

suffit à montrer la réalité de cette difficulté, sauf à supposer une longue inconscience collective d'où serait né un faux problème.

Pour poser la question en termes simples il suffit d'observer que le contrat est, par définition, une procédure bilatérale, un accord de volontés ; ce qui permet précisément à chacune des parties, pour peu que son consentement soit raisonnablement libre et éclairé, de défendre ses intérêts.

La question s'est alors posée de savoir si la conclusion d'un contrat-cadre, ne déterminant pas lui-même les termes essentiels de l'échange, pouvait cependant imposer la conclusion ultérieure de contrats d'application en autorisant l'une des parties à procéder unilatéralement à cette détermination et, concrètement, à fixer le prix.

Longtemps il a été dit et jugé qu'une telle construction revenait purement et simplement à soumettre l'une des parties à la volonté arbitraire de l'autre, ce qui justifiait l'annulation du contrat-cadre et des contrats d'application pour indétermination du prix. La Cour de cassation avait même expressément jugé qu'il s'agissait d'une nullité absolue et même d'une véritable inexistence de ces contrats, ce qui n'était pas conforme au but de protection de la partie ainsi soumise à la volonté de l'autre lors de la conclusion des contrats d'application.

On sait que les conséquences excessives d'une telle nullité absolue, notamment quant à l'extrême difficulté du compte de restitutions qui en était la conséquence inéluctable, ont conduit d'abord la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation dans ses arrêts Alcatel du 29 novembre 1994 (25), puis l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses quatre arrêts du 1^{er} décembre 1995 (26), à procéder finalement à un spectaculaire revirement de jurisprudence. Désormais l'ensemble constitué par le contrat-cadre et ses contrats d'application n'a plus lieu d'être annulé pour indétermination du prix.

Sans tomber dans un positivisme excessif qui consisterait à approuver systématiquement toute solution émanant de la Cour de cassation, ni se borner à invoquer son intérêt purement pragmatique, en observant que malgré la sévérité de la jurisprudence la pratique des contrats-cadres s'est maintenue, il est permis de proposer une justification théorique à la solution nouvelle. La question posée fait clairement apparaître la nécessité et la difficulté de rechercher une conciliation entre l'utilité et la justice. C'est cette recherche qui a constamment inspiré la Cour de cassation.

L'annulation pour indétermination du prix se justifiait, on vient de le rappeler, par cette observation que la fixation unilatérale de l'un des termes essentiels du contrat était en contradiction avec la fonction de garantie d'un équilibre des prestations, jouée par le caractère bilatéral d'un contrat accepté par des parties libres de défendre leurs intérêts respectifs.

Or nous avons montré que ce qui fait la spécificité du contrat-cadre c'est, d'une part, qu'il intervient précisément dans des circonstances où les parties entendent établir entre elles, pour une certaine durée, des relations dotées de la sécurité attachées aux obligations contractuelles ; d'autre part, qu'au moment de la conclusion du contrat-cadre il est pratiquement impossible aux deux parties d'exprimer un consentement raisonnablement éclairé

sur le prix des échanges concrétisés par les contrats ultérieurs d'application. Déterminer à ce moment le prix des fournitures successives reviendrait, on l'a vu, à faire courir aux deux parties un risque grave d'imprévision. Autrement dit, lors de la conclusion du contrat-cadre, aucune des parties n'est en réalité en situation de défendre utilement ses intérêts quant aux termes essentiels des contrats d'application et, spécialement, quant au prix. L'indétermination du prix à ce moment est donc acceptée par les deux parties en raison de son utilité. En outre, elle ne consacre immédiatement, en elle-même, aucune injustice.

Nous avons montré également que si le contrat-cadre implique nécessairement la conclusion de contrats d'application, les parties pouvaient choisir entre deux solutions : une simple obligation de négocier la conclusion de tels contrats ou une obligation de les conclure, avec pour corollaire indispensable, dans ce deuxième terme de l'alternative, le pouvoir donné à l'une des parties de déterminer le prix. Le choix effectué par les parties, librement et en pleine connaissance de cause, d'une obligation de conclure les contrats d'application dans ces conditions reste du domaine de la liberté contractuelle puisque, d'une part, la pratique montre son utilité économique, et, d'autre part, à ce stade, aucune injustice n'a encore été commise par la conclusion d'un contrat d'application déséquilibré.

En revanche, un risque d'injustice existe incontestablement lors de la conclusion des contrats successifs d'application. La partie à laquelle a été expressément ou implicitement reconnu le pouvoir de fixer les termes essentiels de l'échange, et spécialement de déterminer le prix des fournitures ou des services, peut être tentée à ce moment d'abuser de ce pouvoir. C'est pour permettre à ce stade un contrôle judiciaire, exercé lui-même sous le contrôle de la Cour de cassation, que l'Assemblée plénière, dans ses arrêts du 1^{er} décembre 1995, a justement posé en principe que « l'abus dans la fixation du prix ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

La portée exacte de cette jurisprudence devant faire l'objet d'un débat prometteur je n'ai pas besoin d'aller plus avant dans cette analyse. Mon propos était seulement de montrer que la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation traduit la consécration de la notion de contrat-cadre, caractérisée par sa spécificité et son autonomie, par les obligations relatives aux contrats d'application qui en résultent, et plus précisément, par l'indétermination des termes de l'échange dans les contrats successifs d'application qu'il implique nécessairement.

C'est en effet, selon les arrêts de l'Assemblée plénière, « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs » que « l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation », ce qui vise bien le contrat-cadre tel que nous avons tenté d'en préciser la notion.

LE CONTRAT DE DISTRIBUTION : CRÉATION DE LA PRATIQUE ET DE LA JURISPRUDENCE, MODE DE GESTION DES RAPPORTS DE FORCE DANS LES RÉSEAUX

M^{me} Marie-Anne FRISON-ROCHE,

Professeure à l'Université de Paris IX-Dauphine
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

(25) Arrêts Alcatel : revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix : JCP éd. G 1995, II, 22371, note J. Ghestin ; D. 1995, 122, note L. Aynès ; JCP éd. E 1995, II, 662, obs. L. Leveneur.

(26) JCP éd. G 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; D. 1996, p. 16, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; Petites Affiches, 12 déc. 1995, note P. M. ; Petites Affiches, 27 déc. 1995, note D. Bureau et N. Molfessis ; M.-A. Frison-Roche : RJDA, 1/1996, 3 ; Gaz. Pal. 8-9 déc. 1995, p. 31, concl. M. Jéol, note P. de Fontbressin ; Contrats Conc. Consom. janv. 1996, obs. L. Leveneur ; JCP éd. E 1996, 12, obs. P. d'Harcourt ; A. Laude : D. Aff., 3 ; J. Fossereau : Bull. info C. cass., 15 janv. 1996 ; C. Jamin, Réseaux intégrés de distribution : de l'abandon de la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives : JCP éd. G 1996, I, 3959 ; D. Boulanger : JCP éd. N 1996, 493. Adde, L. Finel, Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire : JCP éd. G 1996, I, 3957.

1. — Création ; pratique ; gestion ; force ; réseaux. Les points d'appui sont déjà suffisants pour poser le décor de l'histoire. On

observera qu'aucune de ces notions n'appartient au vocabulaire que le droit estampille ordinairement. Elles évoquent plutôt les puissances (force), les structures (réseaux) et l'action (la création et la pratique). Que vient faire le droit dans l'histoire ? Au-delà de la technique juridique (27), il constitue sa trame. Il est la pièce elle-même.

2. — Pourtant l'hétérogénéité est forte. Comment établir un lien entre le droit et la gestion ? La gestion est l'organisation des comportements de façon à en optimiser les effets, dans une prise directe avec l'objet économique. La gestion est donc associée à un objet économique, par exemple l'entreprise que l'on gère au mieux. La gestion révèle l'objet concret et suppose son dévoilement : l'activité économique en question, le contexte financier, le bien économique précis, l'essence, la bière, etc.

3. — Mais le contrat, puisqu'il s'agit de lui, peut-il aisément être analysé comme un « mode de gestion » ? Sa définition classique l'entrave. En effet, tant que le contrat demeure sous la mystique de la volonté, l'objet n'a guère de substance. Il n'est qu'une forme, celle que lui donne formellement la volonté : l'objet est ce qui est convenu. Dès lors, l'objet concret du contrat est pour le droit une sorte de boîte noire, en ce que sa substance concrète est proprement indifférente. Il y a donc hétérogénéité entre le contrat et la gestion, puisque la gestion suppose l'appréhension directe de l'objet concret tandis que le contrat y est relativement indifférent.

4. — Concevoir le contrat comme un mode de gestion va nécessairement rendre transparent le contrat, c'est-à-dire faire apparaître à l'observateur l'objet économique concret. La pratique y est habituée. Mais la jurisprudence aussi va y être sensible et varier, suivant les contextes, suivant les objets, construire des distinctions juridiquement fantaisistes entre les types d'obligation, dans l'optique, par exemple, de réguler différemment les rapports économiques construits autour de la vente d'essence de ceux construits autour de la vente d'habits d'enfants. Et la doctrine aussi va se peupler de concrétude.

5. — Dès lors, quelle va être la création ? On pourrait penser qu'il s'agit d'une création particulière, puisque précisément le concret semble le maître. Une diversité extrême qui ne se laisse pas saisir. C'est tout le contraire qui s'est produit. La véritable création relève de cette opération d'abstraction par excellence qu'est la mise en catégorie d'une variété d'organisations. En cela, est née l'abstraction du contrat-cadre. Cette abstraction fait renouer le contrat avec le formel mais c'est cette fois-ci non pas par indifférence pour l'objet concret de l'agencement contractuel mais par rassemblement d'éléments caractéristiques d'un mécanisme économique. C'est de l'abstraction par induction. En cela, la création du contrat-cadre relève d'une démarche tout à la fois théorique, parce qu'abstraite, et réaliste, parce qu'induite.

6. — Pour que s'opère une telle création, il faut non seulement la pratique pour produire le matériau brut, mais encore la doctrine au sens classique du terme, qui propose la catégorisation, et la jurisprudence, qui donne corps, c'est-à-dire forme, à la catégorie proposée. On observe donc que l'histoire du contrat-cadre est une histoire doctrinale. Un des enjeux théoriques sera de savoir si cette entreprise demeurera doctrinale dans ce sens, c'est-à-dire si le contrat nommé doctrinalement restera techniquement innomé, c'est-à-dire hors de portée du législateur, ou non.

7. — Mais avant toute anticipation, retenons que la création par la pratique et par la jurisprudence du contrat de distribution est une histoire, toujours en cours. Les théories de la narrativité et de l'interaction rhétorique trouvent particulièrement à s'appliquer à l'histoire du contrat-cadre et du drame de l'indétermination du prix. Détaillons le plateau. On y trouve une intrigue qui se

construit d'initiatives contractuelles en arrêts sensationnels, en grands airs doctrinaux. Il y a alors dramatisation de l'histoire, mise en scène de l'intrigue. N'a-t-on pas parlé de « revirement spectaculaire » ?

8. — On y trouve des personnages, dont le juge n'est pas le moindre. Le juge en effet est un participant actif et agissant. En cela, on peut dire, dans une conception réaliste, voire politique de son office, qu'il a ôté le bandeau qui aveugle la justice, pour gérer à son tour les rapports de force. Il regarde le dessous des cartes. Son personnage prend du relief, de l'épaisseur. Il y a alors distribution des rôles. Le registre est relativement étroit et les rôles ne peuvent être cumulés : il y a essentiellement des gentils et des méchants. La conscience de chacun des acteurs du caractère rhétorique de l'histoire du contrat-cadre et de l'indétermination incite les protagonistes à occuper le rôle qui leur est le plus favorable : le meilleur est bien sûr celui du faible car à la figure rhétorique du faible, le juge associera aisément celle du gentil, pour qui la balance doit pencher. Pauvres pompistes.

9. — Il faut enfin du temps pour que l'intrigue se déroule. Et il s'agit d'une véritable histoire car les événements constitutifs successifs ne sont pas prévisibles, ne sont pas contenus dans le début de la pièce. Les actes se déroulent avec la part de retournements et d'imprévus que comporte toute histoire. Il y a alors du suspense dans l'activité d'observation et la jurisprudence de l'indétermination du prix s'est jouée à guichet fermé. L'avenir est encore à deviner ; on le sent nettement dans les études doctrinales qui, année après année, cherchent à anticiper les revirements de jurisprudence, voire à découvrir le sens de ceux advenus, dans une inventivité qui n'est guère plus faible dans le second cas que dans le premier.

10. — Certes, nous avons vécu avec les arrêts du 1^{er} décembre 1995 un grand air de l'acte II. Mais le rideau est-il tombé ? Les jeux sont-ils faits ? Le principe de la narrativité, y compris la narrativité du droit, implique que l'histoire soit toujours en cours. Il ne peut donc y avoir des effets de clôture. Les revirements réorientent l'intrigue mais ils ne l'apaisent pas. Le sens est toujours disponible et travaillé par les acteurs et les observateurs.

11. — Le procès est permanent. Même lorsqu'il s'agit de décrire les événements passés, ce que l'on fait à plaisir à propos de l'indétermination du prix, il y a encore des enjeux de créativité : on a tendance à réécrire l'histoire. Il y a donc création, mais une création continuée. Il y a action de la pratique et de la jurisprudence mais le plus souvent sur un mode doctrinal. Il y a prise en considération directe des objets économiques mais dans un mouvement d'abstraction aboutissant à la notion de contrat-cadre.

12. — Et pourquoi toute cette histoire ? Parce que c'est de forces qu'il s'agit. Or, le droit entretient des rapports très ambigus avec la force, se définissant comme la force légitime qui emploie son pouvoir de contrainte pour faire barrière à la force illégitime, c'est-à-dire celle des rapports de force. L'équilibre est délicat, les forces en présence, à l'œuvre dans l'histoire qui nous passionne, finissent par se mêler et il faut sans cesse faire la part des choses, la part du lion, la part du feu. Le plus simple est de faire la part entre la pratique contractuelle (I) et la jurisprudence (II).

I. — Les rapports de force gérés par la pratique contractuelle

13. — Le droit utilise sa force pour lutter contre les forces illégitimes. Le contrat, premier des instruments juridiques, a ainsi la puissance de soustraire la relation établie entre des partenaires économiques aux rapports de force, notamment ceux nés du marché (A). Mais, et cela fut davantage souligné car la critique est un art plus aisé, le contrat-cadre a eu aussi l'effet d'accroître le rapport de force, du fait de l'isolement né du procédé d'intégration ainsi mis en place (B).

(27) Sur cette dimension, outre l'étude du CREDA, *Le contrat-cadre*, tome 1 : *Exploration comparative*, tome 2 : *La distribution*, sous la direction de A. Sayag, Litec, 1995, voir l'étude de J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, préf. M. Béhar-Touchais, « coll. Bibliothèque de droit privé », t. 273, LGDJ, 1996.

A) La soustraction aux rapports de force par le contrat

14. — La puissance de la liberté contractuelle va être utilisée par les opérateurs économiques pour construire une organisation alternative des forces du marché (1.). À cet effet externe d'isolement, s'ajoute un effet interne d'organisation (2.).

1° Le contrat de distribution, comme position de force par rapport au marché

15. — À première vue, il ne convient pas d'opposer marché et contrat, puisque le marché fonctionne par le contrat. L'économie libérale se construit sur un triangle constitué par des choses, qui sont les biens, un lieu, qui est le marché, et un contrat, qui est la vente. Le contrat transforme les choses en biens et permet leur circulation. Le contrat est le moteur du marché, celui-ci organisant la pression des tiers qui provoque l'ajustement des prix et des qualités.

16. — Mais ce contrat, intime du marché, est un contrat instantané. Pour que les mécanismes du marché libéral fonctionnent, il faut une instabilité permanente des prix qui permet l'ajustement en continu. Un marché est par nature instable. Dès lors, il rend difficile l'investissement à long terme. Or, comment valoriser un bien qui ne développe sa valeur qu'avec le temps ? Comment s'assurer alors d'un retour sur investissement ? Que l'on songe au sort des infrastructures, les cuves pour entreposer l'essence, par exemple.

17. — Lorsqu'apparaît la nécessité d'intégration économique, le contrat va changer de nature. Il ne s'agira plus d'un contrat-échange mais d'un contrat-organisation selon la distinction mise notamment en valeur par Paul Didier. Dans un contrat-échange, le rapport de force est annihilé dans l'instant, pour l'instant, les parties pouvant toujours trouver meilleur équilibre économique dans une nouvelle relation avec un tiers disponible. Mais en cela, un contrat-échange, isolé dans l'espace et dans le temps, ne peut être associé au terme de gestion parce que la gestion vise à la maîtrise du temps. Celle-ci est le grand enjeu en économie : le contrat-cadre de distribution est son instrument.

18. — Cette métamorphose du contrat, lorsqu'il devient contrat-cadre, correspond à la théorie économique du contrat, comme modèle d'organisation alternatif à celui du marché. Il y a alors concurrence du modèle d'organisation : celui du marché, le contrat de vente étant son moteur, celui du contrat, au sens économique du terme, le contrat-cadre étant sa marque. Cette concurrence que fait le contrat-cadre au marché va être mal supportée par celui-ci, ce qui explique au passage bien des condamnations de principe des réseaux de distribution par les organes en charge du droit de la concurrence.

19. — En effet, le contrat-cadre de distribution illustre parfaitement la façon dont les parties font gérer leurs rapports en alternative aux forces du marché. Il reconstitue un monde économique *ad hoc*. Les contrats de vente, en tant que contrats d'exécution, s'accrocheront au contrat-cadre, comme ils s'attachaient au marché. Chacun a souligné que le contrat de distribution ne peut être analysé comme un contrat véritablement autonome mais comme l'organisation d'une globalité. Ainsi, le contrat de distribution crée un véritable ordre économique particulier, triomphe de l'autonomie de la volonté, organisant à sa guise les rapports de force.

2° Le contrat de distribution, comme équilibre des forces entre les parties

20. — Le contrat-cadre engendre alors la sécurité économique en se soustrayant à l'instabilité du marché : il fait perdurer les rapports juridiques dans le temps. À chaque contrat d'application, c'est le contrat-cadre qui s'applique de nouveau, ou, à tout le moins, le contrat de distribution se substitue comme contexte au marché et chaque contrat d'exécution prend son sens en référence

au contrat-cadre. Cette sécurité juridique, permettant la stabilité dans l'anticipation des rapports économiques, est favorable à la partie faible. En effet, on peut considérer que le fort se laissera porter par l'instabilité du marché, tandis que le faible a besoin d'être assuré que sa situation sera organisée d'une façon permanente.

21. — On observera d'ailleurs que le besoin de protection se fait surtout sentir au moment de l'expiration de la relation de distribution et lorsque se pose la question de sa reconduite, car la partie faible ne trouve pas sur le marché de solutions alternatives, l'excès de la liberté contractuelle pouvant alors s'exprimer dans le choix d'une durée très courte de l'intégration économique.

22. — Cela peut être aussi fait dans l'intention d'oppression car l'anticipation doit par ailleurs ménager l'existence économique de la flexibilité. Et comment obtenir la flexibilité que requiert l'organisation de rapports économiques avec un contexte variant ? Certes, le contrat classiquement appréhendé connaît la durée. Il suffit de faire un contrat à exécution successive. Mais il s'agit d'une illusion de temporalité. En effet, les exécutions successives d'un même contrat se présentent comme une séquence figée des multiples répétitions d'un même contrat. Ainsi, c'est toujours le même temps répété car l'exécution reste le miroir de la formation du contrat.

23. — Cet exploit d'une flexibilité dans la stabilité est servi par une autre vertu du contrat-cadre : son articulation avec les contrats d'exécution. Ils sont sa cause finale. C'est là l'ingéniosité du contrat-cadre qui va devenir non seulement un moyen de gestion des rapports de force, neutralisé par les facultés d'anticipation offertes au faible, mais encore un moyen de gestion du temps, joignant l'anticipation à la puissance d'intégrer l'imprévu à l'occasion de l'exécution du contrat-cadre. La formation de contrats de vente variables constitue l'exécution du contrat-cadre. Il y a inversion de l'ordre logique et chronologique : la formation devient un mode d'exécution.

24. — Une première observation peut être faite : s'il faut former de nouveaux contrats pour donner effet au premier, il n'y a plus de distinction entre formation et exécution. La pratique opère alors une révolution conceptuelle. En effet, le droit se construit classiquement tout à la fois sur une distinction entre formation et exécution et un lien dans un même contrat des deux phénomènes. L'exécution est la projection de la formation, car c'est ce qui a été formé qui est exécuté. Il n'y a pas de flexibilité entre la formation d'un contrat et son exécution : c'est ce qui a été formé qui doit être exécuté. L'exécution est le miroir de la formation qui lui est chronologiquement et logiquement antérieur.

25. — La pratique va jeter par-dessus bord la distinction entre la formation et l'exécution. De ce tohu-bohu, va naître la flexibilité. Y a-t-il plus ample maîtrise du temps que celle qui consiste à l'inverser ? L'exécution prend la forme d'une formation de contrat. En cela, l'exécution est devenue flexible car le contrat d'exécution peut varier par rapport au contrat d'organisation en ce que son propre processus de formation peut le faire varier par rapport au contrat-cadre.

26. — Une seconde observation vient en conséquence : le contrat devient enfin le mode approprié de gestion des rapports économiques à long terme dans un contexte incertain, associant à la fois la sécurité permettant l'anticipation et la flexibilité permettant l'adaptation, par une inversion des phases de formation et d'exécution. Pour l'inversion, il suffit d'emboîter les contrats d'exécution et le contrat-cadre comme autant de poupées russes.

27. — Une conclusion s'impose : l'objet du contrat-cadre — cet objet que la doctrine cherche à saisir dans une catégorie unique — est l'incertitude. Il s'agit fondamentalement d'échapper à l'incertitude du marché en projetant dans l'avenir, mais de conserver néanmoins suffisamment d'incertitude dans cet avenir pour permettre l'adaptation, contrat d'application par contrat d'application. En cela, le contrat de distribution est véritablement un instrument de gestion, c'est-à-dire l'instrument de maniement de l'incertitude.

Au regard de celui-ci, il y a, dans la pièce qui se joue autour de l'indétermination du prix, un malentendu fondamental : le droit répugne à l'indéterminé tandis que la perspective gestionnaire le prend pour objet. Droit ou gestion, il faut, sinon choisir, du moins faire la balance dans ces matières.

28. — Par un tel cheminement, la pratique, et la doctrine avec elle, se sont singulièrement éloignées de la figure du contrat. On peut avancer l'hypothèse selon laquelle le contrat-cadre présente alors une nature quasi-législative. En effet, il constitue les principes généraux des comportements futurs. Comme la loi, il régit le futur. Comme la loi, il fournit la sécurité juridique et autorise les anticipations. Comme la loi, il constitue le cadre des comportements contractuels. En cela, il est une sorte de droit commun *ad hoc* des contrats véritables que sont les contrats d'exécution. Le contrat-cadre va se superposer sur les contrats effectifs. C'est donc véritablement la loi du contrat comme alternative à la loi du marché. C'est pourquoi Paul Didier désigne le contrat-cadre comme une norme d'une position supérieure à celle du contrat ordinaire.

29. — C'est alors non seulement un ordre économique *ad hoc* mais un ordre juridique *ad hoc* qui est constitué. Le contrat de distribution est donc une création véritablement exceptionnelle car il a pour objet de constituer non seulement un ordre économique, alternatif au marché, mais encore un ordre juridique instrumentalisé aux impératifs de gestion de l'incertitude dans le temps.

Nous trouvons dès lors dans cette figure relativement récente du contrat de distribution l'application la plus parfaite du principe philosophique de l'autonomie de la volonté : le contrat-cadre pose la loi des parties. Ce principe est plus radicalement illustré que dans l'écriture même de l'article 1134 du Code civil. En effet, il s'agit dans ce texte de viser la contrainte qui s'attache à l'obligation d'exécution d'un contrat formé ; le contrat « vaut » la loi. Dans le cadre du contrat de distribution, il s'agit à l'état pur de poser les règles substantielles de comportement ; le contrat « est » la loi.

30. — Mais doit-on aller si loin dans la reconnaissance de la normativité d'une organisation qui n'a pour source que l'ingéniosité de la pratique ? Il faut au contraire battre retraite sur cette voie. En effet, il manque un élément de puissance dans cette organisation de type législatif : c'est l'absence d'opposabilité du système. Ainsi, le réseau est contraignant pour les partenaires, comme l'est la loi, mais il souffre de la relativité de sa source contraignante limitée. L'intégration ne peut contraindre le tiers qui agit en relation avec d'autres tiers, ce que traduit fidèlement le droit de la responsabilité civile. Dès lors, le réseau est opaque et consistant pour ceux qui le constituent, mais il est juridiquement transparent pour les tiers. Ainsi, la jurisprudence n'a pu que donner acte à la licéité des importations parallèles.

31. — Ce handicap du contrat sur un marché n'existe pas à l'état ordinaire. Au contraire, dans un contrat-échange, la relativité juridique correspond parfaitement à l'idée de comportements atomistiques sur le marché, chacun des échanges économiques étant distinct des autres et n'engageant pas les autres opérateurs qui, au contraire, ajusteront leur propre offre et leur propre demande en observation de ce contrat qui leur est étranger. Ainsi peut s'exercer la pression des tiers qui permet l'équilibre général. Ce n'est que si le contrat prétend, comme dans l'hypothèse du contrat-cadre, établir une organisation, que l'instrument révèle sa faiblesse : lui fait défaut un caractère obligatoire pour tous, lequel seul permettrait de parler véritablement de structuration.

32. — On mesure donc la faiblesse de l'ingéniosité de la pratique : le contrat est efficacement détourné de sa nature dans une inversion audacieuse des phases d'exécution et de formation afin de construire une structure économique, mais celle-ci pêche en raison de l'ignorance dans laquelle les tiers peuvent tenir ces différentes phases. Une structure inopposable, le résultat est pour le moins paradoxal.

33. — Et ce n'est pas le moindre paradoxe. En effet, plus nettement, il y a un vice très important dans le dispositif, qui

invalide le rapprochement que le contrat opère ici à l'égard de la loi. En effet, par principe, le législateur est un tiers impartial. Or, dans les contrats de distribution, le quasi-législateur est intéressé et les rapports de force ne sont pas égaux. Dès lors, le contrat-cadre devient l'instrument d'un mécanisme d'exploitation. Il y a proprement retournement de la situation. Mais qui sont les quasi-législateurs ? En réalité, les plus forts, alors que la loi du marché ne peut plus protéger la partie faible, car le réseau a précisément construit une étanchéité entre lui et le marché.

B) L'aggravation des rapports de force par le contrat

34. — Un tel retournement va engendrer des défauts nés des qualités pourtant incontestables du contrat-cadre de distribution. Ainsi, l'intégration peut provoquer la suppression préjudiciable des solutions alternatives (1.), tandis que l'effet mécanique du temps va éventuellement attaquer l'équilibre initial (2.).

1° La suppression des solutions alternatives

35. — Le marché neutralise les rapports de force, parce que le contrat atomisé laisse en permanence l'opérateur libre pour l'opération suivante. Ici, le réseau peut engendrer une contrainte de contracter. Celle-ci n'existe pas par nature, sauf à s'interroger sur l'utilité même d'un contrat-cadre non suivi de contrats d'exécution, mais découle, notamment dans son ampleur, de l'organisation des clauses. Ainsi, l'entrelacs de clauses pénale, d'exclusivité, et de quota engendre juridiquement une dépendance économique.

Dans cette perspective, le contrat de distribution correspond à cette nouvelle définition du contrat comme universalité de fait, contenant de clauses mises en système. Cela explique notamment l'affirmation paradoxale de l'avocat général, dans les conclusions afférentes aux arrêts du 1^{er} décembre 1995, selon laquelle le prix est plus ou moins abusif suivant les prescriptions des autres clauses.

36. — Plus encore, le contrat-cadre de distribution institue une agrégation de puissance. L'effet de réseaux joue en effet non seulement dans le temps, par l'association de contrats de vente dans une chaîne temporelle, mais encore dans l'espace, par l'association de contrats analogues entre le fabricant et les différents distributeurs. L'on sait l'importance des obligations de non-concurrence entre distributeurs, qui peuvent confiner à un partage de territoires.

37. — Cette organisation évoque *mutatis mutandis* la figure de la féodalité, et l'on est tenté de dresser une analogie entre le mécanisme de la franchise et celui du fief. Dès lors, le contrat instaure un modèle qui lui est directement contraire : celui de la domination du titulaire de la propriété des valeurs, des marques, etc., sur ceux qui n'ont le pouvoir que de les cultiver. La question de l'attribution de la clientèle dans un réseau de franchise est exemplaire à cet égard.

38. — Mais le système féodal est une organisation unilatérale du pouvoir et de la force ; l'instrumentalisation de la technique contractuelle pour monter un système économique de réseaux aboutit alors à la négation du contrat. Le fabricant, le raffineur, etc., exercent un pouvoir de quasi-législateur et conservent la maîtrise des valeurs immatérielles en circulation dans le réseau. Dès lors, la structure devient intrinsèquement une organisation du déséquilibre. À cela peut s'ajouter un déséquilibre engendré par le seul effet du temps.

2° Le déséquilibre engendré par le seul effet du temps

39. — La gestion de l'incertitude n'arrive pas toujours à l'équilibre. En effet, le contrat peut être trop rigide, trop sûr, trop prédictif et l'organisation économique va subir les influences du contexte, en ce qu'elle ne pourra pas s'adapter. Sans doute faut-il prôner l'adoption d'un contrat-cadre particulièrement poreux,

laissant les contrats d'exécution particulièrement disponibles à l'adaptation des rapports économiques pour une modification progressive des rapports juridiquement institués. L'instrument de prévision que constitue le contrat-cadre doit ainsi réussir l'exploit de prévoir la survenance de l'imprévu.

40. — Ce faisant, le contrat-cadre passe alors du stade juridique du contrat incomplet, incomplet pour accueillir l'incertitude de l'avenir, à la théorie économique du contrat incomplet. Dans cette théorie, l'imprévision par le contrat des difficultés d'exécution est une lacune, une faille que va nécessairement exploiter le cocontractant, s'il y a intérêt. Cela est usuellement désigné par l'expression d'aléa moral. Le contrat-cadre met alors l'un à la disposition de l'autre. Le juge doit intervenir pour rendre le contrat complet.

La jurisprudence en cela est véritablement créatrice du contrat de distribution, non seulement parce qu'elle participe à l'élaboration de la catégorie selon un processus globalement doctrinal mais parce que c'est elle qui a vocation à rendre les contrats complets, au sens que donne l'analyse économique des contrats à ce processus.

41. — Or, la jurisprudence a joué, dans ce premier acte dont nous avons en charge le récit, un rôle davantage dévastateur qu'un rôle complémentateur. Peut-on dire alors que le dialogue — certains diraient la construction dialogique du contrat de distribution — a été brisé ? C'est au contraire une vertu des arrêts du 1^{er} décembre 1995 que d'avoir renoué l'histoire de la construction du contrat de distribution. Par la part qu'y a prise la jurisprudence, les rapports de force ont été de nouveau l'objet d'une gestion.

II. — Les rapports de force gérés par la création prétorienne

42. — La jurisprudence a pris en main, notamment à travers la théorie de l'indétermination du prix, la question des rapports de force dans les relations de distribution. On pourrait même dire qu'elle s'est jetée dans la bataille. Dans un premier temps, elle n'a reconnu l'existence de l'intégration économique ainsi réalisée que pour mieux la faire voler en éclats (A), afin d'imposer un système plus modeste, et sans doute plus adéquat, de sanctions des excès de l'organisation contractuelle des rapports de force (B).

A) Le paradoxe d'une reconnaissance à fin d'anéantissement

43. — La jurisprudence, parce qu'elle voulait sanctionner des phénomènes d'exploitation économique obtenus grâce à la puissance contraire, a procédé à la reconnaissance de l'autonomie du contrat-cadre de distribution (1.). Mais, la sanction s'étant exprimée à travers la technique de la nullité absolue, la jurisprudence s'est mise en porte-à-faux méthodologique (2.).

1^o La reconnaissance, préalable de la sanction

44. — Si le droit veut intervenir sur un phénomène, même pour le détruire, il doit d'abord le juridiciser, c'est-à-dire le faire advenir au statut de catégorie juridique. Le contrat-cadre de distribution eut cet honneur pour mieux tomber dans l'indignité de la nullité absolue. L'absence de reconnaissance de spécificité aurait conduit à laisser libre cours aux rapports de force, par ailleurs soustraits aux correctifs régulateurs du marché.

45. — Mais la sanction a été concomitante à la reconnaissance ; la doctrine a souligné l'inadéquation de cette jurisprudence, dans la mesure où, d'une part, la nullité nie l'intégration économique, du fait de sa rétroactivité, et où, d'autre part, elle situe sur le terrain technique de la formation une problématique d'exécution. Tout est dit. Mais, pour en rester sur le terrain ici privilégié de la gestion des rapports de force, il convient de souligner que,

méthodologiquement, la jurisprudence ne peut être un procédé de gestion.

2^o L'adéquation méthodologique : la jurisprudence ne peut être un procédé de gestion

46. — Tout d'abord, entamant la question du normatif (doit-on ?) avant celle du pragmatique (peut-on ?), la jurisprudence doit-elle se définir comme un procédé de gestion des rapports de force dans les relations juridiques nées d'un contrat-cadre de distribution ? À une époque où l'on demande un certain recentrage de l'office du juge vers la résolution des litiges et non l'intervention dans les rapports sociaux eux-mêmes, l'idée ne s'impose pas naturellement. Plus techniquement, on peut encore en douter car le juge est maladroit pour se substituer à une gestion de rapports particuliers. Sa normativité l'encombre, ses arrêts de principe ayant une portée trop radicale pour correspondre vraiment à un comportement gestionnaire, supportant mal de tels à-coups.

47. — Plus encore et passant sur le terrain pragmatique, la jurisprudence a été incapable d'opérer une telle régulation. Dans l'état du droit antérieur aux arrêts du 1^{er} décembre 1995, le choix de la nullité, par sa radicalité, contredisait l'idée d'une gestion des rapports contractuels, car l'anéantissement ne peut participer à une perspective gestionnaire.

48. — Dès lors, la jurisprudence n'avait pas pour effet de gérer les rapports de force mais de les inverser, en les aggravant. En effet, la partie faible pouvait lever cette sorte d'option offerte par la nullité pour indétermination du prix, lorsque l'exécution du contrat-cadre ne lui convenait plus. Y a-t-il plus belle illustration en droit de la dialectique hégélienne du maître et de l'esclave ? Mais l'inversion des rapports de force n'est pas une façon de les gérer, c'est-à-dire de les rendre stables, flexibles et praticables.

49. — D'ailleurs, il ne s'agissait pas seulement d'une somme nulle des rapports de force, au bénéfice de l'un par l'effet du contrat, au bénéfice de l'autre par l'effet du juge. S'est mis en place un mouvement de balancier, tel que le droit les affectionne quand le souci de l'équité le saisit. Mais la force conférée à la partie faible par l'annulabilité de tout contrat-cadre contredit la définition du contrat-cadre, en ce que celui-ci permet d'intégrer dans le temps une relation stable et pérenne. La jurisprudence niait donc la définition économique du contrat de distribution.

50. — On serait tenté de dire que, jusqu'aux arrêts du 1^{er} décembre 1995, le contrat de distribution au sens économique du terme n'existait pas. Dans cette même perspective, il s'agissait d'une jurisprudence contre nature. Contre nature aussi en ce qu'elle avait arrêté le cours de l'histoire. Il a aujourd'hui repris.

B) La gestion des rapports de force par sanction des excès

51. — Il faut aujourd'hui laisser la controverse établir au mieux la façon dont la jurisprudence gère désormais les rapports de force dans les rapports de distribution. Il s'agit en tout cas d'une perspective plus gestionnaire dans la mesure où le juge va sans doute laisser l'instrument contractuel organiser d'une façon relativement autarcique l'intégration économique de la distribution, en intervenant pour en raboter les excès.

52. — En outre, l'utilisation du droit de la responsabilité présente une adéquation avec la gestion, la doctrine ayant depuis longtemps montré la puissance régulatrice de ce droit flexible, parce que casuistique et complexe. Quittant le carcan d'un droit dogmatique, nous allons passer de solution en solution, suivant les faits de l'espèce et l'appréciation de l'abus dans la fixation du prix.

53. — À chacun son droit : sagesse du droit modeste et d'un droit argumentatif. C'est alors le droit rhétoriquement établi qui forme le contexte dans lequel les parties se meuvent avec incertitude. Nous renouons avec les théories de la narrativité. L'histoire

peut continuer. Les exposés qui vont suivre appartiennent ainsi à l'acte II : le meilleur dans les règles de l'intensité dramatique.

M. CANIVET. — Merci, M^{me} le Professeur, de cet exercice. Vous avez décomposé la jurisprudence selon la dramaturgie classique pour la recomposer selon la théorie de Hayek. À voir les sourcils froncés de l'assistance, il est certain que le débat sera dense. Il est vrai aussi qu'il y a, dans cette salle, une densité de pensée extraordinaire.

LA QUESTION DE LA DÉTERMINATION DU PRIX

M. Laurent AYNÈS,

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

La question de la détermination du prix est une question purement française. Ni les pays de *common law*, ni les pays de droit civil ne la connaissent (28). En France, au contraire, ce fut ces dernières années une *pulcherrima questio*. Une jurisprudence abondante a mené finalement la pratique dans un cul-de-sac en dépit de ses nombreuses hésitations. On vend pourtant de l'essence, de la bière, des automobiles, par l'intermédiaire de distributeurs, à l'étranger comme en France. Et l'obligation d'approvisionnement exclusif n'est pas une spécialité française. Ce splendide isolement pourrait être cause de fierté nationale si nous étions les seuls à régler avec justesse — avec justice — un problème universel. Ce n'est pourtant pas le cas. Ces vingt-cinq années n'auront réussi qu'à donner à tout partenaire commercial le moyen implacable d'obtenir la nullité de son contrat et les mirifiques restitutions qui s'ensuivent, une espèce de joker dont il peut user à tout moment, de préférence lorsque le contrat a cessé de produire ses effets principaux. Si bien que nous sommes obligés, en France, de présenter comme un événement majeur le revirement de jurisprudence du 1^{er} décembre 1995 (29) qui n'est, au fond, qu'un retour au bon sens. Il n'est peut-être pas inutile de nous arrêter quelques instants sur les raisons de cette originalité française, ne serait-ce qu'afin d'éviter que, par un biais ou par un autre — il n'en manque pas aujourd'hui —, un nouveau mauvais coup ne soit porté à ce qui constitue, sous la plupart des climats, la base ordinaire de toute organisation sociale, c'est-à-dire la foi contractuelle.

Parmi d'autres raisons, en voici trois qui me paraissent avoir conduit notre droit à l'impasse (30), impasse dont il sort à peine.

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

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

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

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

an, n'aurait jamais vu le jour. En effet, entre fournisseurs et distributeurs, la détermination du prix n'a jamais provoqué de crise.

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

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

Le droit positif français, après les arrêts du 1^{er} décembre 1995, peut être résumé en trois propositions négatives. **Première proposition** : l'article 1129 du Code civil, d'après lequel la chose, qui est l'objet de l'obligation, doit être déterminée quant à son espèce, et au moins déterminable quant à sa quotité, n'est pas applicable à la détermination du prix (31). Comprenons cette affirmation : de l'article 1129, on ne peut déduire l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable. De là deux conséquences.

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

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

Cette règle a été appliquée, depuis les arrêts du 1^{er} décembre 1995, par exemple à la détermination du taux d'un intérêt variable dans le contrat de prêt, par un arrêt de la Chambre commerciale du 9 juillet 1996 (32). En revanche, elle n'a pas été appliquée — pour de curieuses raisons — à l'indemnité de remboursement anticipé d'un prêt par la première Chambre civile de la Cour de cassation (33). Il n'est pas certain d'ailleurs que lorsqu'un texte spécial impose un prix déterminé ou déterminable, comme c'est le cas de l'article 1591 du Code civil en matière de vente, il soit interdit de confier la fixation de celui-ci à l'une des parties, car nous verrons que ce procédé de détermination paraît aujourd'hui admis ; en tout cas la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 septembre 1995 (34), a jugé tout simplement qu'était détermi-

(31) V. la confirmation de cette règle, à propos de l'intérêt du prêt (qui est le prix du prêt), Cass. com. 9 juil. 1996 ; Bull. civ. IV, n^o 205 ; JCP E 1996, II, 861, note J. Stoufflet ; *Defrénois* 1996, art. 36434, n^o 145, note P. Delebecque ; Cass. 1^{re} civ. 10 déc. 1996 ; JCP 1997, IV, n^o 272.

(32) Cité *supra*, note 31.

(33) Cass. 1^{re} civ. 9 mai 1996 ; D. Aff. 1996, 839, 6. 2.

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