

## LES SPÉCIFICITÉS FRANÇAISES

### LA QUESTION DE LA DÉTERMINATION DU PRIX

**M. Laurent AYNÈS,**

*Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Avocat à la Cour de Paris*

La question de la détermination du prix est une question purement française. Ni les pays de *common law*, ni les pays de droit civil ne la connaissent (1). En France, au contraire, ce fut ces dernières années une *pulchrissima questio*. Une jurisprudence abondante a mené finalement la pratique dans un cul-de-sac en dépit de ses nombreuses hésitations. On vend pourtant de l'essence, de la bière, des automobiles, par l'intermédiaire de distributeurs, à l'étranger comme en France. Et l'obligation d'approvisionnement exclusif n'est pas une spécialité française. Ce splendide isolement pourrait être cause de fierté nationale si nous étions les seuls à régler avec justesse – avec justice – un problème universel. Ce n'est pourtant pas le cas. Ces vingt-cinq années n'auront réussi qu'à donner à tout partenaire commercial le moyen implacable d'obtenir la nullité de son contrat et les mirifiques restitutions qui s'ensuivent, une espèce de joker dont il peut user à tout moment, de préférence lorsque le contrat a cessé de produire ses effets principaux. Si bien que nous sommes obligés, en France, de présenter comme un événement majeur le revirement de jurisprudence du 1<sup>er</sup> décembre 1995 (2) qui n'est, au fond, qu'un retour au bon sens. Il n'est peut-être pas inutile de nous arrêter quelques instants sur les raisons de cette originalité française, ne serait-ce qu'afin d'éviter que, par un biais ou par un autre – il n'en manque pas aujourd'hui –, un nouveau mauvais coup ne soit porté à ce qui constitue, sous la plupart des climats, la base ordinaire de toute organisation sociale, c'est-à-dire la foi contractuelle.

Parmi d'autres raisons, en voici trois qui me paraissent avoir conduit notre droit à l'impasse (3), impasse dont il sort à peine.

En premier lieu, notre conception de l'office du juge en matière contractuelle. Dans la plupart des droits étrangers, le juge cherche le remède approprié à la crise. Chez nous, son rôle est d'appliquer la loi, ou plutôt ce qu'il pense être la loi, quelle que soit la situation actuelle et quelle que soit la manière dont les parties ont voulu et vécu la relation contractuelle. S'il s'était agi de trouver un remède, cette jurisprudence massive, à laquelle la Cour de cassation, en Assemblée plénière, a tourné le dos il y a un an, n'aurait jamais vu le jour. En effet, entre fournisseurs et distributeurs, la détermination du prix n'a jamais provoqué de crise.

Notre conception du rôle du juge débouche – et c'est la seconde raison – sur le choix de la sanction : la nullité. En effet, la nullité a été systématiquement utilisée en dépit de l'exécution –

(1) V. notamment, *La détermination du prix dans les contrats, Étude de droit comparé*, sous la direction de D. Tallon, Pédone, 1989 ; CREDA, *Le contrat-cadre, 1-. Exploration comparative* (sous la direction de A. Sayag), Litec, 1994.

(2) Cass. Ass. plén. 1<sup>er</sup> déc. 1995, 4 arrêts, Bull. nos 7, 8 et 9 ; D. 96, 17, concl. M. Jéol et note L. Aynès ; JCP 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; *Petites Affiches*, 27 déc. 1995, n° 155, p. 13, note D. Bureau et N. Molfessis ; *RTD civ.* 1996, n° 9, p. 153, obs. J. Mestre ; L. Leveneur, L'indétermination du prix : le revirement et sa portée : *Contrats Conc. Consom.* janv. 1996.

(3) Sur les manifestations de cette impasse, v. notamment L. Aynès, Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? : *D.* 1993, chr. 25.

souvent paisible et durable – du contrat, comme s'il était raisonnable de rayer d'un trait de plume cinq ou dix ans d'une histoire commune, au nom d'un défaut qui n'a jamais empêché l'exécution du contrat. La nullité d'un contrat exécuté ou en cours d'exécution est une invention purement juridique ; elle devrait être réservée aux contrats vraiment infirmes et à ceux qui narguent ouvertement l'ordre public. Dans les autres cas, c'est un défi à l'histoire qui a pour seule vertu de satisfaire la raison – la raison abstraite. Il est heureux que la Cour de cassation lui ait résolument tourné le dos.

Tout ceci enfin – et c'est la troisième raison – au nom d'un idéalisme juridique qui préfère souvent l'idée de justice à la Justice, l'idée d'utilité à l'Utilité, et qui sacrifie finalement la morale à l'idée de Morale. Non, le droit n'est pas fait pour la satisfaction des idées des juristes. Et les règles qui gouvernent le contrat ne sont pas destinées à flatter l'idée qu'on peut se faire de l'équilibre, à l'abri des bibliothèques. En notre matière, le droit français a beaucoup détruit et n'a guère construit ces vingt-cinq dernières années. Il faudrait s'en souvenir et ne manipuler qu'avec une extrême prudence la nullité pour violation... de concepts. On saluera donc le courage avec lequel la Cour de cassation a rétabli, de manière plus humble mais plus juste, les rapports entre le juge et le contrat.

Le droit positif français, après les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, peut être résumé en trois propositions négatives. **Première proposition** : l'article 1129 du Code civil, d'après lequel la chose, qui est l'objet de l'obligation, doit être déterminée quant à son espèce, et au moins déterminable quant à sa quotité, n'est pas applicable à la détermination du prix (4). Comprenons cette affirmation : de l'article 1129, on ne peut déduire l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable. De là deux conséquences.

– Première conséquence : en vertu de la théorie générale des contrats à laquelle appartient l'article 1129 du Code civil, il n'est pas généralement nécessaire que le prix soit déterminé ou déterminable. Ce n'est pas parce qu'un contrat comporte l'obligation de payer un prix que celui-ci doit être déterminé ou déterminable à peine de nullité du contrat. Le contrat peut être parfaitement formé sans comporter de détermination, de déterminabilité, du prix.

– Et vient immédiatement la deuxième conséquence : l'exigence d'une détermination du prix ne peut donc provenir que d'un texte spécial.

Cette règle a été appliquée, depuis les arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995, par exemple à la détermination du taux d'un intérêt variable dans le contrat de prêt, par un arrêt de la Chambre commerciale du 9 juillet 1996 (5). En revanche, elle n'a pas été appliquée – pour de curieuses raisons – à l'indemnité de remboursement anticipé d'un prêt par la première Chambre civile de la Cour de cassation (6). Il n'est pas certain d'ailleurs que lorsqu'un texte spécial impose un prix déterminé ou déterminable, comme c'est le cas de l'article 1591 du Code civil en matière de vente, il soit interdit de confier la fixation de celui-ci à l'une des parties, car nous verrons que ce procédé de détermination paraît aujourd'hui admis ; en tout cas la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 septembre 1995 (7), a jugé tout simplement qu'était déterminable un prix de

(4) V. la confirmation de cette règle, à propos de l'intérêt du prêt (qui est le prix du prêt), Cass. com. 9 juil. 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 205 ; *JCP E* 1996, II, 861, note J. Stoufflet ; *Defrénois* 1996, art. 36434, n° 145, note P. Delebecque ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 déc. 1996 : *JCP* 1997, IV, n° 272.

(5) Cité *supra*, note 4.

(6) Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 mai 1996 : *D. Aff.* 1996, 839, 6. 2.

(7) Paris, 2<sup>e</sup> ch. B, 22 déc. 1995, *SA Zeus c/ SCI du complexe hôtelier du Centre de congrès du nouveau Bercy*.

vente qui pouvait, pour partie, être fixé par l'acquéreur, dès lors que cette fixation ne pouvait être arbitraire, c'est-à-dire pouvait être contrôlée, ce qui rejoint finalement une ligne assez traditionnelle en matière de prix de vente lié à la rentabilité de la chose (8). Mais limitons-nous ici à la question du contrat-cadre de distribution.

**Deuxième proposition :** le contrat-cadre n'a pas à comporter un mécanisme de détermination du prix des livraisons à venir. Un accord sur ce mécanisme n'est pas une condition de sa validité. Ainsi, la question de la détermination du prix est-elle déplacée de la formation à l'exécution du contrat. Et, de ce fait, la question est enfin placée sur son véritable terrain. Il n'est pas nécessaire au fonctionnement du contrat-cadre, c'est-à-dire à la conclusion des ventes successives, que le prix soit déterminable dès la conclusion de ce contrat-cadre. Il suffit d'ailleurs, pour se convaincre de la justesse de cette proposition, d'observer tout simplement la pratique : jamais un contrat de distribution n'a buté sur le problème de la fixation du prix des contrats d'application.

Certains auteurs ont voulu introduire une distinction entre deux situations : la situation dans laquelle le contrat-cadre comporte une clause de détermination du prix : par exemple, par référence au tarif futur du fournisseur ; en ce cas, cette clause s'appliquerait sans difficulté, le juge n'intervenant qu'en cas d'abus. Et puis, l'autre situation, celle dans laquelle le contrat-cadre comporterait une obligation d'approvisionnement, mais serait totalement muet sur le mécanisme de fixation des prix ; il faudrait en déduire, d'après ces auteurs, qu'un accord des parties sur le prix de chacune des futures commandes serait nécessaire, et qu'en conséquence, en l'absence d'accord, le juge devrait être chargé de fixer lui-même le prix, ce qui naturellement heurte directement notre tradition juridique (9).

Il nous paraît excessif d'attacher des conséquences aussi radicalement contraires à une différence de situation, au fond si ténue. Lorsqu'une partie s'engage envers une autre à lui passer commande à l'avenir, il me semble que le silence du contrat sur le mode de détermination du prix doit être interprété, compte tenu des usages de la distribution, comme une référence implicite au futur tarif du fournisseur. En pratique, il n'y a pas d'autre mode de détermination du prix. Si bien que cette distinction entre prix remis à la fixation ultérieure par le tarif et contrat muet sur le mode de fixation du prix me paraît être une distinction inutile.

Vient enfin la **troisième proposition**, sans doute la plus marquante, compte tenu de l'état de la jurisprudence antérieure : la référence au futur tarif du fournisseur n'affecte pas la validité du contrat. Il est donc possible de confier à l'une des parties le soin de fixer le prix futur des marchandises, ou encore de modifier unilatéralement celui-ci, comme devait le juger, à son tour, la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 11 juin dernier (10). Cette convention est valable et efficace. Mais, naturellement, l'exercice de ce pouvoir contractuel est susceptible d'abus. L'abus dans la fixation du prix est une faute contractuelle sanctionnée par application des règles ordinaires : responsabilité contractuelle et résiliation du contrat ; responsabilité contractuelle ou résiliation du contrat.

Ainsi volent en éclat deux confusions qui ont pesé sur la jurisprudence antérieure et qui l'ont dans une large mesure alimentée.

(8) Sur laquelle, v. notamment : P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, 10<sup>e</sup> éd., Cujas, 1997, n° 211.

(9) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996.

(10) Cass. com. 11 juin 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 165 ; *D.* 1996, som., 323, et les observations.

Première confusion : la confusion entre ce qui est unilatéral et ce qui est arbitraire. Ce qui menace en effet la prévisibilité contractuelle, ce n'est pas l'exercice unilatéral d'un pouvoir, c'est son exercice arbitraire, c'est-à-dire un exercice insusceptible d'une sanction, c'est-à-dire encore un exercice échappant à l'appréciation d'un tiers (juge ou arbitre).

Deuxième confusion : la séparation entre le rôle de la volonté, et notamment le rôle de la volonté individuelle lors de la formation du contrat, et le rôle de la volonté lors de l'exécution du contrat. Certains commentateurs ont prétendu que la référence au tarif futur du fournisseur était contraire à l'essence même du contrat ou de la procédure contractuelle, comme si le pouvoir des volontés individuelles s'évanouissait définitivement et nécessairement une fois l'accord conclu, et n'avait plus aucun rôle ultérieur. Il est clair pourtant que la volonté individuelle influence aussi l'exécution. Dès lors, il est illégitime, voire absurde, de nier l'existence ou la validité d'un contrat sous prétexte que les parties ont ménagé pour l'avenir le jeu d'une volonté individuelle. Et l'exercice fautif de cette volonté n'affecte donc que l'exécution du contrat.

Ainsi, la question de la détermination du prix ne devrait plus être, même en France, une question. Mais ceci à deux conditions sans lesquelles le remède, inauguré en décembre 1995, sera pire que le mal.

En premier lieu, les arrêts de 1995 n'ouvrent la voie ni au juste prix ni au prix judiciaire. Les prix ne sont pas fixés par les fournisseurs à l'ombre du Palais, mais par le libre jeu de la concurrence et par application d'une politique. Et il n'est pas question – me semble-t-il –, pour les tribunaux, de déclarer – en pratique, de déléguer cette déclaration à des experts – ce que devrait être le prix. Le fournisseur a la liberté de fixer son tarif en considération de données qu'aucun juge ne peut totalement maîtriser, et surtout en application d'une politique dont il est le seul responsable et dont il subira en première ligne les conséquences. Ce faisant, il est possible qu'il manque à la foi contractuelle et commette une faute. C'est seulement sur celle-ci que devra se concentrer l'appréciation judiciaire. Dans le passé, aucun distributeur n'a jamais pu invoquer un abus du fournisseur dans la fixation de son tarif. Il est peu probable que cela changera à l'avenir tant sont pesantes les contraintes du milieu extérieur sur la décision de fixation du tarif. Il est donc probable, si l'on suit cette voie, que le contentieux de l'indétermination du prix s'évanouira et disparaîtra. C'est la situation, comme je l'indiquai, dans la plupart des droits étrangers.

En second lieu, la Cour de cassation n'a pas reconnu aux tribunaux un pouvoir nouveau, mais, en réalité, s'est contentée d'appliquer tout simplement les règles de l'exécution contractuelle. C'est dire que devraient être suivis de manière stricte les principes ordinaires qui gouvernent la charge et l'objet de la preuve. Au demandeur en responsabilité contractuelle ou en résiliation de prouver la faute dans la fixation du prix. Et cette faute ne saurait résulter d'une quelconque présomption. Elle ne saurait, par exemple, résulter seulement d'une augmentation du tarif, laquelle est en principe légitime puisqu'elle est l'exercice d'un pouvoir ; ou d'une modification du mode de calcul, du mode d'application du tarif. C'est l'abus qu'il faut démontrer. En appliquant avec rigueur et précision ces règles ordinaires de l'exécution du contrat, les tribunaux éviteront à l'économie française, qui s'émancipe à peine du contrôle de l'État, de retomber sous celui du juge.

**M<sup>me</sup> Françoise KAMARA,**  
*Conseiller à la Cour d'appel de Paris*

Dans l'esprit des lois, Montesquieu nous dit : « on connaît les abus anciens, on en voit la correction, mais on voit encore les abus de cette correction ». Si la jurisprudence protéiforme de ces dernières années sur la nullité des contrats-cadres pour indétermination du prix pouvait caractériser un abus de correction, force est de souligner que le but alors poursuivi de moralisation, de rééquilibrage du contrat et de protection de la partie faible, économiquement dépendante, n'a jamais été critiqué, même si les moyens employés n'étaient pas parfaits. Aujourd'hui, la page est tournée et l'avenir s'offre devant nous. Désormais, le juge s'attachera, chaque fois qu'il le pourra, à sauver le contrat, en éliminant ses défauts et en en permettant l'adaptation. La sécurité juridique y gagnera beaucoup.

Nous avons probablement atteint un point d'équilibre où le contrat peut être considéré comme un lieu d'accord et d'échange entre partenaires ayant des intérêts convergents. Dans cette démarche, nous pourrions être guidés ou inspirés par les modèles américain, anglais, belge, néerlandais, allemand notamment, où depuis longtemps, dans l'exécution des contrats commerciaux, les notions d'équité et de *reasonable price* sont appliquées. En France, nous serons d'autant plus attentifs à la mise en œuvre de la notion d'abus dans la fixation du prix qu'au cours des vingt-cinq dernières années, il semble que jamais abus ou prix injuste n'ait été allégué, hypothèse qui, de toute façon, paraît, surtout dans un marché concurrentiel, assez exceptionnelle. J'ajoute que, au terme d'une enquête menée auprès du Tribunal de commerce et des chambres spécialisées de la Cour d'appel de Paris, l'on constate que la question n'a pas davantage été évoquée à ce jour, après les arrêts de 1994 et de 1995. C'est donc d'une question assez théorique que j'ai le sentiment de vous entretenir. En cet état, l'examen du contrôle judiciaire sur la fixation du prix peut s'articuler autour de trois points. D'abord les domaines d'application, puis la notion et la preuve de l'abus, et enfin la sanction de l'abus.

## **I. – Les domaines d'application**

La nouvelle jurisprudence concerne trois domaines essentiellement. Tout d'abord, naturellement, tous les contrats-cadres et les contrats de distribution. La Cour de cassation nous a déjà renseignés sur ce point, en ce qui intéresse les contrats de louage et d'entretien, les contrats de fourniture et d'entretien, les contrats de franchise, puis les contrats de concession par un dernier arrêt du 11 juin 1996. La Cour d'appel de Paris, quant à elle, a rendu, depuis mars 1995 jusqu'à novembre 1996, onze arrêts. Certains ont porté sur les contrats d'exploitation de stations-services sous la double forme du mandat de ducroire pour la distribution des carburants et de la location-gérance pour la revente des lubrifiants, contrats à propos desquels il était soutenu que la nouvelle jurisprudence ne devait pas s'appliquer. La Cour d'appel a, de manière absolument certaine, affirmé le contraire. Dès lors, il n'est guère contestable que tous les autres contrats de longue durée, tous les contrats-cadres, contrats de bière, contrats de farine, etc., relèveront naturellement du même régime.

Deuxième domaine d'application : le contrat de prêt. La solution, longuement attendue par la doctrine, vient de trouver son point d'orgue dans un arrêt du 9 juillet 1996 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans une affaire *Boissière contre Crédit commercial de France* (11). Jusqu'à présent, le taux de base bancaire était critiqué, en ce qu'il est propre à

(11) V. *supra*, note 31.

chaque établissement, car non déterminable par référence à des éléments du marché, extérieurs à la volonté du prêteur. Désormais, la Cour de cassation nous dit : « l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision, en retenant que le taux de l'intérêt pourrait varier en fonction de l'évolution du taux de base du CCF ». Il est intéressant d'observer que cet arrêt ne mentionne plus les articles 1134 et 1135 du Code civil ; c'est-à-dire que l'on ne parle même plus de l'abus. Cependant, on peut penser que, dorénavant, il s'agit là d'une question nécessairement présente et sous-entendue. À cet égard, la latitude des banques, d'après ce que j'ai pu observer, est assez faible en ce qui intéresse les taux de base bancaire, et le mouvement de hausse initié par l'une est bientôt suivi par les autres, et inversement.

Le troisième domaine d'application, qui est discuté par la doctrine, est celui de la vente. Comme l'a dit M. le Professeur Aynès, la Cour d'appel, dans un arrêt définitif du 22 septembre 1995, a appliqué cette jurisprudence à la vente des droits à construire des anciens entrepôts de Bercy ; vente de droits pour près de 200 millions de francs, dans laquelle, par inadvertance probablement, on avait inclus au titre de l'un des éléments du prix de vente de ces droits à construire la partie déterminable correspondante aux dépenses inter-maître d'ouvrage. J'ajoute que ces dépenses correspondaient à environ 1 % du prix du marché et que le premier juge avait annulé l'intégralité du marché pour indétermination du prix. La Cour d'appel a très naturellement estimé que si le vendeur pouvait effectivement, en ce qu'il détenait un pouvoir décisionnel – un pouvoir majoritaire – dans les entreprises qui étaient maîtres d'ouvrage, jouer un rôle d'impulsion dans la détermination des dépenses inter-maître d'ouvrage, il n'était ni démontré ni allégué qu'il entendait en tirer un profit illégitime et exécuter la promesse de mauvaise foi.

Cette solution me paraît être une application générale des articles 1134 et 1135 du Code civil, qui n'est absolument pas choquante dans la mesure où si, bien sûr, l'article 1591 du Code civil exige une détermination du prix de la vente, cela est vrai aussi du louage à l'article 1709 et du prêt à l'article 1907. Et dans ces deux contrats, la Cour de cassation a clairement affirmé que ces textes autorisent une déterminabilité susceptible d'être mise en œuvre par l'un des cocontractants sans abus. Il va de soi, me semble-t-il, que cette règle s'appliquera également aux contrats de cession d'actions ou de fonds de commerce, dont une partie du prix sera définie par le chiffre d'affaires ou le profit à réaliser, sous condition, naturellement, que celui qui est apte à le réaliser jusqu'à la vente, n'abuse pas de ce pouvoir.

## II. – La notion et la preuve de l'abus

La Cour de cassation exerce son contrôle sur la notion d'abus. Par conséquent, il y aura nécessairement une application harmonisée de cette notion à travers le territoire national. Afin de permettre l'exercice de ce contrôle, les juges du fond devront détailler tous les paramètres pris en compte par eux pour stigmatiser l'abus.

Qui peut invoquer l'abus et comment ? Qui ? C'est, bien entendu, uniquement le débiteur du prix. En effet, il ne s'agit plus d'une nullité absolue susceptible d'être invoquée par tous. Celui qui se prétendra victime de l'abus devra le prouver. C'est là l'application de la règle *actori incumbit probatio*, c'est-à-dire que nous partons du principe absolu – et c'est l'avis de tous les magistrats intéressés par la question – qu'il n'y aura pas de présomption générale et automatique d'abus. La seule augmentation du prix, même sensible, ne peut pas équivaloir à la preuve d'un abus ou à une présomption d'abus qui contraindrait le fournisseur à démontrer qu'il n'a pas abusé. Il s'agirait là d'un renversement de la charge de la preuve. Par conséquent, c'est



le débiteur du prix qui devra, à l'aide d'un dossier très fourni et très étayé d'exemples divers, ou bien apporter la preuve de cet abus, ou bien réunir des indices variés constituant un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes, au sens de l'article 1353 du Code civil, et de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour d'appel, notamment celle de la Chambre de la concurrence. Bien entendu, la preuve de l'abus ou la présomption de cet abus pourront à leur tour recevoir une preuve contraire, sans inversion de la charge de la preuve, de la part du fournisseur, qui pourra démontrer que ce qui paraît être prouvé comme relevant d'un abus n'est pas en réalité abusif.

Quant au concept d'abus, quel sera-t-il ? En cette matière, on distingue une notion subjective – l'abus est commis quand il y a intention de nuire – et une conception objective ou téléologique – il s'agit d'un acte fautif réalisé sans intérêt légitime, contraire au but ou à la finalité du droit exercé et qui cause à autrui un dommage. Ici, il s'agira à l'évidence de la seconde notion : il ne sera pas nécessaire de démontrer l'intention de nuire, mais plutôt la rupture fautive de l'équilibre voulu par le contrat. Et d'ailleurs, dès lors que l'un des cocontractants ne respecte pas cet équilibre, ne pourrait-on interpréter qu'il avait l'intention de nuire ?

Il faudra donc que le juge prenne en compte la finalité contractuelle telle qu'exprimée par les parties, car les contrats de longue durée reposent tous sur des postulats qui fixent l'idée contractuelle : la volonté commune d'accroître l'efficacité commerciale, la recherche d'une exploitation équilibrée, etc. Il faudra aussi prendre en compte les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à la convention, au sens de l'article 1135 du Code civil. Puis, on appréciera l'exécution au regard des bonnes pratiques contractuelles, ce que les Américains appellent les normes commerciales raisonnables de loyauté professionnelle. Bien sûr, on fera référence au prix du marché pertinent, de même qu'aux facteurs individuels de notoriété, de soutien des campagnes publicitaires, de savoir-faire, de clientèle attachée au réseau, de commissions, de ristournes, etc. On aura garde enfin de retenir le nécessaire profit pour chacun des deux contractants, et tout cela sous l'égide de la liberté des prix. De sorte que la marge de manœuvre pour démontrer l'abus sera effectivement assez faible, d'autant qu'il est difficile d'imaginer qu'un fournisseur commette un abus, en dehors d'une hypothèse comme celle décrite dans l'arrêt *Huard* du 3 novembre 1992 (12) : la Chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné un fournisseur de produits pétroliers à des dommages-intérêts pour n'avoir pas donné à son cocontractant les moyens de pratiquer des prix concurrentiels et, ainsi, n'avoir pas exécuté le contrat de bonne foi.

Au demeurant, il ne me paraît pas bien difficile de stigmatiser l'abus lorsqu'il existe : c'est une notion que le juge français manie depuis plusieurs siècles. À titre d'exemple, en droit anglais, il s'agit d'un problème de fait ; en droit américain, le *Uniform Commercial Code* dit que la fixation du prix par une partie, sous réserve d'un devoir de bonne foi, est une question de fait dont la solution dépend du jury. Par conséquent, je pense que ce qu'un jury d'estimables citoyens américains est apte à faire, les juges français, qui, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, ont créé la théorie de la concurrence déloyale, seront capables de le faire pareillement. S'agissant du droit de la concurrence, il est certain que l'abus dans la fixation du prix pourrait être constitué – c'est là une évidence – par des pratiques de discrimination, à l'encontre d'un distributeur, par exemple, mais aussi par des pratiques d'abus de dépendance économique.

(12) Cass. com. 3 nov. 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 338, p. 241 ; *JCP éd. G* 1993, II, 22164, note G. Virassamy.

### III. – Les sanctions de l’abus

Bien sûr, la Cour de cassation nous a dit résiliation ou indemnisation. Il revient au juge du fond de choisir entre ces deux solutions ; c’est lui qui appréciera la gravité de l’abus et la sanction qui s’y attachera. Cependant, il faut, bien entendu, que la résiliation soit demandée, car si l’indemnisation seule est sollicitée, je vois mal comment le juge la prononcerait ; ou inversement, l’on pourra demander la résiliation et subsidiairement l’indemnisation. Il faut demander la résiliation, et non pas la résolution, car le juge a beaucoup de difficultés et répugne à requalifier les demandes. D’autre part, les effets de cette résiliation ne seront pas limités au contrat-cadre, mais affecteront nécessairement les contrats d’application subséquents en cours d’exécution. Je ne suis pas certaine que cette résiliation s’appliquera aux contrats connexes, considérés comme des contrats de protection, que sont le cautionnement, la mise à disposition du fonds de commerce, etc. Du reste, dans l’ancien régime de la nullité, ces contrats-là survivaient. Quant à la date d’effet de la résiliation, sera-ce la première manifestation de l’abus ou la date de la décision du juge ? Je penche pour la date de la décision avec une indemnisation pour la période écoulée depuis la manifestation de l’abus. Quelle indemnisation ? Bien entendu, une indemnisation totale, ce qui veut dire qu’il faudra arriver à déterminer quel aurait été le prix non abusif et il sera l’étiage de cette indemnité. Enfin, si les prix sont abusivement fixés par le biais d’une pratique discriminatoire ou d’un abus de dépendance économique, je ne partage pas l’opinion d’un commentateur qui considère que, désormais, la sanction sera la résiliation ; je ne crois pas que l’on puisse mettre à mal l’ordonnance de 1986. Son article 9 prévoit dans ce cas une nullité du contrat.

Il importe de faire cesser l’abus. Pour autant, s’agira-t-il ultérieurement de fixer le prix ? Mais comment indemniser un abus sans prendre les dispositions nécessaires pour qu’il y soit mis fin ? En matière d’imprévision, le juge administratif impose aux parties de renégocier un contrat. Dès lors, pourquoi ne pas imaginer qu’il soit fait obligation au fournisseur de cesser la pratique du prix abusif ? Et pourquoi ne pas imaginer que le juge puisse fixer le prix ? Je n’y serais pas opposée ; cependant il se peut que cet avis soit prématuré. Il reste que les droits étrangers évoqués donnent au juge la faculté de fixer le prix, notamment selon l’équité, selon les normes raisonnables, selon le prix habituellement pratiqué, bref selon toutes les données définies par chaque droit national. De la même manière, en droit français, le juge fixe le prix du contrat d’entreprise, des prestations de services, des commissions, des rémunérations de professions libérales, des loyers, parfois des ventes : ainsi dans cette affaire où une personne avait vendu un bien en contrepartie duquel l’acquéreur devait lui fournir une rente pour vivre décemment ; or, c’est le juge qui a fixé le prix de cette rente. L’article 1681 du Code civil en matière de rescision nous dit qu’il faut payer le supplément du juste prix. Dès lors, c’est au juge qu’il reviendra de fixer ce juste prix. Le juge français est donc assez habitué à la technique de fixation d’un prix.

Avec cette toute petite incursion dans le futur, je voulais vous rappeler que le Doyen Carbonnier disait cette très jolie chose à propos de la loi nouvelle : « lorsqu’un texte est voté, il échappe à son auteur pour vivre sa propre vie, insoupçonnée ». En sera-t-il de même de notre jurisprudence ? Nous assistons, nous participons à la création de ce nouveau droit civil économique, charnière entre le droit civil, le droit de la concurrence, le droit de la consommation ; et, comme l’a excellemment écrit André Breton : « c’est avant tout la poursuite de l’expérience qui importe, la raison suivra toujours, son bandeau phosphorescent sur les yeux ».



**M. Patrick de FONTBRESSIN,**  
*Avocat à la Cour de Paris*

Lorsque l'on évoque les arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995, on est naturellement tenté de se référer à la jurisprudence et à l'analyse doctrinale échafaudées autour de l'article 8, § 2, de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Il se dégage en effet l'impression immédiate d'une substitution de l'appréhension d'un comportement à celle d'une situation par le droit : l'acceptation du comportement lors de la fixation du prix l'emporte sur celle d'une situation caractérisant certains types de contrats. À l'origine, la jurisprudence élaborée sur le fondement de l'article 1129 du Code civil s'est forgée à propos d'un certain nombre de contrats dans lesquels les notions d'exclusivité, de durée, et la difficulté de fixer le prix, s'agissant des conventions d'application, invitaient à une qualification d'« enchaînement » ou de « dépendance », en appelant à une « protection du faible par le droit ». Le même type de situation s'est trouvé pris en compte lors de l'introduction de l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986, aux termes d'une appréciation de nature objective d'une sujétion revêtant tour à tour les formes de dépendance « pour cause d'assortiment », « pour cause de relations d'affaires » ou « pour cause de puissance d'achat » parfaitement définies par M. le Professeur Pédamon.

À partir d'une approche d'une notion de « dépendance » à la vocation irradiante, on a heureusement vu, d'une part, se développer une jurisprudence de la Section concurrence de la Cour d'appel de Paris et de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, replaçant l'abus d'état de dépendance économique visé par l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986 dans les strictes limites définies par ce texte, lors même que le Conseil de la concurrence n'avait cependant pas immédiatement admis la thèse de la simultanéité des trois conditions imposées pour que joue la prohibition légale (13). Mais d'autre part, on a également pu assister à l'émergence, dans une sorte de circuit parallèle, d'une jurisprudence de certaines juridictions du fond qui, en l'absence de réunion des critères d'abus d'état de dépendance au sens de l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986, n'en appelaient pas moins à la notion de « dépendance économique » à l'occasion de la rupture ou du non-renouvellement de contrats, sous l'influence majeure de la prise en considération d'une situation (14).

La grande leçon des arrêts de l'Assemblée plénière est de poser l'impératif d'une caractérisation de l'abus. Or, celui-ci ne saurait se résoudre à une perception statique d'une situation, mais impose la prise en considération dynamique d'un comportement. Il ne saurait y avoir de « présomption de force » (entachée d'une atteinte à la présomption d'innocence contraire à la convention européenne des droits de l'homme), davantage que de « présomption de faiblesse ». Il convient uniquement de s'attacher à l'expression d'une volonté. Ce faisant, la prise en considération de l'abus apparaît désormais comme facteur d'unité du droit de la concurrence. Au-delà des dispositions de l'article 8, § 2, de l'ordonnance de 1986 et de la jurisprudence précitée de l'Assemblée plénière, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 « sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales » appréhende en effet également l'abus sous la forme de « prix abusivement bas ».

(13) V. *Rapport du Conseil de la concurrence 1987*.

(14) Sur ce point, à titre d'exemples, v. Aix-en-Provence 17 avr. 1987 : *RTD civ.* 1988, p. 115, obs. J. Mestre ; Paris 1<sup>ère</sup> Ch., 10 mars 1989 et Paris 3<sup>ème</sup> Ch., 21 fév. 1989 : *RTD civ.* 1989, p. 536, obs. J. Mestre ; Versailles 12<sup>ème</sup> Ch., 30 mars 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, som., p. 577 ; Versailles 9 mars 1989 : *RTD civ.* 1989, p. 535, obs. J. Mestre ; v. également Paris 15 déc. 1990 : *RTD civ.* 1990, p. 653, obs. J. Mestre.

Dans le domaine du droit des obligations comme dans celui du droit de la concurrence, l'abus réapparaît ainsi par le biais du concept de loyauté, si remarquablement évoqué il y a deux ans de cela par M. le Président Fékété, aux termes du rapport de la Conférence générale des tribunaux de commerce sur « Le juge commercial, juge de la loyauté ». Le visa des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil dans les arrêts de l'Assemblée plénière invite à une réflexion sur le concept de loyauté. Si l'abus se présente comme le comportement déloyal par lequel, lors de la fixation du prix, on aurait fait en sorte d'accentuer un déséquilibre de situation ou de le provoquer, de la même manière, est déloyale la trahison de la confiance qui met en cause la sécurité des transactions. Dès lors que les parties se sont accordées et auront accepté le poids d'un certain nombre d'obligations ou un risque inhérent à un certain type de conventions, en l'absence d'abus, la loyauté impose que la loi des parties ne puisse être remise en cause. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil ne doit pas être la porte ouverte à une « renégociation du contrat », au bénéfice de celui qui n'a pas eu préalablement la prudence de la prévoir, à peine de s'aventurer dangereusement sur la voie de la lésion objective ou de l'imprévision, drapées dans un vêtement juridique de circonstance.

Mon maître, Michel de Juglart, pouvait dire en son temps que « la thèse de la lésion objective fonde la rescision sur le déséquilibre entre la prestation voulue et l'avantage retiré du contrat ». Il arrivera sans doute que l'on perçoive un déséquilibre au fil de l'exécution d'un contrat. Pourtant le respect de la parole donnée imposera de s'en tenir au consentement initial car, en l'absence de toute clause de renégociation, admettre de déplacer le centre de gravité de la convention de sa conclusion à son exécution serait ouvrir la voie à des notions jusqu'à présent rejetées par le droit civil. Si la Cour de cassation souhaitait faire entrer dans le droit positif le concept de lésion objective, il n'est pas douteux qu'elle trouverait les moyens de l'affirmer expressément. Si elle souhaitait de même consacrer la théorie de l'imprévision, elle ne serait sûrement pas en peine de formulation finement adaptée pour ce faire (15). Lors même que le visa de l'article 1135 du Code civil renvoie à l'Équité dont, aux termes d'un remarquable article, M. le Doyen Perdriau dénonce les « tentations et les écueils » (16), la difficulté d'interprétation des arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 sera d'éviter que le plaideur ne tente de noyer le juge dans l'eau, pourtant encore limpide, du canal de Craponne, pour obtenir l'adaptation d'un contrat qu'il n'a eu la prudence d'envisager. Prenons garde à ce que certains plaideurs ne tentent de pallier l'imprévoyance par le recours à l'imprévision, au mépris du respect de la parole donnée, pour se soustraire aux risques de la vie des affaires.

(15) On ne saurait trop à cet égard rappeler les propos de M. le Haut-Conseiller Chartier lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 5 janvier 1994 : « La référence à l'article 1134 du Code civil rappelle ici une règle fondamentale essentielle de notre droit : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", règle dont plus d'un siècle plus tôt, en 1876, par son célèbre arrêt dit du Canal de Craponne, la Chambre civile avait affirmé le caractère général et absolu, règle dont elle ne s'est jamais départie, refusant d'admettre la révision d'un contrat pour imprévision ou d'y substituer toute référence nécessairement subjective à l'équité ».

(16) A. Perdriau, Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité ? : *Gaz. Pal.* 8-9 nov. 1996.