables, à filtre ou à cartouche, à usage unique mais ne répondant pas aux normes chirurgicales, etc.), dont la vente reste libre et le prix pourrait connaître une inflation importante selon l'évolution de la pandémie.

Au final, une interrogation demeure : celle de l'intérêt de reprendre textuellement les dispositions du code de commerce dans le code de la santé publique. Certes, le souci de pédagogie est louable, particulièrement en des temps de crise sanitaire majeure : la loi du 23 mars 2020 donne un fondement unique (la crise sanitaire) et rassemble dans un

⁴⁸ D. n° 2020-548, 11 mai 2020, préc., art. 17 ; D. n° 2020-663, 31 mai 2020, préc., art. 49.

⁴⁹ D. n° 2020-293, 23 mars 2020 préc., art. 12.

⁵⁰ D. n° 2020-548, 11 mai 2020, préc., art. 18.

code unique (celui de la santé publique) l'ensemble des mécanismes de lutte contre la pandémie. D'un point de vue symbolique, cela permet également d'effacer l'aspect « économique » des mesures adoptées, pour mettre en avant leur dimension « sanitaire ». Mais, au-delà, la pertinence de ce doublon demeure assez limitée. Dès le 5 mars, le pouvoir exécutif avait pris la juste mesure du risque de hausse artificielle des prix des gels hydro-alcooliques. Dès lors, l'ajout de dispositions identiques dans la loi sur l'état d'urgence sanitaire n'apporte rien, si ce n'est des complexités juridiques liées à la nécessité d'abroger des mesures existantes pour reprendre dans la foulée des dispositions identiques. Pas sûr que les objectifs de clarté et de compréhensibilité du droit en sortent grandis... Bien au contraire, les pouvoirs publics laissent entendre qu'il fallait impérativement adapter le droit de la concurrence à la situation sanitaire. Or, l'adoption du décret du 5 mars 2020 montre toute la plasticité de notre droit positif lorsqu'il est confronté à une situation de crise, même sans précédent. *In fine*, la loi sur l'état d'urgence sanitaire n'a fait, en matière de blocage des prix, que créer au profit du Premier ministre un pouvoir de police sanitaire spéciale (fondé sur l'article L. 3131-15 du CSP) identique à celui dont il disposait déjà en matière concurrentielle (fondé sur l'article L. 410-2 du code de commerce). L'intérêt véritable de la reprise de certains mécanismes du droit de la concurrence dans la législation sur l'état d'urgence sanitaire est peut-être ailleurs. Elle a en effet eu une autre conséquence, plus inattendue d'un point de vue concurrentiel : une re-pénalisation (même limitée) de certaines pratiques anticoncurrentielles.

III. – Sur les effets du blocage administratif des prix

L'intérêt premier de la mise en place d'un régime de blocage des prix est – évidemment – de prévenir à la fois les risques de spéculation et de pénurie, voire de marché noir. Historiquement, ces pratiques relevaient d'une incrimination pénale. L'article 419 du code pénal de 1810 prohibait le *délit d'accaparement*, ou *délit de marché noir*, défini comme une hausse artificielle de prix par des opérateurs « *exerçant ou tentant d'exercer soit individuellement soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat naturel de l'offre et de la demande* ». L'adoption d'un droit de la concurrence moderne à partir des années 1970 a conduit à la dépénalisation progressive d'un certain nombre de pratiques jugées comme anti-concurrentielle, tel le délit d'accaparement qui disparaît du code suite à sa refonte en 1994.

Aux sanctions pénales ont été substituées des sanctions administratives, codifiées au sein du code de commerce⁵¹. S'il n'existe ainsi plus de délit d'accaparement, les ententes restent sanctionnées, qu'elles soient le fait de personnes physiques ou morales, publiques ou privées⁵². C'est à l'Autorité de la concurrence que revient la mission de mettre fin à de telles pratiques. Celle-ci « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés* », dont le montant peut être très élevé : jusqu'à 3 Mio € si la personne n'est pas une entreprise, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial HT pour les entreprises⁵³.

Dans le cas de l'état d'urgence sanitaire, le législateur a souhaité renforcer l'arsenal répressif à la disposition des pouvoirs publics. En conséquence, l'article L. 3136-1, alinéa 3, du code de la santé publique prévoit désormais que « *la violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe* ». Par ailleurs l'article L. 3136-1, alinéa 4, ajoute que « *si les violations prévues au troisième alinéa du présent article sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule* ». L'état d'urgence sanitaire fait, de la sorte, ressurgir le délit de marché noir. Pour l'instant, les conditions sont telles que l'on imagine difficilement que des peines de prison soient prononcées. Mais la question mérite toutefois d'être posée, même si ce n'est que d'un point de vue théorique, notamment parce que les services de police ont noté une nette recrudescence des vols de gels et de masques chez les professionnels de santé (médecins, pharmaciens et dentistes), vols vraisemblablement destinés à alimenter un marché parallèle émergent notamment sur les sites de vente en ligne entre particuliers...

⁵¹ C. com., art. L. 410-1 et s.

⁵² C. com., art. L. 420-1.

⁵³ C. com., art. L. 420-1.

Sur un autre plan, la Cour de cassation a été saisie de trois demandes de transmissions d'une QPC par les tribunaux judiciaires de Bobigny, Poitiers et Paris, portant sur l'éventuelle inconstitutionnalité de l'article L. 3131-6, alinéa 4, du CSP aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe de légalité des délits et à l'exigence pour le législateur d'épuiser sa propre compétence, ainsi qu'au principe de la présomption d'innocence. Pour justifier du renvoi de ces questions au Conseil constitutionnel, la Cour relève que, outre son caractère nouveau, la question est sérieuse, en ce que la disposition contestée est susceptible de porter atteinte au principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au principe de la présomption d'innocence garantie par son article 9. Plus précisément, « *le législateur a créé un délit caractérisé par la répétition de simples verbalisations réprimant la méconnaissance d'obligations ou d'interdictions dont le contenu pourrait n'être pas défini de manière suffisamment précise dans la loi qui renvoie à un décret du Premier ministre* »⁵⁴. En l'espèce, la question posée concernait l'application de l'alinéa 2 de l'article L. 3131-15 du CSP, mettant en place les mesures de confinement, dont une triple violation pouvait, selon l'article L. 3136-1 al. 4 du CSP, aboutir au prononcé de mesures d'emprisonnement.

Dans sa décision du 26 juin 2020, le Conseil constitutionnel rejette tous les arguments et refuse de déclarer les dispositions de l'article L. 3136-1 al. 4 du CSP contraires à la Constitution : d'une part les dispositions de l'articles « *ne présentent pas de caractère imprécis ou équivoque* » ; d'autre part, le législateur a défini de façon suffisamment précise les éléments de l'interdiction ainsi que les conditions dans lesquelles sa méconnaissance constitue un délit (trois autres violations de la même interdiction, dans un délai de trente jours)⁵⁵. Certes, la QPC était dirigé contre l'article L. 3136-1 al. 4 du CSP en ce qu'il prévoyait une sanction particulière en cas de violation de l'obligation de résidence formulée à l'article L. 3131-15 al. 2 du CSP. Or, le principe de la réglementation des prix résulte de l'article L. 3131-15 al. 8 du CSP. Le raisonnement du juge constitutionnel semble toutefois transposable à ce cas de figure. D'une part l'article L. 3136-1 al. 3 et 4 du CSP prévoient une même sanction en cas de triple violation, dans un délai de trente jours, de l'ensemble des mesures adoptées sur le fondement de l'article L. 3131-15 du CSP, dont le confinement mais également le blocage des prix. D'autre part, la généralité des termes employés dans la décision laisse penser que le raisonnement retenu par le Conseil est transposable aux autres interdictions issues

⁵⁴ Cass. crim., n° 20-90003, n° 20-90004, n° 20-90006, 13 mai 2020.

⁵⁵ Cons. const., n° 2020-847/848 QPC, M. Oussman G., spéc. points 11 à 13.

l'article L. 3131-15, car il n'est pas spécifique à l'obligation de rester à son domicile durant le confinement.

Au-delà de ces aspects purement pénaux, le décret du 4 avril 2020 prévoit par ailleurs que, « *sans préjudice des dispositions des articles L. 3131-15 et L. 3136-1 du code de la santé publique, les dispositions du livre IV du code de commerce, à l'exclusion de celles de son article R. 410-1, sont applicables aux règles relatives aux prix de vente au détail et en gros des gels hydro-alcooliques destinés à l'hygiène corporelle* »⁵⁶. Le droit de la concurrence vient ainsi compléter les dispositions spécifiques liées à l'état d'urgence sanitaire, offrant ainsi un large éventail de prérogatives aux pouvoirs publics dans la lutte contre les hausses artificielles des prix des gels hydro-alcooliques : soit l'ensemble des mécanismes du droit de la concurrence (par ex. les abus de domination économique) ententes, sous le contrôle de l'Autorité de la concurrence, soit les mécanismes spécifiques issus de la loi sur l'état d'urgence, pouvant conduire dans certaines circonstances à des peines d'emprisonnement. C'est d'ailleurs sûrement l'intérêt premier de cette valse de textes si concentrés que de donner des outils plus efficaces de lutte contre des pratiques qui, en temps normal relèveraient du seul champ concurrentiel mais qui, en temps de crise aiguë, acquièrent une dimension symbolique et rappelle des heures plus sombres de l'histoire.

Malgré la validation constitutionnelle des dispositions pénales, les mesures de blocage des prix devraient disparaître avec la fin de l'état d'urgence sanitaire : le projet de loi qui l'organise ne mentionne pas ce type de mesure parmi celles que peut prendre le Premier ministre à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire et jusqu'au 10 novembre inclus⁵⁷. À cette date – et sauf *seconde vague* nécessitant l'instauration d'un nouvel état d'urgence sanitaire, les dispositions du code de commerce retrouveront à s'appliquer. Il serait donc possible de les maintenir en se fondant, de nouveau, sur les dispositions de l'article L. 410-2 al. 3 du code de commerce.

⁵⁶ D., n° 2020-396, 4 avr. 2020, préc., art. 1.

⁵⁷ Projet de loi n° 3077, Organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire, déposé à l'Assemblée nationale le 10 juin 2020, art. 1^{er}.