

## EN GUISE DE CONCLUSION

### **M. Jean-Marc MOUSSERON,**

*Professeur à la Faculté de droit de Montpellier, Président fondateur de la Fédération nationale pour le droit de l'entreprise (FNDE)*

Je placerai mon propos sous l'évocation de deux visages et de deux noms. Alain Seube a consacré, en 1970, sa thèse de doctorat au « contrat de fourniture » ; il fut l'un des premiers juristes français à acclimater dans notre droit positif les concepts de contrat-cadre et de contrats d'application ; il devait mourir, quelques années plus tard, à quarante-cinq ans. Des souvenirs encore plus lointains me rattachent à Alain Sayag puisqu'ils ont la saveur, les couleurs et le soleil d'Alger ; nous lui devons un ouvrage, notre réunion, ce colloque sur « Le contrat-cadre de distribution ». Entre ces deux grands corps de pensée se sont développées, au cours de vingt-cinq années, une pratique intense et diversifiée et une réflexion tout aussi intense et tout aussi diversifiée. Citons en dernier lieu, l'étude de Frédéric Pollaud-Dulian et Alain Ronzano (1) et, bien entendu, la thèse de Jean Gatsi (2). Ces deux journées en témoignent.

M<sup>me</sup> Frison-Roche s'installa, tout d'abord, dans le rôle de composition, d'actualité, d'une (charmante) grand-mère de Noël. Elle nous raconta comment la préhistoire économique-juridique rangeait, en premier, les relations d'affaires sous le signe du marché et, par conséquent, de l'immédiat. L'homme se défia, plus tard, de cet instantané naturel et lui préféra le durable artificiel du contrat.

Cette gestion des relations durables va, alors, passer par plusieurs phases.

Apparaît, en premier, le contrat à exécution successive dont, chaque exécution, chaque livraison reproduit l'équilibre conçu et voulu au temps infinitésimal de sa formation.

La rigidité de ce système appelait, cependant, un desserrement à l'origine de ce que nous appelons aujourd'hui le contrat-cadre.

Il s'agit, au départ, d'une simple dissociation d'un élément chronologiquement premier – préfiguration du contrat-cadre – et de nombreux éléments chronologiquement seconds – préfiguration des contrats d'application. Pendant longtemps, on estima, cependant, qu'il n'y avait qu'une seule figure contractuelle, sans savoir exactement où elle était : pour les uns, le contrat était dans l'accord de départ dont les contrats d'application auraient seulement assuré la perfection ; pour d'autres, au contraire, les contrats se trouvaient dans les accords d'application, l'élément initial étant, peut-être, le premier élément d'une *punctatio* dont le nom n'était pas encore prononcé. La doctrine italienne que nous a rappelée M. Bortolotti, les travaux d'Alain Seube à la fin des années soixante en étaient encore à ce stade.

La dissociation s'est achevée et la nature, pareillement contractuelle, de l'accord de base et de chacun des accords d'application s'est établie, en France, au début des années soixante-dix, avec la jurisprudence des stations-service. La construction en a été lumineusement

(1) F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre par delà les paradoxes* : *RTD com.* 1996, p. 179.

(2) J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, *Bibl. dr. privé*, n° 273, LGDJ, 1996.

rappelée par Jacques Ghestin. La technique du contrat de base, préparant et encadrant des centaines, des milliers de contrats d'application, était alors disponible.

Le rappel et la comparaison des droits étrangers, menés sous la houlette de M. Tallon, avec le concours de MM. Habermeier et Bortolotti ont montré que, sous des variantes, ces développements pouvait être retrouvés dans les expériences voisines.

La multiplicité et la diversité des applications allaient, cependant, poser toutes sortes de questions relatives au régime juridique – système de conditions (I) et d'effets (II) – applicable.

### **I. – Les conditions, présentes ou absentes, de ces contrats-cadres sont multiples.**

Nous les chercherons, d'abord, dans le droit des contrats... qui va faire profiter la formule de son esprit de liberté.

S'agissant de la forme, nulle exigence générale ne l'affecte, mais des flots de formalisme prennent naissance : concernant la préparation du contrat-cadre, j'évoque la loi Doubin ; concernant la formation de cet accord, Elie Alfandari a évoqué certaines conventions financières ; concernant même son extinction, Michel Pédamon a rappelé l'article 36-5 nouveau de l'ordonnance de 1986.

S'agissant du fond surtout, la construction des contrats-cadres a été polluée par le grand débat sur la détermination et la déterminabilité du prix... des contrats d'application. Car il est exceptionnel que le contrat-cadre ait un prix – le droit d'entrée dans certaines franchises, par exemple ; le problème ordinairement posé n'est, donc, pas celui de ce prix qui existe une fois sur cent, mais celui de la détermination ou de la déterminabilité du prix des contrats à venir.

Pour le présent, nous avons bénéficié de l'exposé, très clarifiant, de Laurent Aynès et des compléments que Patrick de Fontbressin lui a apportés. Pour le futur, nous avons eu les prémonitions conquérantes et, à mon avis, redoutables de Françoise Kamara.

Ceci étant, les grands arrêts du 1<sup>er</sup> décembre 1995 ont, heureusement, libéré le contrat-cadre d'exigences qui ne le concernaient pas. Les textes sur la vente ne s'appliquent pas aux contrats « intéressant la vente ». Ces arrêts représentent une libération des contrats-cadres et vont donner à leurs constructeurs plus de liberté, plus de force et plus de place aux innovations et à la créativité. À moins que...

À moins que le droit des contrats, dont nous pouvions penser qu'il était seul sollicité, ne se trouve remplacé par une fée bien moins souriante, aux allures de Carabosse, qui serait le droit de la concurrence. Car, si le droit des contrats fait profiter la formule et le mécanisme du contrat-cadre d'un principe de liberté, c'est sous le signe de l'interventionnisme que le droit de la concurrence se développe. En globalisant de multiples relations, le contrat-cadre les fragilise en les exposant plus aisément et plus simplement à une intervention publique qui obtient, de ce fait, des effets démultipliés.

Une différence très forte doit, alors, être notée entre les techniques des interventions nationales françaises et celles des interventions communautaires, en termes de concurrence. L'intervention française – malgré ce qu'on a pu dire sur les multiples ramifications des textes les plus récents dans le secteur tout à fait particulier de la transparence tarifaire – se fait en principe *a posteriori*, par des mesures individuelles, et se limite à la police de la concurrence. L'intervention communautaire recourt, de façon plus large et plus fréquente, à une intervention

*a priori*, à base d'exemptions collectives mais, progressivement, le catalogue des clauses – blanches, grises, noires, oranges, vertes, rouges... – glisse vers de véritables contrats-types. M. Goyer l'a noté en reprochant, peut-être, le phénomène au suivisme des rédacteurs de contrats. Mais, lorsque le modèle est si beau et ses zéloteurs si attentifs, on a quelque difficulté à ne point le reproduire...

Et il est alors extrêmement grave... mais significatif que ce soit à travers le prisme, à mes yeux déformant, de ces règlements que bon nombre des contrats-cadres de distribution aient été étudiés tout au long de ces deux journées.

Je comprends naturellement très bien l'intérêt que les constructeurs de ces contrats attendent de la condamnation ou de l'absolution de la formule que les autorités communautaires – quelles que soient les instances sollicitées – peuvent donner, mais ce n'est pas seulement de l'existence, voire du traitement d'un certain nombre de leurs questions qu'il s'agit ; il s'agit également de toute leur économie et, parfois, même de tous leurs détails.

Sur ce point, les discussions sur le règlement « automobile » avaient été particulièrement représentatives. L'après-midi fut somptueuse : lancers de balles parfois liftées par Louis Vogel, passes longues et appuyées, du fond du court, par Christian Bourgeon et Paul Cocchiello, balles plus courtes et plus sèches de Maria Luisa de Contes et de Roland Gardin, montées au filet brutales de René Goyer, arbitrage conclusif et de temps en temps désinvolte du Conseiller Léonnet qui, avec une sorte de bonhomie condescendante, se tournait vers M. Goyer pour lui dire que ses textes étaient très intéressants mais ne l'intéressaient guère. Rien ne manquait, et le public point davantage puisque, dix-neuf heures ayant déjà sonné, on voyait brusquement le terrain quasiment envahi par les spectateurs : M<sup>e</sup> Fourgoux, M<sup>e</sup> de Séchelles, quelques autres venaient participer au débat et l'enrichir encore.

Somptueuse, l'après-midi fut tout aussi horrible pour l'homme de liberté contractuelle que je suis. Bien que fidèle au souvenir de Jean Thérard que j'avais accompagné dans quelques réflexions sur la distribution automobile, je n'avais guère réfléchi sur les règlements d'exemption. Je n'imaginai pas que les relevés de clauses prohibées se fussent transformés en véritables contrats-types, allant très avant dans le détail de leurs dispositions. Et je m'apprêtais à mettre en doute ce principe fondamental de la technique contractuelle dont je me crois le serviteur : les relations des entreprises sont le sanctuaire de la liberté contractuelle. Je me demandais si le sanctuaire ne s'était point effondré.

Et l'observation des règlements concernant la bière, avec Bernard Gross, les carburants avec Jean-Michel Lalé, le régime des exemptions individuelles en matière de parfums avec Xavier Derville... révélèrent, plus tard, la même pression – peut-être moins accentuée – du droit communautaire – toujours dit de la concurrence – sur le régime des contrats-cadres.

Et je lisais, alors, avec inquiétude le sous-titre de notre après-midi d'hier : « *La réglementation européenne de la distribution : vers un régime commun du droit de la distribution* ».

Mon sommeil dit réparateur fut perturbé par un puzzle monstrueux qui vint emplir mon esprit affaibli. Bredouillant les premières lignes de la loi Doubin, parsemé des exigences griffues de la transparence tarifaire et de la facturologie, boursoufflé, clause après clause, par l'addition des articles multicolores des règlements communautaires, le corsage déchiré mais, malgré tout, rapiécé par la validation des accords Givenchy et Yves Saint-Laurent, un contrat-cadre de distribution vêtu comme la Folle de Chaillot des oripeaux multiples des

interventionnismes publics tendait une main caprice vers les jeunes contrats-cadres qui naissaient d'une rosée printanière. Un geste de recul me fit heurter le chambranle du lit, me réveilla et me fit gagner la page seconde de notre programme : « *Diversité des secteurs, pluralité des pratiques contractuelles* ». Je respirais mieux.

Pour les contrats de franchise – grâces en soient rendues à tous les intervenants sous la houlette de Jean-Marie Leloup –, les problèmes de concurrence se posèrent bien entendu, mais eux-mêmes et leurs solutions parurent moins pressants que les problèmes contractuels tenant à la répartition des charges et des risques de répétition de la réussite d'un franchiseur. Jean-Marie Leloup favorisait la présentation et la discussion de multiples questions que les conseils des opérateurs se voyaient poser. Olivier Badot, Dominique Baschet, Jean-Paul Betch, Jean-Paul Clément, M<sup>me</sup> Frybourg, Jean-Louis Lacroix, Jean-Dominique Sarcelet intervenaient, tour à tour, pour apporter de la clarté où il y avait, au départ, quelques possibilités de confusion.

La glissade amorcée vers des relations tout aussi dures mais moins maîtrisées, dans l'intimité de leur solution, par les pouvoirs publics parut s'accroître avec l'observation des relations de l'industrie et de la grande distribution. Nous avons donc encore à l'esprit l'exposé magistral de Michel Pédamon et les interventions de tous ses assesseurs, de la droite extrême, de la tribune, où Pernod-Ricard était représenté jusqu'à la gauche non moins totale où se développait le propos de François Debruyne. Au cours de la discussion, il sembla que l'on s'écartait du contrat-cadre pour lequel nous nous étions cependant réunis. En vérité, nous ne nous en étions, peut-être, jamais rapprochés d'aussi près. Certes, il est, sans doute, de tradition que les deux matières de la distribution intégrée et de la transparence tarifaire ou des relations industrie-grande distribution soient quelque peu dissociées ! Et, du même coup, les contrats de la grande distribution ne paraissaient pas faire appel à la technique du contrat-cadre. On les avait associés à la fête d'aujourd'hui parce qu'ils étaient des parents un peu éloignés... mais dont on parlait dans la presse. En vérité – et c'est peut-être un avantage de notre rencontre d'aujourd'hui et un résultat de ces fiançailles établies par le document que nous avons sous les yeux –, le contrat-cadre est en train de devenir le grand contrat organisant les relations entre la grande distribution et l'industrie.

Depuis vingt ans, l'organisation de la grande distribution en moyennes unités aux interventions coagulées par ces inventions juridiques remarquables que sont les contrats d'affiliation et les contrats de référencement, construisait les rapports Producteur-Distributeur en opérations triangulaires. La pièce maîtresse en était le contrat de référencement par lequel la centrale reçoit une offre qu'elle n'accepte jamais elle-même, puisqu'elle n'a rien à acheter, et qu'elle transmet seulement à des affiliés qui vont ou non directement contracter avec le fournisseur référencé. Nous avons là bien place pour un mécanisme juridique de type nouveau, même si empruntant largement au courtage.

Mais que devient le contrat de référencement lorsque l'intégration de l'appareil de distribution se développe et où, à côté, sans doute, d'une grande distribution associée et pratiquant toujours l'intervention de centrales, les structures succursalistes se développent où la discussion est menée, côté distributeur, non pas par l'« acheteur » – entre guillemets – d'une centrale de référencement, mais par l'acheteur – sans guillemets – du département d'achat d'une société succursaliste ? L'acheteur de Casino ne va pas s'engager à faire son possible pour se convaincre d'acheter à son partenaire et la loi lui demande, d'ailleurs, aujourd'hui de prendre lui-même des engagements d'achat.

La formule triangulaire demeure mais elle laisse de plus en plus de place à une relation immédiate du fournisseur et du fournisseur qui fusionne, d'ailleurs, les contrats de coopération commerciale et les contrats de référencement dans un contrat-cadre de fourniture qui est désormais la relation essentielle – qu'on lui donne ou non ce nom – entre un grand groupe succursaliste de distribution et ses fournisseurs.

Dès lors, on voyait que ce phénomène du contrat-cadre ne s'identifiait pas au seul contrat-cadre de la distribution intégrée, mais qu'il était également le mécanisme fondamental des relations entre la grande distribution et l'industrie qui la fournit.

**II. – S'agissant des effets du contrat-cadre**, je dirais qu'il est un bloc-moteur sur lequel on va pouvoir greffer toutes sortes d'accessoires. Il y a tout d'abord l'ensemble des effets essentiels, caractéristiques de cet accord ; il s'agit de toutes sortes d'obligations relatives aux contrats d'application, dont la conclusion est sa finalité. Lorsque le contrat préparatoire commence à englober les contrats d'application – je pense aux formules à base de promesses –, on n'est plus en présence d'un contrat-cadre parce que l'autonomie respective du contrat-cadre et du contrat d'application ne se retrouve plus.

Il s'agit d'obligations relatives à l'existence des contrats d'application ; l'obligation de contracter n'est pas de l'essence du contrat-cadre ; elle en est souvent la conséquence ; elle en est toujours la finalité.

Les obligations relatives aux modalités de formation des contrats d'application sont tout aussi importantes.

Les obligations relatives au contenu des contrats d'application le sont probablement davantage. Il faut bien, en effet, revenir à la raison, aux causes et aux motifs qui ont amené les praticiens à créer et à imaginer cette formule des contrats-cadres. L'une des premières finalités est d'éviter la discussion et la négociation lors de la passation des contrats d'application. Une fois pour toutes, est fixé le contenu des multiples contrats d'application qu'on pourra conclure dans le futur par fax, télex et courrier électronique. À défaut, ce serait un autre système d'adhésion ; au lieu d'adhérer au contrat proposé par un vendeur, les deux parties adhèreraient au contrat supplétif imaginé par le législateur. Et là on décide de négocier un contrat-cadre qui va donner un contenu à des contrats d'application, très probables mais éventuels : c'est l'objet majeur de ces contrats-cadres.

Mais, au-delà de ce bloc-moteur, le contrat-cadre peut avoir des effets accessoires. Entendons-nous bien sur ce dernier mot : il ne s'agit pas de dire qualitativement inférieurs et secondaires, mais d'évoquer des effets non caractéristiques du genre mais qui peuvent utiliser le contrat-cadre comme support et permettre de nouvelles constructions. Et ces effets accessoires consistent en toutes sortes d'obligations irréductibles aux contrats d'application attendu. Et leur assemblage va permettre la construction de multiples contrats de fourniture et d'approvisionnement qui, se dissociant à leur tour par un phénomène de différenciation qui est de l'ordre même de la vie, vont donner les contrats de distribution exclusive, sélective, de franchise et les grands rapports organisant les relations avec la grande distribution. Ayant satisfait aux exigences communes de tout contrat-cadre, ces sous-ensembles vont, à leur tour, satisfaire aux nouvelles « nappes » de règles qui leur sont propres et, notamment, aux règles en matière de concurrence que nous avons longuement étudiées.

\*  
\* \*

Voilà, les principales observations conclusives générales que j'étais en charge de vous apporter ; mais même des conclusions appellent des conclusions.

Le propos de Xavier Derville, ce matin, s'intitulait : *paradoxes et perspectives*. Pour ne pas le contrefaire, j'ai prévu d'inverser les deux formules et d'envisager tour à tour des perspectives et des paradoxes.

Les *perspectives* pour le contrat-cadre en tant que mécanisme juridique, objet de notre attention de ces deux jours, sont excellentes, en raison même de l'unité que le CREDA, son ouvrage, ce colloque, vos réflexions, vos travaux lui ont donnée. Désormais, le contrat-cadre ne nous apparaît plus comme une sorte de formule un peu à l'écart, dont on parlerait de temps en temps, mais qui aurait peu d'intérêt par rapport aux concessions commerciales, aux accords de la grande distribution, aux accords de distribution sélective, à la franchise, seuls objets intéressants de la réflexion. Lorsque nous parlons de concession commerciale, nous parlons contrat-cadre ; lorsque nous parlons d'accord producteur-distributeur, nous parlons de contrat-cadre ; lorsque nous parlons de franchise, neuf fois sur dix, nous parlons de contrat-cadre. Et il faut d'abord savoir ce qu'est le noyau central de ces contrats avant de voir comment ils se sont développés.

Nous pouvons, donc, non seulement constater, mais augurer du développement de ces contrats-cadres dans tous les secteurs de la distribution... mais aussi dans de multiples secteurs correspondant aux activités de recherche-développement, de production, de commerce extérieur avec ce qu'on appelle, la plupart du temps à tort, activités de sous-traitance... mais aussi dans les prestations de services : que sont les contrats d'abonnement que passent les avocats, sinon des contrats-cadres ?

Le contrat-cadre est né de la liberté contractuelle. Le contrat-cadre n'a pas été imaginé par les universitaires, par les administrations, par les magistrats. Le contrat-cadre est né de la liberté contractuelle des praticiens. Mon inquiétude est, alors, la suivante : la liberté contractuelle va-t-elle mourir du contrat-cadre, dans la mesure où le contrat-cadre, par la globalisation des relations qu'il réalise, devient une cible de choix pour l'intervention de l'administration sans doute mais aussi pour l'intervention du juge ?

Halte à l'intervention de l'administration ! Même si l'administration n'intervient plus, dit-elle, comme autorité mais comme médiateur dans des sortes de négociations collectives ! C'est encore un drôle d'animal, ce règlement d'exemption qui, sous la houlette des personnes investies par l'autorité communautaire, vient organiser la négociation collective menée entre ceux qui représentent des intérêts différents. Je préfère, toutefois, cette négociation collective à la décision imposée par l'autorité administrative, mais je m'en inquiète.

Halte à l'intervention du juge ! Hier, j'ai beaucoup souffert ; j'ai souffert, dans l'après-midi, de cette prolifération de règles construites par le système administratif communautaire. Mais j'avais souffert aussi, le matin, durant toutes ces allusions, voire ces appréhensions – marmelade, confiture, apparemment sucrées, un peu cul-béni –, de la critique des abus, et du transfert au juge de tout ce qui peut être suspicion d'abus. « *Travaillons largement, le juge est là pour sanctionner nos abus* » disaient les pénitents. Et les juges étaient prêts à les accueillir en leur sein : « *Péchez mes frères, la pénitence passe par nous* ».

Au nom de la République – mon employeur –, j'enseigne, en effet, que le juge n'est ni le censeur ni le sauveur du contrat mais bien son serviteur. Notre organisation juridique elle-même – l'article 1134 du Code civil qui est une pièce maîtresse, constitutionnelle en quelque

sorte, de notre système social – a confié aux contrats des particuliers l'organisation de leurs relations. Et il n'y a pas de quoi s'extasier en s'inquiétant de ce que le contrat-cadre joue aujourd'hui le rôle de la loi. Il est la loi ! il tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait. Si nous ne sommes pas d'accord, changeons le Code civil. Je ne crois pas au Droit naturel ; je suis un homme de droit positif. Et, dans le droit positif, il y a l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>. Je veux bien lire ensemble 1134, alinéa 3, mais je lis aussi l'alinéa 1<sup>er</sup>.

Ce contrat-cadre que la liberté contractuelle a conçu et a construit, ne le laissons pas trop polluer par des interventions d'organismes publics, si respectables et si respectés soient-ils. Entre la liberté contractuelle et le juridiquement correct, j'ai, pour ma part, choisi mon camp.