

L'indétermination du prix

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'université d'Angers

Par une évolution jurisprudentielle commencée il y a une vingtaine d'années et qui connaît des rebondissements fréquents, les règles applicables en matière d'indétermination du prix ont atteint un tel degré de complexité, voire d'arbitraire, qu'elles sont aujourd'hui difficilement maîtrisables, alors que la validité de très nombreux contrats en dépend !

Cette complexité vient du décalage qui existe entre les buts que la jurisprudence poursuit, grâce à l'outil technique de l'indétermination du prix, et les instruments juridiques qu'elle utilise à cette fin, en les déformant au besoin. En effet, à étudier les pléthoriques décisions, on ne peut que noter les procédés logiques douteux grâce auxquels la jurisprudence a réussi, par l'article 1129 du code civil, à appliquer la nullité pour indétermination du prix à des contrats autres que les contrats de vente régis par l'article 1591 ; on ne peut qu'être perplexe devant le reflux de cette application aux seules obligations de donner, reflux dont le domaine reste très incertain. Et si la jurisprudence affirme par principe que le prix peut être valablement déterminable lorsqu'il dépend d'un mode de calcul ultérieur parfaitement objectif et extérieur aux parties, notamment par une référence au marché ou le recours à un tiers, on constate que l'écrasante majorité des arrêts ne se satisfait pas en l'espèce de tels procédés et annule pour indétermination du prix le contrat litigieux. Cette politique jurisprudentielle, critiquable techniquement et incompréhensible dans ses formulations et ses variations, retrouve son unité lorsqu'elle est replacée autour du « non-dit » des arrêts : à travers un discours objectif de détermination de l'objet du contrat, c'est la partie faible que la jurisprudence veut ainsi protéger. La « fortune » de l'indétermination du prix vient que son utilisation supplée l'absence en droit français de sanction, d'une part, de l'inégalité de puissance entre les parties contractantes, de la violence et de la dépendance économiques, d'autre part, de l'inégalité des prestations qui en résulte souvent. Mais ne conviendrait-il pas que la jurisprudence se réfère ouvertement à ces nouveaux principes directeurs qui façonnent le droit des obligations, qu'elle affirme l'étendue de l'office du juge sur le prix, y compris dans le sens d'une réfaction, mesure plus adaptée qu'une radicale nullité ? Elle y gagnerait au moins en transparence et en cohérence.

Les difficultés en matière d'indétermination du prix illustrent en tout cas l'état d'un droit français et des obligations, et de la procédure, en mouvement : retenu encore dans la gangue des principes et des formules d'un droit vieilli mais sous lesquels s'affirment des idées nouvelles, aujourd'hui hérétiques et bientôt classiques, mue qui donne à ce droit l'aspect un peu monstrueux des mutations en cours.

INTRODUCTION

1. Tout se paie ... L'expression est courante, qu'elle soit marque de satisfaction devant une sorte de justice immanente ou qu'elle soit regret d'une gratuité idéale. Elle traduit en tous cas la règle selon laquelle l'acte accompli modifie une situation donnée et appelle en retour une compensation des sacrifices par des avantages, des

préjudices par des réparations, des infractions par des peines. L'homme raisonnable ne recherche pas un résultat « à tout prix » mais le « juste prix », signe d'équivalence. Cet équilibre qui gouverne le prix par rapport à la chose, est présent dans toute action humaine : l'on exprime souvent sous le vocable de « bénéfice » le résultat d'une action qui rapporte plus de satisfaction qu'elle n'a coûté de sacrifice.

La notion de prix rejoint ainsi celles de compensation et de rétribution. Le langage courant exprime cette correspondance jusque dans la matière pénale : dans la mesure où l'on considère que la sanction pénale remplit une fonction rétributive, l'expression selon laquelle le condamné qui a exécuté sa peine « a payé sa dette envers la société » traduit ce rapport essentiel.

Du côté des seuls actes juridiques, ce mécanisme naturel de compensation, pouvant prendre un caractère véritablement synallagmatique, a place dans des actes pourtant inspirés, selon toutes les apparences, par un esprit de gratuité, de libéralité. Ainsi le voudrait l'explication de la genèse du mécanisme obligatoire, telle que l'a proposé Marcel Mauss, et selon laquelle, le don, en ce qu'il appelle un contre-don, aurait été la forme primitive de l'échange (1). Ne peut-on d'ailleurs soutenir que le donateur est récompensé par la gratitude du bénéficiaire, la preuve en étant tirée *a contrario* du mécanisme de la révocation pour ingratitude ? A moins que son geste altruiste ne reçoive son prix dans l'au-delà, où tous les comptes seraient tenus.

2. Mais en droit, la notion de prix appelle une définition plus stricte (2). Il consiste généralement, hormis l'hypothèse d'un paiement en nature, en une contre-prestation en argent, que l'on qualifie selon les cas de prix de vente, de loyer, etc. Ainsi entendu en argent, le prix remplit une fonction essentielle dans le calcul de la valeur et des biens et des services. Cette évaluation permet d'assurer d'ample manière la circulation des richesses et les prestations de service (3). Cet effet est produit par le pouvoir normatif de la monnaie. La possibilité d'un prix constitue un critère de la qualification juridique de biens, choses et droits dans le commerce juridique (4). Ainsi, le corps humain ou les droits de la personnalité, qui sont hors commerce, n'ont pas de prix, même si l'atteinte qui peut leur être portée est évaluable en argent.

Il ne faudrait pas en déduire que, si ancienne et nécessaire qu'elle puisse être, la pratique de la détermination du prix, dans les contrats qui en comporte un, soit, en dépit de la fongibilité de la monnaie, chose nécessairement facile.

3. Des considérations d'*ordre temporel* expliquent pour partie les difficultés observées. Elles tiennent à ce que la monnaie est sensible, tout à la fois à l'action des pouvoirs politiques, le prince « battant monnaie », et aux circonstances économiques (5). Lorsque l'Etat laisse jouer des circonstances économiques stables, la monnaie, et donc le prix, remplissent normalement leurs rôles. Il en va autrement en période d'instabilité monétaire, notamment lorsque le droit reste indifférent aux répercussions économiques d'une telle instabilité. Cette volonté d'indifférence s'ex-

(1) V. Cl. Lévy-Strauss, *Introduction à l'oeuvre de Marcel Mauss (sociologie et anthropologie)*, 1950.

(2) V. J. Carbonnier, *Sociologie de la vente*, in *Flexible droit* (7^e éd. 1992, LGDJ) qui définit ainsi la vente : « donner de l'argent et acquérir une chose, recevoir de l'argent et abdiquer une chose » (p. 279).

(3) J. Carbonnier, préc. p. 282 et s.

(4) V. *Les biens et les choses*, Arch. phil. dr. t. 24, 1979, Sirey.

(5) V. sur la théorie de la monnaie, J. Carbonnier, *Droit civil. 3. Les biens (Monnaie, immeubles, meubles)*, coll. Thémis, 1990, 13^e éd. n° 9 et s. p. 22 et s. V. aussi *Droit et monnaie*, colloque de l'Association internationale de droit économique, 1988.

prime par l'attachement des pouvoirs publics au principe du nominalisme monétaire (6) et par l'attitude de rejet de la théorie de l'imprévision par la jurisprudence civile (7). Il en résulte une antinomie entre le pouvoir libérateur et le pouvoir d'achat que le prix traduit (8). Sans doute les contractants ont appris à pallier les conséquences du rejet de la théorie de l'imprévision et la loi ne prohibe pas, loin s'en faut, toutes les clauses monétaires (9). Il demeure que la détermination d'un prix est aujourd'hui une opération singulièrement plus délicate que par le passé, notamment du fait de l'importance nouvelle des contrats de longue durée, qui prêtent le flanc aux variations économiques et monétaires.

4. Les difficultés observées s'expliquent aussi par des considérations d'*ordre spatial*, tenant à l'économie du marché. Celle-ci, laissant par principe s'opérer le jeu de l'offre et de la demande, pose comme lieu de la fixation du prix, le marché. Celui-ci est tout d'abord un lieu géographique clos qui constitue un moyen spontané de contrôle et de communication. S'y superpose le marché, au sens économique du terme. Cette notion n'est d'ailleurs pas qu'une simple constatation mais trouve, selon certains auteurs, ses racines dans la philosophie politique en ce qu'elle aurait fourni dès le XVIII^e siècle un modèle de société apolitique, sorte d'alternative par rapport au modèle du contrat social (10). Longtemps la référence au marché est demeurée latente dans le système français (11), notamment du fait du rôle effacé des pouvoirs publics qui, s'ils constataient, le cas échéant, les prix déterminés par le marché, n'entendaient pas jouer sur le mécanisme purement concurrentiel, voire fixer autoritairement les prix. Il n'en allait autrement qu'en période de pénurie. La tarification est alors franche et brutale : elle génère un prix nécessairement déterminé (12). Sa pratique est devenue un mode courant de gouvernement économique, en période de dirigisme et de planification.

5. Le développement du droit de la concurrence a conféré, juridiquement parlant, une précision et une importance renouvelées à la notion de marché (13). Les au-

(6) Il est exprimé par l'art. 1895 c. civ., dont la portée excède l'hypothèse du prêt d'argent. On retrouve ce principe de fixité dans les art. 1243 et 1902 c. civ.

(7) Civ. 6 mars 1876 (*DP* 1876.1.193, S.1876.1.161), Com. 18 déc. 1979 (*Bull. civ.* IV, n° 339, p. 266 ; *Gaz. Pal.* 1980.1.Pan.232 ; cette *Revue* 1980.780, obs. G. Cornu), Trib. sup. Andorre, 10 sept. 1974 (*D.* 1975.423, note A. Lowmagne).

(8) J.-M. de Bermond de Vaulx, La détermination du prix dans le contrat de vente, *JCP* 1973.I.2567.

(9) V. L. Boyer, A propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle, in *Mélanges Marty*, 1978, p. 87 et s. ; J. Honorat, Les indexations contractuelles et judiciaires, *Etudes Flour*, 1979, p. 251 et s. ; E.S. de La Marnière, Observations sur l'indexation comme mesure de valeur, cette *Revue* 1977.54 et s. ; R. Tendler, Indexation et ordre public, l'ordonnance du 30 décembre 1958 : Majorité et sénilité ?, *D.* 1977.Chron.245 et s.

(10) P. Rosanvallon, *Le libéralisme économique, histoire de l'idée de marché*, Coll. Le Point, Politique, Le Seuil, 1989, p. 48 et s.

(11) F. Terré, Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité, in *Aspects actuels du droit commercial français*, *Etudes Roblot*, 1984, LGDJ, p. 11 et s. spéc. p. 23 et s.

(12) V. *infra* n° 22.

(13) G. Stamatiou, *La représentation juridique du marché à travers le droit européen de la concurrence*, mémoire DEA, Paris, II, 1981. Il est remarquable que la Commission de la concurrence (V. rapp. 1978, p. 11), puis le Conseil de la concurrence (V. rapp. 1987, p. XX) et la cour d'appel de Paris, par arrêt du 28 janvier 1988 (*Cah. dr. entr.* 1988, 2, p. 7, note Boutard-Lagarde et V. Sélinsky), se sont référés à une analyse économique du marché, qu'ils ont transplantée en matière juridique. Il apparaît ainsi qu'un marché, dit « pertinent », c'est-à-dire susceptible d'être pris en considération pour l'application des règles juridiques adéquates, se caractérise par la zone géographique qu'il recouvre (V. Houin et M. Pédamon, *Droit commercial. Commerçants et*

teurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 « relative à la liberté des prix et de la concurrence » en ont adopté une vision libérale (14) : le marché est le lieu de confrontation de l'offre et de la demande, qu'il collectivise. Là se réalise une détermination collective du prix, transcendant les volontés et actions particulières des acteurs sur le marché. Ainsi le prix est déterminé mécaniquement, d'une façon neutre et donc juste : il résulte de la prise en compte des intérêts collectifs et contraires des participants.

C'est pourquoi l'article 1^{er} de l'ordonnance pose que « les prix des biens, produits et services... sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». Cela justifie que l'article 7-2^e interdise de « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ». Il faudrait que cette perturbation du marché concoure au progrès économique pour qu'elle soit tolérée, le marché s'en étant alors trouvé dialectiquement amélioré (15). Par un phénomène de spirale, le marché concurrentiel génère un prix courant équilibré et la liberté des prix favorise la concurrence. La pratique des prix minima imposés est ainsi interdite en ce qu'elle trouble ce libre jeu et son incrimination comme délit (16), malgré le mouvement général de dépénalisation du droit des échanges économiques, est caractéristique de la valeur première que la loi attache au bon fonctionnement du marché concurrentiel.

Si la tarification ou le contrôle des prix existent encore à titre exceptionnel (17), cela peut résulter du fait que l'activité en cause est elle-même réglementée (18), comme celle des taxis par exemple (19), ou du fait qu'il s'agit de sauvegarder le commerce spécialisé, comme en matière de prix du livre. Mais l'hypothèse principalement visée par l'ordonnance est le cas de dysfonctionnement du marché qui rend la réglementation des prix nécessaire (20), soit pour suppléer le marché concurrentiel, soit pour le restaurer. L'exigence de détermination du prix est plus difficile à satisfaire dans toutes les autres hypothèses.

6. Ainsi liée aux rôles de la monnaie et du marché, la détermination du prix n'en dépend pas moins essentiellement de la volonté des contractants. Il s'agit donc de savoir, dans l'hypothèse où le prix n'est pas fixé par l'autorité publique, de quelle

entreprises commerciales, concurrence et contrats de commerce, Précis Dalloz, 9^e éd. 1990, n° 462 et s. p. 593 et s. et les décis. citées), par les produits ou des services considérés, homogènes entre eux, par identité ou caractère substituable (sur la notion de produit substituable, V. V. Sélinisky, *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 315, n° 7 et s. et les avis cités), et spécifiques par rapport à d'autres types de produits ou de services, et enfin par l'existence d'une clientèle également spécifique (rapp. 1986, p. XV).

(14) Cl. Lucas de Leyssac, Le libéralisme en matière de prix et de concurrence, rapport introductif, *Petites affiches*, 28 mars 1988, p. 4 et s. spéc. p. 6 et s. V. aussi D. Ferrier et J.-P. Novella, *Liberté des prix et nouveau droit de la concurrence*, 1987, éd. Lamy, et F. Jenny, L'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : raisonnement économique et équilibre des pouvoirs, in *Le droit français de la concurrence*, *Cah. dr. entr.* 1987.1, p. 2 et s.

(15) Sur la notion de « concurrence-moyen », V. P. Bonassies, Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen, *Etudes Weill*, 1983, p. 51 et s.

(16) Art. 37, § 4 Ord. 30 juin 1945.

(17) Art. 1^{er}, al. 2 de l'Ord.

(18) *Idem*.

(19) Décr. 6 avr. 1987, sur le tarif des courses des taxis.

(20) F. Steinmetz, *J.-Cl. Concurrence-consommation* fasc. 280, n° 34 et s. V. aussi, A. Nivaggioli, Les crises économiques et les législations de prix, *RTD com.* 1984.253 qui en retrace l'historique. V. Décr. 8 août 1990 qui, en réponse à la crise du Koweït, bloque les prix de l'essence à la vente, mesure qui a été de courte durée, traduction dans le temps de son caractère exceptionnel.

matière il convient que ces derniers se comportent, pour que l'on puisse considérer que sont satisfaites les exigences légales de détermination du prix (21).

En effet, l'article 1591 du code civil dispose : « le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties ». La jurisprudence a assoupli cette exigence en se contentant d'un prix déterminable : « si le prix d'une vente doit être déterminé et désigné par les parties, il n'est pas nécessaire que le montant en soit fixé, dans le principe, d'une façon absolue ; il suffit, pour la formation de la vente, que le prix puisse être déterminé, en vertu des clauses du contrat, par voie de relation avec des éléments ne dépendant plus de la volonté, ni de l'une ni de l'autre des parties » (22).

Il n'est donc pas nécessaire que le prix soit fixé à la formation du contrat ; il suffit, selon cette jurisprudence constante, qu'il soit ultérieurement calculable, à partir d'éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs (23). Ainsi, « déterminable » équivaut à « déterminé » (24).

7. La solution ainsi dégagée paraît de prime abord relativement simple. Elle permet d'apporter en la matière la souplesse nécessaire à la vie économique et contractuelle.

Mais elle a donné lieu à une mosaïque de solutions jurisprudentielles, qui contribuent à rendre, en la matière, le droit complexe, difficilement compréhensible et prévisible. Aussi l'analyse technique du droit positif laisse-t-elle une impression d'incohérence. Mais celle-ci correspond à une réalité plus ou moins profonde.

(21) V. d'une façon générale, A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Précis Domat, 3^e éd. 1991, éd. Montchrestien, n° 130, p. 71 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, 4. Les obligations*, coll. Thémis, 15^e éd. 1991, PUF, n° 55, p. 114 et s. ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 1991, n° 141 et s. p. 104 ; Flour et Aubert, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Coll. U, 5^e éd. 1991, J.-L. Aubert, éd. Colin, n° 234, p. 186 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les obligations, le contrat : formation*, 2^e éd. 1988, LGDJ, n° 522 et s. p. 578 et s. ; J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats, La vente*, 1990, LGDJ, n° 380 et s. p. 426 et s. ; Ch. Larroumet, *Obligations*, 1986, éd. Economica, n° 392 et s. p. 329 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil. Les obligations*, 2^e éd. 1990, Cujas, n° 488, p. 267, et *Les contrats spéciaux*, 5^e éd. 1991, Cujas, n° 203 et s. p. 147 et s. ; Marty et Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 8^e éd. 1991, éd. Sirey, n° 173, p. 172 et s. ; Mazcaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Les obligations*, 7^e éd. 1985, Montchrestien, t. II, vol. 1, n° 237 et s. et *Principaux contrats, vente et échange*, 7^e éd. par De Juglart, 1987, n° 859, p. 133 et s. ; Starck, 3^e éd. par H. Roland et L. Boyer, *Obligations, 2. Contrat*, 1989, éd. Litec, n° 492 et s. p. 209 et s. ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, Coll. Droit fondamental, 1992, PUF, n° 97, p. 91 et s. ; Weill et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 1986, 4^e éd. n° 232, p. 243 et s.

V. aussi G. Farjat et G.-J. Martin, *J.-Cl. Civil*, art. 1126-1130, fasc. 1, n° 23 et s. ; P. Serlouten, *J.-Cl. Civil* art. 1591-1593 ; N. Coiret, *L'indétermination du prix dans les contrats*, 1989, Bordeaux, thèse dact. ; J. Ghestin et M. Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, coll. Droit des affaires, 1990, LGDJ.

(22) Req. 7 janv. 1925, *DH* 1925.57.

(23) V. par ex. Req. 14 févr. 1927, *DP* 1928.1.80 ; Req. 11 mars 1935, *DP* 1936.1.48 ; S. 1935.1.133 ; Req. 23 mars 1937, *DH* 1937.298 ; Civ. 28 févr. 1950, *JCP* 1950.II.5599, note E. Becque ; Com. 4 nov. 1952, *Bull. civ.* III, n° 337, p. 261 ; Civ. 1^{re}, 12 mai 1954, *Bull. civ.* I, n° 151, p. 129 ; Com. 11 févr. 1957, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 42 ; Civ. 1^{re}, 15 juin 1964 *Bull. civ.* I, n° 318, p. 248 ; Com. 24 mars 1965, *D.* 1965.474 ; *JCP* 1965.II.14378, note P. L. ; *Gaz. Pal.* 1965.2.22 ; *RTD civ.* 1965.821, obs. G. Cornu ; Civ. 3^e, 5 janv. 1972, *Bull. civ.* III, n° 4, p. 3 ; Civ. 1^{re}, 11 mars 1986 *Bull. civ.* I, n° 67, p. 63 ; Com. 10 mars 1987, *Bull. civ.* IV, n° 71, p. 53. V. aussi Paris, 22 nov. 1972, *D.* 1974.93, note Ph. Malaurie et Besançon, 2^e ch. 12 janv. 1983, *JCP* 1984.IV.194.

(24) J. Carbonnier, *Les obligations*, préc. n° 57, p. 119 : « ce qu'il y a de plus vivant dans la théorie de l'objet concerne l'exigence de détermination. On peut dire que le principe se double : la détermination est nécessaire, mais déterminable équivaut à déterminé ».

En effet, lorsque transparaissent les fondements du droit positif étudié, se révèle alors une cohérence jurisprudentielle, même si celle-ci se construit en opposition aux composantes fondamentales classiques du droit des obligations et des contrats. Mais cette cohérence retrouvée dans la pure optique contractuelle se heurte alors à une opposition avec les pouvoirs du juge vis-à-vis des obligations contractuelles prévues par les parties. En effet, l'office du juge, tel qu'il est actuellement conçu en droit français, ne peut que très difficilement servir la volonté jurisprudentielle exprimée par le droit positif de l'indétermination du prix. Cette incohérence, fondamentale, nouvelle et cachée, est plus grave que l'incohérence apparente du droit positif.

Il convient donc d'étudier dans un premier temps l'apparente complexité de l'exigence d'un prix déterminable (I), pour aborder dans un second temps l'analyse de sa réelle difficulté (II).

I. — L'APPARENTE COMPLEXITÉ DE L'EXIGENCE D'UN PRIX DÉTERMINABLE

La jurisprudence en matière d'indétermination du prix est foisonnante. Certains contentieux sont naturels, résultant de la complexité du réel. D'autres sont artificiels, liés aux imperfections de la règle légale. Une jurisprudence abondante peut s'expliquer par l'une ou l'autre raison. Dans la seconde éventualité, on peut être amené à parler de dysfonctionnement. Les questions suscitées par la déterminabilité du prix confortent cette opinion, qu'il s'agisse du domaine d'application de l'exigence d'un prix déterminable (A) ou des critères de ce caractère (B).

A. — Le domaine d'application de l'exigence d'un prix déterminable

A ce propos, le mouvement jurisprudentiel illustre de la part des tribunaux une démarche de logique judiciaire de l'interprétation de la loi qui a consisté à procéder tout d'abord par voie d'induction, de l'espèce au genre, puis par déduction, du genre à l'espèce, afin de résoudre la question du texte de loi applicable (1). Mais ce raisonnement laisse entière la détermination des obligations concernées par l'exigence d'un prix déterminable (2).

1. Le texte applicable

8. L'article 1591 du code civil qui exige un prix de vente déterminé, tel qu'interprété par la jurisprudence qui se contente d'un prix objectivement déterminable, est fréquemment appliqué (25). L'assouplissement jurisprudentiel de l'exigence de détermination du prix atténue la rigueur de l'article 1583 (26) du code civil qui, analysé *a contrario*, fait dépendre la formation de la vente de la rencontre des volontés sur une chose et un prix. En outre, la notion de « partie plurale » (27), suivant

(25) V. *supra* n° 26.

(26) « Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

(27) R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, 1990, LGDJ, spéc. p. 52 et s.

laquelle plusieurs individus peuvent être réunis au sein d'une même partie, co-acheteurs ou co-vendeurs par exemple, justifie la souplesse de la règle jurisprudentielle affirmant que l'exigence de détermination n'implique pas, en cas de pluralité de vendeurs, que la part du prix de revient à chacun d'eux soit précisée dans le contrat (28).

Cette nécessité, posée par la jurisprudence, du caractère au moins déterminable du prix repose sur l'exigence légale d'un prix déterminé comme élément essentiel du contrat. Il est difficile, en effet, de déduire cette exigence de l'article 1108 d'où résulte certes la nécessité d'un « objet certain qui forme la matière de l'engagement » mais qui n'en exige pas sa détermination (29). La certitude requise vise l'existence de l'objet et non sa quotité.

Il semble, de prime abord, que le domaine de l'article 1591 soit limité aux ventes. Toutes les fois que le contrat en cause est une vente, l'article 1591 a vocation à s'appliquer. Toutes sortes de ventes ou de cessions en relèvent, qu'il s'agisse d'opérations portant sur des meubles ou des immeubles, sur des biens corporels ou incorporels. Ainsi les cessions de droits sociaux, si elles font parfois difficulté au regard des critères de la déterminabilité du prix (30), n'ont suscité aucune hésitation quant au texte applicable.

9. Aussi, dans un premier temps, la jurisprudence a analysé les contrats de distribution, notamment ceux de concession, d'assistance et de fourniture, de franchise, qui connaissent eux-mêmes de multiples variantes (31), comme une succession de ventes. Ils relèvent ainsi du domaine d'application de l'article 1591 du code civil (32), et le juge a compétence pour contrôler les prix successivement dégagés.

Mais la doctrine (33) et la jurisprudence (34) ont, dans un second temps, reconnu la spécificité de cette sorte de contrats-cadres (35), qui a pour objet d'organiser des rapports économiques et juridiques suivis entre les partenaires. Ainsi, le contrat-cadre ne peut être réduit aux ventes qui se réalisent par la suite pour concrétiser les

(28) Civ. 3^e, 6 juillet 1983, *Bull. civ.* III, n° 162, p. 125 et Civ. 3^e, 19 mars 1986, *Bull. civ.* III, n° 36, p. 27.

(29) *Contra*, A. Bénabent, préc. n° 130, p. 71 et J. Ghestin, *Le contrat-formation*, préc. n° 526, p. 591.

(30) V. *infra* n° 37.

(31) V. par ex. l'« inventaire » dressé par Ph. Le Tourneau, *J.-Cl. Contrats-distribution*, fasc. 520.

(32) Rodière et Cl. Champaud, A propos des pompistes de marque : le contrat de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur, *JCP* 1966.II.1988 ; P. Didier, A propos du contrat de concession : la station-service, *D.* 1966.*Chron.*55 ; Com. 24 mars 1965, préc. 27 avr. et 5 nov. 1971, *D.* 1972.353, note J. Ghestin ; *JCP* 1972.II.16975, note J. Boré ; 1^{er} févr. 1972, *JCP* 1972.II.17136 ; 13 mars 1972, *JCP* 1972.II.17196, note J. Boré ; 22 janv. 1974, *Bull. civ.* IV, n° 26, p. 20 ; 12 févr. 1974, *D.* 1974.414, note J. Ghestin, *JCP* 1975.II.17915, note J. Boré ; 21 juin 1976, *Bull. civ.* IV, n° 208, p. 179. V. aussi, Paris, 26 janv. 1966, *JCP* 1966.II.14588 et Rouen, 11 janv. 1972, *D.* 1972.585, note J. Ghestin.

(33) Not. H.D. Cosnard, *D.* 1962.*Chron.*237 ; F.-Ch. Jeantet, *JCP* 1963.I.1743, Cl. Champaud, La concession commerciale, *RTD com.* 1963.450 et s. ; Rodière et Cl. Champaud, préc. J.-M. Mousseron et A. Seube, A propos des contrats d'assistance et de fourniture, *D.* 1973.*Chron.*197 et s. ; J.-P. Falleur, L'assimilation à la vente, *Gaz. Pal.* 1979.2.649 ; P. Pigassou, La distribution intégrée, *RTD com.* 1980.473 et s. ; Joanna Schmidt, Le prix du contrat de fourniture, *D.* 1985.*Chron.*176 et s. ; L. Leveneur, Des contrats-cadres en matière de distribution de prix : le reflux et ses limites, *Contrats-Concurrence-Consommation*, mai 1991.

(34) T. com. Seine, 21 mars 1966, *JCP* 1966.II.14690, Com. 27 janv. 1971, *D.* 1972.536, note J. Ghestin ; *JCP* 1971.II.16736, note J. Boré.

(35) J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 1988, éd. juridiques Lefèbre, n° 125 et s.

échanges successifs prévus par ce premier contrat. Il semblait que le contrôle judiciaire du prix fût devenu impossible faute de texte (36).

Pour résoudre cette difficulté, deux possibilités s'offraient à la jurisprudence. Elle pouvait, en premier lieu, étendre le domaine de l'article 1591, règle spéciale au contrat de vente, à l'ensemble des contrats, en estimant que ce texte spécial recélait analogiquement une règle générale. C'est ce procédé qui permit, par exemple, d'extraire de l'article 1895 du code civil (37), relatif au contrat de prêt, le principe du nominalisme monétaire. La doctrine a souligné la propension grandissante de la jurisprudence à utiliser cette méthode d'établissement inductif de règles générales, notamment à partir de la réglementation de la vente (38). Mais ce n'est pas à cette analogie que la Cour de cassation a choisi de recourir.

10. La jurisprudence a en effet préféré, dans un troisième temps, exploiter la seconde possibilité d'extension, en utilisant l'article 1129 du code civil comme instrument d'un contrôle de la déterminabilité du prix (39). Elle l'a fait d'une façon exemplaire à propos des contrats d'assistance et de fourniture conclus entre brasseurs et détaillants ou entre compagnies pétrolières et pompistes : dans des arrêts rendus le 11 octobre 1978, la chambre commerciale affirme qu'en vertu de l'article 1129 du code civil, le juge peut contrôler le caractère déterminable du prix dans de tels contrats (40). Cette jurisprudence fut largement commentée (41) et sa solution maintenue dans les arrêts ultérieurs (42).

(36) Com. 9 juill. 1963, *Bull. civ.* III, n° 368, p. 311, T. com. Seine, 21 mars 1966 et Com. 27 janv. 1971, préc.; Sur un combat d'arrière-garde, V. Com. 13 déc. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 292, p. 255. D'une façon générale, sur l'évolution du droit commun sous l'effet de l'apparition de ces nouveaux contrats, V. par ex. M. Cabrillac, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *Mélanges Marty*, préc. p. 235 et s. et J. Mestre, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, PUF, p. 41 et s.

(37) V. *supra* n° 3, et J. Carbonnier, *Les biens*, préc. n° 35, p. 60.

(38) Ph. Malauric et L. Aynès, *Contrats spéciaux*, préc. n° 52, p. 47 et s. F. Terré, Sur la sociologie juridique du contrat, in *Sur la notion du contrat*, *Arch. phil. dr.* 1968.77 et s.; L. Cadiet, Interrogation sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, 1987, *Economica*, n° 24 et s. p. 23 et s.

(39) J. Ghestin, *Contrat-formation*, préc. n° 526, p. 590 et s.

(40) Com. 11 oct. 1978, *JCP* 1979.II.19034, note Y. Loussouarn; *D.* 1979.135, note Houin; *RTD civ.* 1979.129, obs. Y. Loussouarn.

(41) V. les notes préc. mais aussi D. Ferrier, Le prix dans les contrats de bière, *Cah. dr. entreprise* 1979.4.1; F. Goré, La détermination du prix dans les marchés dits « marché de bière », *Gaz. Pal.* 1979.1.84; D. de Martel, L'article 1129 du code civil et l'annulation des contrats de bière pour indétermination de leur prix, *JCP* 1980.éd.CI.II.13316; B. Mercadal, La détermination du prix dans les contrats, *Dr. prat. com. int.* 1979.443 et s.; Ph. Le Tourneau, Du prix dans les contrats de bière, *Rev. jur. com.* 1979.377 et s.

(42) en ce qui concerne le contrat de bière, V. Com. 14 janv. 1980 (2 arrêts), *Bull. civ.* IV, n° 16, p. 13; n° 17, p. 14; *D.* 1980.IR.570, obs. B. Audit et Ch. Larroumet; *JCP* 1981.II.19585, note B. Gross; *Gaz. Pal.* 1980.1.255, note Ph. Le Tourneau; 17 nov. 1980, très explicite sur la question des domaines d'application, *Bull. civ.* IV, n° 378, p. 305; 27 avr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 189, p. 150; *Gaz. Pal.* 1981.2.Pan.344, Ph. Le Tourneau; 13 déc. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 414, p. 346; 7 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 292, p. 255; 22 juill. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 190, p. 162; Paris, 23 mars 1988, *D.* 1988.IR.123.

En ce qui concerne les contrats de pompistes, V. Com. 11 déc. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 303, p. 249; 27 avr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 188, p. 150; 25 janv. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 26, p. 19; *Gaz. Pal.* 1982.2.Pan.216, obs. J. Dupichot; 30 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 333, p. 288; 11 janv. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 17, p. 14; 25 févr. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 35, p. 29.

Il ne s'agit pas là d'une application mécanique et neutre du texte, mais d'une extension prétorienne de son domaine d'application, par une « relecture » (43) de son contenu, reposant sur un raisonnement qu'il convient d'explicitier.

11. L'article 1129 du code civil dispose : « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». Certes, l'article 1129 relève du titre troisième du livre troisième du code civil, relatif aux contrats et obligations conventionnelles « en général » et a donc vocation à régir toutes les sortes de contrats. Mais il y est seulement exigé que « la quotité de la chose » soit déterminée. Il est difficile de se limiter à affirmer qu'il s'agit là d'un « terme assez général pour englober le prix » (44). *A priori*, le prix est une réalité distincte de la chose. On doit au contraire constater que la jurisprudence a superposé à ce texte une règle qu'il ne contient pas.

En effet, dans de très nombreux arrêts, après avoir visé l'article 1129 du code civil, la Cour de cassation l'explique dans un attendu de principe en affirmant « qu'en vertu de ce texte, il faut, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée ». C'est modifier le texte de référence qui ne visait que « la quotité de la chose » et non « la quotité de l'obligation ». Force est d'admettre qu'un raisonnement est sous-entendu dans cette reproduction infidèle du texte.

La substitution de termes a pour objet et pour effet d'appliquer à un cas qui concerne un prix, un texte qui vise une chose. Cette extension du domaine d'application du texte prend nécessairement la forme d'un raisonnement par analogie. En effet, pour faire réagir une situation (ici un litige sur le prix) par un texte qui ne la vise pas littéralement (ici un texte concernant la chose), il faut établir une « passerelle » entre la chose et le prix. L'analogie consiste alors à découvrir un lien de parenté entre la chose et le prix, qui permettra d'appliquer au prix un texte visant la chose. Ce lien ressort expressément de la formule de la Cour de cassation, qui affirme que l'article 1129 concerne « l'objet de l'obligation ». Nécessairement, pour la Cour de cassation, la chose n'est qu'une espèce de ce que le texte viserait, au-delà d'elle, comme genre : l'objet de l'obligation ; le législateur a écrit « chose », mais l'interprète doit lire « objet de l'obligation », car la chose n'est pas considérée en elle-même, mais comme exemple d'objet d'obligation. Si la Cour de cassation s'en était tenue à la lettre de l'article 1129 et avait donc estimé que c'est la chose en elle-même qui est soumise à l'exigence de déterminabilité, alors *a contrario*, dès lors que le prix est un élément distinct de la chose, l'article 1129 n'aurait pu régir une situation concernant le prix.

Mais si l'on estime, comme l'a décidé la cour, que la chose n'est qu'un exemple d'objet de l'obligation, alors, nécessairement, ce qui vaut pour l'espèce (la chose) vaut pour le genre (l'objet de l'obligation). Ainsi les règles juridiques qui gouvernent la chose, savoir l'exigence d'un caractère déterminable, gouvernent aussi l'objet de l'obligation : la soumission d'une partie d'un ensemble à une règle postule que c'est l'ensemble qui y est également, et antérieurement, soumis.

12. Après cette induction, il est aisé d'opérer la déduction : puisque, à travers l'exemple d'une partie du tout, c'est le tout qui est soumis à la règle, alors non seulement cette partie du tout est soumise à la règle, mais encore toute autre partie

(43) J. Mestre, cette *Revue* 1987.94.

(44) J. Ghestin, *Le contrat-formation*, préc. n° 526, p. 591.

appartenant au même ensemble. En d'autres termes, ce qui vaut pour le genre (l'objet de l'obligation) vaut pour toute espèce appartenant à ce genre, c'est-à-dire seulement la chose, mais encore le prix. Ce raisonnement a permis une cour d'appel d'affirmer alors que l'article 1591 du code civil n'est jamais qu'une application du principe édicté par l'article 1129 (45), voire par l'article 1108 (46).

Ce raisonnement n'est pas en soi critiquable, bien qu'au regard de l'obligation de motivation, il aurait dû être plus explicite. En effet, en matière civile, l'analogie est le mode normal d'application des textes aux situations nouvelles. Il n'en est pas moins un raisonnement créateur d'une nouvelle norme : il repose en effet sur un postulat, dans l'affirmation duquel réside la création jurisprudentielle, que la chose, dont on apprécie la quotité, n'est à considérer que comme exemple d'un genre qui la dépasse, l'objet de l'obligation. Cela permet le passage de la chose au prix.

Mais, en insérant ainsi dans le texte légal le critère de l'objet de l'obligation, la jurisprudence a elle-même posé les termes d'une difficulté nouvelle qu'elle n'a résolue que récemment et malaisément : toutes les espèces d'obligations relèvent-elles de l'article 1129 ou ne convient-il pas de faire la distinction entre les obligations de donner et les obligations de faire et de ne pas faire ?

2. Les obligations concernées, à travers la distinction des obligations de donner et de faire

13. Ainsi, l'exigence de détermination concerne non seulement la chose, mais encore le prix correspondant, la chose et le prix étant tous deux des objets d'obligation. L'article 1650 du code civil le précise pour la vente (47).

Le déplacement de l'analyse, du domaine d'application de l'article 1129 du code civil pour la porter sur le terrain des obligations concernées, est aisé en ce qui concerne l'obligation de donner. Il est naturel, en effet, que l'obligation de donner, qui porte sur la chose déterminée, corresponde à un prix déterminé, en dehors même de l'hypothèse de la vente. Ainsi, la jurisprudence estime qu'un contrat de bail n'est valable que si le prix de location est fixé (48), et décide qu'un contrat de location de matériel (49) est régi par l'article 1129 du code civil. Certes l'article 1709 du code civil mentionne le prix dans la définition qu'il donne du bail (50), mais cela ne suffirait pas pour engendrer une obligation de détermination, puisque l'article 1710 du code civil, à propos du contrat d'entreprise, est similaire (51) et que la jurisprudence n'a pourtant pas formulé une telle exigence de détermination du prix pour ce dernier type de contrat (52).

Mais l'analogie qui établit la parenté entre la chose et le prix, devrait en engendrer une seconde : s'il faut voir au-delà de la chose l'objet de l'obligation, celui-ci peut être une chose, un prix, mais aussi une prestation. L'induction affirmée par la

(45) Rouen, 1^{re} ch. 19 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982.I.Somm.189).

(46) V. *infra* n° 8.

(47) « La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente ».

(48) Civ. 3^e, 27 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 446, p. 324 ; 8 janv. 1975, *Bull. civ.* III, n° 2, p. 2 ; 27 avr. 1976, *Bull. civ.* III, n° 176, p. 137.

(49) Com. 1^{er} déc. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 423, p. 337.

(50) « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ».

(51) « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

(52) V. *infra* n° 14.

jurisprudence implique la déduction pour toutes les sortes d'objets d'obligation. Admettre la première analogie implique l'acceptation de la seconde. En d'autres termes, l'exigence d'un prix déterminable, dès l'instant qu'elle a débordé le cadre de la vente, devrait régir toutes les obligations et donc tous les contrats, quelque soit le type d'obligations, de donner ou de faire, qu'ils créent (53).

14. Il est remarquable que ce qui ne fait aucune difficulté en logique ait rencontré des résistances en droit positif. Cela peut s'expliquer de la façon suivante. S'il s'établit, de manière relativement aisée, une correspondance entre un prix et une chose, l'analyse devient plus délicate si l'on envisage la relation entre un prix et une prestation ou, dit-on encore, un service. En effet, l'article 1129 du code civil visant la chose s'applique au prix qui correspond à cette chose. La réticence jurisprudentielle est plus vive lorsqu'il s'agit de faire régir, par un texte mentionnant la chose, une relation contractuelle qui ne porte pas sur une chose mais sur un service, engendrant une obligation de faire et non de donner.

Ainsi, la jurisprudence affirme que la validité d'un contrat d'entreprise ne dépend pas d'un prix déterminé ou déterminable (54). La première chambre civile pose encore fermement, par l'arrêt du 24 février 1987, que la commande d'une oeuvre artistique, contrat n'engendrant qu'une obligation de faire et distinct du contrat de cession des droits patrimoniaux, échappe à l'exigence d'un prix déterminable (55). Il est difficile de dire qu'il ne s'agit que d'exceptions confirmant la règle (56).

15. L'hésitation jurisprudentielle est apparue clairement lorsqu'il s'est agi de savoir si le système de l'indétermination du prix devait régir les contrats de franchise. La cour d'appel de Paris a répondu affirmativement à cette question. Elle fut dans un premier temps approuvée par la Cour de cassation (57), puis par un arrêt de la chambre commerciale, rendu le 9 novembre 1987 (58), cette dernière refusa expressément l'extension du champ d'application de l'article 1129 du code civil à ce type de contrat parce que « la convention ne s'analysait pas comme une vente avec obligation de mentionner le prix mais comme une obligation de faire ». Mais voilà que, quelques semaines plus tard, la même chambre est revenue sur sa position en affirmant la vocation du même texte à régir les contrats de franchise (59). Ces incertitudes se sont reflétées dans les décisions des juges de fond. Ainsi, à propos de contrats de franchise rédigés dans des termes identiques, la cour d'appel de Paris, par arrêt du 19 mai 1988 (60), et la cour d'appel de Versailles, par arrêt du 9 mars 1989 (61), appliquèrent l'article 1129 et annulèrent les contrats litigieux pour indétermination du prix. Puis la cour d'appel de Paris, par arrêt du 21 septembre 1989 (62) analysa un contrat du même réseau comme faisant naître « un jeu com-

(53) V. dans ce sens, Amiens, 21 déc. 1976, *Gaz. Pal.* 1977.1.219, note Guyénot ; V. J. Mestre, *RTD civ.* 1991.111, De la généralité de l'article 1129.

(54) V. par ex. Civ. 1^{re}, 15 juin 1973, *D.* 1973.IR.199 ; Civ. 3^e, 18 janv. 1977, *JCP* 1977.IV.66 ; Civ. 1^{re}, 20 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 106, p. 88 ; F. Chabas, *RTD civ.* 1983.748.

(55) Civ. 1^{re}, 24 févr. 1987, *Bull. civ.* I, n° 70, p. 51 ; *D.* 1988.97, note B. Edelman.

(56) J. Ghestin, *Le contrat-formation*, préc. n° 523, p. 586.

(57) Com. 24 juin 1986, cité par J. Mestre *RTD civ.* 1987.95.

(58) *Bull. civ.* IV, n° 237, p. 177 ; *D.* 1989.35, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1989.II.21186, note G. Virassamy ; cette *Revue* 1988.527, obs. J. Mestre.

(59) Com. 12 janv. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 31, p. 21 ; *JCP* 1988.IV.102 ; *D.* 1988.IR.27 ; cette *Revue* 1988.527, obs. M. Mestre. Dans le même sens : Com. 14 juin 1988, *Bull. civ.* IV, n° 206, p. 142 ; *D.* 1989.89, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1988.IV.296 ; *Gaz. Pal.* 1988.2.828, note Calvo.

(60) *Gaz. Pal.* 1988.2.665.

(61) Ch. ré. *Natalys c/ Himbert* non publié, statuant sur renvoi après Com. 12 janv. 1988, préc.

(62) 4^e ch., sect. B, *Mourat c/ Natalys*, non publié.

plexe d'obligations de faire synallagmatiques » et en tira la conclusion que « les dispositions des articles 1129 et 1591 du code civil relatives à la détermination de l'objet et du prix de la vente sont inapplicables à cette convention ». Cette distinction fut la clef de l'évolution jurisprudentielle qui a fait grand bruit (63), à travers l'arrêt du 22 janvier 1991 (64) : il y fut affirmé de la façon la plus claire et générale possible que seuls les contrats engendrant des obligations de donner, et non ceux engendrant des obligations de faire, relevaient de l'application de l'article 1129 du code civil. Dès lors, les contrats engendrant une obligation de faire pouvaient ne pas stipuler un prix déterminé sans pour autant encourir de nullité. Mais la notion d'obligation de donner, dans un système qui organise un transfert de propriété *solo consensu*, est fuyante (65). D'ailleurs, la lecture des conclusions de l'avocat général montre les difficultés qui existent pour distinguer ces deux types d'obligations, et donc de contrats au regard de la sanction de l'indétermination du prix : le critère selon lequel l'obligation de donner porterait plutôt sur un produit non transformé et l'obligation de faire plutôt sur un produit travaillé est empreint d'incertitude, la bière et l'essence relevant assez arbitrairement de la première catégorie... (66). D'ailleurs, les deux types d'obligations, de donner et de faire, coexistent souvent au sein d'un même accord, ce qui conduit à nuancer, dans l'arrêt du 2 juillet 1991 (67), selon que « les stipulations du contrat comportaient essentiellement des obligations de faire ou, au contraire, essentiellement des obligations de donner ». Comme cela arrive souvent des distinctions hasardeuses, celle-ci fait déjà l'objet de raffinements casuistiques : par les arrêts du 5 et 19 novembre 1991 (68), la chambre commerciale affirme qu'en matière de contrat de franchise, contrat-cadre engendrant des obligations de faire, l'indétermination du prix peut être de nouveau sanctionnée si, dès le contrat-cadre, référence est faite à la seule volonté de l'une des parties pour la fixation des prix successifs dans les contrats d'exécution. Ce n'est donc que si ultérieurement les prix sont « librement débattus et acceptés par les parties » (69) que le contrat-cadre engendrant des obligations de faire peut se dispenser de comporter un prix déterminé ou déterminable. On peut estimer qu'il s'agit là de bien de détours pour une solution pratiquement semblable à celle retenue systématiquement avant cette évolution, dont on attend le prochain épisode (70).

(63) L. Leveneur, Des contrats-cadres en matière de distribution des prix : le reflux et ses limites, *Contrats-Concurrence-Consommation*, mai 1991 ; D. Ferrier, La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif, *D.* 1991.Chron.237 et s. ; D. Talon, Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix, *D.* 1992.Chron.67 et s. ; J.-L. Piotraut, Les contrats de distribution et la détermination du prix, *Rev. jurispr. com.* 1992.16 et s.

(64) *D.* 1991.175, concl. M. Jéol ; *Somm.* 249, obs. Ch. Gavaldà et Cl. Lucas de Leyssac ; *JCP* 1991.II.21679, note G. Virassamy, cette *Revue* 1991.323, obs. J. Mestre ; *Petites affiches*, 1992, n° 51, p. 21, note Y. Marot. V. aussi Com. 29 janv. 1991, *D.* 1991.IR.59 ; *JCP* 1991.II.21751, note L. Leveneur et Paris, 4^e ch. A, 18 sept. 1991, *D.* 1991.IR.260.

(65) Ph. Malaurie, sous Com. 2 juill. 1991, préc. ; D. Talon, préc. p. 68.

(66) V. *infra*, n° 28.

(67) *D.* 1991.501, note Ph. Malaurie.

(68) *JCP* 1992.éd.E.I.135, p. 164 ; *Contrats-Concurrence-Consommation*, janv. 1992, obs. L. Leveneur. Rappr. Com. 16 juill. 1991, *JCP* 1991.éd.E.II.235, note L. Leveneur.

(69) Com. 19 nov. 1991, préc.

(70) V. D. Legeais, La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu, *JCP* 1992.éd.E.I.135, p. 161 et s.

16. Cette incertitude est préjudiciable à la prévisibilité des solutions (71). Elle dénote surtout une contradiction logique qui est porteuse de difficultés plus grandes : en effet, les contrats de distributions n'engendrent d'une façon générale que des obligations de faire ou de ne pas faire (72), et non des obligations de donner. Si l'application de l'article 1129 du code civil doit être limitée aux obligations de donner, alors la jurisprudence qui a étendu ce texte aux contrats de distribution, notamment aux contrats d'assistance par les arrêts de principe du 11 octobre 1978 précités, paraît bien, au regard de la jurisprudence postérieure, dépourvue de fondement, aussi longtemps que n'opérerait pas un revirement de jurisprudence (73), dans un sens ou dans un autre. Ces incertitudes sont le signe de l'arbitraire des raisonnements qui ont conduit à contrôler la détermination du prix dans d'autres contrats que le contrat de vente, en adoptant une induction sans vouloir en tirer toutes les déductions qui en découlent. Ces hésitations rendent très incertain le domaine d'application du système jurisprudentiel de contrôle du caractère déterminable du prix. Même si l'on surmonte ces difficultés, ce n'est que pour être confronté aux incertitudes des critères utilisés pour discerner la déterminabilité du prix.

B — Les critères de l'exigence d'un prix déterminable

17. Pour que le prix soit déterminable, il faut que les parties aient trouvé un moyen de dégager le montant du prix, postérieurement à l'accord, sans qu'il dépende de la volonté d'une partie (74).

Il peut arriver que les parties remettent à un accord ultérieur la détermination du prix. Dans ce cas le prix, par définition, dépend de la manifestation ultérieure de la volonté des parties. Il n'est donc pas déterminable et le contrat initial est le plus souvent nul, faute de prix (75). La situation est analogue lorsque les parties n'ont prévu aucun mode de calcul susceptible de dégager objectivement le prix (76). Cependant, la jurisprudence tolère désormais une remise à plus tard de la fixation successive du prix, dès l'instant qu'il s'agit d'un contrat n'engendrant que des obligations de faire, et dans la mesure où les prix successifs sont alors librement débattus et acceptés (77). Par ailleurs, la fixation du prix au regard des besoins d'une partie est valable lorsque ceux-ci peuvent être objectivement fixés (78).

(71) Ainsi, J.-M. Mousseron, (*Technique contractuelle*, préc. n° 473, p. 204) recommande à propos des contrats d'entreprises d'adopter la méthode prudente qui consiste à faire comme si l'exigence de déterminabilité les régissait.

(72) J.-M. Mousseron, *ibid.* n° 125, p. 66 : « Un contrat-cadre organise par voie d'obligation de faire ou de ne pas faire les modalités de conclusion et le contenu de multiples contrats d'application à venir ».

(73) V. à propos des contrats de bière, l'argumentation du pourvoi dans l'arrêt Com. 7 nov. 1983, préc.

(74) Cette exigence de déterminabilité englobe également les remises et ristournes (Com. 27 avr. 1981, préc.) étant acquis que les frais sont évalués et mis à la charge des parties selon les dispositions du code civil et les usages (J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, préc. n° 479, p. 205).

(75) Req. 11 mars 1935, Com. 24 mars 1965, préc. V. cependant, Req. 14 févr. 1927, préc. qui se contente d'une fixation initiale d'un maximum, le reste étant à débattre, solution d'ailleurs contredite ultérieurement par Com. 11 févr. 1957, préc.

(76) Com. 10 mars 1987, préc. Civ. 3^e, 4 oct. 1989, *Bull. civ.* III, n° 184, p. 100.

(77) V. *supra* n° 15.

(78) Civ. 3^e, 1^{er} janv. 1972, préc.

Si les parties laissent à l'une d'entre elles le soin de déterminer ultérieurement le prix, au fur et à mesure des factures (79), ou en référence au tarif (80) qu'elle établit, la nullité est encore encourue car la détermination dépend de la volonté exclusive de cette partie (81). Mais la fixation du prix au regard des besoins d'une partie est valable lorsque ces besoins peuvent être objectivement fixés (82).

La question de la validité du procédé ne devient davantage hasardeuse que lorsque les parties, respectant ce qui semble être l'esprit de la jurisprudence, se réfèrent à un mécanisme extérieur à elles pour déterminer *a posteriori* le prix. Cette extériorité paraît acquise lorsque l'élément de référence est un phénomène casuel, à savoir le marché (1). L'extériorité est également recherchée lorsque les parties se réfèrent à une personne, tiers au contrat (2).

1. Détermination par un marché

18. Le marché, mode collectif et autonome de fixation successive des prix courants, semble être le moyen le plus naturel et le plus efficace de permettre l'évolution des prix, postérieurement à l'accord des parties (83). Il paraît constituer cet « élément de référence précis et objectif rendant le prix indépendant de la seule volonté d'une partie » (84). Aussi de nombreux contrats à exécution successive visent le prix spontanément dégagé par le jeu du marché dont le produit est l'objet. Il peut s'agir aussi du marché financier (85). Les clauses précisent d'ailleurs souvent que c'est le jeu de la libre concurrence qui façonne ainsi le prix, indépendamment donc de la volonté des parties (86). En conséquence, le principe est l'efficacité de la détermination du prix par la référence au marché (87).

Encore faut-il que l'objet du contrat relève d'un tel marché. Il est avéré lorsque le cours du produit relève de mercuriales, registres tenus par une autorité municipale, qui fixent l'état des prix courants de denrées vendues sur un marché public (88). Le caractère objectif de ce mode de fixation du prix permet, selon les termes de l'article 1291, alinéa 2 du code civil (89), une éventuelle compensation avec une créance et rend, selon une jurisprudence constante (90), le prix déterminable. On y assimile aujourd'hui les cours, les bourses, l'Argus des automobiles d'occasion et

(79) Com. 18 déc. 1972, *D.* 1973.662, 25 janv. 1981, 27 avr. 1981, 7 nov. 1983, préc.

(80) Sur le rapport avec la nullité d'une clause potestative, V. *infra* n° 30 et s.

(81) V. note 80.

(82) Civ. 3^e, 5 janv. 1972, *Bull. civ.* III, n° 4, p. 3.

(83) V. *supra*, n° 4 et s.

(84) V. par ex. Com. 5 oct. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 298, p. 255. Rapp. B. Bouloc, *RTD com.* 1990.458.

(85) Com. 2 mai 1990, *D.* 1991.41, note Ch. Gavalda ; *JCP* 1991.II.21655, note J. Stoufflet ; *RTD civ.* 1991.111, obs. J. Mestre ; *Rev. jurispr. com.* 1990.1097, obs. D. Schmidt ; *Banque* n° 510, nov. 1989, p. 1097, note J.-L. Rives-Lange.

(86) V. par ex. Com. 22 juill. 1986, 12 janv. 1988, préc. V. aussi Nancy, 13 oct. 1977 qui fait référence à une « concurrence particulièrement vive », arrêt censuré par Com. 14 janv. 1980, préc.

(87) Req. 5 févr. 1934, préc. 27 avr. 1971, 1^{re} esp. *a contrario*, *JCP* 1972.II.16975, note J. Boré ; Com. 10 déc. 1972, *Gaz. Pal.* 1980.1.somm.255.

(88) *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, 1987, PUF, p. 499 ; D. Martin, *J.-Cl. Civil*, art. 1289-1293, n° 60.

(89) « Les prestations en grains ou denrées, non contestés, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles ».

(90) Req. 22 déc. 1936, *S.* 1937.1.101 ; *Gaz. Pal.* 1937.1.359 ; Civ. 7 août 1944, cette *Revue* 1945.40, note J. Carbonnier.

plus généralement toute cotation officielle du prix d'un produit (91). Mais il est bien des produits qui ne relèvent pas d'un tel phénomène de cotation.

Le barème professionnel peut alors aussi constituer une traduction objective d'un marché, mais la jurisprudence est déjà plus réservée. Il faut en effet que le barème traduise effectivement le cours général de la marchandise (92) et qu'il constitue ainsi « l'équivalent du prix du marché » (93). Pour cela, le barème ne doit pas dépendre de l'une des parties (94), et les usages professionnels ne sont pas une garantie suffisante d'objectivité (95).

19. A travers cette dernière exigence, c'est le principe affirmé d'efficacité de la référence au marché comme mode de détermination ultérieure ou successive du prix, qui se trouve affaibli, tant son application devient incertaine. En effet les parties au contrat sont aussi agents du marché. En cela, par leur activité économique, elles contribuent à l'établissement du prix du marché. Celui-ci ne peut jamais se faire tout à fait en dehors d'elles. C'est le constat de l'influence de la partie sur le cours du produit qui, d'une part, a porté la jurisprudence à estimer que les lubrifiants ne sont pas l'objet d'un marché (96), pouvant servir de référence pour la détermination des prix successifs, et, d'autre part, conduit la doctrine à conclure qu'en l'absence d'un véritable cours, la référence au marché simplement régi par la concurrence ne suffirait pas à rendre le prix déterminable (97).

20. Cette contradiction difficilement surmontable entre l'action naturelle des parties sur le marché et l'exigence d'objectivité conduit la Cour de cassation à bien des nuances. En effet, à lire certains arrêts, le marché ne pourrait être un élément efficace de référence que si le tarif fournisseur est accepté par l'ensemble de la profession (98). D'autres semblent exiger que les prix habituellement pratiqués par la partie au contrat ne soient pas pris en compte dans le calcul du prix du marché (99), ou que le prix s'aligne sur ceux pratiqués par les principaux concurrents du contractant (100). D'autres enfin semblent n'admettre un prix du marché que dégagé des prix pratiqués par les distributeurs non liés par une clause d'exclusivité (101). Ces précisions se justifient en ce qu'elles tendent à assurer l'objectivité du prix du marché devant constituer un critère valable de variation des prix suc-

(91) J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, préc. n° 487, p. 209 ; Paris, 23 mars 1988, préc. V. pour une référence *a contrario* aux barèmes officiels, aux mercuriales et aux « barèmes d'évaluation du type argus », Com. 10 déc. 1991, *Dr. soc.* 10 févr. 1992, p. 9, n° 31 et Civ. 3^e, 12 juin 1991, *Bull. civ.* III, n° 177, p. 104, pour une référence à une cote publiée dans une revue spécialisée. V. cependant, Com. 10 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 329, p. 260 qui n'admet pas la validité d'une clause se référant aux « meilleures cotations ».

(92) Com. 23 oct. 1962, *Bull. civ.* III, n° 420, p. 344 ; 21 juin 1976, préc. ; 14 janv. 1980, préc. ; 27 avr. 1981, *a contrario*, préc. 25 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n° 246, p. 193, *RTD com.* 1981.829.

(93) Com. 1^{er} févr. 1972, préc.

(94) Com. 5 nov. 1971, 22 janv. 1974, préc. ; 25 févr. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 35, p. 29 ; *JCP* 1986.IV.127.

(95) Com. 27 avr. 1971 (2^e arrêt), *JCP* 1972.II.16975, note J. Boré.

(96) Com. 21 juin 1976, *JCP* 1978.II.18984, note A. Albalá et A. Corneveaux ; Paris, 22 janv. 1966, préc.

(97) Houin, *D.* 1979.136, préc.

(98) Com. 11 juin 1981, *a contrario*, *Bull. civ.* IV, n° 268, p. 212.

(99) Com. 11 oct. 1978, *Seddick c/ SEB, a contrario*, préc.

(100) Com. 21 juin 1977 (deux arrêts), *Bull. civ.* IV, n° 178, n° 179, p. 153 ; 30 janv. 1978 (2 arrêts), *Bull. civ.* IV, n° 37, n° 38, p. 29 ; cette *Revue* 1980.365, obs. G. Cornu.

(101) Com. 14 janv. 1980 *a contrario*, préc.

cessifs. Mais l'abondance de ces règles et leur cohésion difficile présentent deux inconvénients majeurs.

21. En premier lieu, bien que le principe de validité persiste, on constate le grand nombre de décisions judiciaires qui annulent pour indétermination du prix un contrat qui se référerait à l'évolution du marché (102) et le petit nombre d'arrêts qui consacrent l'efficacité de la clause. On peut se demander si ce n'est pas l'illicéité du procédé qu'il faudrait présenter en principe, en raison de l'influence sur le marché qu'ont nécessairement les parties au contrat. La jurisprudence semble estimer que seules les cotations officielles sont aptes à traduire objectivement un tel prix (103). Cela postule, en dehors de leur domaine par nature restreint (104), une illicéité de principe (105).

En second lieu, il est bien difficile de savoir au moment de la rédaction du contrat s'il pourra échapper au couperet de l'indétermination du prix, incertitude générée tant par la casuistique des critères que par les fluctuations de la jurisprudence qui les applique. Cet inconvénient s'amplifie pour les contrats à exécution successive, tels que les contrats de distribution (106).

2. Détermination par des tiers

Ces tiers au contrat peuvent intervenir dans la fixation du prix de différentes manières.

22. Ce sera sous une forme absolue et abstraite, lorsqu'il s'agit de l'intervention du pouvoir réglementaire qui, écartant les lois du marché (107), fixe autoritairement les prix, des seuils, ou des modalités de calcul. Le prix est alors nécessairement déterminé (108). Encore faut-il que la référence au tarif ne soit pas associée à des éléments fluctuants (109), ou que la référence manque de netteté (110). En outre, existe le danger d'une caducité du contrat le jour de la disparition du mécanisme étatique de contrôle des prix (111).

23. Il peut s'agir d'un tiers initialement non identifié qui, incarnant en quelque sorte le prix du marché, se pose en concurrent, soit à l'égard du vendeur (clause de l'offre concurrente), soit à l'égard de l'acheteur (clause du client le plus favo-

(102) V. par ex. Com. 13 déc. 1982, 21 mars 1983, 22 juill. 1986, 10 mars 1987, Paris, 23 mars 1988, préc.

(103) Paris, 23 mars 1988, préc.

(104) V. Civ. 1^{re}, 10 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 187, p. 139 ; *D.* 1987.IR.155.

(105) C'est d'ailleurs ainsi que J. Ghestin, présente le droit positif, *Le contrat-formation*, préc. n° 529-3, p. 605 et s.

(106) V. *infra* n° 46.

(107) V. *supra* n° 4.

(108) V. par ex. Paris, 26 janv. 1966 *a contrario*, *JCP* 1966.II.14588 ; Com. 11 mai 1976, *Bull. civ. IV*, n° 155, p. 132.

(109) Civ. 3^e, 23 oct. 1979, *Bull. civ. III*, n° 188, p. 146.

(110) Com. 27 avr. 1981, préc.

(111) V. not. l'effet perturbateur de la disparition de la fixation administrative des marges bénéficiaires de chacun des partenaires en matière de vente des carburants : Rodière et C. Champaud, préc. n° 8 et s. ; J.-P. Falleur, préc. p. 650 ; Com. 29 janv. 1968, *D.* 1968.341, rap. Dallant ; 3 mars 1970, *Bull. civ. IV*, p. 79 ; 1^{er} févr. 1972, 22 janv. 1974, préc. 30 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n° 281, p. 227 ; Com. 9 mai 1985, préc. Paris, 26 janv. 1966, Rouen, 11 janv. 1972, préc. On notera cependant l'ambiguïté de Com. 11 oct. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 274, p. 187.

risé) (112). Par la clause de l'offre concurrente, le vendeur, ou le prestataire, s'engage à aligner ses prix sur celui proposé dans des conditions comparables à l'acheteur, ou au client, par l'un de ses concurrents ; s'il ne le fait pas, l'acheteur ou client recouvre sa liberté de contracter, notamment avec ce tiers. L'économie de la clause du client le plus favorisé est symétrique, le fournisseur devant accorder à son client les conditions, notamment celles relatives au prix, qu'il viendrait à consentir à un tiers. Il s'agit là de solutions alternatives « d'adaptation ou de dégagement » (113).

La jurisprudence a examiné la question de la validité de ce type de clause. Elle a affirmé, par l'arrêt de la chambre commerciale du 14 juin 1988 (114), le principe de la validité du critère de l'offre concurrente, fréquemment utilisée. Mais les conditions de sa validité sont sévères (115) puisque « l'offre concurrente doit porter sur une substance de qualité équivalente et provenir d'un ou de plusieurs fournisseurs présentant toute garantie de sérieux et de compétence » (116). La nécessité d'une appréciation de ces qualités cas par cas risque de favoriser un contentieux semblable à celui attaché à la référence au prix du marché. La validité, même en principe, de la clause du client le plus favorisé paraît, à la lecture de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 21 décembre 1987 (117), plus douteuse.

24. Le tiers peut enfin être désigné comme mandataire chargé de fixer le prix correspondant à la chose ou à la prestation (118). C'est utiliser le mécanisme proposé par l'article 1592 du code civil (119). Le prix ainsi fixé s'imposera aux parties, par la force de l'article 1134, sauf à démontrer que l'expert a commis dans son estimation des erreurs grossières (120). Le procédé n'est d'ailleurs pas sans risque, en ce que la carence de ce mandataire entraînera naturellement la nullité du contrat pour indétermination du prix. La même fragilité affecte des clauses qui s'apparentent à ce mécanisme, comme les clauses de sauvegarde (121) ou de *hardship* (122), et autres modes conventionnels d'adaptation (123). Il peut d'ailleurs s'agir d'un recours alternatif, l'intervention du tiers ne fonctionnant que si la clause de détermination du prix par référence au marché s'avère impuissante (124).

(112) B. Mercadal, préc. p. 448.

(113) V. sous la direction de M. Fontaine, Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et les clauses de premier refus dans les contrats internationaux, *Dr. prat. com. int.* 1978.191 et s. et 196 et s.

(114) Préc. rendu sur pourvoi contre Paris, 2 mai 1986, *JCP* 1986.II.20622, note J. Ghestin ; cette *Revue* 1987.96, obs. J. Mestre ; *ibid.* 107, obs. Ph. Rémy ; *Gaz. Pal.* 1986.591, note Calvo. V. dans le même sens, Com. 16 juin 1987, cité par M. Calvo, dans sa note sous Com. 14 juin 1988, préc. V. aussi Paris, 4 mars 1985, *BRDA* 1985.IX.13.

(115) Il est topique, dans l'affaire qui a permis l'établissement du principe de validité, que les juges ajoutent aussitôt qu'en l'espèce les modalités prévues pour la mise en oeuvre de la clause étaient insuffisamment objectives pour la faire échapper à la nullité.

(116) Paris, 2 mai 1986, préc.

(117) *D.* 1988.IR.16 ; *Defrénois*, 1988, art. 34223, n° 35.

(118) Com. 25 mai 1981 (deux arrêts) (*Bull. civ. IV*, n° 246, p. 193 ; n° 247, p. 194 ; Com. 27 oct. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 373, p. 296 ; Paris, 10 oct. 1991, *D.* 1991.IR.260.

(119) V. T. Combastet, La détermination du prix par un tiers dans les cessions de droits sociaux, *Petites affiches*, 4 sept. 1985, p. 58. Pour un exemple en matière de contrat de bière, V. Rouen, 15 mai 1984, *BRDA* 1985.I.22.

(120) Com. 22 avr. 1976, *Bull. civ. IV*, n° 129, p. 110 ; 4 nov. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 226, p. 168 ; 9 avr. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 139, p. 100.

(121) V. Paris, 28 sept. 1976, *JCP* 1978.II.18810, note J. Robert.

(122) B. Oppetit, La clause de *hardship*, *Clunet* 1974.794 et s. J. Ghestin et M. Billiau, préc. n° 97 et s., p. 136 et s.

(123) R. Favre, Les clauses d'adaptation dans les contrats, cette *Revue* 1983.1 et s.

(124) Com. 25 mai 1981, préc. 27 oct. 1981, *JCP* 1982.IV.27 ; Rouen, 15 mai 1984, préc.

La neutralité du tiers étant le gage du caractère désintéressé de la fixation du prix (125), la validité du procédé est conditionnée par l'impartialité du tiers, traduction subjective de l'objectivité. L'existence d'un lien de dépendance entre ce tiers et l'une des parties est sanctionnée par la nullité pour indétermination du prix (126).

Cet écueil est plus difficile à éviter qu'il n'y paraît au premier abord. En premier lieu, le phénomène croissant des groupes de sociétés engendre des difficultés lorsque le tiers est lié à une société appartenant au même groupe que la partie au contrat, par le biais d'un contrat de travail ou de sous-traitance, par exemple. En second lieu, dans un domaine technique et restreint, il est bien difficile de trouver un tiers à la fois expert en la matière et dénué de tout lien avec les parties. Ainsi, un organisme professionnel, dont l'impartialité déontologique paraît une garantie, choisi en considération de ses capacités techniques, sera souvent considéré comme trop lié à l'une des parties (127), adhérente ou représentée dans l'organisme. Il y a ainsi quelque difficulté à désigner ce tiers proche des problèmes posés mais éloigné des personnes impliquées.

25. De ce tour d'horizon du droit positif, il apparaît tout d'abord qu'au delà de la « nuance » (128) ou même des « discriminations parfois subtiles » (129), le contrôle judiciaire de la déterminabilité du prix est déroutant, complexe et peu systématique. Cela nuit à son efficacité.

Il est ensuite caractéristique que les autres systèmes juridiques (130), notamment anglosaxons (131), n'ont pas adopté un contrôle aussi sévère, casuistique et imprécis (132). On peut penser que la résolution du Conseil de l'Europe relative aux clauses abusives, en matière de détermination du prix, souffre de la même imprécision (133).

On remarque d'ailleurs que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (134) prévoit dans son article 55 un principe très souple en la matière : « si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de

(125) Aix, 17 déc. 1985, *Bull. Aix*, 1985/3-4, n° 150.

(126) Com. 27 avr. 1971, 1^{re} esp. et 5 nov. 1971, préc. ; Paris, 23 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1987.1.374, note A. Viandier ; *Gaz. Pal.* 1987.2.613, note A.P.S. ; *Bull. mens. Joly* 1986.948.

(127) Com. 27 avr. 1971, 1^{re} espèce, et 1^{er} févr. 1972, préc.

(128) J. Ghestin et B. Desché, *La vente*, préc. n° 390 et s. p. 447 et s.

(129) Mazeaud et F. Chabas, *Principaux contrats, vente et échange*, préc. n° 870, p. 147.

(130) Institut de droit comparé, université Paris II, sous la direction de D. Tallon, *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, Pédone, 1989.

(131) M. Elland-Godsmith, Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales, *Dr. prat. com. int.* 1980.454 et s. ; J. Belot, La détermination judiciaire du prix dans le contrat, *RRJ* 1982.2.349 et s. P. Thieffry, La détermination du prix en droit américain, *Dr. prat. com. int.* 1985.603 et s. ; I. Corbisier, La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandise, *Rev. int. dr. comp.* 1988.767 et s.

(132) I. Corbisier, préc. n° 786 et s.

(133) V. J. Ghestin et M. Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, préc. n° 30, p. 45 et s. Le texte pose que sont nulles « Les clauses dans lesquelles, sans motif valable, le prix n'est pas déterminé ni déterminable selon des critères spécifiés dans le contrat et raisonnables du point de vue des consommateurs ».

(134) *La Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises et les incoterms*, travaux sous la direction de Y. Dereins et J. Ghestin, LGDJ, 1990 ; B. Audit, *La vente internationale des marchandises*, 1990, spéc. n° 63 et s. ; Ch. Mouly, Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ?, *D.* 1991.*Chron.*77 et s.

la conclusion du contrat dans la branche considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ». Des auteurs ont d'ailleurs analysé cet article comme une réaction à la sévérité et surtout à l'incertitude du contrôle français de l'indétermination du prix, et l'on a pu voir une corrélation entre cette convention et l'assouplissement ultérieure de la jurisprudence par l'arrêt du 22 janvier 1991, qui exclut du domaine d'application de la nullité pour indétermination du prix tous les contrats n'engendrant que des obligations de faire (135). Cette disposition supplétive postule la validité sans restriction de la référence (136). D'ailleurs, s'agissant de contrats internationaux, il a été conseillé d'essayer d'exclure contractuellement l'application du droit français sur ce point (137).

26. Si le droit positif français maintient un tel système, n'est-ce pas, en réalité, parce que sa raison d'être et sa cohérence ne se situent pas dans l'organisation apparente des règles précédemment écrites ? N'est-ce pas la marque du « décalage ... entre la forme et le fond » (138) qui permet, sans réforme législative, l'évolution du « droit vivant » (139) ? La pertinence du système serait donc sous-jacente. Il n'en continue pas moins de poser de sérieuses difficultés.

II. — LA RÉELLE DIFFICULTÉ DE L'EXIGENCE D'UN PRIX DÉTERMINABLE

Le code civil, suivant la lecture classique qu'on en a faite, a construit le contrat sur le postulat de l'égalité des parties, gage de l'équilibre des obligations commutatives. Libres et éclairées, leurs volontés se plient à un contrat qui est leur loi, hors de l'atteinte du juge.

Mais la sanction judiciaire de l'indéterminabilité du prix puise sa *cohérence* dans la considération de l'inégalité entre les parties contractantes, qui engendre l'inégalité de leurs obligations, notamment quant au prix (A). Les juges ont alors pris sur l'accord des parties et mettent ainsi en oeuvre, grâce à cette « institution de protection » (140) que constitue le contrôle du prix, leur volonté de censurer le contrat inégal (B). En cela réside la réelle *difficulté*, au regard de la conception française de l'office du juge.

A. — L'indétermination du prix et l'obligation contractuelle

L'inégalité envisagée est de nature subjective lorsque l'une des parties exerce son emprise sur l'autre (1). Elle est de nature objective, lorsque le contrat est lésion-

(135) V. *supra* n° 13 et s. ; D. Ferrier, La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif, *D.* 1991.Chron.240.

(136) V. cependant, J. Ghestin et B. Desché, *La vente*, préc. n° 382, p. 427 et la réserve de MM. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, préc. n° 212, p. 155, qui visent « l'obscur article 55... ».

(137) Ph. Kahn, *J.-Cl. Droit international*, fasc. 565-A-5, n° 56 et n° 113.

(138) G. Cornu, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général (Essai de lecture d'un titre du code), *Les cours du droit*, 1976-1977, n° 27, p. 19 et s. cité par L. Cadet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, 1987, *Economica*, p. 10. V. aussi, J.-L. Gazzaniga, Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'ancien régime, in *Le contrat*, *Revue Droits*, n° 12, 1990, p. 37 et s.

(139) G. Cornu, *ibid.*

(140) J. Mestre, cette *Revue* 1987.96.

naire ou lorsque son exécution est entravée par l'imprévision (2). Ces deux sources d'inégalité convergent souvent.

1. L'inégalité des parties contractantes

27. A la lecture de la plupart des décisions rendues au sujet de la détermination du prix, il y a lieu d'observer que la jurisprudence aboutit à délivrer le cocontractant économiquement faible d'un contrat dans lesquels son puissant partenaire lui impose ses conditions, notamment quant au prix. Elle est « instrument de protection » (141). Cela apparaît de deux façons.

28. Il est remarquable que la nullité pour indétermination du prix est prononcée presque toujours à la demande des acteurs économiques qui dépendent de plus puissants qu'eux (142). L'extension décisive opérée en 1978 par la jurisprudence (143) s'est réalisée en faveur des pompistes face aux compagnies pétrolières et en faveur des détaillants de boisson face aux brasseurs et c'est sans doute par volonté de protection persistante que l'essence et la bière sont analysées par la jurisprudence récente comme faisant l'objet d'obligation de donner, ce qui maintient l'applicabilité de l'article 1129 du code civil, et non d'obligation de faire, ce qui soustrairait le contrat à la sanction pour indétermination du prix... (144). L'hypothèse la plus fréquente est celle dans laquelle le premier résilie le contrat, sans en avoir apparemment le droit, ou méconnaît une clause d'exclusivité. Il se trouve ainsi défendeur à une demande en justice qui tend à obtenir sa condamnation à des dommages et intérêts (145). L'indétermination du prix est alors soulevée par voie d'exception et sa constatation par le juge permet ainsi à ce cocontractant, grâce à l'annulation du contrat, d'échapper à toute condamnation pécuniaire. C'est donc impunément qu'il peut briser les liens de dépendance.

Il est d'ailleurs caractéristique que, notamment dans le cas des contrats d'assistance et de fourniture, les arrêts annulent le contrat de distribution en son entier, rendant ainsi notamment inefficace la clause pénale. Mais ils laissent intacts les contrats connexes par lequel le distributeur a fourni à son cocontractant une caution ou le fonds de commerce, alors qu'on aurait pensé que les contrats étaient indivisibles.

Cela revient à annuler le contrat de distribution devenu défavorable au pompiste de marque ou au détaillant tout en maintenant les contrats qui lui sont favorables. Ce résultat tend à corroborer l'interprétation selon laquelle l'enjeu est bien la protection du cocontractant faible. Il est ainsi notable qu'un auteur ait songé à proposer l'application de l'article 1129 du code civil pour protéger les membres d'une association contre la volonté de confiscation du pouvoir par les dirigeants, par le biais des clauses restreignant le droit de vote (146). Il ne s'agit d'ailleurs que d'une tendance et non d'un critère absolu, la jurisprudence sanctionnant parfois l'indétermination du prix dans des contrats qui réunissent des contractants d'égale puis-

(141) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, préc. n° 203, p. 147. V. aussi J. Ghestin, *Le contrat-formation*, préc. n° 524 et s. p. 587 et s.

(142) V. cependant, Com. 24 mars 1965, *JCP* 1965.II.14378, note P. L.

(143) V. *supra* n° 10.

(144) Concl. M. Jéol, sous Com. 22 janv. 1991, préc.

(145) V. par ex. Com. 27 avr. 1981, préc.

(146) Ph. Reigne, Les clauses statutaires éliminant ou restreignant le jeu de la démocratie dans les associations, *Dr. soc.* 1990.377.

sance (147). Il convient de considérer de plus près les éléments pouvant entrer en ligne de compte.

a) Les clauses d'exclusivité

29. Ainsi que l'a observé la doctrine (148), les arrêts sanctionnant le caractère indéterminable du prix relèvent l'existence de clauses d'exclusivité qui, alliées à la clause visant le prix, soumettent la partie faible à la volonté de la partie forte, en obligeant la première à contracter toujours avec la seconde, aux conditions arrêtées par cette dernière (149).

Il est effectivement notable que les mots-clés précédant les arrêts reproduits au *Bulletin civil* mentionnent, s'il y a lieu, l'existence d'une telle clause, ce qui tend à accréditer la thèse selon laquelle il s'agit là d'un élément pertinent pour l'issu du litige. Il est également certain que cette coïncidence entre clause d'exclusivité et déclaration du caractère indéterminable du prix semble prendre la forme d'un lien de causalité. La démonstration en est faite négativement lorsqu'on constate que les juges reconnaissent l'existence d'un prix valablement déterminable dans des contrats qui ne comprennent pas de clause d'exclusivité (150).

Mais là encore, il ne s'agit que d'une tendance de politique jurisprudentielle (151) et on ne peut aller jusqu'à dire d'une façon radicale que l'existence d'une clause qui oblige une partie à contracter des ventes avec l'autre partie est le véritable critère de l'indétermination du prix : ainsi, lorsque la chambre commerciale, par l'arrêt du 9 novembre 1987 (152) refuse d'annuler un contrat ne contenant pas une telle clause d'exclusivité, des auteurs y ont vu la confirmation de l'existence de ce critère déterminant (153). De la même façon, les arrêts récents de la chambre commerciale en matière de franchise incitent à penser que les contrats-cadres n'engendrant que des obligations de faire ne peuvent être soustraits à l'exigence de déterminabilité du prix que s'ils ne prévoient pas une obligation d'approvisionnement exclusive, laquelle heurterait l'exigence prétorienne d'un prix certes ultérieurement fixé mais librement débattu et accepté (154). Mais l'on peut remarquer que, dans l'arrêt du 9 novembre 1987, le contrat litigieux comprenait une clause de quota dont on a pu relever qu'elle avait en pratique les mêmes effets contraignant que la clause d'exclusivité.

Il n'en reste pas moins que ces rapprochements, entre des notions *a priori* hétérogènes, que sont, d'une part, l'exclusivité des rapports contractuels successifs et, d'autre part, l'objectivité de la détermination du prix, doivent être analysés comme des indices d'une politique jurisprudentielle de protection de la partie qui, du fait de sa puissance économique inférieure et des clauses environnant celle consacrée au prix, est sous la dépendance de son cocontractant. Cette volonté transparait nettement dans l'arrêt rendu par la cour d'appel du 2 juillet 1986 (155) annulant un contrat qui, selon ses termes, met une partie « à la merci » de l'autre.

(147) Paris, 22 nov. 1972, préc.

(148) J. Ghestin, *Le contrat-formation*, préc. n° 529, p. 601, J. Ghestin et B. Desché, *La vente*, préc. n° 393, p. 454 ; G. Virassamy, note sous Com. 9 nov. 1987, préc.

(149) V. plus particulièrement, Com. 14 janv. 1980, 5 oct. 1982, préc. qui intègrent cette considération dans leur raisonnement.

(150) Com. 9 nov. 1987, préc.

(151) G. Cornu, cette *Revue* 1980.366.

(152) Préc.

(153) J. Ghestin, G. Virassamy, préc.

(154) V. *supra* n° 15.

(155) Préc.

De la même façon, si la jurisprudence relative à l'indétermination du prix fait parfois référence expresse à la prohibition de la potestativité, de la violence ou de la dépendance, ces contrôles ne se superposent pas. Cela tend à montrer que le mécanisme de contrôle de l'indétermination du prix permet de mettre en place ce que le droit commun des contrats est impuissant à organiser. En cela, la jurisprudence étudiée se met en porte-à-faux à l'égard des principes généraux du droit des obligations.

b) La potestativité

30. On pourrait pourtant de prime abord penser que les clauses de prix sanctionnées au titre de l'indéterminabilité peuvent aussi l'être au titre de sanction des conditions potestatives (156). Cela aurait l'avantage de renforcer la légitimité de la jurisprudence étudiée, au regard des exigences du droit commun des contrats. Il est en tout cas fréquent qu'à l'occasion d'un litige sur le caractère déterminable du prix, le contractant invoque le caractère potestatif de l'engagement (157). Il est souvent fait référence expresse à cet élément dans les arrêts (158). Ainsi, la chambre commerciale, par l'arrêt du 21 mars 1983, annule d'une façon exemplaire un contrat dans lequel référence étant faite dans une clause « au cours en vigueur lors de chaque livraison » alors que « la convention litigieuse ne donnait aucune indication sur le prix de la fourniture de farine, ne se référait à aucun prix de marché et ne visait aucune place et aucune mercuriale déterminée », la clause revêtant « un caractère potestatif » (159). De la même façon, un contrat qui prévoit que le prix résultera des factures successives du fournisseur (160), ou de son propre tarif (161), semble relever aussi bien du champ d'application de l'article 1174 (162) que de ceux des articles 1591 et 1129 (163) du code civil. Mais cette coïncidence ne vaut pas assimilation des situations. Il y a au contraire de nombreux obstacles à cela et il ne s'agit que d'un recoupement dans des hypothèses extrêmes et non superposition des deux contrôles (164).

31. Tout d'abord, d'une façon générale, l'appréciation de la potestativité s'opère au regard d'une condition et non d'un élément essentiel du contrat. Or, il est contestable que le montant ne soit qu'une modalité du prix.

(156) P. Voirin, note sous Req. 17 févr. 1931, *DP* 1931.1.41 ; J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, *D.* 1973.*Chron.* 293 et s. et La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil, *Etudes Weill*, 1983, p. 243 et s.

(157) Com. 15 juin 1982, *JCP* 1984.II.20141, note D. Grillet-Pontont ; *Rev. sociétés*, 1983.329, obs. Y. Guyon.

(158) T. com. Seine, 28 mars 1966, préc.

(159) *Bull. civ.* IV, n° 110, p. 92 ; *D.* 1983.*JR.* 280 ; *JCP* 1983.IV.184. V. aussi par ex. Com. 27 avr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 189, p. 151.

(160) Com. 25 janv. 1981, préc. 27 avr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 189, p. 150 ; 25 janv. 1982, 7 nov. 1983, préc.

(161) Com. 25 mars 1965, 1^{er} janv. 1981, préc. Sur l'hypothèse plus complexe d'une référence faite par le distributeur au tarif du fabricant qu'il ne peut influencer, mais tel que ce tarif aura cours le jour de la livraison, jour que le distributeur peut faire varier, V. Civ. 1^{re}, 20 mai 1981, *JCP* 1982.II.19840, note G. Raymond). Cette solution a d'ailleurs été démentie depuis, Civ. 1^{re}, 8 nov. 1983, *JCP* 1985.II.20373, note G. Raymond.

(162) Civ. 3^e, 8 oct. 1980, *Bull. civ.* III, n° 154, p. 115 ; *D.* 1981.*JR.* 441, obs. B. Audit ; cette *Revue* 1981.851, obs. F. Chabas.

(163) Com. 25 janv. 1982, préc.

(164) Ph. Malaurie, note sous Paris, 22 nov. 1972, préc. p. 100, J.-L. Rives-Lange sous Com. 2 mai 1990, préc. *Contra* J.-J. Taisne, *J.-Cl. Civil* art. 1168-1174, n° 38, et les auteurs cités, notamment J. Ghestin, *Contrat-formation*, préc. n° 525, p. 589.

Ensuite, une condition n'est annulable au titre de la potestativité que si, selon les termes mêmes de l'article 1174, elle profite à celui qui s'oblige et non pas lorsqu'elle est en faveur de celui qui exige. Le domaine d'application de l'article 1174 du code civil est donc restreint aux hypothèses de prix décidés arbitrairement par l'acheteur ou celui qui rémunère la prestation et ne peut régir le cas, semble-t-il plus fréquent, de prix laissé à la discrétion du vendeur et du prestataire de services.

Enfin, et surtout, les conditions de la potestativité sanctionnée par la nullité sont rarement remplies en matière de déterminabilité du prix. Il faut considérer, avec la doctrine moderne et au-delà de la distinction romaine, qu'il existe deux sortes de conditions potestatives.

On distingue, d'une part, la condition proprement potestative, que l'on définit comme celle dont la réalisation dépend de la seule décision du débiteur, par l'émission de sa volonté ou par l'exécution d'un acte qui ne lui coûte pas de sacrifice ; cette condition est nulle par l'application de l'article 1174 du code civil. Il existe, d'autre part, la condition mixte, au sens large, que l'on définit comme celle qui fait certes dépendre la réalisation de la condition de la volonté du débiteur mais aussi d'événements indépendants de sa volonté. Cette dernière est, comme la condition casuelle qui ne dépend que de ce dernier type d'événements, valable.

Or, dans les hypothèses les plus courantes, on a vu que la volonté de la partie, en faveur de laquelle s'est établi le rapport dans le contrat, ne fait qu'influer sur les événements auxquels la clause se réfère. Ainsi le distributeur pourra agir sur le prix du marché visé par le contrat. Ce cas de figure ne relève que d'une condition mixte, valable, alors qu'il engendre une clause de prix indéterminable, nulle (165). Il faudrait que le marché ainsi visé n'existe pas pour que la pure potestativité apparaisse. Il est ainsi remarquable que la chambre commerciale, par l'arrêt du 15 juin 1982 (166), se refuse à annuler au titre de la potestativité un contrat qui fait dépendre le prix d'une cession d'actions, entraînant transfert du contrôle de la société, pour partie du chiffre d'affaires ultérieur, qui dépend de la volonté de l'acheteur mais aussi de la conjoncture économique, et pour partie de loyers perçus. Dans le même temps, des arrêts de la cour d'appel de Paris en date du 23 mai 1986 (167) et de la chambre commerciale en date du 11 juin 1981 (168) et du 10 décembre 1991 (169), annulent des contrats semblables pour indéterminabilité du prix. Symétriquement, il est tout aussi remarquable que la chambre commerciale, par l'arrêt du 2 mai 1990 (170), casse l'arrêt l'appel qui avait relevé l'absence de potestativité d'une clause fixant le taux d'intérêt bancaire, sans avoir recherché une indétermination que la Cour de cassation sanctionne pour sa part.

Il est ainsi acquis que si exceptionnellement les deux systèmes de contrôle se recoupent, on ne peut justifier la sanction de l'indéterminabilité du prix par référence à celle de la potestativité, dont le domaine d'application est par nature beaucoup plus restreint. On peut alors songer à faire usage de la protection organisée par le droit à travers le vice de la violence, visée aux articles 1111 et suivants du code civil.

c) La violence

32. Il faudrait estimer que c'est par contrainte que la partie faible est entrée dans des liens contractuels qui, d'une part, l'étouffent, par le jeu de la clause d'exclusi-

(165) V. *supra* n° 19 et s.

(166) Préc. V. aussi, Com. 18 déc. 1972, préc.

(167) Préc.

(168) *Bull. civ.* IV, n° 268, p. 212 ; *Gaz. Pal.* 1982.1.pan.36.

(169) *Dr. soc.* févr. 1992, p. 9, n° 31.

(170) Préc.

vité, et qui, d'autre part, la désavantage, par le jeu de la clause de détermination du prix.

Mais, tout d'abord, si la jurisprudence a considéré comme cause de nullité la violence constituée par la menace d'une souffrance morale au même titre que celle constituée par la menace d'une souffrance physique, elle a par contre exclu de tirer des conséquences d'un état de violence économique (171).

Ensuite, il est difficile de distinguer les circonstances économiques constitutives d'entrave à la liberté du consentement de celles qui constituent les motifs légitimes de contracter. D'ailleurs, c'est une conjoncture économique objective et non une « contrainte injuste et illicite » (172) émanant d'une personne particulière, qui porte la personne à s'engager à exécuter des obligations pour un prix peu élevé (173). La pression économique ne peut constituer cet état de nécessité dont la jurisprudence n'a que sporadiquement et restrictivement fait usage pour annuler un contrat. Pour qu'il y ait un vice de violence, il faut que le cocontractant exploite la nécessité économique qui pèse sur l'autre, ce qui ne peut se déduire du seul examen de la clause relative à la fixation ultérieure du prix. Il faudrait pour assouplir les règles d'appréciation prendre en considération la situation de dépendance existant entre les deux parties d'inégale force.

d) La dépendance économique

33. On peut regretter que le droit des contrats n'attache aucune sanction spécifique à l'état de dépendance lors de l'exécution du contrat. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 mars 1989 devant laquelle était invoquée l'indétermination du prix et qui préfère annuler un contrat de franchise à partir du seul constat de la dépendance économique semble isolé dans sa démarche (174). En effet, cet état est un phénomène normal généré par la force obligatoire : le cocontractant doit obéir à ce à quoi il s'est librement engagé. Mais cette dépendance ne se justifie qu'à l'égard de l'accord contractuel : il s'agit d'une dépendance objective et naturelle. Ce que le droit classique se refuse à considérer directement, suivant le postulat de l'égalité des parties contractantes, c'est l'hypothèse d'une dépendance d'une partie à l'égard d'une autre (175). Le droit positif de l'indétermination du prix tient compte de cette situation de contrainte, et la doctrine explique par cette considération la règle selon laquelle le paiement par la partie faible pendant plusieurs années de prix dégressifs à partir d'une clause de détermination du prix nulle, ne vaut pas confirmation (176).

(171) Com. 20 mai 1980, *Bull. civ. IV*, n° 212, p. 170 ; cette *Revue* 1987.305, obs. J. Mestre cassant Paris, 27 sept. 1977, *D.* 1978.690, note H. Souleau ; *RTD com.* 1978.595, obs. J. Hémond ; *Gaz. Pal.* 1978.1.110, note Guyénot). Il est notable qu'il n'y a pas eu en la matière de résistance ultérieure des juges du fond : Paris, 19 mars 1981, *D.* 1981.405, concl. Jeol, *IR* 340, obs. M. Vasseur ; Pau, 24 mai 1983, cette *Revue* 1984.708, obs. J. Mestre ; Paris, 4 janv. 1984, *Juris-Data* n° 20378 et 6 mars 1984, *Juris-Data* n° 20494.

(172) Civ. 1^{re}, 13 mars 1956, *Bull. civ. I*, n° 127, p. 102.

(173) Ch. Larroumet, préc. n° 358.

(174) Cet arrêt fut d'ailleurs diversement apprécié. Approuvé par Ch. Jamin (*Gaz. Pal.* 1989.2.545, il fut critiqué par F. Pérochon, *Cah. dr. entr.* 1989.4, p. 19 et s.).

(175) G. Virassamy, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, 1986, LGDJ, spéc. n° 226, p. 162, qui évoque la « sujétion parfaite » née de cette dépendance juridique ; V. aussi, P. Voirin, préc. qui parle d'« inféodation » et J. Ghestin, *Le contrat-formation*, préc. n° 58 et s. p. 39 et s.

(176) J. Mestre, cette *Revue* 1987.97. V. par ex. Com. 12 févr. 1974, 25 janv. 1982, 30 nov. 1983, préc. 30 oct. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 292, p. 235.

34. On ne peut donc que constater la distance, voire le décalage qui existe entre les critères sous-jacents du contrôle de la détermination du prix et les principes du droit des contrats. En l'état actuel du droit, seul ce contrôle apparent est apte à servir, d'une façon détournée, une politique jurisprudentielle refrénée par le droit commun des obligations. La cohérence se fait au prix d'une rupture et l'on a pu voir là un véritable dévoiement (177). Il engendrerait un véritable « blocage » (178). Indépendamment de la question du bien-fondé d'une telle politique, cette distance paraît, en effet, *a priori*, critiquable, le juge devant appliquer les règles légales dans leur esprit et selon leur lettre. On peut cependant soulever l'hypothèse selon laquelle cette jurisprudence n'a le tort, au regard de la hiérarchie des sources du droit, que d'avoir raison trop tôt. En effet, par ses préoccupations et ses résultats, le droit positif de l'indétermination du prix semble anticiper l'évolution du droit des contrats, notamment par effet conjugué du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

35. Ceux-ci, contrairement à la conception actuelle de la violence, tendent à sanctionner l'état économique de fait qui tourne de lui-même à l'avantage excessif de l'une des parties, quand bien même il ne serait pas exploité par cette dernière. A l'égard des consommateurs, même si l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 précise qu'une clause abusive doit non seulement conférer un avantage excessif mais encore être l'effet d'un abus de puissance économique, la jurisprudence semble estimer que la preuve de l'avantage excessif présume l'abus (179). Cette construction peut parfaitement s'appliquer aux clauses de détermination du prix, qui sont d'ailleurs expressément visées dans l'article 35 du 10 janvier 1978, dans la résolution du Conseil de l'Europe précitée, dans les recommandations de la commission des clauses abusives (180) et dans le projet de code de la consommation (181). Le système prétorien de la détermination du prix n'aurait fait qu'annoncer cette évolution.

De la même façon, le droit de la concurrence organise la sanction directe de la situation de dépendance économique susceptible d'exister entre professionnels. Tout d'abord, il semble que, symétriquement à l'évolution du droit de la consommation, des positions abusives puissent être sanctionnées en elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une exploitation particulière (182). Plus directement, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans son article 8, alinéa 2, sanctionne l'abus de position dominante relative, c'est-à-dire l'état de dépendance économique entre les deux acteurs du marché, l'un étant le partenaire obligé de l'autre et pouvant ainsi lui dicter sa loi (183). Elle s'inspire en cela du système allemand (184), sur l'incitation de la commission de la concurrence (185).

(177) J.-J. Barbiéri, La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif, *Rev. jurispr. com.* 1983.329 et s. et 1984.1 et s.

(178) B. Berlioz-Houin et G. Berlio, Le droit des droits face à l'évolution économique, *Etudes R. Houin*, p. 23 et s.

(179) Civ. 1^{re}, 16 juill. 1987, *D.* 1988.49, note J. Calais-Auloy.

(180) Telles que décrites par J. Ghestin et M. Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, préc. n° 30, p. 46 et s.

(181) Art. 102-4 qui pose que sera abusive la clause qui a « pour objet ou pour effet de faire varier le prix en fonction d'éléments dépendant directement ou indirectement de la volonté du professionnel contractant ou de celui qui a rédigé, diffusé ou utilisé le modèle de contrat ».

(182) Rap. 1978, p. 13. Sur la question du maintien de cette règle après l'Ord. de 1986. V. V. Sélinisky, *J.-Cl. Concurrence-consommation*, fasc. 315, n° 65.

(183) F.-Ch. Jeantet, L'esprit du nouveau droit de la concurrence, *JCP* 1987.I.3277, n° 9 et s. l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique, *Petites affiches* 28 mars 1988, 32 et s.; M. Pédamon, Les abus de domination, *Cah. dr. entr.* 1987.1, p. 15 et s.; M. Glais, L'état de

Son application pourrait, selon les critères certes plus restrictifs (186), sanctionner directement cet état de dépendance économique que la jurisprudence actuelle considère indirectement par le contrôle de l'indétermination du prix. Il est d'ailleurs caractéristique qu'un auteur (187) illustre ces hypothèses de dépendance pour cause de relations d'affaires des contractants, en visant les contrats entre brasseurs et débitants et ceux entre compagnies pétrolières et pompistes, cibles par ailleurs privilégiées de la jurisprudence sur l'indétermination du prix (188). Là encore, le système prétorien n'aurait été qu'un relais entre l'ancienne et une nouvelle théorie générale du contrat. Celle-ci serait construite sur le constat de l'inégalité entre les parties.

2. L'inégalité des prestations

L'annulation pour indétermination du prix intervient le plus souvent lorsque le rapport entre les prestations est défavorable à une des parties contractantes. Cette inégalité objective se manifeste de plusieurs manières : en cas de lésion ou de clause léonine, ou du fait de l'imprévision.

36. Ce déséquilibre peut être initial, obtenu par la partie économiquement forte au détriment de la partie économiquement faible. Le grief apparent d'indétermination du prix permet à la jurisprudence de le sanctionner (189). Cette prise en compte sous-jacente d'un tel déséquilibre heurte le droit commun applicable en matière de lésion. En effet, la lésion n'est pas en principe une cause de nullité du contrat.

Il faudrait, vis-à-vis du droit commun des obligations, que le déséquilibre engendré par la clause visant à déterminer le prix soit si grand, le prix si minime par rapport à sa contrepartie, qu'on puisse annuler le contrat pour absence d'objet, absence de cause ou même inexistence (190).

37. Mais l'on peut concevoir aussi qu'en matière de cessions d'actions, la clause de prix engendrant le prix très peu ou très élevé, puisse être annulée à travers la qualification de clause léonine (191). Ainsi lorsque le prix de cession est constitué par un minimum puis un pourcentage sur le chiffre d'affaires, on peut considérer que la nullité est encourue non seulement pour indéterminabilité (192) mais encore

dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : analyse économique, *Gaz. Pal.* 1989.I.290 et s. ; A. Pirovano, Les abus de dépendance, *Petites affiches*, 21 sept. 1990, n° 114, p. 4 et s. ; V. Sélinsky, *J.-Cl. préc.* n° 74 et s.

(184) Art. 26 de la loi modifiée du 27 juill. 1957. V. M. Pédamon, La protection de la libre concurrence en République fédérale allemande, *JCP* 1984.éd.E.II.14310 ; De quelques traits essentiels du droit allemand de la concurrence, *Cah. dr. entr.* 1987.2, p. 27 et s.

(185) Avis, 14 mars 1985, *Rap.* 1985, p. 17.

(186) F. Pérochon, note préc. sous Paris, 10 mars 1989, n° 14 et s.

(187) V. Sélinsky, *préc.* n° 77.

(188) V. *supra* n° 10.

(189) J. Chestin, *Le contrat-formation*, *préc.* n° 525, p. 588 : « la nullité pour indétermination du prix peut ici, en raison de sa finalité, se rapprocher de la rescission pour lésion... Il s'agit de rétablir quant au prix, c'est-à-dire la valeur de l'objet, un équilibre contractuel... ». V. aussi, E. du Pontavice, in *Actualités du droit français de la concurrence*, *Rev. jurispr. com.* 1980, n° spéc. p. 13 et s.

(190) Com. 25 avr. 1967, *Bull. civ.* IV, n° 168, p. 163.

(191) La jurisprudence utilise parfois cette qualification dans un sens moins précis. V. Com. 11 févr. 1957, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 42, 23 oct. 1962, *préc.* Lyon, 6 oct. 1958, *JCP* 1958.II.10836.

(192) V. *supra* n° 8.

pour caractère léonin (193), contraire à l'article 1844-1 du code civil. Exemple en est donné lorsque le paiement du prix d'un appartement vendu à l'actionnaire par la société est assuré grâce au versement par la société d'un bénéfice (indéterminabilité), un montant minimum étant garanti (caractère léonin) (194).

Mais de la même façon que l'indétermination confine rarement à la potestativité, il est peu fréquent, voire contestable, que l'indétermination d'une clause de prix puisse croiser une qualification de clause léonine. En effet, deux obstacles apparaissent pour que cette qualification puisse renforcer l'annulation pour indétermination du prix. D'une part, il faudrait considérer que les cessions de parts sociales relèvent bien d'un tel contrôle, alors que la jurisprudence majoritaire affirme que l'article 1844-1 n'a vocation à régir que les clauses statutaires et non les pactes extrastatutaires (195), comme le sont les ventes ou les promesses de ventes d'actions.

D'autre part, il y a très souvent incompatibilité de qualifications, en ce sens que la clause n'est léonine qu'en tant qu'elle engendre un prix forfaitaire (196), faisant ainsi échapper l'associé aux risques de l'entreprise, alors que le prix est souvent indéterminable en ce qu'il dépend d'éléments variables, telle que l'évolution du marché (197). Ainsi une clause de détermination du prix ne pourra être sanctionnée sur ces deux fondements que si elle fait varier le montant du prix à déterminer, tout en assurant un montant minimum.

38. Le droit positif de l'indétermination du prix semble donc, sauf quelques hypothèses extrêmes, heurter le principe de l'indifférence de la lésion dans les contrats. Il le heurte d'autant plus dans l'hypothèse où la référence est faite à un élément variable, comme le marché ou l'intervention d'un tiers concurrent. En effet, la détermination du prix est alors affectée d'un certain aléa (198) qui, même au sein d'un contrat commutatif, infléchit ses règles (199), et notamment devrait écarter plus sûrement encore la considération de la lésion.

Il y a donc une distance très nette entre le principe du code civil selon lequel la lésion ne vicie normalement pas les contrats et la jurisprudence sur l'indétermination

(193) Req. 31 janv. 1917, *Rev. sociétés*, 1918.163 ; Soc. 20 nov. 1974, *JCP* 1975.IV.10.

(194) Civ. 1^{re}, 22 juill. 1986, *JCP* 1987.ed.E.1987I.16342, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1987.70, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *Bull. mens. Joly*, 1986.859, obs. P. Le Cannu. Sur l'incidence éventuelle d'une clause de garantie de passif, V. G. Notté, les clauses dites « de garantie de passif » dans la cession de droits sociaux, *JCP* 1985.I.13193 ; J. Poullis et J.-L. Monnot, La garantie dans les cessions de droits sociaux, *JCP* 1985.ed.E.II.14464 ; Com. 5 mai 1970, *Rev. sociétés* 1971.184 ; Com. 13 janv. 1971, *D.* 1971.Somm.100 ; Paris, 8 janv. 1979, *Rev. jurispr. com.* 1981, n° 948, 253.

(195) V. en dernier lieu, Com. 10 janv. 1989, *D.* 1989.IR.60, *JCP* 1989.ed.E.II.15492, obs. A. Viandier. Sur la jurisprudence antérieure, V. Com. 15 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1983.I.pan.jur.23 ; 20 mai 1986, *JCP* 1986.ed.E.I.15846, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, *RTD com.* 1987.66, obs. Cl. Champaud et P. Le Floch, et 205, obs. Y. Reinhard ; *Rev. sociétés*, 1986.587, obs. D. Randoux et la jurisprudence dissidente, Civ. 1^{re}, 22 juill. 1986, préc. et 7 avr. 1987, *JCP* 1988.II.21006 note M. Germain ; cette *Revue* 1987.744, obs. J. Mestre.

(196) V. par ex. Civ. 1^{re}, 7 avr. 1987, préc. Com. 10 janv. 1989, préc. la clause se référant à « un cours déterminé » et Caen, 16 janv. 1990, *JCP* 1990.ed.N.I.1515, p. 466).

(197) Ainsi, Com. 11 mai 1976, *Bull. civ.* IV, n° 155, p. 132 déclare le prix déterminable puisque la marge bénéficiaire est « immuable ».

(198) V. Paris, 23 mai 1986, préc.

(199) F. Grua, Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, cette *Revue* 1983.263 et s. spéc. la discussion à ce propos, n° 38 et s. p. 284 et s. V. aussi H. Méau-Lautour, Aléa, lésion et vileté de prix, *JCP* 1990.ed.N.I.1, spéc. n° 9.

du prix dont un auteur a pu dire avec justesse qu'elle constituait « la conscience malheureuse de la lésion mobilière » (200).

39. En second lieu, la jurisprudence fait jouer l'indétermination du prix lorsque les prix successivement déterminés devenaient très défavorables du fait de l'évolution imprévue et brutale du marché, notamment en matière d'hydrocarbures (201). Il est certain que les variations très brutales du prix des hydrocarbures générées par les crises successives du pétrole et se répercutant sur le prix de vente au bénéfice des compagnies pétrolières et en défaveur des pompistes expliquent le mouvement jurisprudentiel assez soudain dit « des pompistes de marque », inauguré par les arrêts précités de la chambre commerciale du 11 octobre 1978. En cela, cette considération sous-jacente se heurte à la position de principe selon laquelle l'imprévision est indifférente à l'obligation d'exécution générée, à la charge de la partie, par la force obligatoire du contrat.

40. Mais, sur ces deux points, la jurisprudence de l'indétermination est le signe d'une évolution plus générale, tant en matière de lésion que d'imprévision. Sur le premier point, il faut remarquer que les conditions de rescision pour lésion tendent à être interprétées largement, ce qui peut faire penser qu'il ne s'agit plus là d'une exception. La nullité pour indétermination du prix est un moyen prétorien utilisé par la jurisprudence pour sanctionner le décalage entre le prix à verser et la valeur du produit ou de la prestation reçue. C'est la correspondance entre le prix et sa contrepartie qui est ainsi exigée à peine de nullité.

Cette adéquation entre les deux obligations constitue la commutativité du contrat, telle que définie par l'article 1104 du code civil. Mais sa constatation n'est, dans le code civil, qu'un moyen de classer les contrats dans la catégorie opposée à celle du contrat aléatoire et d'y attacher un régime juridique adapté. La jurisprudence transforme ce caractère commutatif utilisé à des fins d'ordonnement en une véritable qualité essentielle des contrats synallagmatiques, dont le défaut vicie l'acte (202). Cette commutativité comme critère de validité correspond à la définition objective du contrat, comme instrument d'échange économique. Cette conception pourrait prévaloir dans l'évolution générale du droit des contrats.

41. Sur le second point, en matière d'imprévision, la prise en compte de l'imprévision, sous couvert d'exigence de déterminabilité, correspond sans doute à une nouvelle analyse économique du contrat. Il faut en effet considérer, à travers ce droit positif, que le contrat n'est plus analysé comme l'oeuvre isolée et intangible de deux volontés libres et inflexibles, mais comme cet instrument d'échange, s'insérant dans le contexte qui le justifie. Le contrôle du juge se déplace alors de la formation du contrat à son exécution, qui devient le véritable « centre de gravité du contrat » (203). Par un contrôle apparent de la déterminabilité du prix, les juges

(200) P. de Fontbressin, De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats, cette *Revue* 1986.668.

(201) V. sous l'angle du droit administratif, Cons. d'Et. 5 nov. 1982, *D.* 1983.245, note J.-P. Dubois ; *JCP* 1984.II.20168, note M. Paillet ; Paris, 26 avr. 1985, *Cah. jur. électr.-gaz*, 1985.35. J. Virole, Aléas économiques et contrats internationaux concernant le cycle du combustible, *Cah. jur. électr.-gaz*, 1984.1.

(202) Ch. Larroumet, n° 322, p. 330.

(203) J. Carbonnier, *Sociologie de la vente*, préc. V. aussi du même auteur, De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit du contrat, in *Flexible droit*, préc. p. 289.

peuvent briser un contrat que le déséquilibre dans son exécution prive de légitimité (204).

42. C'est donc une reconstruction sous-jacente d'un nouveau système que la jurisprudence opère. Elle part de présupposés différents ; l'inégalité des parties entre elle, d'une part, et la nécessité d'égalité entre les prestations d'autre part. Ce bouleversement latent ne vise pas que l'organisation des relations contractuelles. Il traduit aussi la volonté des juges de se poser en « tuteurs » du contrat, volonté qui, si elle a le mérite de donner cohérence au droit positif, génère une réelle difficulté au regard de l'office du juge.

B. — L'indétermination du prix et l'office du juge

En analysant les fondements de l'intervention du juge (1), on mesure mieux l'opposition réelle qui existe entre la volonté de la jurisprudence en matière contractuelle et les règles générales qui gouvernent actuellement l'office du juge (2).

1. Les fondements de l'intervention du juge

43. Le premier fondement à ce contrôle du juge sur le contrat inégal, par le canal de la nullité pour indétermination du prix, peut être recherché dans l'*ordre moral*. En annulant le contrat qui permet à la partie forte d'exiger une prestation à bas prix ou de remplir son obligation en contrepartie d'un prix excessif, la jurisprudence annihile un contrat critiquable au regard de la morale. Il est notable que les canonistes aient établi l'exigence d'un juste prix pour satisfaire un impératif de cette nature. La jurisprudence fait parfois référence à cette considération (205). Cette justification ne va pourtant pas de soi.

44. En premier lieu, et en admettant que le droit soit en relation avec la morale, on peut se demander si cette dernière est bien servie par cette jurisprudence. Il a été montré qu'il s'agit de protéger la partie au contrat en situation de faiblesse, tels le pompiste ou le détaillant de boissons (206). Mais le faible est-il vraiment celui qu'on croit ? La sanction de l'indétermination du prix est constituée par la caducité ou la nullité absolue de la convention. Ainsi, la partie à laquelle on impose un prix a le moyen d'exécuter le contrat, tant que le prix le satisfait, et sans que cela vaille confirmation (207). Mais il peut, à chaque nouvelle vente (208) ou contrat d'exécution, se prévaloir de l'indétermination du prix, pour cesser, sans une quelconque indemnité, toute relation contractuelle.

Cette réalité que l'on a pu justement qualifier de « litige à la commande » (209), relativise grandement la force obligatoire d'une clause d'exclusivité censée peser sur cette partie. Le droit positif affirme certes la validité de cette obligation. Mais cette

(204) Sur la question de l'opportunité *de lege ferenda* d'une disposition donnant au juge un pouvoir général de révision du contrat pour imprévision, V. l'étude approfondie de J. Ghestin et M. Billiau, préc. n° 74 et s. p. 108 et s. spéc. n° 127 et s. p. 168 et s.

(205) V. par ex. Com. 15 juin 1982, Paris, 2 juill. 1986, préc. P. Voirin, note sous Req. 17 févr. 1931, préc. et J. Belot, préc. p. 357.

(206) V. *supra* n° 28.

(207) V. *supra* n° 33.

(208) Com. 23 oct. 1962, préc.

(209) G. Cornu, cette *Revue* 1972.366.

opportunité offerte par le droit positif, grâce à l'indétermination du prix, à la personne qui devrait être soumise à l'obligation d'exclusivité, est souvent saisie par elle pour échapper à la rigueur de cette clause. Cela paraît assez peu conforme à la morale et à l'exigence de bonne foi. La protection du faible souffre d'ailleurs d'un certain manichéisme, lié à son systématisme. Ripert exprimait des réserves sur cette tendance générale de la jurisprudence (210).

45. En second lieu, ce qui affaiblit la justification morale du système prétorien, c'est la radicalité de sa sanction, à savoir la nullité ou la caducité. Une réfaction servirait mieux l'exigence de protection, en alliant le maintien du contrat et la fixation d'un prix raisonnable. Ainsi le contractant faible serait protégé contre les prix excessifs sans pouvoir utiliser cette protection comme une épée de Damoclès.

46. Il est remarquable qu'on arrive à la même conclusion quand on examine le *fondement économique* susceptible de justifier le contrôle de l'indétermination du prix. On peut en effet soutenir que le juge veille à l'équilibre initial ou maintenu des prestations, équilibre qui donne l'efficacité économique maximum à l'échange. Mais ce rapport économique qui se développe dans le temps a besoin tant d'être stable que d'être équilibré. Or, par l'existence de ce contrôle à la fois sévère et incertain de l'indétermination du prix, les parties subissent la précarité paradoxale de leur engagement à long terme (211). Faute d'un indice sûr d'adaptation du prix, il faut considérer qu'il n'y a plus à proprement parler d'obligations de longue durée générées par le contrat-cadre, mais une succession d'échanges économiques, pour chacun desquels l'accord sur le prix doit être renouvelé entre les parties.

Les contrats de distribution, — concession, franchise —, perdent alors un avantage économique considérable : l'intégration. Celle-ci, au sens large (212), organise impérativement des réseaux, en obligeant les partenaires à respecter leurs obligations dans les contrats d'exécution à venir. Le système prétorien de l'indétermination du prix rend quasiment facultatifs ces derniers (213), et la distribution se réduit à nouveau à une succession de ventes. L'organisation du futur devient précaire. Le droit positif semble ne pas traiter différemment le contrat-cadre qui oblige à conclure les contrats d'exécution et celui qui n'engendre qu'une obligation de négocier les échanges économiques ultérieurs (214). Est entamée la solidité qui est la raison d'être des contrats réalisant une intégration économique (215).

47. La jurisprudence a ainsi préféré préserver l'équilibre des prestations (216), en sacrifiant la solidité du rapport à long terme. Il y a pourtant dans cette préférence un paradoxe. En effet, l'opération économique peut dépasser le cadre d'un contrat simple, non seulement dans le temps, par un contrat à exécution successive, mais

(210) *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd. 1949, LGDJ, n° 58, p. 101.

(211) A. Seube, La précarité des clauses d'exclusivité, *Gaz. Pal.* 1979.2.655 et s.

(212) Rodière et Cl. Champaud, préc. n° 4 et s. ; P. Pigassou, préc. n° 39 et s. p. 503 et s. ; J. Thérard, L'intégration économique du distributeur et le droit, *Gaz. Pal.* 1979.2.657 et s. ; J. Schmidt, préc. n° 1, p. 176.

(213) D. Ferrier, Indétermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif, *Cah. dr. entr.* 1982, Distribution 5/6, p. 12 et s. ; J. Bélot, préc. n° 25, p. 360 et s. Van Gerven, *Conventions de longue durée, détermination du prix*, Publications de la Commission Droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 1982.

(214) J. Schmidt, préc. n° 5 et s.

(215) Rodière et Cl. Champaud, préc. n° 5 et s. ; J.-M. Mousseron et A. Seube, préc. spéc. p. 205 et s.

(216) V. *supra* n° 36 et s.

encore dans l'espace, par une opération économique construite sur plusieurs contrats, et correspondant à ce que l'on appelle un « groupe de contrats » (217). Or, la jurisprudence n'hésite pas, pour assurer la cohérence économique de l'opération (218), à affirmer l'existence d'obligations pesant sur les divers partenaires, notamment par le jeu de l'opposabilité des clauses limitatives de responsabilité (219), même si leur domaine d'application est soumis à fluctuations en raison des incertitudes qui affectent la nature de la responsabilité engagée, contractuelle ou délictuelle, suivant les différents groupes de contrats concernés (220).

Il y a donc une contradiction dans le droit positif qui, d'une part, prête main forte à l'organisation et la cohérence des groupes de contrats, au besoin au détriment des partenaires, et, d'autre part, fragilise les mécanismes de relations économiques à long terme, au nom d'une volonté de protection.

48. Mais ce qui rend principalement critiquable le système jurisprudentiel de contrôle de la détermination du prix, c'est encore une fois la radicalité de la sanction, c'est-à-dire l'anéantissement du lien contractuel. La réconciliation entre les deux exigences économiques, équilibre des prestations, d'une part, et solidité du lien contractuel, d'autre part, pourrait se faire par un réaménagement du contrat par le juge, un rééquilibrage des prestations au sein d'un contrat qui conserverait son efficacité.

La modification judiciaire du prix, dans les hypothèses visées par le système de l'indétermination, satisferait à la fois la morale et une saine économie. Mais cette censure du contrat, sans doute modérée et appropriée, se heurte, en droit français, à plusieurs obstacles.

2. Les obstacles à la modification du prix par le juge

49. Le premier obstacle est d'ordre logique. En apparence, la jurisprudence opère un contrôle objectif et technique de la détermination du prix, et non un contrôle de l'égalité des parties et des prestations. Le juge est donc lié par sa propre affirmation. En conséquence, il ne peut appliquer que la sanction découlant du système apparent, savoir la caducité ou la nullité absolue pour indétermination d'objet.

Mais il a été montré que son contrôle avait pour but réel l'équilibre des prestations (221) et l'égalité des parties (222). Dans ces conditions, la sanction adéquate est la réfaction du contrat, qui tend au rééquilibrage des prestations et à la restauration de l'égalité entre les parties. Il faudrait pour cela que la jurisprudence mette au grand jour sa véritable politique.

Ce fossé entre la sanction adéquate et celle générée par le contrôle apparent existe aussi propos du caractère de la nullité. Celle-ci a un caractère absolu, puis-

(217) B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, 1975, LGDJ.

(218) Cette justification est expressément visée par Civ. 1^{re}, dans l'arrêt rendu le 21 juin 1988, *D.* 1989.5, note Ch. Larroumet ; *JCP* 1988.II.21125, note Ph. Jourdain ; *JCP* 1988.éd.E.II.15294, note Ph. Delebecque.

(219) G. Viney, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats, *Mélanges Dominique Holleaux*, 1989, p. 399 et s.

(220) Ass. plén. 12 juill. 1991, *D.* 1991.Somm.321, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1991.549, note J. Ghestin ; *JCP* 1991.II.21743, note G. Viney, *JCP* 1991.éd.E.II.218, note Ch. Larroumet, *RJDA* 1991, n° 771, concl. R. Mourier, p. 583 et rapp. P. Leclercq, p. 590, *D.* 1992.Somm.119, obs. A. Bénabent. V. aussi Ch. Jamin, *D.* 1991.Chron.257 et P. Jourdain, *D.* 1992.Chron.149 et s.

(221) V. *supra* n° 36 et s.

(222) V. *supra* n° 27 et s.

qu'elle se rattache apparemment à un défaut de prix (223), alors que, la finalité poursuivie par la jurisprudence étant de protéger celui des contractants faible et lésé, elle devrait être relative (224).

Pour éviter ces effets pervers, nés de la superposition d'un contrôle réel mais sous-jacent avec un contrôle apparent mais artificiel, il faudrait que la jurisprudence fasse apparaître nettement les critères jusqu'ici cachés de son contrôle. Pour cela, certes, elle faut qu'elle affirme un abandon d'un certain nombre de principes dans le droit commun des contrats. Cela serait sans doute pour se mettre en conformité avec le droit positif à venir. Mais il faudrait encore qu'elle modifie fondamentalement la conception de l'office du juge, en matière contractuelle.

50. La soumission du juge au contrat (225) découle de l'interprétation classique que l'on a faite de la lettre de l'article 1134 du code civil (226). Il est ainsi affirmé que le juge ne peut que servir la volonté des parties, telle qu'elle s'est exprimée à la formation du contrat. Le juge est tenu par celle-ci. En ce qui concerne le prix, cela signifie que le juge ne peut fixer un prix lorsque l'accord des parties n'ait pas parvenu sur ce point (227) ou lorsque le prix est indéterminable (228).

La doctrine est divisée sur la question du bien-fondé de cette règle (229). Mais en l'état du droit positif, il paraît difficile que le juge abandonne un système de nullité pour, dans un rôle moins délétère et plus actif, réformer le contrat, en favorisant le maintien des liens économiques tout en évitant les déséquilibres excessifs. Son office ne semble pas le lui permettre.

51. On peut certes imaginer une évolution du droit positif, dans cette jonction du droit des obligations et du droit processuel. On peut la déceler d'ailleurs sur plusieurs terrains.

Sur le terrain des nullités, tout d'abord : la règle selon laquelle l'illicéité d'une clause entraîne l'annulation du contrat en son entier connaît aujourd'hui des nuances et des exceptions. Des textes peuvent prévoir la limitation de la sanction à la seule clause affectée : il en est ainsi pour le pacte léonin en matière de société (230) ou pour les clauses abusives (231). Or, la parenté ou les interférences de ces clauses avec l'indétermination du prix ont été soulignées (232).

(223) Com. 11 juin 1981, 30 nov. 1983, préc.

(224) J. Ghestin et B. Desché, *La vente*, préc. n° 398, p. 465 ; Ph. Rémy, *cette Revue* 1987.108.

(225) Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Travaux de l'Ass. Capitaine, 1949, p. 84 et s. ; J. Belot, préc. p. 351 et s.

(226) L. Cadiet, préc. p. 13.

(227) V. l'arrêt de principe, Civ. 25 avr. 1952, *D.* 1952.635. Dans son prolongement, Civ. 1^{re}, 24 nov. 1965, *Gaz. Pal.* 1966.1.83 ; 18 juill. 1979, *D.* 1980.IR.226, obs. B. Audit), Com. 29 juin 1981, qui vise l'article 1129, *Bull. civ.* IV, n° 298, p. 235 ; Civ. 1^{re}, 16 mai 1984, *Bull. civ.* I, n° 164, p. 140.

(228) Civ. 3^e, 4 oct. 1989, *Bull. civ.* III, n° 184, p. 100.

(229) Ainsi, MM. Mazeaud et Chabas, (*Vente et échange*, préc. n° 828, p. 146) estiment que le juge ne peut en effet fixer un prix car « la mission du juge n'est pas de faire des contrats ». M. B. Audit, préc. porte une appréciation radicalement contraire. V. aussi, J.-M. Poughon, Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat *in* Le contrat, *Revue Droits*, n° 12, 1990, p. 47 et s.

(230) Art. 1844-1 al. 2 c. civ. : « ...la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

(231) Art. 35 al. 2 L. 10 janv. 1978 : « De telles clauses abusives ... sont réputées non écrites ».

(232) V. *infra* n° 35 et n° 37.

D'une façon plus générale, la théorie des nullités évolue : conçue initialement comme un état de l'acte, l'affectant en son entier, constaté par le juge, la nullité est analysée aujourd'hui comme une sanction judiciaire qui tire les conséquences de la violation par la clause d'une règle légale (233). Dès lors, en principe seule doit être annulée la clause en question, même si la nullité est absolue (234).

Appliquée au système de contrôle apparent de l'indétermination du prix, on pourrait concevoir que si les clauses de fixation initiale du prix doivent entraîner la nullité du contrat lorsqu'elles sont nulles pour indétermination, en revanche les clauses de variation du prix initial pourraient être réputées non écrites, le prix initial régissant alors seul le contrat. Cela correspond d'ailleurs à la sanction qui frappe les clauses d'indexation nulles. Cette annulation partielle pallierait l'interdiction de la révision du prix par le juge (235). De la même façon, l'indétermination du taux d'intérêt bancaire devrait entraîner l'application du taux de base bancaire (236) ou, à tout le moins, le taux contractuel initial (237).

52. De toute façon, cette interdiction de fixation du prix par le juge, posée certes en principe, est loin d'être générale. En effet, le droit positif élargit et multiplie les cas de figure dans lesquels le juge peut, sans annuler l'accord, modifier le prix convenu.

Ainsi, en matière de lésion, le code civil organise le mécanisme de son « rachat », dans l'article 891 pour le partage, et dans l'article 1681 pour la vente. L'article 1681 fait même référence au « juste prix » (238). La manière dont la jurisprudence a tenu compte de l'érosion monétaire dans le calcul d'un tel rachat (239) montre qu'il s'agit bien d'éviter la nullité en rétablissant la commutativité du contrat. Puisque le droit permet d'éviter la nullité en éliminant la lésion, on pourrait analogiquement concevoir que la jurisprudence évite l'annulation pour indétermination en fixant un prix raisonnable (240).

53. Par ailleurs, en dehors de toute prescription légale, la jurisprudence a montré une certaine audace, qui s'est manifestée tant en ce qui concerne l'adaptation d'un prix fixé, qu'en ce qui concerne le prix initial lui-même. En effet, la jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir de modifier le contrat dans ses clauses d'adaptation monétaire afin de les rendre efficaces, par la technique de substitution d'un indice nul ou inefficace par un indice valable (241). Il est vrai que les arrêts se parent pour le faire d'une interprétation de la volonté des parties. Mais on souligne le caractère

(233) Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, préface Weill, 1969, LGDJ, n° 20 et s. p. 21 et s. spéc. n° 25, p. 25.

(234) Ph. Simler, préc. n° 27, p. 26.

(235) Ph. Simler, préc. n° 311, p.

(236) Paris, 21 févr. 1990, cité par J.-L. Rives-Lange, dans sa note sous Com. 2 mai 1990, préc.

(237) TGI Caen, 17 janv. 1990, *ibid.*

(238) « Dans les cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la direction du dixième du prix total ».

(239) Ass. plén. Civ. 9 mars 1961, *D.* 1961.505, note Ancel ; *JCP* 1961.II.12091, note P. Voirin et Civ. 1^{re}, 7 juin 1966, *D.* 1966.629, rap. Ancel, *JCP* 1967.II.15049, note A. Plancqueel ; *Grands arrêts*, 8^e éd. n° 167, p. 592 et s. ; R. Savatier, *Le rachat de la lésion et l'intabilité monétaire*, *D.* 1961.*Chron.* 199 ; P. Lescot, *Les tribunaux en face de la carence du législateur*, *JCP* 1966.I.2007.

(240) Sur le lien entre lésion et indétermination du prix, *V. supra* n° 36 et s.

(241) Civ. 3^e, 16 juill. 1974, *D.* 1974.681, note Ph. Malaurie, *Defrénois*, 1975, art. 30882, p. 383, obs. J.-L. Aubert ; Com. 7 janv. 1975, *JCP* 1975.II.18167, note J. Ghestin ; *D.* 1975.516, note Ph. Malaurie ; Civ. 1^{re}, 18 mai 1976, *Bull. civ.* I, n° 175, p. 139 ; Civ. 3^e, 29 juin 1977, *Bull. civ.* III, n° 294, p. 223 ; 9 oct. 1984, *Rev. loyers*, 1985.34. Rapp. Civ. 3^e, 12 juin 1991, *Bull. civ.* III, n° 177, p. 104.

parfois fictif du procédé (242) ; il suffit d'ailleurs de soutenir que les parties désirent par définition voir leur accord soumis à un procédé valable d'indexation (243). Il s'agit plutôt d'organiser une réfection du contrat en se fondant sur son économie générale (244).

54. C'est parfois ouvertement que la jurisprudence opère une modification du prix tel que fixé dès la formation du contrat, estimant qu'il ne traduit pas la valeur de la contreprestation. Ainsi, le contrôle jurisprudentiel du prix de cession des offices ministériels est traditionnel, alors qu'il ne repose sur aucun texte. Les tribunaux n'hésitent pas, en ce qui concerne les rémunérations des mandataires (245), celles des membres des professions libérales (246), des prestataires de services (247), à fixer un montant si le contrat n'en détermine pas, en évaluant la prestation effectuée (248), ou à en déduire souverainement le montant.

Si le procédé peut se justifier en matière de mandat par l'article 1999, alinéa 2 du code civil (249), il s'agit dans les autres hypothèses de l'exercice d'un véritable pouvoir de révision judiciaire du prix. La jurisprudence l'applique d'ailleurs à des contrats d'entreprise, qu'on ne peut analyser à travers la technique du mandat (250). Le seul fondement de la révision est alors l'équilibre du contrat, souverainement (251) apprécié par le juge qui analyse l'économie de l'accord (252) et exerce un pouvoir d'équité (253).

55. Si l'équité légitime la modification d'une rémunération de service, il faudrait admettre que, par une vertigineuse inversion des valeurs, l'article 1104 sur la commutativité a pris le pas sur l'article 1134 du code civil. Pourquoi le juge ne pourrait-il modifier le prix pour satisfaire ce même impératif d'équilibre ? Certes, cela affaiblirait le principe selon lequel le juge n'a pas prise sur un contrat, qui ne relève que de la volonté des parties. Mais ce principe est-il intangible ?

L'office du juge s'est depuis le Code Napoléon accru et modifié considérablement. Il ne serait pas incohérent de lui reconnaître un pouvoir direct sur le contrat, de la même façon qu'on lui reconnaît en droit processuel un pouvoir direct sur le procès, chose des parties. Le principe dispositif et la puissance de la volonté contractuelle

(242) J. Honorat, préc. p. 271.

(243) Civ. 3^e, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* III, n° 151, p. 88.

(244) L. Boyer, préc. p. 95-96.

(245) V. par ex. Req. 28 mai 1913, S. 1915.1.116, Civ. 29 janv. 1867, D. 1867.1.53 ; Com. 23 janv. 1962, *Bull. civ.* III, n° 52, p. 42 ; 9 mars 1976, *Bull. civ.* IV, n° 82, p. 70 ; Civ. 1^{re}, 3 nov. 1977, *Bull. civ.* I, n° 398, p. 318.

(246) V. par ex. Rennes, 17 avr. 1969, cette *Revue* 1971.172, obs. G. Cornu, qui concerne un conseil en organisation, Civ. 1^{re}, 14 mai 1969, *Bull. civ.* I, n° 181, p. 146, qui concerne un notaire, 13 oct. 1976, D. 1978.72, obs. A. Brunois, qui concerne un avocat, 3 juin 1986, *JCP* 1987.II.20791, note A. Viandier qui concerne un comptable, Paris, 28 juin 1985, D. 1987.13, note A. Gourio, qui concerne un architecte.

(247) V. F. Chabas, cette *Revue* 1983.748.

(248) Civ. 1^{re}, 9 févr. 1977, *Bull. civ.* I, n° 74, p. 58 ; Civ. 3^e, 24 janv. 1978, *Bull. civ.* III, n° 49, p. 39 ; Paris, 28 juin 1985, préc.

(249) ... « Le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement (au mandataire), lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres », interprété *a contrario*.

(250) V. l'arrêt très explicite dans ce sens, Civ. 1^{re}, 4 oct. 1989, *Bull. civ.* I, n° 301, p. 201.

(251) Civ. 3^e, 24 janv. 1978, préc.

(252) Com. 9 févr. 1977, préc.

(253) G. Cornu, préc.

sont des principes conjointement affaiblis en droit positif. Ce serait en tirer les conséquences que de reconnaître au juge un pouvoir général de révision du prix.

Cela aboutit certes à briser ce couple de contractants que vise l'article 1101 du code civil. Mais il a été démontré qu'au regard de l'évolution du droit positif, le contrat se construit désormais à trois : les deux parties et l'Etat, dans ses exigences de conformité à un ordre public envahissant. De ce trinôme de la formation du contrat, peut se décalquer une relation également triangulaire lors d'un épisode contentieux : les deux parties et le juge.

Si un tel pouvoir de révision, dont le droit positif présente les linéaments, était généralisé quant au prix, il faudrait ici en faire l'application à double sens : la réduction du prix excessif et l'augmentation du prix insuffisant. Il s'agirait pour le juge de fixer un prix raisonnable. Le droit positif se rapprocherait alors du système anglo-saxon en la matière (254).

56. Il ne s'agit pas de prôner un système plutôt qu'un autre. Peut-être le droit doit-il laisser la volonté des contractants aménager les obligations contractuelles. Le contrat doit alors rester hors de la portée. Peut-être le droit doit-il donner au juge un pouvoir tutélaire sur la norme contractuelle. Mais il est important que le droit positif forme un tout logiquement cohérent. Or, il apparaît une difficulté fondamentale : la jurisprudence délaisse la première conception au regard du droit des contrats, sans l'abandonner au regard de l'office du juge. Cela ne peut que laisser l'observateur perplexe.

(254) V. *supra* n° 25.