

LE CHOIX DE L'ANNULATION COMME SANCTION DE L'INDÉTERMINATION DU PRIX DANS LES CONTRATS D'EXCLUSIVITÉ ET SES CONSÉQUENCES (*)

Cités souvent comme exemple de l'esprit cartésien, il est acquis que les juristes français ont un goût bien ancré pour les règles générales et a priori, dont ils prétendent par déduction tirer toutes les solutions particulières que le règlement des litiges exige. Il est donc cohérent que, dans ce jardin à la française, il y ait une tendance des juges à décider par principes, nets, tranchants, superbes.

Ainsi, en matière d'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité, même si les conditions et les fondements de la sanction sont parfois opaques et difficiles à systématiser (1), la sanction a, quant à elle, le tranchant d'un couperet : la nullité absolue est la sanction qu'il faut appliquer lorsqu'une indétermination du prix est relevée et le droit jurisprudentiel ne souffre sur ce point d'aucune ambiguïté.

2. Mais les conséquences de cette annulation ? combien payer ? comment organiser les restitutions ? Quel sort réserver aux engagements connexes ? Cela ne semble guère soucier ceux qui décident des sanctions ou ceux qui commentent leurs décisions : l'intendance suivra... S'en préoccuper serait sans doute tomber dans les considérations d'argent, dans le concret, le trivial, le vulgaire.

3. Mais aujourd'hui, d'une façon générale, une nouvelle tendance se fait jour en jurisprudence et en doctrine, par la prise en considération des conséquences des décisions juridiques prises. Sans doute parce que le droit est une règle sociale visant elle-même à une régulation sociale, cette mission nécessitant que les conséquences des normes soient par anticipation intégrées dans les processus de décision. Parce qu'ensuite le droit n'est rien s'il n'est pas appliqué, qu'il

doit être pour cela respecté et accepté par ceux à qui il prétend s'imposer : une incompréhension ou une récalcitance de ses destinataires signe alors une défaillance du droit lui-même. Parce qu'enfin le système juridique est critiquable dans les choix qu'il est en droit d'opérer au sein de politiques législatives ou jurisprudentielles si, de ces traductions premières de valeurs que sont souvent les principes, les conséquences sont mauvaises. Or, si l'on se penche sur la règle de l'annulation du dispositif contractuel comme sanction d'une indétermination du prix et qu'on cherche à en mesurer les conséquences, on soupçonne rapidement que le système prétorien ne donne pas plus satisfaction quant à la sanction qu'il n'en donnait quant aux conditions de l'annulation.

Pour l'apprécier, le juriste doit aller au charbon et noircir un peu ses mains diaphanes de civiliste, en prenant en considération l'économie, l'argent, et autres phénomènes concrets (2). C'est ainsi qu'il va devoir, à rebours, incorporer dans son raisonnement les grands équilibres économiques et la balance des intérêts entre les partenaires, se souvenant, règle classique, que les contrats unissent des personnes dont les intérêts sont par définition contradictoires, que l'équilibre repose aussi sur un rapport de force qu'il est dangereux

d'affecter d'ignorer, le droit ne devant verser ni dans l'angélisme ni dans un engouement excessif pour la concorde.

4. Depuis peu remise en cause, cette indifférence quant aux conséquences des annulations a aussi un inconvénient méthodologique : peu de publications portant précisément sur les conséquences d'une annulation d'un contrat d'exclusivité (3), peu de décisions judiciaires, peu d'études doctrinales. On aurait pu penser pourtant que les choses sérieuses commençaient alors, puisque c'est à ce moment-là que les décisions se concrétisent, notamment péuniairement.

C'est pourquoi les arrêts que la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendus le 23 juin 1992 (4) ont retenu toute l'attention, ne serait-ce que parce qu'ils abordaient enfin de front la question des conséquences de l'annulation des contrats d'exclusivité. Certes, ils ont soulevé plus de questions qu'ils n'ont apporté de réponse, et la présente étude ne peut guère prétendre faire mieux...

5. En effet, l'examen des décisions et réflexions disponibles en la matière laisse une impression d'imprécision technique et révèle les difficultés inhérentes à la mesure de la portée de l'annulation des contrats d'exclusivité. L'impuissance de l'observateur

(*) Tiré d'une conférence prononcée dans le cadre de la journée d'étude organisée par l'Association française d'étude de la concurrence : « Les contrats d'exclusivité favorisent-ils la concurrence ? », le 23 juin 1993.

(1) V., par ex. et dernièrement, L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?*, D. 1993, chron., p. 25 s. ; M.-A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, R.T.D. civ. 1992, p. 269 s. ; D. d'Honoraene, *L'indétermination du prix*, Gaz. Pal. du 10 juin 1992 ; F. Leduc, *La détermination du prix, une exigence exceptionnelle*, J.C.P. 1992, I, 13601.

(2) Dans une perspective philosophique, v. notamment Droit et économie, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 37, Sirey, 1992 ; dans une perspective sociologique, v. notamment A. Bancaud, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des valeurs moyennes*, L.G.D.J., 1993, p. 207 s.

(3) On consultera bien sûr avec profit les études plus générales menées en matière de restitution, et récemment C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, L.G.D.J., 1992, et M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991.

(4) J.C.P. 1992, II, 21974, note M. Behar-Touchais ; J.C.P., éd. E, 1993, I, 231 (n° 8), note D. Ferrier ; L. Leveneur, *Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats-cadres de distribution*, *Contrat. Concurrence Consommation*, nov. 1993, Gaz. Pal. du 30 décembre 1992, pan., p. 309.

à bien les saisir, après l'avoir fait douter de sa propre perspicacité ou de son état de vigilance, le pousse à imaginer que les choses ne seraient pas si compliquées si la sanction retenue par principe n'était pas celle de l'annulation. La doctrine formule d'ailleurs régulièrement des appels à la jurisprudence pour plus de clarté en matière d'indétermination du prix, mais ses suppliques semblent sans réponse... (5).

A elle alors de rêver d'autres réactions juridiques face à l'existence d'un vice dans un contrat d'exclusivité, pour indétermination du prix notamment, sanctions plus adéquates susceptibles de mieux préserver les grands équilibres économiques et sociaux dont le juriste soupçonne maintenant qu'il a aussi la charge.

6. C'est pourquoi, après avoir essayé de mesurer la portée de l'annulation des contrats d'exclusivité, c'est-à-dire de chercher dans le droit positif quelques réponses (I), il est proposé d'aborder le principe même de l'annulation, c'est-à-dire de soulever quelques questions (II).

I. La portée de l'annulation des contrats d'exclusivité

On distinguera cette portée à l'égard des contrats d'application, d'une part (A), et à l'égard des engagements connexes à l'engagement d'exclusivité, d'autre part (B).

A. La portée de l'annulation des contrats d'exclusivité au regard des contrats d'application

Le droit positif récent a posé le principe de l'annulation des contrats d'exécution comme conséquence de l'annulation du contrat-cadre (1). Cela soulève dès lors la question des restitutions (2).

1. Le principe de l'annulation corrélative des contrats d'exécution

7. L'organisation de relations d'exclusivité suppose, d'une part, un contrat-cadre, sorte de matrice qui comprend les gènes principaux de l'accord, et, d'autre part, des contrats d'application qui sont autant d'enfants concrétisant la ferme relation entre les parties. On les identifierait volontiers à des clones, si ne variaient pour le même produit, et la quantité fournie, et le prix.

8. Ces contrats d'exécution peuvent emprunter plusieurs qualifications juridiques. Ainsi, il pourra s'agir de contrats de vente, par lesquels le distributeur final achète des produits dont il acquiert donc la propriété et qu'il revendra à sa clientèle. Mais il pourra s'agir aussi de contrats de mandat, par lesquels le fabricant, le producteur, ou le distributeur en amont permettent à leur cocontractant de vendre à leur place le produit à sa clientèle. Dans le premier cas, le bénéficiaire du distributeur final sera constitué par la différence entre le coût que représente pour lui le produit acheté et le prix auquel il le vend à son propre acheteur. Dans le second cas, le bénéficiaire du distributeur final sera constitué par une commission que lui versera son cocontractant d'amont, le mandant qui lui avait confié le produit et qui le rémunère de cette façon de la vente qu'il a réussie pour lui.

9. Ainsi, dans ces relations économiques de longue durée, lorsque l'annulation du contrat-cadre intervient, des contrats d'exécution ont été déjà conclus, exécutés, en quelque sorte « enterrés », dans la mesure où les marchandises ont le plus souvent été commandées, livrées, revendues, payées. Quel va être leur sort ? Les annuler, c'est créer une sorte de trouble là où tout était redevenu paisible. Remuer une eau apaisée est *a priori* une solution qui doit prendre appui sur une solide justification dans la mesure où le droit a, entre autres, pour fonction de ramener le calme et non de causer le trouble. La tentation est donc forte de ne pas remettre en cause les contrats d'exécution. Pour cela, il suffit d'avancer l'argument de l'autonomie juridique existant entre le contrat-cadre et le contrat d'exécution. En effet, l'indétermination du prix qui entache le contrat-cadre ne se retrouve pas dans le contrat d'exécution, ce dernier se référant à un prix qui, certes, varie de contrat d'exécution en contrat d'exécution, mais qui est, dans chacun d'eux, effectivement déterminé. La doctrine remarquait donc que « la nullité du contrat-cadre n'affecte pas en principe la validité de ces ventes parce qu'elles comportent en elles-mêmes tous les éléments formateurs d'un contrat : un

accord de volontés sur un objet, un prix déterminé » (6).

Ces deux raisons, juridique et d'opportunité, ont séduit la Cour d'appel de Paris qui, notamment dans un arrêt du 7 juin 1990, a estimé que : « la nullité des contrats litigieux ne saurait priver rétroactivement de toute efficacité les diverses opérations effectuées successivement dans le cadre de la gérance et dans celui du mandat, alors que lesdits contrats sont normalement arrivés à leur terme, après une exécution sans réserve de ses obligations par chacune des parties » (7). Dès lors, les effets de la nullité devraient être limités aux contrats-cadre. On est ainsi très proche d'une hypothèse de résiliation.

10. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans une série d'arrêts rendus le 23 juin 1992 (8), dont le plus important semble l'arrêt *Bertron*, rejette implicitement mais fermement cette autonomie suggérée entre contrat-cadre et contrats d'exécutions. Pour le faire, elle vise l'article 1234 du Code civil, posant que les obligations sont éteintes pour différentes causes, dont la nullité de l'obligation. Dès lors, toute exécution de l'obligation est exclue. Il faut donc anéantir rétroactivement l'exécution du contrat-cadre, laquelle s'effectue principalement à travers des contrats d'application qui doivent être transitivement frappés. Cela se conçoit d'autant mieux qu'il est acquis que le véritable critère de l'indétermination réside dans le caractère arbitraire d'un prix décidé par le bénéficiaire de la clause d'exclusivité. Or, cette caractéristique se retrouve dans les contrats successifs d'exécution, ceux dans lesquels le fabricant, le producteur ou le premier distributeur, insèrent un prix non négocié sans que leur cocontractant puisse même se retrancher derrière l'ultime liberté contractuelle qui consiste à ne pas contracter, lié qu'il est par l'engagement d'exclusivité d'approvisionnement ou de fourniture. L'annulation du contrat-cadre n'a alors de sens qu'en tant qu'elle implique l'annulation corrélative des contrats d'exécution, puisque c'est par ces derniers que le déséquilibre des prestations s'est concrétisé.

droits des contrats

(5) V., en dernier lieu, J. Ghestin, sous Com. 5 et 19 novembre 1991 et 23 février 1993, D. 1993, p. 379 et s., sép. p. 384.

(6) L. Aynès, sous Com., 13 juin 1989, Defrénois 1990, art. 34761, p. 444.

(7) Arrêt précisément cassé par l'un des arrêts de la Chambre commerciale du 23 juin 1992, préc. Mais c'est un raisonnement similaire que mène la Cour d'appel de Poitiers dans un arrêt en date du 18 novembre 1992 (ch. civ. 1, Soc. Disco/Jacob, doc. Juris-Data, n° 49696) : « L'effet rétroactif qui s'attache aux conséquences de la nullité de ce contrat d'affiliation, qui est un contrat à exécution successive, n'a pas éteint l'obligation de payer les livraisons de marchandises antérieurement effectuées et acceptées par l'affilié. Les avantages financiers consentis par le fournisseur affilié pendant la période d'exécution du contrat doivent faire l'objet d'une restitution afin d'assurer le respect du principe de la remise des parties en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée ». On notera en outre qu'en l'espèce c'est le même distributeur que celui visé par l'un des arrêts de cassation précités qui était en cause...

(8) Préc.

11. Mais c'est là où les difficultés commencent, car l'annulation des contrats d'exécution acquise, les modalités d'exécution restent à déterminer. La Cour de cassation vient préciser, dans deux *obiter dictum* rédigés à l'identique, à travers l'arrêt *Bertron* et l'arrêt *Pinier*, rendus ce même 23 juin 1992, que, dans le calcul des restitutions, il faut considérer que « les produits livrés devaient être payés à leur valeur réelle ». Vaste programme...

2. Le paiement des marchandises selon leur « valeur réelle »

12. L'annulation d'un contrat a un effet rétroactif : il s'agit de remettre les choses en l'état, de faire en sorte que les parties se retrouvent dans l'état antérieur à la conclusion du contrat. C'est le mécanisme des restitutions qui a pour fin d'effacer le contrat, précisément parce que ce dernier a reçu exécution avant le prononcé de son annulation (9), les parties se rendant à chacune ce qu'elles ont reçu de l'autre (10). Il s'agit de remonter le temps : ainsi, par exemple, le vendeur reprend possession du bien et restitue les sommes payées par l'acheteur.

La chose n'est déjà pas aisée lorsque l'objet existe encore entre les mains de celui qui l'avait acquise ou qui l'avait en dépôt ; elle semble inconcevable lorsque l'objet a disparu, parce que consommé par exemple, ou parce qu'il a déjà été revendu. Cette impossibilité de restitution n'est certes pas de nature à entraver le prononcé même de l'annulation (11). On ne peut pourtant, faute d'objet propre ou équivalent à lui apporter en contrepartie, obliger par exemple le vendeur à en restituer néanmoins le prix, engendrant sinon un double profit pour l'acheteur. Faut-il alors laisser les choses en l'état, le bien restant hors de portée, et le prix conservé purement et simplement par le premier vendeur ?

13. De cela non plus, il ne peut être question, car si les choses ne bougent pas, l'échange économique et juridique est alors pérennisé : l'exécution initiale reste acquise, et l'annulation n'a plus aucune portée, puisque on en arrive à maintenir tels quels les effets d'un contrat dont on a dit qu'il ne

méritait plus d'être ! Quadrature du cercle... Les arrêts précités du 23 juin 1992 cherchent à le briser en posant que le bien ne sera pas restitué à celui qui l'avait fourni et qu'une somme lui sera corrélativement restituée (ou lui restera acquise) ; mais cette somme doit correspondre non pas au prix mais à la « valeur réelle » du bien.

14. Il est bien difficile de déterminer la valeur réelle des choses... Philosophes et économistes ont exposé que les choses n'ont pas de valeur par nature, que leur évaluation est avant tout affaire de convention, même si cela se fait à travers le prisme du marché. L'adjectif « réelle » qui qualifie dans ces arrêts cruciaux le substantif « valeur », supposant une valeur en soi, renvoyant en creux à ce qui serait une valeur fautive ou imaginaire de l'objet, n'est d'ailleurs pas sans dénoter un certain optimisme, voire un soupçon de naïveté de la part des juges.

Sans doute vaut-il mieux, cherchant à comprendre le sens de ces arrêts de principe, rechercher leur *ratio decidendi*. En effet, la Cour affirme que « les produits livrés devaient être payés à leur valeur réelle, sans inclure la part de bénéfice réalisé par le fournisseur ». L'idée est là : le partenaire économiquement puissant ne doit pas faire de profit. On est ici très proche des règles de l'enrichissement sans cause, et ce sont elles qui furent notamment appliquées dans l'hypothèse analogue du maintien de la rémunération d'un salarié, malgré la nullité du contrat de travail, mais rémunération déterminée non plus au regard des stipulations mais par évaluation des services rendus (12). C'est encore la même solution appliquée à l'hypothèse plus proche encore des contrats d'intégration agricole (13). Revenant sur les arrêts du 23 juin 1992, on ne peut s'empêcher de déceler ici une certaine animosité à l'égard du premier fournisseur, exprimée ainsi par la Cour qui ne se réfère qu'à l'exigence d'absence de bénéfice, sans compléter davantage la proposition, alors qu'il aurait été convenable de préciser, en parallèle, qu'il ne doit pas, dans un mécanisme neutre de restitution, faire de perte non plus. Il faut donc qu'à tout le moins l'opération soit blanche pour

lui, même s'il s'avère qu'elle sera profitable pour le fournisseur final.

15. En fonction de ces critères, on peut penser que l'évaluation de cette « valeur réelle » résultera de l'addition du coût d'achat des matières nécessaires, du coût de production ou transformation et du coût des frais de structure. Cela reviendra pour le fournisseur final à un achat à « prix coûtant ».

En outre, si l'accord entre les parties a pris la forme d'un mandat, le contrat de mandat étant annulé, la commission doit sans doute être restituée, et on peut penser que le montant de la restitution devra être tributaire de cette valeur réelle et non des prix convenus.

A cette première aubaine, s'y ajoute au profit du distributeur final une seconde, car il va pouvoir échapper à beaucoup d'obligations contractuelles auxquels il s'était en outre initialement engagé.

B. La portée de l'annulation des contrats d'exclusivité au regard des engagements connexes

Il s'agit d'aborder le sort que la jurisprudence réserve aux engagements connexes (1), ce qu'il semble faire principalement en considération des intérêts du revendeur final (2).

1. Le sort des engagements connexes

16. Les engagements connexes à l'engagement principal consistant à s'approvisionner ou à vendre de façon exclusive un produit, peuvent prendre la forme de clauses contractuelles ou de contrats formellement séparés mais adossés à ce « noyau dur » de l'intégration économique qu'est l'exclusivité.

17. En ce qui concerne les clauses, il pourra s'agir de clauses d'exécution comme la clause de quota, ou de clauses d'inexécution comme la clause pénale (14), la clause compromissoire, la clause attributive de compétence, etc... L'indétermination du prix étant sanctionnée par une nullité absolue, affectant l'ensemble des engagements, aucun ne pourra donc survivre.

C'est d'ailleurs souvent pour échapper à ces derniers, notamment la clause pénale, que le fournisseur final invoquera efficacement le vice touchant le

(9) Ce qui place entre la nullité et la restitution l'existence de l'exécution du contrat, le lien de conséquence entre nullité et restitution étant donc indirect, selon la démonstration menée par C. Guelfucci-Thibierge, préc. n° 657 et s., p. 380 et s.
(10) V. C. Guelfucci-Thibierge, préc. ; M. Malaurie, préc.
(11) V. par ex., Civ., 1^{re}, 12 décembre 1979, J.C.P. 1980. II. 19464, note J. Prévault.
(12) Civ., sect. soc., 2 février 1961, D. 1961, p. 236 et l'exploitation qu'en donnent A. Weill et F. Terré, in *Les obligations*, Précis Dalloz, 4^e éd., 1986, n° 331, p. 355 et s.
(13) Civ. 1^{re}, 12 décembre 1979, préc. ; 2 mai 1989, J.C.P. 1990. IV. 245.
(14) Sur la nécessaire dépendance par rapport à l'obligation principale dont elle garantit l'exécution, v. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, 1992, L.G.D.J., spéc. n° 183 et s., p. 98 et s. Pour une application récente relative à la matière, v. Pau (ch. 2), Mounesties S.A.R.L. Minoterie Marsan (Doc. Juris-Data, n° 422826).

prix. Concernant la clause compromissoire, il semble qu'elle soit aussi atteinte par cette nullité d'ensemble, sauf s'il s'agit d'un arbitrage international, étant précisé que les arbitres ont tout de même compétence *prima facie* pour apprécier la nullité alléguée du contrat d'exclusivité. Enfin, il semble que des juges conçoivent de laisser intacte la clause attributive de compétence, estimant que l'allégation de l'indétermination du prix se suffise pas à la faire antérieurement jouer, par un déclinatoire de compétence (15).

18. En outre, le contrat-cadre, qui enfante donc de nombreux contrats de vente ou de mandat pour se concrétiser, s'adosse sur des contrats divers. Ainsi, par exemple, le concédant va consentir ou cautionner un prêt qui permettra à son cocontractant de s'engager dans les dépenses nécessaires à la distribution du produit au consommateur. Ce sont aussi des contrats de dépôt, de location-gérance ou de cautionnement notamment qui « gravitent » autour du noyau juridique du contrat-cadre d'approvisionnement ou de fourniture exclusifs.

On a pourtant remarqué que la jurisprudence apprécie de façon différente le lien d'indivisibilité (16) existant entre le contrat-cadre et le contrat connexe, lien susceptible d'entraîner corrélativement l'annulation du contrat connexe, suivant que ce dernier est favorable ou non au distributeur final. C'est ainsi qu'est déclaré caduc le contrat de location du matériel utile à l'exploitation concédée (17). Tandis qu'est maintenu le contrat de prêt par lequel le fournisseur accordait les sommes nécessaires au vendeur final pour qu'il s'installe et débute son activité (18). On aurait pourtant pu penser que l'accord de distribution était la cause exclusive et déterminante du prêt, et que la nullité de l'un entraînait la nullité de l'autre (19).

19. En ce qui concerne le contrat de cautionnement, par lequel le premier fournisseur, le producteur ou le fabricant obtiennent auprès d'un tiers la garantie d'exécution par le fournisseur final, débiteur principal, de ses obligations, la question fut un temps plus douteuse. En effet, dans la mesure où, du fait de l'indétermination

du prix, non seulement le contrat-cadre mais encore les contrats d'exécution sont nuls de nullité absolue, on peut penser que, par une sorte de « nullité réflexe », le contrat de cautionnement est lui-même atteint. Cela tient au fait qu'un cautionnement ne peut prendre prise que sur une obligation valable. Ici, il est acquis que l'obligation du fournisseur final de payer le prix est nulle, puisque ce prix est arbitrairement fixé. Ne subsiste donc que l'obligation de rembourser la valeur réelle du bien, au titre du mécanisme autonome de la restitution. L'obligation de la caution devrait donc être anéantie, en conséquence de la nullité des contrats d'exécution (20). C'est une des leçons que la doctrine avait tirée des arrêts précités du 23 juin 1992 (21), espérant ainsi une rupture avec une jurisprudence antérieure maintenant l'obligation de la caution à garantir les sommes dues par le débiteur principal au titre de son obligation de restitution (22). Mais c'est avec constance que la Chambre commerciale, malgré l'affirmation de la nullité des contrats d'exécution, a maintenu par un arrêt du 2 mars 1993 (23), la solution de la survie de l'obligation de la caution, obligation reportée donc sur la créance de restitution. La solution a le mérite d'être claire mais son fondement juridique reste obscur et les arrêts se gardent d'ailleurs bien d'en proposer un quelconque...

2. Le critère sous-jacent de protection du distributeur final

20. On a remarqué de longue date que le maniement de notions telles que l'indivisibilité pouvait donner prise à quelque arbitraire (24), ou à tout le moins à la mise en œuvre de desseins ainsi occultés. En matière d'annulation de contrat d'exclusivité, on peut ainsi penser que le critère sous-jacent utilisé pour mesurer les conséquences de l'annulation d'un accord d'exclusivité sur les engagements connexes est finalement, implicitement mais nettement, l'intérêt du distributeur final, au chevet duquel la jurisprudence se penche le plus souvent, qu'il s'agisse d'apprécier le sort des contrats d'application et des engagements connexes ou de déterminer les modalités de restitution.

21. Si l'on peut reprocher à la jurisprudence son absence de

netteté, on ne peut donc que prendre acte de sa cohérence profonde, bien que souterraine, puisqu'on peut penser que toute l'interprétation jurisprudentielle des conditions d'annulation pour indétermination du prix est elle aussi guidée par cette finalité protectrice. L'opportunité de cette politique jurisprudentielle est une autre question.

S'il ne s'agit pas ici de prendre position sur ce dernier point, l'on ne peut que noter les incertitudes juridiques engendrées par les solutions retenues et c'est à ce titre qu'il est légitime d'examiner le bien-fondé du principe même de l'annulation, comme mode de sanction des accords d'exclusivité viciés.

II. Le principe de l'annulation des contrats d'exclusivité

On ne peut que noter l'inadéquation de l'annulation comme mode de sanction (A), mais, cela démontré, reste encore à proposer une forme plus appropriée, qui pourrait être un mécanisme de responsabilité (B), voire de réfaction judiciaire du contrat d'exclusivité (C).

A. L'inadéquation de l'annulation comme mode de sanction

Cette inadéquation résulte du fait que la viabilité de l'accord d'exclusivité est ainsi à la disposition du fournisseur final (1), ce qui engendre des effets économiques pervers (2).

1. La viabilité de l'accord d'exclusivité à la disposition du fournisseur final

22. L'élaboration de relations, généralement en réseaux, autour d'accords d'exclusivité, correspond à une volonté d'intégration. On tend à considérer que, en l'état actuel de la jurisprudence et par une sorte de cercle vicieux, il est pourtant pratiquement impossible que cette organisation juridique puisse échapper à un grief d'indétermination du prix (25). Force est donc de constater que ces ensembles juridiques ne sont viables que tant qu'il ne chante pas au fournisseur final de les faire judiciairement anéantir.

Cette redoutable puissance de fait permet ce que l'on a appelé « le litige à la commande » (26). On remarquera que le distributeur final n'appuiera

- (15) Aix-en-Provence (ch. 2), S.A.R.L. Jicky/S.A. Alain Manoukian, 11 mars 1992 (doc. Juris-Data, n° 45223).
- (16) J. Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, R.T.D. civ. 1950, p. 1 et s.
- (17) Angers (ch. 1 A), S.A. Lovéco/Gaignier, 29 juin 1992 (doc. Juris-Data n° 46928) : « Des lors qu'un contrat de concession d'exploitation d'une marque est nul, la fourniture du matériel qui en est l'une des stipulations perd sa cause et le contrat de location, destiné à procurer ce matériel et lié dans l'esprit des parties au contrat principal, devient caduc ».
- (18) Paris (ch. S, sect. A), Maille c/ S.A. Elf France, 8 juillet 1992 (doc. Juris-Data n° 23543).
- (19) Sur la considération de la volonté des parties au contrat, v. F. Terré, l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J., 1957. Sur l'utilisation des notions de cause et de condition impulsive et déterminante pour mesurer l'assiette de la nullité, v. Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, L.G.D.J., 1969, n° 258 et s., p. 313 et s., spéc. n° 289 s., p. 351 s., qui distingue notamment entre le but et la modalité.
- (20) M. Malaurie, préc., p. 64 et s.
- (21) M. Béhar-Touchais, préc. V., dans ce sens, Rennes (ch. 1B), S.A. Brasserie européenne Jegot, 18 mars 1992 (doc. Juris-Data, n° 43222) : « La nullité du contrat principal, contrat de bière, pour indétermination du prix entraîne la nullité du cautionnement ».
- (22) V. par exemple, Com. 12 février 1991, J.C.P. 1991, II, 21754 ? note Ph. Delebecque ; D. 1991, I.R., p. 64 ; R.J.D.A. juin 1991, n° 460.
- (23) R.J.D.A. mai 1993, n° 381. V. aussi Paris (ch. 5, sect. A), Maille c/ S.A. Elf France, 8 juillet 1992, préc.
- (24) J. Boulanger, préc., n° 21.
- (25) V., par exemple, J. Bélot, La détermination judiciaire du prix dans le contrat, R.R.J. 1982, 2, 349 et s. ; D. Ferrier, Indétermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif, Cah. dr. entr. 1982, n° 5-6, p. 12 et s. ; Van Gerven, Conventions de longue durée, détermination du prix, Publications de la Commission Droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 1982 ; A. Seube, La précarité des clauses d'exclusivité, Gaz. Pal. 1979, 2, 655 s.
- (26) G. Cornu, R.T.D. civ., 1972, p. 366.

sur ce « bouton rouge » que pour mieux échapper à ses obligations, ou fuir les conséquences de leur inexécution. On observe en effet que ce n'est pas par voie d'action que la nullité est demandée, mais par la voie procédurale de l'exception, le fournisseur final assigné en paiement, en résolution ou en exécution d'une clause pénale notamment, se prévalant alors avec efficacité d'une nullité qui le soustrait transitivement et opportunément à l'ensemble de ses obligations.

23. Dès lors, tout ce dispositif contractuel, qui, par définition, se veut obligatoire entre les parties, devient proprement facultatif pour l'une d'entre elles. Plus encore, dès l'instant que la rétroactivité de l'annulation est aujourd'hui strictement imposée (27), l'avantage conféré va au-delà de la situation équivalente à une hypothèse de résiliation, jusqu'ici consentie : il ne s'agit plus seulement d'accorder un pouvoir discrétionnaire de sortir d'un engagement, à terme pourtant déterminé, ce qui sauvegarde à tout le moins l'exécution passée, mais bien d'accorder le pouvoir de faire en sorte que ce passé ne soit plus. Cet état de choses permet une sérieuse redistribution des rôles du faible et du fort, du gentil et du méchant...

2. Les effets économiques pervers de cette annulation latente

24. Cette épée de Damoclès rend, si ce n'est impossible, du moins fort difficile l'intégration économique. On trouve ici une résistance qui paraît étonnante dans un droit économique, tant national que communautaire, de plus en plus favorable à ce type d'intégration, par l'évolution notamment des théories économiques en matière d'accords verticaux.

C'est ensuite constituer une atteinte à la concurrence, dans la mesure où l'annulation a pour effet de permettre, rétroactivement, au distributeur final, de payer les marchandises, qu'il a vocation à vendre avec bénéfice, à la valeur réelle du bien, c'est-à-dire à un prix coûtant dont ne peut bénéficier aucun de ses concurrents.

25. Il ne s'agit pas pour autant de souhaiter que des comportements qui consistent à fixer arbitrairement des prix successifs auxquels, par

exemple, le distributeur astreint à un approvisionnement exclusif doit se soumettre, comportements tout aussi répréhensibles moralement, par l'abus de la faiblesse d'autrui qu'ils signent, que condamnables économiquement, par la hausse artificielle des prix qu'ils incitent, doivent rester sans sanction.

Il convient simplement d'en imaginer d'autres types que l'annulation.

B. La solution offerte d'une application de la responsabilité

Cette solution présente indéniablement des avantages (1), mais le fondement juridique semble encore incertain (2).

1. Les avantages

26. Le premier avantage, si l'on retenait le terrain de la responsabilité, est d'exclure *ipso facto* toute incidence sur la validité du contrat, et de laisser celui-ci, ses clauses et les engagements connexes, valables, obligatoires et efficaces (28). Le prononcé de dommages et intérêts au profit du professionnel faible permettrait, grâce à la liberté que, de fait, le juge a en matière d'évaluation du dommage, de procéder de façon judiciaire à un réajustement de l'équilibre pécuniaire dans les relations d'ensemble des parties. La réparation ordonnée peut d'ailleurs ne pas prendre la forme d'une indemnisation par équivalent, mais privilégier la réparation en nature (29) : on est alors très proche de la réfaction directe du contrat par le juge.

Se dessine à travers cette première suggestion l'idée qu'il faudrait sans doute, par divers moyens, se diriger vers l'accroissement de l'office du juge en la matière. Encore faut-il trouver l'obligation dont la violation peut être relevée à la charge du premier fournisseur, afin de justifier juridiquement l'engagement de sa responsabilité.

2. Les difficultés de trouver un fondement sûr

27. La politique des prix que le fournisseur impose ainsi à son distributeur, soit que ce dernier, contraint d'observer un prix d'achat élevé, doive en répercuter la charge sur ses propres prix de vente, soit qu'il doive réduire ses propres

marges bénéficiaires, place ce dernier dans une position défavorable à la concurrence. Cependant, il est difficile d'y voir une faute du fournisseur, car, si son attitude a pour effet indirect de gripper le jeu de l'offre et de la demande, il demeure qu'il n'est pas subjectivement en charge de la défense des petits sur le marché concurrentiel (30).

Une idée plus solide est donc de s'appuyer sur le principe général de bonne foi que l'article 1134, alinéa 3 du Code civil vise expressément à propos du contrat, et qui constitue un principe directeur du droit des obligations, lui-même n'étant qu'une application particulière du principe général qui imbibe l'ensemble du système juridique.

28. On peut alors soutenir que le fournisseur initial du produit qui profite de l'exclusivité dont il bénéficie pour infléchir en sa faveur les prix fixés successivement dans les contrats d'exécution manque à son devoir de loyauté dans l'exécution de l'accord et doit être condamné à ce titre (31). Mais il semble acquis que la faute résiderait dans la fixation abusive du prix au sein des contrats d'application de l'accord-cadre ; analyser cela comme une faute dans l'exécution, c'est effacer totalement l'autonomie contractuelle des contrats d'application. Il est pourtant fréquent d'affirmer que les contrats d'application « ne sont pas la simple exécution du contrat-cadre » (32).

Le comportement qu'il s'agirait de sanctionner devrait sans doute plutôt s'analyser comme une déloyauté dans la formation des contrats d'application. Il est vrai que la jurisprudence, par induction de l'article 1134, alinéa 3, a posé un principe général de bonne foi non seulement dans l'exécution mais encore dans la formation du contrat (33), mais la responsabilité qu'il s'agirait alors de retenir serait de nature délictuelle.

29. La jurisprudence ne s'est pas embarrassée de telles considérations : c'est avec une audace étonnante qu'elle a affirmé dans l'arrêt de la chambre commerciale du 3 novembre 1992 (34) qu'une compagnie pétrolière qui, en raison de libération des cours, en était arrivée à vendre l'essence plus cher à ses distri-

buteurs qu'elle ne la vendait elle-même dans ses ventes directes au consommateur, engageait sa responsabilité contractuelle si, ayant ainsi privé le distributeur lié par un contrat d'approvisionnement exclusif « des moyens de pratiquer des prix concurrentiels », elle ne lui offrait pas pour autant un nouvel accord plus acceptable. Dans un système juridique qui maintient qu'on ne peut, par principe, obliger une personne à contracter malgré elle (35), cet usage de la responsabilité est audacieux à bien des points de vue.

Dès lors, quant à boudier le droit classique, ne peut-on aller encore plus loin ?

C. L'éventualité d'un pouvoir judiciaire de réfaction du contrat de concession exclusive

On pourrait songer à un pouvoir plus ou moins ouvertement donné au juge d'agir sur le prix, soit par le recours à la technique des clauses réputées non écrites (1), soit par un pouvoir direct de réfaction (2).

1. Le recours à la technique des clauses réputées non écrites

30. La sanction consistant à réputer une clause non écrite est une innovation assez récente du droit, dont l'élaboration est très liée à la constitution d'un droit de la consommation. Il est vrai que droit de la consommation et droit de la concurrence sont deux branches du droit à distinguer soigneusement dans la mesure où le premier a pour fin de protéger la personne faible potentiellement victime de la puissance économique et technique détenue par de plus puissants qu'elle tandis que la seconde a pour fin d'assurer le fonctionnement harmonieux de l'instrument économique qu'est le marché, par un contrôle des structures et des comportements. Il demeure que des instruments juridiques historiquement développés dans l'une des branches peuvent être avec profit transplantés à d'autres fins dans l'autre. Distincte de la nullité, même partielle, du contrat, elle consiste à faire comme si la clause en question n'avait jamais été écrite (36), cette fiction permettant notamment de laisser intact tout le reste du dispositif contractuel.

31. Cette sanction peut être attachée, entre autres, à la qua-

lification de clause abusive. Un type de clause est susceptible aujourd'hui de mériter la qualification de clause abusive, alors que le pouvoir réglementaire ne l'aurait pas expressément visée comme tel, par une application directe et autonome de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 sur la protection des consommateurs (37). Il suffit donc que la clause soit imposée par un professionnel à un non-professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique du premier, lui conférant un avantage excessif. Dans la mesure où la qualité de non-professionnel ou consommateur s'entend aujourd'hui dans un sens très large, se contentant d'un différentiel important de compétences entre les parties au contrat (38), ce qui est soutenable dans les rapports de distribution notamment, la qualification de clause abusive serait susceptible d'être ici retenue, ou à tout le moins soutenue et plaidée.

32. Certes, un second obstacle apparaît aussitôt : la clause réputée non écrite ne peut être un des piliers du contrat, faute de quoi sa disparition rend ce dernier, fût-il maintenu, impotent et inefficace. Ainsi, le contrat de vente ne peut se passer de mention d'un prix, et le remède proposé aura été bien illusoire... Mais sans doute peut-on affiner l'analyse du mécanisme de détermination du prix dans un rapport contractuel de longue durée. En effet, il ne s'agit pas tant de déterminer purement et simplement le prix que de mettre en place un système d'adaptation d'un prix initial au fur et à mesure de l'évolution du contexte économique entourant les contrats d'exécution qui se succèdent. Ce procédé fait donc partie de tout l'arsenal contractuel d'adaptation des contrats. Dès lors, le prix initial existe : c'est celui en vigueur au moment de la conclusion du contrat-cadre. Le fait qu'il émane au besoin d'un tarif du premier fournisseur ne l'entache d'irrégularité car c'est en toute connaissance de cause que le revendeur y adhère à l'époque. Ce n'est que plus tard, lors des contrats d'exécution, qu'il en perd le contrôle. Donc, ce qui serait susceptible d'être réputé non écrit, c'est l'engagement d'adaptation du prix et non sa fixation initiale.

Ainsi, l'effet de la sanction serait de remettre le prix des choses ultérieurement livrées au premier prix existant au moment de la formation du contrat-cadre. On rejoindrait alors l'état du droit en matière de clauses d'indexation, lesquelles sont, dans leur finalité économique, très proches des clauses de déterminabilité du prix.

33. Cette solution pourrait notamment avoir l'avantage de rééquilibrer les rapports entre les deux parties. En effet, tout à la fois, la sanction atteint l'auteur de la clause abusive, en ce qu'elle le prive des variations ultérieures de prix opérées en sa faveur, mais elle ne va pas jusqu'à le priver de tout bénéfice : ce sera simplement la première marge existant au moment du contrat-cadre, marge s'amenuisant certes en francs constants lors des contrats d'exécution ainsi rééquilibrés. Un tel mécanisme n'aboutit tout de même pas à cette opération économiquement blanche qui est actuellement le résultat du mécanisme de restitution après annulation de l'ensemble contractuel (39).

On pourrait y songer, au regard de l'état du droit positif, qui contient en linéaments de tels raisonnements. Il faudrait plus d'audace pour affirmer un pouvoir judiciaire direct de réfaction du contrat. Mais, d'une façon générale, la jurisprudence en droit économique, notamment celle de la Cour d'appel de Paris, fait souvent avancer à la force du poignet l'état du droit et l'on peut donc envisager une évolution dans ce domaine là aussi.

2. L'affirmation d'un pouvoir direct de réfaction du contrat, notamment quant au prix

34. Pour cela, il faudrait que l'office du juge en matière contractuelle achève une évolution aujourd'hui largement entamée : longtemps considéré comme l'humble serviteur du contrat, réduit souvent à l'impuissance face aux déficiences de la volonté des parties, il est aujourd'hui un acteur plus actif et puissant, quand il ne tend pas, non sans quelque excès, à devenir le maître du lien contractuel. Ainsi, le juge peut aujourd'hui réécrire les clauses d'adaptation monétaire pour les rendre efficaces par substitution d'indice (40), ou

modifier les rémunérations des prestataires, par un franc pouvoir de révision judiciaire, qui ne peut plus aujourd'hui se dissimuler sous la qualification de mandat (41). L'on peut certes craindre l'arbitraire ou le manque d'habitude ou de compétence du juge, mais il semble que le pouvoir de révision que lui a conféré le législateur en matière de clause pénale n'ait pas donné lieu à de telles insatisfactions. Or, la comparaison objective entre pénalité et préjudice dont le juge a ainsi la charge n'est pas éloignée de celle qu'il s'agirait de mener entre prix fixé et valeur du bien (42). A cette valeur appréciée, il conviendrait d'ajouter une somme correspondant à un bénéfice raisonnable. Et il faut admettre le fait que, dans un cas comme dans l'autre, l'évaluation du bien, comme celle du préjudice, ne peut sans doute qu'être approximative.

35. Le droit français se rapprocherait alors en matière de prix de la solution retenue par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, dans son article 55 (43), rejoindrait ainsi le droit anglo-saxon (44) — lequel n'exige d'ailleurs pas une fixation initiale du prix (45) —. Ces rapprochements seraient loin d'être négligeables au regard des exigences économiques du commerce international : les contrats internationaux sont souvent soustraits à la loi française, en raison de l'incertitude des conditions de la sanction et de la violence injustifiée que constitue une annulation, dont les conséquences demeurent en outre incertaines.

36. Il faut donc que le droit français renonce dans toute cette matière au dogmatisme, péché dont on fait souvent reproche aux théoriciens du droit, mais qui menace manifestement aussi d'autres sources juridiques.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université d'Angers

(27) V. infra.

(28) L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?*, préc., p. 27. Sur l'intérêt d'une déclaration de responsabilité là où une nullité serait de mise, v. Soc., 1^{er} février 1984 (D. 1984, I.R., p. 388) et le commentaire qu'en fait J. Ghestin, in *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : formation*, L.G.D.J., 2^e éd., 1988, n° 896, p. 1035.

(29) L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?*, préc., p. 27.

(30) V. les arguments développés en ce sens par le pourvoi, rejeté par Com., 3 nov. 1992, *Sté française des pétroles B.P. c/ Huard*, R.J.D.A., mai 1993, p. 326, n° 379 et s.

(31) L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?*, préc., p. 27.

(32) L. Aynès, *Defrénois* 1990, art. 34761, p. 444, préc.

(33) V., par ex., Civ., 1^{er}, 10 mai 1989 (Bull. civ. I, n° 187, page 124).

(34) *Préc.*

(35) Principe qui fut précisément rappelé dans une hypothèse assez analogue par l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 20 mai 1980 (Bull. civ., IV, n° 212, p. 170).

(36) Ph. Simler, préc., n° 337, p. 410 ; H. Brick, *Les clauses abusives*, 1982, L.G.D.J. ; J. Kullmann, *Remarques sur les clauses réputées abusives*, D. 1993, p. 59 et s.

(37) Civ. 1^{er}, 14 mai 1991, D. 1991, p. 549 et s., note J. Ghestin ; J.C.P. 1991, II, Les Petites Affiches du 8 juillet 1991, note Th. Hassler.

(38) Sur le dernier état de la question, v. G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation)*, J.C.P., éd. E, 1993, I, 267.

(39) V. supra.

(40) V., par ex., Civ. 3^e, 16 juillet 1974, D. 1974, 681, note Ph. Malaurie et 12 juin 1991, Bull. civ., III, n° 177, p. 104 et, et, d'une façon générale, L. Boyer, *A propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle*, Mélanges G. Marty, 1978, p. 87 et s., spéc. p. 95 et s.

(41) V., par ex., Civ., 1^{er}, 4 octobre 1989, Bull. civ., I, n° 301, p. 201.

(42) V. infra.

(43) V., par ex., Ch. Mouly, *Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ?*, D. 1991, chron., p. 77 et s.

(44) M. Elland-Godsmith, *Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales*, Dr. prat. com. int. 1980, p. 454 et s. ; J. Belot, préc. ; J. Corbisier, *La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandise*, R.I.D.C. 1988, p. 767 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., p. 67 et s.

(45) On remarquera l'audace de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes (ch. 22), S.I.T.T.ISTE des Forges de Frongles, en date du 26 mars 1992 (doc. Juris-Data n° 300134) : « un contrat de coopération ne peut être déclaré nul pour indétermination de l'objet, en application de l'article 1129 du code civil lorsque l'accord exprimé par lettres échangées par les parties, détermine suffisamment l'objet des obligations. De plus, le contrat ayant été conclu avec tacite reconduction et les parties ayant admis le principe d'une actualisation des prix, le fait par elles d'avoir laissé en suspens le montant du prix pour une période ne vicie pas leur accord. »