

LES SPÉCIFICITÉS FRANÇAISES

DÉBAT

M. CANIVET.– Vous avez tous mesuré la progression dramatique dans les propos des orateurs, la tension monte et, par conséquent, nous sommes mûrs pour le débat. Je souhaiterais poser une question au professeur Aynès : existe-t-il une différence fondamentale entre la notion d'abus, au sens de l'abus de position dominante ou du prix abusivement bas, et la notion d'abus au sens contractuel ?

M. AYNÈS.– Je crois qu'il y a des éléments communs, mais aussi une différence fondamentale entre les deux. L'abus qu'a visé la Cour de cassation dans les arrêts du 1^{er} décembre 1995 et dans les arrêts ultérieurs, c'est un abus par rapport au contrat ; c'est l'abus classique, c'est-à-dire l'exercice abusif d'une prérogative qui est confiée par le contrat. Par conséquent, il faut apprécier cet abus en considération des objectifs du contrat, de l'esprit de collaboration qui s'instaure à l'intérieur d'un réseau, etc. Avec l'abus visé par l'ordonnance de 1986, révisée en 1996, il s'agit d'une notion plus objective comme l'exprime d'ailleurs la notion de position qui doit s'apprécier en considération de ses effets, notamment sur le marché. Ces effets sont beaucoup plus globaux ; on ne les apprécie pas seulement dans les rapports contractuels. Il y a un certain nombre d'autres différences. Ce qui signifie que, s'il y a un élément commun dans les deux cas, qui se trouve peut-être dans la notion d'abus de droit – le fait d'avoir un droit et de le pousser au-delà de ses limites –, la manière d'apprécier les deux me paraît fondamentalement différente.

M. Cyrille DAVID, *Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).*– On a beaucoup raisonné en droit civil jusqu'à présent. En particulier, à propos de la tendance à la dissociation du contrat-cadre et des contrats d'application. La question ne va-t-elle pas se poser de savoir quel est l'élément générateur de l'impôt, par exemple de la T.V.A ? Quelle date, quelle somme devraient être déterminantes ? En prolongement, songeons à la territorialité de l'impôt. Pensez-vous que la dissociation puisse jouer dans les mêmes conditions en droit international privé ? On aboutirait alors à soumettre le contrat d'application et le contrat-cadre à deux lois différentes. Ou ne va-t-il pas falloir essayer de rétablir l'unité d'ensemble qui me paraît quand même indispensable ?

M. AYNÈS.– En ce qui concerne le droit international privé, cela a déjà été tranché : il a été jugé notamment que la convention de La Haye ne s'appliquait pas au contrat-cadre. Par là, on affirme que le contrat-cadre est distinct des contrats d'application qui, eux seuls, sont des ventes. Mais il existe aussi en droit positif des décisions qui vont dans un sens opposé. Il y a en matière de connexité une tendance contraire à l'unité, puisqu'on rattache chacune des obligations à ce berceau originaire qu'est le contrat-cadre. Il semble donc que l'affirmation de cette dissociation entre contrat-cadre et contrats d'application ne soit pas aussi nette que ce qu'on pourrait penser. Et j'ajoute que la jurisprudence qui s'achève avec les arrêts du 1^{er} décembre 1995, et peut-être même en 1994, n'a en fait la dissociation entre les deux, notamment en ce qui concerne les effets de la nullité. Ainsi, au regard des restitutions, il est clair que leur unité était affirmée dans cette jurisprudence par ses effets.

Je voudrais ajouter que je ne suis pas absolument certain, contrairement à ce qui a été dit ce matin, que l'intérêt de dissocier contrat-cadre et contrats d'application demeure aujourd'hui aussi nettement qu'auparavant. Le développement en France de la notion de contrat-cadre – je

pense qu'on aura l'occasion de constater qu'elle n'est pas du tout aussi vive à l'étranger – a été notamment tributaire de cette jurisprudence sur la détermination du prix, parce qu'on a beaucoup forcé la dissociation entre contrats d'application et contrat-cadre afin d'éviter les conséquences désastreuses de la théorie de l'indétermination du prix. Dans son dernier état, la jurisprudence de la Cour de cassation a rétabli une unité en ce qui concerne la nullité.

M^{me} FRISON-ROCHE.– La grande vertu des arrêts du 1^{er} décembre 1995 est d'engendrer une imprévisibilité. Rien n'était plus prévisible que l'ancienne jurisprudence. Aujourd'hui, nous avons perdu bien des réponses, c'est-à-dire qu'il est vraiment donné libre cours à l'inventivité juridique et doctrinale. Par exemple, si on cherche à savoir si l'abus est objectif ou subjectif, s'il dépend de l'abus contractuel, de l'abus de position dominante, etc., les arrêts peuvent très bien donner lieu à une interprétation tout à fait différente. Elle pourrait très bien consister à dire que le contrat-cadre crée un ordre économique qui met des personnes dans une certaine position respective, et qu'il y a des abus de position dans cet ordre contractuel dont la validité de principe est désormais admise ; par exemple, si vous avez, dans les réseaux de distribution, des pratiques de prix prédateurs – ce qui est une notion de droit de la concurrence objective –, on va pouvoir les sanctionner à ce titre. Et l'un des grands jeux rhétoriques est de manier les doubles sens. Ainsi, présomption peut vouloir dire deux choses : l'affirmation normative par laquelle on dit, par principe, qu'un fait a existé quand bien même il n'aurait jamais existé : par exemple, « je vais présumer l'abus parce que je soupçonne les gros et les puissants ». Il est alors facile d'affirmer à rebours qu'il n'est pas question, dans une économie libérale où il est bon d'être puissant, de retenir des présomptions de prix abusif. Mais, il y a un autre sens à la présomption : un mécanisme probatoire qui consiste à tirer d'un fait inconnu un fait connu. Si vous avez un prix qui est extrêmement bas ou extrêmement élevé – et là vous faites référence au contexte, c'est-à-dire au prix du marché, car, en même temps qu'on disait qu'il n'y avait pas juste prix, on faisait référence à ce contexte-là –, alors il est tout à fait légitime de faire jouer des présomptions qui sont des raisonnements ; c'est-à-dire de tirer de l'existence de prix parfaitement anormaux, par référence au droit de la concurrence, des comportements qui vont être sanctionnés. Il faudra donc, bien sûr, prouver la faute mais une faute qui pourra être déduite par présomption d'un examen objectif des prix tels qu'ils ont été fixés.

M. AYNÈS.– Il est ennuyeux de ne pas connaître les réponses quand une question se pose. Or, la question qui se pose actuellement est celle de savoir si une question est seulement posée.

M. Alain GHOZI, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).*– Au titre des sanctions prévues en cas de prix abusif, il y a l'indemnisation. Peut-on envisager d'indemniser l'entreprise qui a déposé son bilan du fait de l'incertitude contractuelle que l'on préconise désormais, à présent que le progrès consiste à devenir Anglais ou Américain ? Autrement dit, ne va-t-on pas assister à une bascule du contentieux de la matière contractuelle à celui du règlement amiable, voire de la loi de 1985, comme en matière de franchise ?

M. AYNÈS.– D'abord, il n'y a pas que les Anglais et les Américains qui sont différents, il y a aussi les Allemands, ainsi que les Belges et les Italiens. Ce n'est donc pas simplement un problème d'attirance de la *common law*. Et puis le terme sanction est ambigu. Ne devrait-on pas plutôt parler d'application des règles ordinaires de la responsabilité ? N'est-ce pas tout simplement un problème de causalité ? Si une faute consistant à avoir pratiqué un tarif abusif a été commise, doivent alors être réparées toutes les conséquences de cette faute. Et si le dépôt de bilan, comme dans l'affaire de la vache de Pothier, est en relation directe avec la faute commise, pourquoi échapperait-on à ce mécanisme ordinaire de la responsabilité ?

M. GHOZI.– Alors le prix va se déterminer par rapport aux critères qu'on connaît dans la loi de 1984 en matière de règlement amiable : pourrait être abusif celui qui détruit l'équilibre du compte de résultat prévisionnel, compte destiné, somme toute, à annoncer les difficultés financières de l'entreprise. Le critère de l'abus n'est plus tant dans l'ordonnance de 1986 que dans la loi de 1984. On va donc arriver à une définition du prix plus conforme aux équilibres comptables, qui s'éloigne de la commutativité de l'article 1104 du Code civil. En introduisant le juge dans le contrat, l'Assemblée plénière efface non seulement l'article 1129 mais aussi l'article 1104, du moins dans les relations d'affaires. Voilà une curieuse évolution du libéralisme.

M. Jérôme HUET, *Professeur à l'Université de Paris V.*– Apparemment, donc, la page est tournée et tout le monde, à cette tribune, semble approuver sans réserve les arrêts rendus par l'Assemblée plénière. Pourtant, il n'est pas sûr que tous les universitaires se rangeront à cet avis. Aussi n'est-il pas inutile de faire entendre, dans cette enceinte, une voix dissidente.

On admet désormais que le prix dans un contrat puisse être indéterminé. On admet qu'il puisse être défini par la volonté unilatérale d'une des parties. Pourtant, certains continueront d'estimer qu'il est normal que, dans un contrat, chacun sache à quoi s'attendre, et donc que le prix soit déterminé, au départ. Les partisans de l'indétermination du prix se fondent sur l'intérêt économique de la solution nouvellement admise. Mais on n'a pas démontré qu'elle était économiquement utile. Et, plutôt qu'à la raison économique, c'est sans doute aux pressions économiques qu'on a cédé. On a dit aussi que la solution antérieurement retenue plaçait les entreprises dans une situation invivable. Or, l'argument est loin d'être exact. Depuis vingt-cinq ans, les contrats avaient été adaptés et les rapports entre fournisseurs et distributeurs s'étaient, dans une large mesure, stabilisés. Il suffit de rappeler à cet égard qu'en insérant dans les accords de distribution la clause dite de « l'offre concurrente », on les faisait échapper à tout risque d'annulation. On a prétendu que le droit français, avec l'exigence de détermination du prix, était isolé dans l'ordre international. Mais, là encore, la chose est loin d'être démontrée et les débats auxquels a donné lieu l'adoption de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises montrent que les pays sont, en réalité, divisés sur la question.

À cela s'ajoute que la solution désormais retenue par la Cour de cassation n'est pas seulement critiquable dans ses motivations : elle l'est aussi dans ses modalités. On a rayé, apparemment, l'article 1129 du Code civil en ce qu'il s'appliquerait au prix. Il y a de quoi être abasourdi. Faut-il désormais enseigner aux étudiants que ce texte ne concerne plus que les prestations en nature, et non les prestations en argent ? On peut hésiter à le faire. Et puis, surtout, il faut critiquer la manière dont est envisagé le contrôle à exercer sur la détermination unilatérale du prix par le fournisseur, dans les contrats de distribution. L'idée retenue par la Cour de cassation est de sanctionner l'abus que le fournisseur pourrait commettre. Or, la notion est tout à fait inadaptée en l'occurrence. Car la question n'est pas de savoir s'il a pu y avoir abus d'une partie sur l'autre, mais de vérifier si le contrat est resté équilibré malgré le pouvoir exorbitant, reconnu à un des contractants, de définir lui-même le prix à payer.

M. BÉZARD.– Je ne voudrais pas répondre mais quand même tirer la leçon que, finalement, le rôle des juges est difficile. On croit obtenir une satisfaction totale et, en réalité, ce n'est pas du tout le cas. Et je vous comprends. Si la Chambre commerciale, pendant des années, a opéré cette évolution qui n'a pas été tellement facile, il faut bien voir comment cela s'est passé. Il y a d'abord eu, je le répète, au point de vue de la doctrine, beaucoup de silence au départ, et de l'indécision pendant un moment. La Chambre commerciale a essayé de trouver des portes de sortie qui étaient sans doute plus mauvaises : l'obligation de faire, l'obligation de

donner... Je signale par ailleurs qu'il n'y a eu aucune résistance des cours d'appel nous conduisant à une assemblée plénière.

Mais la critique de la doctrine montait, la pratique nous disait que c'était invivable. Là où je m'éloigne un peu de vous, M. le Professeur, c'est en ce que je suis convaincu que cette jurisprudence est née à la suite de clauses manifestement abusives. La Cour d'appel de Paris a réagi. Il y a eu une espèce de bras de fer entre les magistrats et certains concédants qui rédigeaient des clauses. On en annulait une, une autre la remplaçait. Il y a donc eu une réaction un peu brutale de la part de juges qui n'avaient peut-être pas encore suffisamment évolué dans le contexte international et dont les conceptions économiques étaient encore trop proches du droit pur qu'on leur avait enseigné. Et, il y a certainement eu, par la suite, des clauses plus acceptables, une meilleure moralisation des relations et une prise de conscience de l'environnement international qui ne connaissait pas une jurisprudence aussi sévère. Et je vais vous dire une chose importante sur le sentiment que nous avons eu nous-mêmes, magistrats de la Cour de cassation : à partir du moment où on a vu une jurisprudence protectrice détournée par des gens qu'il n'y avait pas de raison particulière de protéger et qui en faisaient une arme suprême pour abattre ce qui résultait de leurs obligations contractuelles, un certain nombre d'entre nous ont complètement changé et ont décidé que ceci n'était plus acceptable. C'était un abus que faisaient certains soi-disant faibles qui engageaient ce genre de contentieux, lequel emportait, en raison de la sanction de la nullité qui avait été consacrée, des conséquences gravissimes. Dans ces conditions, le juge appliquait une jurisprudence qui maintenant me paraît quand même assez largement discutable et détournée de son but. C'est pourquoi, même si les magistrats de la Chambre commerciale n'ont pas été les premiers à prendre l'initiative – et je peux dire, sans révéler quoi que ce soit, qu'ils ont peut-être un peu regretté de ne pas avoir été à l'origine de ce revirement –, ils ont en tout cas participé fortement à cette évolution à travers l'Assemblée plénière.

Ceci dit, je ne pense pas que les juges déstabiliseront les contrats en utilisant la notion d'abus, mais ils seront quand même présents et donc, attentifs ; car notre pratique, aujourd'hui ancienne, de ces questions nous incitent à penser que, dans un certain nombre de contrats, dans un certain environnement, il existe des abus qui mériteront une intervention du juge. Mais cette intervention, il faudra qu'elle soit prudente. Vous savez que la Cour de cassation manie la notion d'abus avec prudence. Nous avons eu récemment des exemples en matière boursière : l'habileté n'est pas un abus. Dans la prise de contrôle d'un grand journal du Midi par le biais de clauses d'agrément, on est parvenu à la même conclusion : pas d'abus. Suivez avec attention une prochaine jurisprudence en matière d'abus fiscal, elle vous intéressera. Il y a donc une interprétation assez étroite de l'abus. Mais le rôle du juge est quand même d'être attentif. Je suis favorable à un droit économique libéral mais je crois que dans le monde des affaires des gens utilisent aussi de temps en temps leur force d'une façon déloyale et, même si ce sont peut-être des cas limités, il faudra absolument réagir.

M. Philippe GRANDJEAN, *Président honoraire du Tribunal de commerce de Paris.* – La notion d'équilibre qu'a évoquée M. le Professeur Huet est une notion qu'il faut manier avec précaution. Ainsi, à propos des contrats « de bière », pendant des années la jurisprudence, aux différents niveaux judiciaires, a considéré qu'il y avait une position dominante du brasseur. Or, la réalité était exactement contraire, c'est-à-dire que la société qui recevait les livraisons et qui payait la bière, autrement dit le cafetier, avait tellement de sollicitations pour inscrire la marque au fronton du magasin – surtout s'il était bien placé –, que le roi de la négociation était, en réalité, le cafetier. Je serais, en sens inverse, assez partisan de ne pas trop pousser dans le sens de l'admission du caractère unilatéral de la fixation du prix. Du reste, dans les contrats

auxquels j'ai fait allusion, il y avait d'ailleurs – et il y a toujours – des références objectives qui me paraissent préférables à une détermination unilatérale. Nous connaissons suffisamment la nature humaine pour penser que c'est tout de même une très grande tentation d'abus. Dernière remarque, ce qui est dramatique en matière judiciaire, c'est que, lorsqu'on finit par obtenir satisfaction en justice et que l'abus est enfin réprimé, on est parfois mort. Et c'est la raison pour laquelle je suis partisan d'un renforcement du rôle du juge unique du fond en matière commerciale qui pourrait statuer en une semaine, ou en un mois, et dont la décision serait exécutoire de droit et permettrait d'éviter le drame qui était signalé tout à l'heure. La rapidité est souvent plus importante que la perfection.

M^{me} KAMARA.– Un mot sur ce référé : il est certain que, si deux partenaires souhaitent poursuivre leurs relations contractuelles et que l'un d'eux estime que le prix qui lui est demandé est manifestement abusif – encore une fois hypothèse rarissime –, il pourrait aller trouver le juge des référés commercial ou civil pour lui demander la fixation d'un prix provisionnel jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'abus. Bien entendu, le préalable serait l'existence d'un abus manifeste.

M. Jean-Marc MOUSSERON, *Professeur à l'Université de Montpellier.*– D'abord, une observation d'universitaire à l'égard de mon ami Jérôme Huet. L'universitaire est un sentimental qui aime les premiers enseignements qu'il a dispensés. J'ai commencé à parler de la vente et des contrats de ce type alors que nul ne songeait que l'article 1129 pût être appliqué en la matière. Et j'ai vécu quelques années relativement tranquille, jusqu'à ce qu'intervienne, en 1978, la jurisprudence qui a dit le contraire. Et la difficulté, la peine que vous ressentez à modifier votre enseignement, je l'ai connue vingt-cinq ans durant. De temps en temps, j'exprimais mon dépit dont tout le monde se fichait, sauf moi, et cela m'incitait à le maintenir contre cette jurisprudence, et j'évoquais notamment la situation où, lorsqu'on nous demandait conseil sur l'élaboration de telle ou telle clause de prix dans un contrat-cadre, nous ne savions que dire ; et les différentes solutions que nous évoquions, soit ne marchaient pas, soit finalement étaient prohibées. Donc, lorsque le 1^{er} décembre 1995 est venu, ma joie a été complète et demeure. Vous avez un avantage ou un désavantage sur moi, c'est d'avoir commencé plus tard l'enseignement du droit de la vente, en un temps où l'application des dispositions que nous avons évoquées était presque de droit – on la trouvait normale. Vous me permettrez de très bien comprendre cette tristesse et vous ressentez par conséquent très bien aujourd'hui le drame que j'ai ressenti. Dois-je vous souhaiter courage ? Dois-je vous souhaiter de tenir jusqu'à 2020 ? Ce serait peut-être une période où, d'une part, je ne serai plus là pour re-souffrir, et où vous seriez toujours là pour être satisfait. C'est peut-être ce type de position que nous pourrions exprimer.

Par ailleurs, je rencontre quelques difficultés à faire le départ entre ce qui est le droit positif, l'opinion et le souhait sur un problème qui, par bonheur, n'est pas dans le fil exact de notre débat sur les contrats-cadres, mais se pose plutôt à propos de la vente. La question du juriste rustique que je suis est la suivante : dans l'état actuel des choses, peut-on conclure une vente à livraisons successives avec clause prix-catalogue ?

M. GHESTIN.– S'agissant d'un contrat à exécution successive, c'est-à-dire un contrat unique, je ne suis pas sûr que les arrêts de l'Assemblée plénière aient tranché. Il faut donc attendre que des arrêts des cours d'appel et de la Cour de cassation règlent la question. Il est possible que, pour les mêmes raisons, c'est-à-dire la difficulté de prévoir à l'avance un prix dans un contrat appelé à déployer ses effets dans le temps, on aboutisse à la même conclusion. Il est certain pourtant qu'on ne retrouve pas, ici, la dissociation entre le moment où

se conclut le contrat-cadre et le moment où il va y avoir ces contrats d'exécution. Alors est-ce cette dissociation qui justifie la jurisprudence actuelle ? Son domaine est-il limité à cette question ? Ou bien est-elle destinée à s'appliquer par vagues, d'abord au contrat à exécution successive, puis au contrat à exécution instantanée et, notamment, à des cessions d'actions dans lesquelles, par exemple, on pourra voir l'une des parties agir sur le prix définitif parce qu'elle aura acquis le contrôle de la société avant que ce prix définitif soit fixé ? Peut-être, mais qu'on ne dise pas ici qu'il n'y a pas de risque d'abus.

M. AYNÈS.– Je crois que la Cour de cassation a déjà répondu à cette question par l'affirmative : dans le quatrième arrêt du 1^{er} décembre 1995, *Vassali contre Gagnaire*, où ce qui était discuté était précisément le processus de fixation au tarif-catalogue, sans qu'il ait été question de savoir s'il y avait ou non contrat-cadre. Par conséquent, si les parties ont la volonté et prennent la décision de confier à l'une d'elles la fixation du prix selon son tarif – étant donné que son tarif n'est pas un tarif arbitraire –, je crois que dans la ligne, et même par application pure et simple de cette décision de droit positif, on peut, sans trop s'aventurer, penser que c'est une convention en principe valable.

M. Elie ALFANDARI, *Professeur à l'Université de Paris IX-Dauphine.*– M^{me} Kamara a eu raison de citer les contrats-cadres de crédit, car, dans ces contrats-cadres, le taux d'intérêt doit être fixé dès la conclusion du contrat. Il y a là une disposition impérative liée à la notion de taux effectif global. Ce n'est que pour la modification ultérieure du taux que l'on peut admettre la référence au taux de base bancaire, mais, au départ, il faut absolument que le taux soit fixé par écrit et accepté d'un commun accord. Ce qui montre que, même dans certains contrats-cadres, la détermination du prix peut être quelque chose de nécessaire et d'impératif.

Quant à la portée des arrêts du 1^{er} décembre 1995, j'avais cru comprendre, dans un premier temps, que la Cour de cassation souhaitait surtout évacuer la notion de nullité qu'elle trouvait par trop sévère dans des relations d'organisation, qui devaient se prolonger dans la durée. Est-ce que pour autant elle a entendu anéantir la notion de contrat ? J'avoue que je me pose quand même la question, car – et je rejoins les observations de Jérôme Huet –, si effectivement on admet que l'objet n'a plus à être déterminé, que le prix n'est plus un des objets déterminables – alors qu'il reste tout de même l'objet d'une obligation, qu'il importe que les parties soient d'accord sur l'objet, car il faut savoir sur quoi on contracte –, c'est, en ce cas, toute la notion de consentement qui risque d'être mise en cause. Si on admet qu'une partie peut modifier unilatéralement la convention, qu'elle peut librement l'affecter d'une condition potestative, c'est finalement la notion de contrat qui est remise en cause. Est-ce cela qu'a voulu la Cour de cassation ? Je n'en suis pas certain. Mais si c'est cela, admettons qu'on pourra remplacer le contrat par l'acte unilatéral. On a parlé de l'influence du droit anglo-saxon sur notre droit : je pense que c'est plutôt l'influence du droit administratif qui imprime maintenant sa marque sur le droit civil.