

## Licence 2 – Semestre 3

### Droit des obligations

### Support pédagogique

M. JEOL, « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », D. 1996, p.13.

Conclusions de M. Michel Jeol, *premier avocat général* :

L'un des paradoxes de notre Cour c'est d'être au service de la loi - l'allégorie de Baudry, au-dessus de nos têtes, nous le rappelle en permanence - et de ne pas hésiter, devant un besoin social jugé impérieux, à l'appliquer au-delà, et même en dehors, de ce qu'avait voulu le législateur.

Dans ces audaces calculées, nous avons parfois la main heureuse : parmi les exemples les plus fameux, on évoque volontiers la portée extraordinaire que nous avons donnée à l'art. 1384, al. 1<sup>er</sup>, c. civ., avant que les accidents de la route ne fassent l'objet de textes appropriés. Il arrive aussi, hélas, que nos initiatives suscitent moins d'enthousiasme... C'est le cas de l'usage que nous avons fait de l'art. 1129 c. civ. pour tenter de résoudre le problème, à la fois immense, complexe et sensible, de la détermination du prix dans les contrats de longue durée.

Le problème est immense par le domaine auquel il s'applique. Avec le développement de la production et de la consommation de masse, en effet, les contrats de longue durée portant sur la fourniture de biens ou la prestation de services se sont multipliés dans tous les secteurs de la vie économique. Les plus fréquents appartiennent aux deux catégories concernées par les affaires dont vous êtes saisis : les contrats de distribution commerciale passés entre les fabricants ou grossistes et leurs distributeurs ou détaillants, et les contrats de location-entretien d'installations ou de matériels techniques.

Le problème est complexe, car ces différentes conventions sont la source d'obligations multiples et imbriquées. Certes, le civiliste peut y discerner les contrats spéciaux (vente, mandat, dépôt, prêt, louage de chose ou d'ouvrage, etc.) répertoriés depuis le droit romain, mais il perdrait son latin à vouloir les réduire à ces classifications : aussi est-il préférable de les ranger prudemment dans la catégorie des contrats « innomés », sauf à les recouvrir d'appellations que leur réserve aujourd'hui la pratique des affaires - telles que, dans le domaine de la distribution commerciale, la « concession » ou la « franchise »... Comme leur exécution, qu'elle soit « successive » ou « échelonnée », s'inscrit dans le temps, on est conduit à distinguer dans ces ensembles contractuels : d'un côté, la convention générale qui fixe durablement le « cadre » des relations d'affaires entre les

parties ; de l'autre, les contrats « d'exécution », qui interviennent ponctuellement pour la mise en oeuvre du pacte initial.

Enfin, le problème est sensible en raison des menaces, en sens opposés, qui pèsent sur sa solution. Car tenter de déterminer dans la convention « cadre » le prix d'un produit ou d'un service futur, c'est évidemment prendre le risque de se tromper et de nuire à la bonne exécution du contrat en même temps qu'au fonctionnement normal du marché, si les critères de détermination ne sont pas bien choisis. Mais ne rien prévoir dans l'accord initial, ou laisser à une partie le pouvoir de fixer plus ou moins librement le prix au fur et à mesure de l'application du contrat, c'est exposer à l'arbitraire l'autre partie, surtout si elle est liée par une clause d'exclusivité ou d'achat minimum.

Tout cela paraît bien éloigné des préoccupations de l'art. 1129 c. civ., selon lequel une obligation doit avoir « pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce », « la quotité de la chose » pouvant être « incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée »... Jusqu'à une époque récente, cette disposition était considérée comme une glose, sans grande utilité, de l'art. 1108 c. civ. prévoyant lui-même qu'une convention doit avoir - entre autres conditions - « un objet certain qui forme la matière de l'engagement ». Pourquoi, diable, l'avoir tirée de sa léthargie et en avoir fait la « règle étalon » de la détermination du prix dans les contrats de longue durée ?

La réponse tient, semble-t-il, à un concours de circonstances... Devant la multiplication, spécialement dans le domaine de la distribution commerciale, des accords « cadres » qui s'apparentaient à des « contrats d'adhésion » et qui liaient des parties de puissance économique très inégale, notre Cour entreprit de protéger le faible contre le fort. Sa sollicitude se manifesta d'abord, au début des années 1970, envers les débiteurs de boissons et les pompistes qui étaient en conflit avec les brasseurs et les compagnies pétrolières. Sur le fondement de l'art. 1591 c. civ. - aux termes duquel « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties » - la Chambre commerciale considéra comme nulles les conventions « de bière » ou « de carburants » qui se référaient directement ou implicitement aux « tarifs » du fournisseur, lui laissant ainsi la possibilité de fixer unilatéralement le prix (Cass. com., 27 avr. 1971, *D.* 1972, *Jur.* p. 353, note Ghestin ; *JCP* 1972, II, n° 16975, note Boré ; 12 févr. 1974, *D.* 1974, *Jur.*, p. 414, note Ghestin).

Cette jurisprudence fit l'objet de certaines critiques. On lui reprocha à la fois de faire de la détermination du prix une condition d'existence du contrat et d'appliquer l'art. 1591 c. civ. à une convention « cadre » qui n'était pas assimilable à une vente puisqu'elle ne créait, en définitive, que des obligations de faire ou de ne pas faire... La Chambre commerciale négligea la première observation, mais retint la seconde : à partir de la fin des années 1970, elle prononça la nullité des conventions litigieuses au visa de l'art. 1129 c. civ., le substituant ou l'ajoutant à celui de l'art. 1591 (Cass. com., 11 oct. 1978, *D.* 1979, *Jur.* p. 135, note Houin ; *JCP* 1979, II, n° 19034, note Loussouarn).

Ce « changement de pied » devait avoir des conséquences importantes sur le problème de la détermination du prix dans les

contrats de longue durée. A deux points de vue :

1. - D'un côté, en effet, l'art. 1129 c. civ., par son caractère « passe-partout », pouvait concerner n'importe quelle convention. Notre Cour s'y engouffra. Elle l'appliqua dans les contrats les plus divers, dès lors que le destinataire des biens ou des services était lié par une clause d'exclusivité ou une clause équivalente : tous les contrats relevant de la distribution commerciale, y compris la franchise, même si le franchiseur ne vendait rien lui-même au franchisé (Cass. com., 24 juin 1985) ; les contrats d'entretien après vente ou de location-entretien d'installations techniques (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 423) ; le contrat de transport (Cass. com., 8 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 302), etc.

2. - D'un autre côté, par sa formulation, l'art. 1129 se prêtait à la même interprétation rigoureuse que celle donnée auparavant à l'art. 1591 : la détermination du prix ou, tout au moins, son caractère déterminable, constituait un élément essentiel, structurel, du contrat - la « fixation unilatérale » du prix paraissant, aux yeux de certains auteurs, contraire à « l'essence bilatérale » du contrat. Une telle interprétation conduisait logiquement à se montrer très exigeant dans l'admission des prévisions contractuelles concernant le prix futur (a) et à sanctionner avec une extrême rigueur toute défaillance, voire toute insuffisance, en la matière (b). Notre Cour s'y employa doublement.

a) Elle estima contraires aux prescriptions de l'art. 1129, non seulement les contrats qui renvoyaient la détermination du prix à un accord ultérieur, mais aussi ceux qui l'organisaient à partir d'éléments dépendant, même faiblement ou indirectement, de la volonté d'une partie - ce qui condamnait évidemment toute référence aux « tarifs » du vendeur ou du prestataire de services. Seules furent admises en pratique, sous réserve d'un examen vigilant de leurs modalités d'application, les clauses se référant à « l'arbitrage d'un expert », conformément aux prévisions de l'art. 1592 c. civ., ou à « l'offre concurrente » d'un tiers, ou au « client le plus favorisé », ou encore, mais avec plus de réticence, à l'état du « marché ».

b) Pour sanctionner l'indétermination du prix futur, la Chambre commerciale et la première Chambre civile recoururent à la mesure la plus radicale, la nullité absolue de la convention. Avec ses conséquences habituelles : la durée du délai de prescription, l'ouverture de l'action à toutes les parties, l'impossibilité d'une confirmation ou d'une ratification, la rétroactivité de l'annulation...

Effrayée par l'ampleur des effets « toboggan » de l'art. 1129, la doctrine protesta. Avec véhémence ou modération, selon qu'elle estimait radicalement infondé le recours à cet article ou qu'elle regrettait seulement les conséquences excessives de son application. Ainsi furent déplorés tout à la fois : l'expansion déraisonnable du domaine de l'art. 1129, y compris à des contrats - tels que le mandat salarié ou le contrat d'entreprise - dont l'indétermination du prix n'affectait pas, traditionnellement, la validité ; l'irréalisme avec lequel étaient examinées les conventions litigieuses, ce qui conduisait, paradoxalement, à écarter les clauses les plus conformes aux besoins des affaires et à retenir, en revanche, celles qui étaient impraticables mais avaient été

choisies seulement pour éviter la nullité du contrat ; l'indifférence de notre jurisprudence, empêtrée dans la théorie générale des contrats, à l'égard des règles spéciales édictées par le droit communautaire ou l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986 et concernant la concurrence, les pratiques restrictives et la transparence tarifaire ; enfin, le choix de la nullité absolue comme sanction, alors que, s'agissant visiblement de protéger la partie économiquement la plus faible, il paraissait plus approprié d'appliquer ici les règles de la nullité relative - ce qui aurait évité, notamment, que les parties n'invoquent sans vergogne l'anéantissement complet du contrat à l'occasion de litiges n'ayant pas de rapport avec le prix...

Notre Cour tint compte en partie de ces critiques, qu'elles concernent le domaine (1) ou les effets (2) de l'art. 1129.

1. - A partir de la fin des années 1980, elle s'efforça de limiter l'application du texte : d'abord, aux contrats créant une obligation de donner et non de faire (Cass. com., 9 nov. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 237) ; puis, de manière plus souple en même temps que plus vague, aux conventions dont les stipulations comportaient essentiellement des obligations de donner et non essentiellement des obligations de faire (Cass. com., 22 janv. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 36 ; 2 juill. 1991, *ibid.* IV, n° 250). Une revue présenta cette ligne de partage comme un « nouveau Yalta »... C'était évidemment excessif, mais ce n'était pas inexact, car elle ne résista pas au temps : le recours à la distinction vieillotte des obligations de donner et de faire, en effet, s'avéra vite injustifié et impraticable, les accords « cadres » ne comportant guère, en dernière analyse, que des obligations de faire...

La Chambre commerciale sembla alors se rabattre - du moins dans le domaine de la distribution commerciale - sur une autre distinction : elle admit l'indétermination du prix dans le pacte initial s'il apparaissait que les prix pourraient « être librement débattus et acceptés par les parties » lors de la conclusion des contrats d'exécution (Cass. com., 5 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 335). A la vérité, cette solution, qui rattache curieusement la validité de la convention à son application ultérieure, ne peut guère être retenue lorsque le distributeur est lié par une clause d'approvisionnement exclusif ou une clause équivalente.

2. - S'agissant des effets de l'art. 1129, notre Cour ne modifia pas les principes qu'elle avait posés pour la validité des critères de détermination du prix, mais elle les appliqua avec plus de souplesse, s'efforçant de sauver, surtout au cours des dernières années, les prévisions contractuelles qui n'étaient que faiblement « potestatives » (Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 184 ; 4 oct. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 276 ; 14 mars 1995 *Bull. civ.* IV, n° 124 ; 1<sup>er</sup> oct. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 938 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 1995).

En revanche, elle alla jusqu'au bout de la nullité absolue des conventions cadres qu'elle jugeait contraires aux exigences de l'art. 1129 : d'un côté, en cas d'indivisibilité entre plusieurs actes - comme c'est généralement le cas dans les conventions liant les pompistes aux compagnies pétrolières - et sous quelques réserves concernant le cautionnement, elle étendit l'annulation à l'ensemble contractuel, dût le principal suivre le sort de l'accessoire (Cass. com., 5 avr. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 147) ; d'un autre côté, elle anéantit rétroactivement les ventes successives déjà exécutées, et décida, en conséquence, que le fournisseur pourrait

obtenir paiement, « non pas du prix au tarif qu'il demandait et qui aboutissait à l'exécution des contrats nuls, mais de la valeur réelle des produits livrés, en excluant tout bénéfice pour lui » (Cass. com., 23 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 249).

Ces évolutions furent abondamment commentées par la doctrine. Avec le sentiment, largement partagé, que les barrages successifs imaginés pour limiter l'application de l'art. 1129 tournaient à la confusion ; que l'examen des clauses litigieuses semblait dans la casuistique, et que l'extension de la nullité aux actes connexes et aux contrats d'application déjà exécutés posait des problèmes ubuesques de restitution. Avec aussi l'idée - développée par des auteurs de plus en plus nombreux - que notre Cour s'était fourvoyée en faisant de l'art. 1129 le pivot de sa jurisprudence. On observa que nos collègues belges, qui appliquaient le même code, s'étaient bien gardés de donner pareille portée à cet article ; que nos voisins continentaux, en particulier l'Allemagne et la Suisse, admettaient qu'un contrat, même s'il s'agissait d'une vente, pût exister sans accord sur le prix ; que les droits anglais et américain, en cas d'indétermination du prix, laissaient au juge le soin d'en contrôler la fixation ; que la Convention des Nations unies sur la vente internationale des marchandises (Vienne, 11 avr. 1980, art. 55) stipulait qu'en l'absence de prévision contractuelle les parties étaient réputées « s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué »... ; bref, que notre position rigoureuse nous isolait dans le concert international et dissuadait les juristes d'affaires de se référer à notre droit. On proposa d'organiser la protection du distributeur ou du client, en particulier lorsqu'il était lié par un engagement d'exclusivité, non plus au stade de la formation du contrat, mais à celui de son exécution ; de faire application à cette fin des prescriptions de l'art. 1134, al. 3, c. civ. prévoyant que les conventions seront exécutées « de bonne foi » ; en conséquence, d'inviter le juge à contrôler la fixation du prix lorsque le fournisseur de biens ou le prestataire de services abusait de la faculté - que lui laissait le pacte initial - de le fixer unilatéralement.





Ces voix furent entendues... Par deux arrêts remarquables du 29 nov. 1994 (*Bull. civ.* I, n° 348), notre première Chambre civile rompit avec la jurisprudence antérieure. Dans les deux affaires, il s'agissait d'un contrat de location-entretien d'équipements téléphoniques qui se référait, pour le prix des modifications ou extensions futures de l'installation, au « tarif » du bailleur, la Sté GST Alcatel. Devant les juges du fond, le locataire avait invoqué la nullité de la convention en raison de la violation de l'art. 1129 c. civ. L'une des cours d'appel ayant prononcé la nullité du contrat et l'autre l'ayant refusée, la première Chambre civile aurait dû, logiquement, rejeter le pourvoi dans le premier cas et casser la décision dans le second - comme l'avait d'ailleurs fait la Chambre commerciale, quelques années plus tôt, dans une affaire semblable de location-entretien d'installation téléphonique (Cass. com., 2 juill. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 248). Or elle fit exactement l'inverse, en invoquant deux motifs distincts :

1° d'une part, puisque la convention faisait référence au « tarif » des bailleurs, le prix était « déterminable » et, par conséquent, les prescriptions de l'art. 1129 avaient été respectées ;

2° d'autre part, les parties n'alléguaient pas que le bailleur « eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son

prix (ou son tarif) dans le but d'en tirer un profit illégitime et ainsi méconnaître son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ».

On remarquera que seul le premier motif répond à la question posée par le « moyen » dans les deux espèces : la cour d'appel avait-elle violé l'art. 1129 en prononçant, ou en refusant, la nullité du contrat pour indétermination du prix ? Le second motif, pour sa part, n'est qu'un « obiter dictum », une réflexion que la première Chambre civile fait à voix haute de manière à ce que chacun soit fixé sur sa religion nouvelle - dont le procès, engagé sur la base de la jurisprudence antérieure, ne permettait pas l'application... Mais il ne commande pas la solution retenue sur le problème de la nullité de la convention, contrairement à ce qu'ont pu croire certains commentateurs.

Sous réserve de ces difficultés de « lecture », la doctrine, dans sa quasi-totalité, a réagi favorablement à la jurisprudence inaugurée par la première Chambre civile le 29 nov. 1994 (Ghestin, note *JCP* 1995, II, n° 22371 ; Aynès, note *D.* 1995, *Jur.* p. 122  ; Leveneur, note *JCP éd. E* 1995, I, n° 662 ; Mestre, obs. *RTD civ.* 1995, p. 358  ; Vogel, Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution, *D.* 1995, *Chron.*, 155  ; Bouloc, obs. *RTD com.* 1995, p. 464 ). Le fondement en est jugé bon et l'orientation pleine de promesses, mais les premiers commentaires laissent percer quatre interrogations - qui interfèrent d'ailleurs - portant sur son domaine, sur ses conditions d'application, sur son régime et sur son articulation avec des textes spéciaux.

- Première interrogation : la nouvelle jurisprudence est-elle seulement applicable aux contrats de location-entretien d'équipements techniques ?

Je ne le pense pas, car elle se fonde sur une « logique » prenant le contre-pied de celle qui sous-tendait la jurisprudence antérieure. Comme celle-ci, elle a donc vocation à s'appliquer à toutes les conventions à exécution successive ou échelonnée, y compris les contrats de distribution commerciale... Il faudrait d'ailleurs avoir la mémoire un peu courte pour chercher à limiter l'application de l'art. 1134, al. 3, en recourant aux distinctions - comme celle des obligations de donner ou de faire - qui ont été utilisées naguère avec tant d'insuccès pour contenir la contagion de l'art. 1129. Et il serait un peu dérisoire, au regard des vastes horizons ouverts par la première Chambre civile, de circonscrire l'application de sa jurisprudence - comme cela a été parfois envisagé - aux seuls contrats, tels le louage d'ouvrage ou le mandat, dont le prix peut exceptionnellement être fixé par voie judiciaire.

- Deuxième interrogation : faut-il, si l'on suit la voie ouverte par la première Chambre civile, maintenir une application « au rabais » de l'art. 1129 c. civ. ?

Les deux arrêts « pilote » l'admettent puisqu'ils jugent qu'à partir du moment où la convention faisait référence au « tarif » de

la Sté GST Alcatel, le prix des prestations futures était « déterminable » et l'art. 1129 parfaitement respecté... J'avoue avoir des doutes sur l'utilité de donner désormais à cet article - dont l'application terrifiait jusqu'ici les juristes d'entreprise - une portée aussi mince et, pour tout dire, aussi formelle : en quoi une partie est-elle éclairée et protégée par la référence à un « tarif » qui n'existe pas encore et dont la maîtrise appartient à son partenaire ? On peut d'ailleurs considérer qu'à défaut d'indications dans le contrat le fournisseur ou le prestataire de services fera application de son tarif en vigueur au moment de la vente ou de la prestation. Sauf à admettre, comme le fait la Convention de Vienne sur la vente internationale, que le prix sera alors celui du

« marché ».

En outre, pour molle qu'elle soit, cette interprétation de l'art. 1129 comporte un danger : elle devrait logiquement conduire le juge à annuler la convention en l'absence de référence rituelle au tarif. Le régime de la nullité évoquerait alors celui de certaines actions du vieux droit romain où l'on gagnait ou perdait son procès selon que l'on avait, ou non, utilisé les mots sacrés ! C'est pourquoi, si vous approuvez l'orientation prise par la première Chambre civile, je vous engage à aller, ici encore, jusqu'au bout de son raisonnement et à tordre le cou, définitivement, de l'art. 1129 !

- Troisième interrogation : quel est le régime applicable aux « abus » éventuellement commis par le fournisseur ou le prestataire de services lorsqu'il fixe le prix, laissé à sa discrétion par le renvoi à son tarif ou le silence du contrat ?

Bien que la notion « d'abus » évoque plutôt la responsabilité délictuelle, il s'agit ici d'une responsabilité contractuelle, qui implique l'existence d'une faute (1) et comporte la possibilité de sanctions (2).

1. - L'art. 1134, al. 3, c. civ. se borne à énoncer, de manière générale, que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » par ceux qui les ont faites, et la difficulté, en l'occurrence, est de définir en quoi la fixation du prix par l'une des parties peut, éventuellement, constituer un manquement à cette obligation. Selon la première Chambre civile, manque à son devoir de bonne foi celui qui « abuse de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son prix dans le but d'en tirer un profit illégitime ». On observera que les deux notions qui « encadrent » cette première définition sont complémentaires, voire redondantes, car la majoration de prix provenant de « l'abus » d'un rapport d'exclusivité ou d'une situation comparable devrait conduire, semble-t-il, à un « profit illégitime » - et vice versa. Quoi qu'il en soit, il appartiendra au juge, sous le contrôle de notre Cour, de caractériser l'abus en se référant, notamment, aux clauses du contrat, à l'intérêt des deux partenaires voire à leur intérêt commun, aux pratiques de la profession, à l'état du marché, etc. : autant de paramètres qui sont déjà fréquemment utilisés dans les contentieux de caractère économique.

2. - Si la fixation du prix s'avère fautive, les sanctions sont évidemment celles de la responsabilité contractuelle. Il ne s'agit donc pas, comme pourrait le laisser penser la lecture des arrêts du 29 nov. 1994, d'annuler la convention litigieuse - ce qui nous ramènerait aux errements de la jurisprudence antérieure. Il s'agit seulement, suivant les règles souples définies en la



matière depuis fort longtemps : soit de prononcer, le cas échéant, la résolution ou la résiliation du contrat ; soit, plus généralement, de condamner à des dommages intérêts le fournisseur ou le prestataire de services qui applique un prix abusif - sauf évidemment s'il supprime le préjudice subi par son partenaire en ramenant le prix à un niveau normal.

Faut-il permettre au juge de fixer lui-même le prix ? La tradition du droit français n'est pas en ce sens, sauf lorsqu'il s'agit du louage d'ouvrage ou de conventions s'apparentant au mandat. En revanche, pour les autres contrats, et plus spécialement pour la vente, notre Cour a toujours estimé que les prescriptions de l'art. 1591 c. civ. s'y opposaient. L'avenir dira si cette position pourra être maintenue dans un environnement international qui tend à admettre la solution inverse...

- Quatrième interrogation : qu'advient-il de l'application de l'art. 1134, al. 3, c. civ. en présence de textes dérogatoires au droit commun ?

La solution doit être recherchée dans un sens différent selon qu'il s'agit de règles particulières à un type de contrat (1) ou des régimes spéciaux propres à la concurrence et à la consommation (2).

1. - Lorsque, pour certaines catégories de contrats tels que ceux concernant le travail salarié, les assurances, les baux ou l'accession à la propriété immobilière, le prix du bien ou du service est régi par des dispositions spécifiques, les règles de droit commun - celles de l'art. 1129 comme celles de l'art. 1134, al. 3, c. civ. - n'ont généralement plus lieu de s'appliquer. La réponse est moins claire pour deux autres contrats usuels : la vente (a) et le prêt bancaire (b).

a) S'agissant de la vente, il a été admis jusqu'ici que le Code Napoléon, notamment son art. 1591, faisait de la détermination du prix une condition de l'existence même du contrat... Soit, mais cette solution rigide - que ne retiennent pas toujours nos voisins et qui sera peut-être un jour abandonnée - n'est guère gênante si on se borne à l'appliquer aux ventes successives réalisées pour l'exécution d'un contrat de distribution.

b) S'agissant du prêt bancaire, les prescriptions combinées de l'art. 1907, al. 2, c. civ. et de l'art. 4 de la loi du 28 déc. 1966 sur l'usure et le prêt d'argent avaient conduit notre Cour à juger, y compris pour les « découverts » de compte courant, que le « taux effectif global » de l'intérêt conventionnel devait être fixé par écrit, faute de quoi la stipulation d'intérêts était nulle et le « taux légal » seul dû (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 233 ; Cass. com., 12 avr. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 130).

Soit, mais y avait-il lieu d'appliquer, parallèlement, l'art. 1129 c. civ. dans le cas où le taux prévu au contrat comprenait un élément dont la variation dépendait du prêteur ? La question se posait, notamment, à propos du fameux « taux de base », qui est fixé par la banque elle-même et auquel se référait, pour partie, le taux conventionnel des intérêts dus par l'emprunteur. Dans la logique de sa jurisprudence habituelle, la Chambre commerciale considéra que l'art. 1129 était bien applicable, mais



elle limita fort habilement les effets de la nullité qui en résultait : l'annulation n'affectait ni le contrat, ni même la clause fixant le taux d'intérêts, mais seulement, à l'intérieur de cette clause, la stipulation de variation en fonction du taux de base - ce qui en figeait le niveau au jour du contrat (Cass. com., 9 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 228).

Bien que cette solution ait été généralement approuvée par la doctrine - qui s'est réjouie de voir notre Cour, exceptionnellement, manier avec précaution l'arme redoutable de la nullité - elle devrait être remise en cause, semble-t-il, par un abandon généralisé de l'art. 1129 : en cas de variation abusive du taux de base, en effet, la sanction ne consisterait plus à annuler partiellement la clause d'intérêt, mais à rechercher la responsabilité contractuelle du banquier.

2. - *A priori*, le droit civil, le droit de la concurrence et celui de la consommation s'intéressent au prix des biens et des services avec des objectifs différents : le premier veut que le contrat soit formé et exécuté convenablement ; le deuxième veille au libre jeu de l'économie de marché ; le dernier se soucie des intérêts du consommateur. Mais ils ont aussi la préoccupation commune de protéger le faible contre le fort lors de la fixation du prix, et ils le disent en des termes voisins : une partie, sous-entend l'art. 1134, al. 3, c. civ., ne doit pas souffrir d'une majoration de prix abusive de la part de son cocontractant ; la libre concurrence, précise l'art. 8, al. 2, de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986, prohibe « l'exploitation abusive par une entreprise de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente (ou fournisseur) qui ne dispose pas de solution équivalente » ; l'intérêt du consommateur, prévoit enfin l'art. L. 132-1 c. consomm., postule que l'on surveille l'insertion dans les contrats passés avec les non-professionnels de clauses relatives au prix lorsqu'elles « apparaissent imposées par un abus de puissance économique » du professionnel... Autrement dit, les dispositions du droit civil, du droit de la concurrence et du droit de la consommation pouvant s'appliquer à la fixation du prix des biens et des services se recouvrent partiellement, sous le concept commun de pratiques abusives. Et c'est précisément dans ces zones de recouvrement que se pose le problème de leur cohabitation...

On peut évidemment appliquer de manière séparée les règles du droit civil et celles du droit de la concurrence ou de la consommation : le principe « *specialia generalibus derogant* » devrait alors conduire à donner aux secondes le pas sur les premières. Mais il semble également possible, dans certains cas, d'en combiner l'application, afin de contribuer à l'émergence - souhaitée par certains - d'un « droit civil économique ». Risquons un exemple... Selon notre première Chambre civile, peut être sanctionné sur le fondement de l'art. 1134, al. 3, c. civ. celui qui majore le prix en abusant d'un rapport d'exclusivité. Si les relations contractuelles existant entre les parties ne comportent pas d'exclusivité, ne peut-on envisager de sanctionner, sur le même fondement, celui qui majore le prix en abusant de l'état de dépendance économique de son partenaire ? Cette « absorption » du droit de la concurrence par le droit civil se trouve encouragée, semble-t-il, par la rédaction très ouverte du dernier alinéa de l'art. 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986. Elle ne modifie pas, en soi, les rapports juridiques - au demeurant imprécis quant à la détermination du prix - résultant du contrat ; elle prend seulement en compte une situation de dépendance économique pour caractériser la faute commise dans l'exécution de celui-ci. Enfin, elle met à la disposition du juge une palette

de mesures plus étendue et plus souple - celles de la responsabilité contractuelle - alors que l'application séparée de l'ordonnance de 1986 permettrait seulement de prononcer, suivant les prescriptions de son art. 9, la nullité de « l'engagement consenti » ou de « la clause se rapportant à la pratique prohibée ».

Voilà, dessinés à grands traits et avec le risque de se tromper, les fondements et les perspectives de la jurisprudence inaugurée récemment par la première Chambre civile. Il faut les confronter aux origines et aux développements de la jurisprudence antérieure. Et faire un choix qui me semble « alternatif », car ces jurisprudences sont si différentes, à tous égards, qu'il serait difficile d'aménager un compromis entre leurs dispositifs ou un partage de leur application entre deux catégories de contrats. On ne saurait davantage procéder au cumul des deux systèmes : si justifié paraisse l'office du juge en la matière, on peut envisager qu'il s'exerce sur la détermination du prix, soit lors de la formation du contrat, soit lors de son exécution, mais pas aux deux bouts !

Ne nous appuyons pas trop sur les textes invoqués : ils sont fragiles de part et d'autre. L'art. 1129, en effet, lorsqu'il énonce laconiquement que l'obligation doit avoir pour objet « une chose au moins déterminée quant à son espèce », ne vise certainement pas le prix. Quant à l'art. 1134, al. 3, en invitant les parties à exécuter leurs conventions de bonne foi, il condamne - semble-t-il - une distinction oubliée du droit romain entre contrats « de droit strict » et contrats « de bonne foi »... Dans les deux cas, les rédacteurs du code civil n'ont guère imaginé la portée qui pourrait être donnée à ces dispositions.

Evitons aussi les débats d'école sur « l'autonomie de la volonté » et sur « l'office du juge ». Le principe d'autonomie n'est plus, à l'approche de l'an 2000, ce qu'il était au XIX<sup>e</sup> siècle, et le droit des affaires qui se développe sous nos yeux ne peut pas rester enfermé dans une conception étroitement civiliste du contrat. Quant au juge, si l'on redoute son intervention « despotique » lors de l'exécution de la convention, on peut tout autant regretter le despotisme - pas toujours « éclairé » - du contrôle qu'il a exercé jusqu'ici sur la formation du contrat.

Mieux vaut, en définitive, juger l'arbre à ses fruits et comparer le résultat concret des deux systèmes (1 et 2).

1. - Malgré ses bonnes intentions, la jurisprudence qui s'est développée sur le fondement de l'art. 1129 accumule les handicaps : un domaine trop étendu, en dépit des efforts faits pour le restreindre ; des critères de détermination du prix demeurés trop rigides, malgré leur assouplissement au cours des dernières années ; une nullité trop radicale, dont la contagion peut s'étendre à l'ensemble des relations entre les parties ; des effets « pervers » trop importants, l'application de l'art. 1129 constituant un facteur grave d'insécurité juridique et pouvant être invoquée abusivement dans toutes sortes de procès. Si l'on ajoute que le système s'avère incapable, en raison des concepts classiques sur lesquels il s'appuie, d'intégrer les normes nouvelles du droit économique et qu'il isole fâcheusement notre pays à un moment où les échanges avec l'extérieur se multiplient, il n'est peut-être pas excessif de dire - avec beaucoup d'auteurs - que cette jurisprudence se trompe à la fois de méthodes, d'époque et

d'environnement... Cela fait beaucoup de maux pour un droit prétorien qui, faute de support sérieux dans la loi, ne peut trouver sa justification que dans son utilité sociale !

2. - Faut-il en conclure que la jurisprudence fondée sur l'art. 1134, al. 3, c. civ. est nécessairement parée de toutes les vertus ? Il serait aventuré de le dire, alors qu'elle est encore en « front de taille ». On peut, cependant, mettre à son crédit : qu'elle n'aborde le problème de la fixation du prix des biens et des services dans les contrats de longue durée que s'il se pose effectivement et à un moment où le juge est en mesure de connaître les éléments de toutes sortes - juridiques ou pratiques, internes aux relations entre les parties ou relatifs au marché - nécessaires à son appréciation ; qu'elle traite le mal en préférant la médecine et la microchirurgie à l'amputation ; qu'elle autorise la prise en compte des droits de la concurrence et de la consommation ; enfin, qu'elle rompt l'isolement juridique de notre pays sur une question à vocation internationale. A ces avantages de souplesse, de pragmatisme et d'ouverture, ne peut-on ajouter - sans verser dans le lyrisme ou l'angélisme - que la jurisprudence fondée sur l'art. 1134, al. 3, revêt une dimension éthique ? Se comporter de bonne foi, ce n'est pas seulement une règle d'urbanité, c'est également, en affaires, refuser la « morale » de « Dallas » et faire preuve d'un minimum de loyauté et d'honnêteté envers son cocontractant - qui est aussi son partenaire dans une commune entreprise...

Pour ces différentes raisons, je vous invite à rompre clairement avec la jurisprudence dans laquelle notre Cour s'est engagée au début des années 1970 et qui a donné de mauvais résultats, malgré les efforts accomplis depuis la fin des années 1980 pour en limiter les dégâts. En 1994, l'une de nos Chambres a exploré une voie nouvelle qui permet, elle aussi, de combattre la fixation abusive du prix, mais par d'autres moyens... Je la crois assez prometteuse, malgré quelques interrogations, pour que vous la suiviez vous-mêmes aujourd'hui. En allant jusqu'au bout de sa logique : qu'il s'agisse du champ d'application de l'art. 1134, al. 3, c. civ., qui doit pouvoir s'étendre à tous les contrats de longue durée ; ou qu'il s'agisse de l'abandon définitif de l'art. 1129, qui ne doit même plus être appliqué « au rabais ».

Sur tous ces points, les quatre recours dont vous êtes saisis vous offrent la possibilité d'exprimer votre choix.

Les trois premiers (pourvois n° V 91-15999, Z 93-13688, N 91-15578) ont trait à l'exécution de contrats de location-entretien passés par une compagnie de téléphone avec une entreprise cliente. Si le locataire demandait des modifications ou extensions de l'installation, celles-ci devaient être réalisées obligatoirement par le bailleur, et le prix en était calculé : soit d'après le tarif applicable lors des travaux (pourvois n° V 91-15999 et N 91-15578) ; soit selon divers paramètres (pourvoi n° Z 93-13688). Conformément aux solutions antérieures, les arrêts attaqués ont donc : dans le premier cas, annulé le contrat de location-entretien ; dans le second, admis la validité de la clause permettant de déterminer le prix.

Le quatrième recours (pourvoi n° S 91-19653) concerne un contrat de distribution commerciale dans lequel un « franchisé » s'engageait à utiliser exclusivement les produits vendus par le « franchiseur » au tarif en vigueur lors des commandes. Ici

encore, la décision attaquée, suivant la jurisprudence habituelle, a prononcé l'annulation du contrat.

Si - comme je vous y engage - vous renoncez entièrement à appliquer l'art. 1129 c. civ. aux contrats de longue durée, quels qu'ils soient, vous serez conduits à casser tous les arrêts qui ont annulé la convention « cadre » pour indétermination du prix. Quant à l'arrêt qui n'a pas prononcé l'annulation du contrat, il pourrait être sauvé par une simple substitution de motifs, la question de la validité de la clause litigieuse au regard de l'art. 1129 devenant sans objet dès lors que cet article ne serait pas applicable.

Pour que soit clairement compris un changement de cap aussi radical, toutes vos décisions - celles de cassation comme celle de rejet - devraient comporter, dans leurs « chapeaux » ou « chapeaux intérieurs », deux messages complémentaires : l'un pour évacuer définitivement l'art. 1129 ; l'autre pour annoncer l'application de l'art. 1134, al. 3.

Premier message : sauf dispositions légales particulières, l'absence de fixation du prix lors de la conclusion du contrat n'affecte pas la validité de celui-ci.

Second message : l'abus d'un rapport d'exclusivité (ou d'une situation analogue) commis par la partie qui fixe le prix lors de l'exécution du contrat relève des règles de la responsabilité contractuelle.

Cela dit, les deux messages vont se trouver en porte-à-faux par rapport aux « moyens » des différents pourvois... Car les procès ont été engagés devant les juges du fond et les recours en cassation formés devant vous dans les termes de la jurisprudence antérieure... Vous devrez donc recourir à des modes d'expression dont l'usage est exceptionnel dans notre Cour.

S'agissant du premier message, en dehors de la substitution de motifs qui permettrait de rejeter le pourvoi n° Z 93-13688, vous pourriez envisager de relever d'office un « moyen de pur droit ». Mais vous pouvez aussi, plus simplement, conserver les « moyens » existants, dès lors qu'ils posent globalement la question de la nullité du contrat - peu important les griefs qui sont présentés par leurs « branches » et qui s'inscrivent dans la logique des solutions anciennes.

S'agissant du second message, vos arrêts devront nécessairement recourir à la technique de « l'obiter dictum », mais en faisant clairement apparaître - pour éviter toute erreur d'interprétation - qu'il s'agit là, non de répondre au « moyen », mais d'ouvrir une porte sur l'avenir...

Ainsi, en quatre décisions semblables ou presque, le problème de la détermination du prix dans les contrats de longue durée changerait de solution... Si vous ratifiez ce choix, un hommage sera dû aux auteurs - nombreux - qui ont dénoncé les effets calamiteux du système initial et proposé un dispositif de substitution : voilà un exemple remarquable du rapport « dialectique

» que peuvent entretenir la doctrine et le Palais dans l'exercice de la fonction - ô combien périlleuse - de « paralégislateur » !

Est-ce à dire que l'échec de la jurisprudence antérieure était « programmé » lorsque nos prédécesseurs l'ont adoptée ? Il serait injuste de l'affirmer catégoriquement... Au début des années 1970, en effet, la plupart des « distributeurs » - le pompiste et le débitant de boissons en étaient les prototypes - se trouvaient à la merci des « offreurs », et il a pu paraître légitime, à l'époque, de protéger les premiers contre les seconds. Dans le même temps, les droits de la concurrence et de la consommation étaient encore embryonnaires, face à un code civil fort de son histoire et de ses concepts.

Le paysage économique et juridique a considérablement évolué depuis vingt-cinq ans. Dans un marché plus mouvant, plus diversifié, la faiblesse n'est plus nécessairement du côté de la distribution, loin de là. Quant au droit des affaires, qu'il soit national ou communautaire, il a envahi contrats et prétoires, provoquant un certain reflux du droit civil et une remise en cause de ses principes. Bref les choses ont beaucoup changé... Comment une interprétation circonstancielle de la loi pourrait-elle survivre à de tels changements ?